

Eqüidade e Jurisdição Constitucional: Notas sobre a Determinação Normativa dos Direitos Constitucionais

MARCUS FARO DE CASTRO

SUMÁRIO

1. *Introdução.*
 - 1.1. *Constituição e política.*
 - 1.2. *A injunção e os parâmetros normativos informais.*
2. *A eqüidade moderna como princípio de renovação histórica.*
3. *A justiça substantiva como elemento da crise institucional: o exemplo do direito de eqüidade inglês.*
4. *Conclusão: políticas públicas e a doutrina constitucional brasileira contemporânea.*

1. *Introdução*

1.1. *Constituição e política*

Toda Constituição moderna articula um projeto de organização política, como parte da construção histórica da sociedade. Por isso as Constituições, de um lado, procuram resolver as crises institucionais herdadas do passado histórico⁽¹⁾. De outro lado, contudo, o significado político, presente e futuro, das Constituições depende de como as normas constitucionais se realizam em práticas sociais e estatais concretas. Em outras palavras, o significado político das Constituições depende da maneira e do grau em que o projeto de organização política se articula e se difunde nos processos de estruturação da sociedade e do Estado. É nesse contexto que *adquire importância* o trabalho da elaboração doutrinária e jurisprudencial do direito das Constituições.

(1) Cf. estudos reunidos in Vernon Bogdanor (org.), *Constitutions in Democratic Politics*, Aldershot, Gower, 1988, pp. 173 e ss.

Como projeto de organização política, a Constituição brasileira de 1988 valorizou e ampliou, em maior medida do que as que a antecederam, os direitos e liberdades constitucionais. A lista aprovada de direitos e liberdades constitucionais é sem dúvida extensa, mas seu significado político e constitucional depende da atividade de determinação normativa exercida pelos órgãos da República. O conjunto de práticas sociais e estatais gerado por essa atividade condiciona tanto a estrutura institucional a que corresponde o projeto de organização política da Constituição quanto a sua viabilidade histórica.

Precipitada a crise política e social, os órgãos da República são levados a proceder em uma das seguintes direções. Podem gerar contradições institucionais patentes e extremas, tais como a que se caracteriza no confronto entre, de um lado, a adoção, pelo governo, de determinado conjunto de políticas econômicas que produzam a diminuição ou preterição de liberdades anteriormente obtidas ou presentemente desejadas por grupos sociais (como, por exemplo, as que se refletem diversamente em níveis salariais, regimes de propriedade, serviços assistenciais etc.); e, de outro lado, o compromisso institucional com princípios de leis gerais e doutrinas abstratas, administradas pelo Estado, inclusive o Judiciário, como critérios normativos da ordem constitucional, estabelecida em nome das liberdades que, paradoxalmente, se cerceiam na prática. A outra direção em que os órgãos da República são levados a proceder em situação de crise é a da implementação de reforma parcial do projeto de organização política, ou a de sua completa rejeição, mediante a dissolução das instituições políticas, com vistas à formulação de projeto histórico alternativo. Estes são os casos da emenda constitucional e de elaboração de nova Constituição.

Descartadas as hipóteses da emenda constitucional ou de nova Constituição, as contradições institucionais que se estabelecem através do trabalho de políticos, tecnocratas e tribunais geram pressões que atuam sobre a atividade de determinação normativa em geral, e ampliam o potencial de instabilidade difundido na estruturação prática do projeto de organização política expresso na Constituição. Por isso, a análise das atividades de determinação normativa conduzidas pelos diversos órgãos da República deve ser especialmente exercida, com elevado grau de apuro conceitual, pela doutrina e jurisprudência constitucionais⁽²⁾. A doutrina do mandado de injunção de base constitucional forma um dos campos de elaboração conceitual desse trabalho analítico.

1.2. *A injunção e os parâmetros normativos informais*

A Constituição brasileira de 1988 prevê, no art. 5.º, LXXI, a concessão de mandado de injunção, nos casos em que a falta de norma regulamentar

(2) Sobre o tema da jurisdição constitucional, ver discussão e referências em José Afonso da Silva, "Tribunais Constitucionais e Jurisdição Constitucional", in *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, jan./jul. 1985, pp. 495-524.

represente obstáculo ao exercício de direito ou liberdade constitucional. Ao instituir a prestação do mandado de injunção, o dispositivo constitucional pela Constituição aos tribunais, no que se refere ao exercício da jurisdição referido suscita questão relevante para a definição dos poderes conferidos destinada a garantir o gozo dos direitos e liberdades constitucionais, cuja violação não possa ser caracterizada de acordo com os parâmetros oferecidos por textos normativos regulamentares em vigor. Com efeito, trata-se de definir qual o fundamento normativo, subordinado e complementar ao texto constitucional, que oferece os elementos norteadores da concessão dos mandados de injunção. Na falta de base normativa formal — a saber, a norma regulamentar — há que precisar a amplitude do poder conferido pela Constituição ao Judiciário, para a concessão das injunções previstas no art. 5.º, LXXI. Obviamente, tal poder não é, e nem deve ser, absoluto; contudo, considerá-lo inexistente, ou não exercê-lo, em flagrante prejuízo ao gozo de direitos e liberdades constitucionais, equivaleria a transformar em letra morta o dispositivo constitucional citado.

