

A efetivação da legitimidade do Estado Democrático de direito na obra de Paulo Bonavides

Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha¹

O pensamento de Paulo Bonavides (1) representa contributo fundamental para a moderna compreensão do constitucionalismo brasileiro. Reflexões vigorosas sobre o direito e a justiça como fundamentos axiológicos do poder do Estado valorizam seu acervo bibliográfico, que encerram síntese sofisticada sobre o rearranjo institucional do sistema democrático e a dialética da legitimidade em busca de concreção.

Isto se vê claro em sua publicação **Teoria Constitucional da Democracia Participativa. Por um Direito Constitucional de luta e resistência. Por uma Nova Hermenêutica. Por uma repolitização da legitimidade** (2), na qual ele produz uma profunda revisão crítica sobre as vicissitudes da democracia face às contradições do desenvolvimento capitalista globalizado que desafiam estruturas sociais e superestruturas ideológicas.

Compõe e finaliza a obra, uma trilogia "volvida para a liberdade, igualdade e justiça", nas palavras do autor (3), que se iniciou com a publicação do **Curso de Direito Constitucional** (4) e teve continuidade na Coletânea intitulada **Do País Constitucional ao País Neocolonial** (5). Os três livros, tomados conjugadamente, questionam a despolitização da legitimidade, tragédia jurídica que atinge diretamente os povos do Terceiro Mundo por não terem conseguido explicitar os meios técnicos de realização e sustentação do aparato democrático considerando-se, sequer, haverem os direitos fundamentais se concretizado na prática.

¹ Mestra em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade Católica Portuguesa, Doutora em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Minas Gerais, Professora de Direito no Centro Universitário de Brasília e na Universidade de Brasília

À evidência, a neutralização do político, esteriliza igualmente as relações de países não periféricos, debilitados pela empostação tecnocrática e pelo gradativo desligamento do cidadão do processo decisório.

Habermas referir-se-ia a este enfraquecimento da capacidade de integração da sociedade às estruturas de poder como "déficits de legitimação e regulação". (6)

Com efeito, segundo Paulo Bonavides, "a legitimidade tem-se apresentado, de último, nas reflexões jurídicas sobre a matéria, despolitizada, neutralizada e subsumida, por uma suposta evidência de sua identidade conceitual e axiológica com a legalidade, enquanto expressão formal e acabada do triunfo das ideologias liberais." (7)

Isto porque o positivismo, alargando as expansões dogmáticas, proscreeu a juridicidade dos princípios constitucionais, conservando-a, tão somente, nas disposições normativas da Lei Maior. (8)

Este desvirtuamento exegético levou a inaplicabilidade do conceito de legitimidade à práxis institucional, pois tornou-o indiferente aos valores, vazio e, conseqüentemente, inócuo. (9)

Insurgindo-se contra esta compreensão estática da Ciência Constitucional, fórmulas teóricas renovadoras buscam reconstituir os princípios e valores - norma normarum de todo Ordenamento Jurídico, - repolitizando-os. (10)

Tal reconstituição é empreendida por Paulo Bonavides ao propor uma transformação substantiva do papel do magistrado.

Identifica o autor, a existência de três legisladores no Estado, responsáveis pelas tarefas normativas do regime; o legislador de primeiro grau, criador da Lei Fundamental, cuja autoridade remanesce no corpo representativo para introduzir alterações na Carta, aprimorando-a; o legislador de segundo grau, a quem é atribuído o munus de editar as normas infraconstitucionais, assistido nesta função pelo Chefe do Poder Executivo e, o legislador de terceiro grau, "a saber, o juiz, que dirime conflitos e faz a norma jurídica do caso concreto, legislando entre as partes." (11)

"Intérprete normativo no ocaso da velha dogmática jurídica, esse juiz tende, desde o advento da Nova Hermenêutica, a ser, com razão, o legislador por excelência; aquele que tanto na esfera tópica como sistemática dissolve as antinomias do positivismo ou combina, na concretude social e jurisprudencial, a doutrina com a realidade, o dever-ser com o ser e integrado aos quadros teóricos da democracia participativa terá legitimidade bastante com que coibir de uma parte as usurpações do Executivo, de outra as tibiezas e capitulações do Legislativo." (12)

Infere-se daí, transcender o exercício da jurisdição a égide do legalismo formal e rígido para alcançar o legitimismo principiológico e material. (13) Neste sentido, o fortalecimento do processo democrático passa, necessariamente, pelo Poder Judiciário - (14) garante da supremacia constitucional - em sua função de interpretação, construção e integração do Direito. (15)

Com efeito, o processo de invalidação da norma inconstitucional, bem como o de complementação e explicitação da lei insuficiente ou de defeituosa individualização, há de harmonizar-se com o conjunto sistemático da ordem jurídico-normativa superior, de forma a valorizar "a coesão, a congruência e a identidade do sistema (16)" , sem olvidar o que Lassalle chamaria de "os fatores reais do poder". (17)

Posto desta forma, a função metodológica da interpretação criada em âmbito jurisprudencial, demanda perquirição, não apenas, da lógica que advém da racionalidade jurídica, mas também, dos conteúdos históricos, políticos e sociais dissolvidos na normatividade das Constituições. (18)

Neste contexto, a judicial review of legislation, para além de constituir-se num sistema de medidas técnicas assecuratórias do controle da constitucionalidade, atua eficazmente na concretização e desenvolvimento do Direito Constitucional, objeto da tensão permanente entre a dogmática legalista e o factum social. (19)

No Brasil, a prática do controle jurisdicional ganha amplitude nas discussões que estendem a aferição da constitucionalidade às questões políticas ofensivas à Lei Fundamental no campo das garantias constitucionais.

Diante da complexidade em demarcar os limites do jurídico-político e face à necessidade da intervenção judiciária para preservar o equilíbrio dos checks and balances, inadmite-se o retraimento do Poder Judiciário "na ordem constitucional das sociedades livres." (20)

Nestes termos, a modalidade de controle por via de exceção ou defesa (21) tornou-se instrumento legítimo para a reivindicação das garantias constitucionais amparadas pelo Título II, Capítulo I, da Lei Fundamental da República Federativa do Brasil; vg: aquelas concernentes aos direitos e deveres individuais, sociais, políticos e da nacionalidade, vez que, excluir as questões políticas do controle jurisdicional, restringindo sua arguição à via direta, figurar-se-ia critério discriminativo de exercício da cidadania, sabido que a legitimidade ad causam ativa para interposição desta ação é restritiva. (22)

Diria Paulo Bonavides: "todos os atos legislativos passíveis de uma averiguação de constitucionalidade constituem matéria política." (23) A afirmação se reforça em se tratando de Medidas Provisórias, editadas pelo Poder Executivo Federal, e que se tornaram objeto de

permanente questionamento judicial no tocante à sua adequação à Carta Magna. (24) Daí a tese defendida pelo autor, no sentido de que, a alçada judicial ao conhecer atos legislativos incompatíveis com a Lei Maior em matéria de direitos individuais, traça limites eficazes à onipotência do Estado, desarmando-o. "O direito que nos tribunais limita a ação política do legislador, em verdade tolhe os poderes absolutos do Estado." (25)

Amparar os direitos do cidadão, a nível individual e coletivo, revela-se como a principal conquista do constitucionalismo do Ocidente. Desta forma, outra postura não poderia assumir o Estado de Direito que, ao proclamar a autoridade do Poder Judiciário to decide on the rights of individuals na histórica decisão de John Marshall, fez-lhe o pilar de sustentação do sistema democrático.

Se a separação dos poderes descortina-se como a melhor forma de governar, na lição de Montesquieu, o fortalecimento do judicialismo impõe-se como "a primeira salvaguarda da democracia." (26)

Rui Barbosa, eminente constitucionalista do passado, afirmaria a propósito: "Quem dá às Constituições realidade, não é nem a inteligência que as concebe, nem o pergaminho que as estampa; é a magistratura que as defende." (27)

A preeminência da Judicatura projeta o "futuro da democracia enquanto expressão, síntese e substância de quatro gerações de direitos, cuja concretude, garantia e universalidade, arrimada a elementos constitucionais de proteção, nunca poderá, amanhã, prescindir da intervenção eficaz e, se necessário, criativa, do aparelho judiciário." (28)

Tais reflexões, por certo, não conduzem ao que Eduard Lambert denominaria de o "governo dos juizes", no qual as decisões dos Tribunais Constitucionais, adotadas por motivos de conveniência e oportunidade política, ocasionariam, dentre outras conseqüências, o fim da jurisdição constitucional, conforme adverte Francisco Fernandez Segado. (29)

A busca é pelo permanente comprometimento do Poder Judiciário com a legitimidade, "no caminho da honra que a ética da democracia lhe traça, honra depositada nos valores constitucionais, cuja defesa cabe à magistratura." (30)

A afirmação do Estado como ethos, ideal da cultura cívica e política (31), converge para uma compreensão orientada por diretrizes morais, resultado da dialética construtiva. (32)

Neste universo, a prática jurídica, argumentativa por excelência, deve formular pretensões cognitivas que explicitem uma normação comprometida com o "princípio universal de justiça". (33)

As formulações teóricas de Paulo Bonavides – consciência inquietante da desfiguração do Estado de Direito - sugerem, precisamente, a renovação substantiva e axiológica do papel do magistrado, que não se furta aos imperativos categóricos da República (34), premissa do Estado Democrático de Direito. E é sob esta dimensão estruturante de revitalização que se contextualiza o pensamento e a obra deste emérito constitucionalista e professor: sem dúvida, um desafio aos sistemas de controle e equilíbrio do poder estatal.

Referências

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria da Constituição*. São Paulo: Resenha Universitária, 1979.

BONAVIDES, Paulo. *Do país constitucional ao país neocolonial: a derrubada da Constituição e a recolonização pelo golpe de Estado institucional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. *Teoria constitucional da democracia participativa. Por um direito constitucional de luta e resistência. Por uma nova hermenêutica. Por uma repolitização da legitimidade*. São Paulo, Malheiros 2001.

CANOTILHO, J.J Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1999.

GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Derecho constitucional comparado*. Madrid: Alianza Ed., 1984.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1977. v. ii.

LASSALLE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. Tradução de Walter Stöner. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1985.

GARCIA BELAUNDE, D; FERNANDEZ SEGADO, F.; HERNANDEZ VALLE, R. (Coord.). *Los sistemas constitucionales Iberoamericanos*. Madrid: Dykinson, 1992.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional: introdução à teoria da Constituição*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1988. t. ii.

MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

NAKHNIKIAN, George. *El derecho y las teorías éticas contemporáneas*. Tradução de Eugenio Bulygin e Genaro R. Carrió. México: Fontamara, 1993.

PINTO, Luzia Marques da Silva Cabral. *Os limites do poder constituinte e a legitimidade material da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 1999. 240 p.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução de Vamireh Chacon. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1981.

SEGADO, Francisco Fernandez. *La jurisdiccion constitucional en España*. Madrid: Dykinson, 1984.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

(1) O Professor Paulo Bonavides, brilhante constitucionalista brasileiro, é Professor Emérito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará; doutor *honoris causa* pela Universidade de Lisboa; Professor Visitante nas Universidades de Colonia, Tennessee e Coimbra; Membro Correspondente da Academia de Ciência da Renânia do Norte-Westfália na Alemanha; do Instituto de Derecho Constitucional y Político da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Nacional de La Plata na Argentina; do Grande Colégio de Doutores da Catalunha; Membro do Comitê de Iniciativa que fundou a Associação Internacional de Direito Constitucional em Belgrado; Membro da “Association Internationale de Science Politique” na França; da “Internationale Vereinigung fuer Rechts-und Sozialphilosophie” em Wiesbaden, Alemanha; da Academia Brasileira de Letras Jurídicas; do Instituto Ibero-Americano de Direito Constitucional, da Ordem dos Advogados do Brasil, do Instituto dos Advogados Brasileiros e “Nieman Fellow Associate” da Universidade de Harvard. Prêmio Carlos de Laet da Academia Brasileira de Letras; Prêmio Medalha Rui Barbosa da Ordem dos Advogados do Brasil e Prêmio Teixeira de Freitas do Instituto dos Advogados Brasileiros.

(2) Malheiros, São Paulo, 2001.

(3) Id, p. 7.

(4) Malheiros, São Paulo, 2004, 15. ed.

(5) Malheiros, São Paulo, 2004, 15. ed.

(6) HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1977. v. ii.

(7) *Teoria Constitucional da Democracia Participativa*, op. cit., p. 17.

(8) Id., p. 18.

(9) BONAVIDES, Paulo. A despolitização da legitimidade. **O Direito**, Lisboa, ano 125, 1993. Separata, p. 61.

A pacificação do Estado Social neutraliza a cidadania, substituindo-a por uma relação de clientela. O Estado é apresentado como uma empresa, que tem por acionistas cidadãos com dividendos desiguais a receber, mas todos interessados numa boa gestão, dependentes que são da qualidade e dos serviços sociais por ele prestados. “Teoricamente, portanto, o exercício do poder relevará mais da técnica do que da ideologia.” PINTO, Luzia Marques da Silva Cabral. *Os limites do poder constituinte e a legitimidade material da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 1999. p. 188. Do ponto de vista da ação política a consequência é nefasta. A democracia, erigida à medida supra-ordinatória e institucionalizada na norma racional, é reduzida a mito por não guardar correspondência com a realidade.

(10) Buscando o aperfeiçoamento da ordem social e jurídica, novas correntes doutrinárias teorizam sobre o Poder, propondo modelos que legitimam o Estado como comunidade política moral, fundadas na premissa de revitalização e cumprimento dos direitos individuais. Autores como John Rawls, Robert Nozick e Ronald Dworkin, buscam reinterpretar o contratualismo e o próprio liberalismo a partir da dimensão de conflitualidade que a democracia, como processo, oferece. Nas palavras de Habermas, “o Estado democrático de direito não se apresenta como uma

configuração pronta, e sim, como um empreendimento arriscado, delicado e, especialmente, falível e carente de revisão, o qual tende a reatualizar, em circunstâncias precárias, o sistema dos direitos, o que equivale a interpretá-los melhor e a esgotar de modo mais radical o seu conteúdo.” In: *Direito e Democracia*, vol. ii, op. cit., p. 118.

(11) BONAVIDES, Paulo. *Teoria Constitucional da Democracia Participativa*, op. cit., p. 21. A propósito, Friedrich Muller assevera que a concretização prática da norma constitucional transcende a interpretação literal da *ratio*, termos em que a metódica alcança todas as formas de cognoscibilidade. Lê-se: “Onde normas constitucionais estão em jogo, a legislação, a administração pública e o governo trabalham, em termos de metódica da Constituição, em princípio do mesmo modo como o Poder Judiciário e a pesquisa da ciência jurídica. Ao lado do modo de argumentação desta, uma metódica do direito constitucional diz portanto respeito a toda a ação constitucionalmente orientada de titulares de funções estatais. O estilo de trabalho de todas essas instâncias pode ser apreendido de forma estruturalmente unitária na matéria fundamental e em larga escala *cientificizada* do direito constitucional.” In: *Métodos de trabalho do Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 23.

(12) Id., p. 21.

(13) Ibid., p. 22.

(14) A eficácia da garantia jurisdicional na fiscalização da constitucionalidade é sustentada por Jorge Miranda: “Se é verdade que qualquer meio, em princípio, pode ser elevado a jurídico e se uma garantia política ou uma garantia privada da Constituição se perfilam entre as garantias jurídicas, havemos de reconhecer que o meio jurisdicional se revela o meio de garantia de conteúdo jurídico mais rico.” In: *Manual de direito constitucional: introdução à teoria da Constituição*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1988, t. ii, p. 305.

(15) Francisco Fernandez Segado destaca a relevância da atuação da Tribunal Constitucional, a quem corresponde desempenhar importantíssima função integradora: “Es misión del mismo afirmar la primacía de la Constitución y ésta – y ello no puede ser olvidado – tiene una decisiva función integradora que se muestra en la afirmación de unos valores que sustentan y orientan el proceso integrador, así como por el establecimiento de unas normas por referencia a las cuales la pluralidad de los preceptos se integra en la unidad fundamental del orden jurídico.” In: *La jurisdicción constitucional en España*. Madrid: Dykinson, 1984, p. 54.

(16) *Teoria Constitucional da Democracia Participativa*, op. cit., p. 237. Deste teor a doutrina de Jorge Miranda, onde se lê: “A Constituição deve ser tomada, a qualquer instante, como um todo, na busca de uma unidade e harmonia de sentido. O apelo ao elemento sistemático consiste aqui em procurar as recíprocas implicações de preceitos e princípios em que aqueles fins se traduzem, em situá-los e tentar defini-los na sua inter-relação e em tentar, assim, chegar a uma idónea síntese globalizante, credível e dotada de energia normativa (...)” op. cit., p. 228

(17) Ferdinand Lassalle, em 1863, formularia estudos precursores a respeito dos fundamentos não formais, mas essenciais, de uma Constituição, ao criticar a autoritária *Lex Magna* Prussiana de 1850 no texto **Über die Verfassung**, cujo título em português é *A Essência da Constituição*, tradução de Walter Stöner, prefácio de Aurélio Wander Bastos, Editora Liber Juris, Rio de Janeiro, 1985. “Sua teoria diferenciadora entre a Constituição real e a Constituição escrita (formal), assim como o seu reducionismo sociológico, circunscrevendo a tradicional figura imperativa do Direito - a lei fundamental - aos fatores reais de poder, põe definitivamente em questão a lógica da racionalidade jurídico-formal e abre a discussão sobre a teoria da eficácia das leis.; In: BASTOS, Aurélio Wander. Prefácio da *A Essência da Constituição*, op. cit. p. xxii. Veementemente refutado pela “norma pura” kelseniana, o determinismo lassalista, em contrapartida, projetar-se-ia aprimorado pela jusfilosofia analítica contemporânea, em suas análises reflexivas acerca da ética teórica e da ética normativa. A propósito do tema consultar: NAKHNIKIAN, George. *El derecho y las teorías éticas contemporáneas*. Tradução de Eugenio Bulygin y Genaro R. Carrió. México: Fontamara, 1993.

(18) Na lição de Francisco Fernandez Segado: “Es obvio que conceptos como Estado de Derecho, Estado social, libertad, igualdad ..., no pueden ser interpretados sin tener muy presentes las ideas o convicciones sociales y políticas de una comunidad en un momento histórico concreto. Partiendo de esta premisa, pensamos con *Lucas Verdú* que la Justicia Constitucional óptima no se asienta en una consideración del órgano titular de la misma como una instancia puramente técnica según los esquemas kelsenianos de la pureza metódica, apartándolo de la realidad vital del Estado que es dinamismo político; de ser así, el logro de “*a living constitution*”, una constitución viva, vigente, acorde con la realidad social, conseguido en Norteamérica a través de la “*judicial review*”, sería mera utopía.” In: *El sistema constitucional Español*. Madrid: Dykinson, 1992. p. 1053.

(19) Este é o entendimento de Manuel García-Pelayo: “La efectividad del Derecho constitucional radica precisamente en la relación dialéctica entre norma y poder, en el hecho de que, si no hay norma jurídica sin poder, no es menos verdad que ningún poder, sobre todo un poder colectivamente ejercido, puede desarrollarse y tener efectividad al margen de las normas, de modo que sin una normativización de los órganos e instituciones supremas del Estado carecería de estructura y se disolvería en el caos.” In: *Derecho constitucional comparado*. Madrid: Alianza Ed., 1984, p. 115.

(20) BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 292.

21) Forma de controle da constitucionalidade exercitável à vista de um caso concreto, posto em Juízo, e cujos efeitos declaratórios da sentença só fazem coisa julgada entre as partes litigantes. Sobre o tema consultar: SILVA, José Afonso da, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 6ªed., Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1990, pp.45 *et. seq.* Ver, ainda, a publicação espanhola; GARCIA BELAUNDE, D.; FERNANDEZ SEGADO, F.; HERNANDEZ VALLE, R. (Coord.). *Los sistemas constitucionales Iberoamericanos*. Madrid: Dykinson, 1992. p. 129-210.

(22) Podem propô-la, somente, o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa de Assembléia Legislativa dos estados-membros da Federação; o Governador de estado; o Procurador-Geral da República; o Conselho da Ordem dos Advogados do Brasil; partido político com representação no Congresso Nacional e, por fim, confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional, nos termos do disposto no artigo 103, da Constituição Federal, promulgada em 1988.

(23) BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, op. cit., p. 287.

(24) Prevê, o processo legislativo brasileiro, a edição de Medidas Provisórias, com força de lei, pelo Presidente da República, em casos de urgência e relevância. Uma vez editadas, deverão ser submetidas, de imediato, ao Congresso Nacional, a fim de serem convertidas em lei no prazo de trinta dias: Artigo 62 e seu parágrafo único, da Constituição Federal. Ocorre, contudo, que tal procedimento não se verifica na prática. As Medidas Provisórias não apreciadas pelo Poder Legislativo são sucessivamente reeditadas, possibilitando-se, desta maneira, que o Poder Executivo Federal atue como verdadeiro legislador, e o que é, pior, amparado por decisão do Supremo Tribunal Federal que julgou constitucional esta manifesta invasão de competência. Basta considerar existir Medida Provisória reeditada mais de quarenta vezes, e todas já somam, desde a sua instituição em 1988, mais de duas mil.

(25) *Curso de direito constitucional*, op. cit., p. 291.

(26) BONAVIDES, Paulo. *Do país constitucional ao país neocolonial: a derrubada da Constituição e a recolonização pelo golpe de Estado institucional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 75.

(27) *Id.*, p. 84.

(28) *Ibid.*, p. 74.

(29) *El Sistema Constitucional Español*, op. cit., p. 1053.

(30) BONAVIDES, Paulo. *Do país constitucional ao país neocolonial*, op. cit., p. 85.

(31) CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1999. p. 496.

(32) Ao contrário do sustentado pelos positivistas, na iuris dictio, inexistente distinção entre Moral e Direito, posto estar aquela integrada na principiologia do Ordenamento Jurídico. Por conseguinte, as decisões judiciais encontram-se circunscritas às tradições morais historicamente construídas porque exprimem a cultura, os valores e princípios de "uma comunidade de intérpretes", na melhor acepção do pensamento dworkiano. Mais, a Justiça como equidade, edifica-se a partir do juízo social dos indivíduos, num contexto de racionalidade, que perspectiva procedimentos moralmente justificados. Gomes Canotilho identifica na estrutura funcional das decisões do Tribunal Constitucional complexidade tridimensional, a saber: dimensão processual; dimensão interpretativa, criadora e integradora do Direito Constitucional e dimensão político-constitucional; dimensões que se fundem na dinâmica do Estado de Direito. Id., p.1113.

(33) John Rawls, em célebre livro, *Uma Teoria da Justiça*, tradução de Vamireh Chacon, Editora Universidade de Brasília, Brasília, 1981, busca uma definição racional do princípio universal de justiça, a justiça distributiva, entendida como equidade. Recorrendo ao racionalismo kantiano, a idéia de justiça em Rawls está relacionada à metodologia construtivista que busca definir uma idéia determinada de pessoa (racional, autônoma e livre), envolvida num determinado procedimento (o contrato), com uma determinada finalidade (a escolha os princípios básicos de justiça equitativa). Sob outra perspectiva, trata-se de negociação cujos representantes são cidadãos livres e iguais, que buscam um acordo – a Constituição – onde os princípios de justiça e a elaboração de um processo político justo, constem naturalmente no Pacto. Nas suas palavras:

“O sistema político que presumo ser alguma forma de democracia constitucional, não seria um procedimento justo se não corporificasse tais liberdades.” In: op. cit., p. 160-161. Nos moldes do contratualismo pufendorfiano, firmada a Constituição ideal, os negociadores avançariam para uma nova etapa tornando-se legisladores. Ora, se neste segundo contrato os legisladores falharem ao tentar maximizar as condições de justa igualdade de oportunidade, não estendendo-a à todos os atores sociais, o construcionismo judicial se afigura como a resposta correta para alcançar-se a justiça distributiva.

Por óbvio não se quer atribuir ao Poder Judiciário papel legiferante, em manifesta contrariedade à autonomia e à separação dos Poderes consagrada na grande maioria dos Textos Constitucionais do Ocidente. O que se quer, é reconhecer a importância da sua atuação no sentido de suprir, aperfeiçoar e atualizar a norma legislativa para atender as transformações jurídicas, políticas, sociais e econômicas do Estado. BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria da Constituição*. São Paulo: Resenha Universitária, 1979. p. 93-94.

(34) “Enquanto o juiz aplicador se guia por um logicismo que gira primacialmente ao redor da norma-texto na terminologia de Müller, o juiz intérprete haure sua maior força e dimensão hermenêutica na esfera dos princípios, mas se move tecnicamente no círculo de um pluralismo normativo tópico onde a norma-texto é apenas o ponto de partida da normatividade investigada e achada ao termo do processo decisório concreto, segundo assinala a teoria estruturante do Direito, da qual Friedrich Müller, já citado, é seu mais insigne formulador e jusfilósofo.” BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa*, op. cit., p. 23.