Nas tradições jurídicas modernas, a injunção aparece, certamente em sua forma mais desenvolvida, no direito anglo-saxão. Sua base histórica e doutrinária é a tradição jurisprudencial estabelecida através do exercício da jurisdição especial, que se diferenciou, no final da Idade Média, das atribuições gerais até então reconhecidas à chancelaria do monarca inglês (3). Seria um erro admitir que o art. 5.º, LXXI, da Constituição brasileira se refira à aplicação, por tribunais brasileiros, do direito de equidade inglês medieval, ou das doutrinas que com base neste se desenvolveram ao curso dos séculos, e que oferecem parte dos instrumentos normativos do direito anglo-saxão hodierno.

Contudo, como noção geral, a equidade se insere entre os vários conjuntos de parâmetros normativos informais, que se manifestam diversamente nos diferentes sistemas legais contemporâneos (4). Tais parâmetros se confundem, em larga medida, com a construção doutrinária e jurisprudencial das cláusulas legais e constitucionais de conteúdo substantivo reconhecidamente variável (5). De fato, enquanto prescrição formulada pelo Judiciário para suprir a falta de norma formal incidente, a injunção se relaciona ao poder genérico dos tribunais de recorrerem a parâmetros normativos informais, que se articulam, mais apropriadamente, através da atividade de determinação normativa estruturada nas hierarquias dos tribunais admi-

(3) Ver adiante notas 23 a 41 e texto correspondente.

(4) Ver Ralph Newman (org.), *Equity in the World's Legal Systems*, Bruxelles, Etablissements Emile Bruylant, 1973.

(5) Cf. Chaim Perelman e Raymond Vander Elst (orgs.), *Les Notions à contenu Variable en Droit*, Bruxelles, Etablissements Emile Bruylant, 1984.

nistrativos ou judiciais (6). Contudo, tais parâmetros informais não podem refletir o puro arbítrio do julgador ou o simples interesse da parte litigante. Por outro lado, não devem simplesmente reproduzir o senso comum, que é permeável a toda sorte de preconceitos e ideias irracionais. É necessário, portanto, que elementos doutrinários e teóricos sustentem intelectualmente os critérios das decisões judiciais fundamentadas em tais parâmetros normativos informais, os quais formam sínteses racionais de orientação política. O esforço da filosofia do direito deste século pode ser entendido como o de elaboração desses elementos doutrinários e teóricos. As fórmulas genéricas, de tendência universalística, dificultam a elaboração abstrata de fatores contingentes, situados em tradições e contextos políticos específicos. Não obstante, a exposição de certos conceitos genéricos faz-se necessária em fase preliminar às análises substantivas.

Como parte da tarefa de sustentação teórica da doutrina constitucional relativa ao art. 5.º, LXXI, da atual Constituição brasileira, é preciso que se determine o significado do conceito de equidade enquanto base histórica dos parâmetros normativos informais em geral. Tal exame tem por objetivo precisar conceitos úteis ao desenvolvimento da doutrina especial do art. 5.º, LXXI, da Constituição brasileira de 1988.

Dois são os temas desenvolvidos abaixo. O primeiro diz respeito à distinção entre os conceitos de equidade antigo e moderno. Se, como no caso do direito anglo-americano, a equidade pode ser tomada como base normativa da injunção, certamente não se trata da concepção de equidade a que se referiam os pensadores antigos e medievais, na tradição do direito natural. É o que adiante se discutirá.

O segundo tema abordado abaixo se refere ao caráter político da atividade jurisdicional comprometida com ideais de justiça substantiva. As doutrinas anglo-saxãs do direito de equidade exemplificam como tal atividade jurisdicional, baseada em parâmetros normativos informais, fornece elementos para a construção histórica da sociedade. A justiça substantiva do direito de equidade inglês concorreu para a formação do direito anglo-saxão moderno e constitui um importante corpo de princípios dos sistemas de direito contemporâneos que integram aquela tradição jurídica. Contudo, conforme adiante se indica, o direito de equidade inglês inicialmente exerceu, como prática de justiça substantiva relacionada à modernização econômica e política, pressões desestabilizadoras das instituições

(6) As limitações dos processos administrativo e legislativo para a elaboração de normas apropriadas às situações emergentes nas sociedades contemporâneas são discutidas em André Hauriou, "Le Droit Administratif de l'Aléatoire", in Jacques Basso, Robert D'Avril e outros, *Mélanges Offerts à Monsieur le Doyen Louis Trotabas*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1970, pp. 197-225; Roscoe Pound, *The Formative Era of American Law*, Gloucester, Peter Smith, 1960, pp. 38-80; e Guido Calabresi, *A Common Law for the Age of Statutes*, Cambridge, Harvard University Press, 1982. Cf. também Georges Ripert, *Le Déclin du Droit*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1949, pp. 157-161 e *passim*.

vigentes. Tais pressões encontram sempre um limite, condicionado por fatores político-institucionais correntes, cujo impacto sobre a ordem política da sociedade tem em geral permanecido fora do âmbito da elaboração doutrinária do direito constitucional. No caso do direito inglês, essas pressões foram neutralizadas pela relativa formalização do direito de equidade, combinada com o relativo declínio do formalismo do direito comum, no contexto da consolidação conceitual do direito e do constitucionalismo liberais nos séculos dezoito e dezenove, de que resultou a fusão de ambas as formas de jurisdição mencionadas.

2. A equidade moderna como princípio de renovação histórica

Como se sabe, o conceito de equidade ou justiça não é exclusivamente moderno. Sua origem remonta à filosofia política clássica e aos primórdios da tradição greco-romana do direito natural. Essa tradição formulou a idéia da ordem harmônica do cosmos, em que se integra a ordem política e social. De acordo com as doutrinas da antigüidade, a sociedade política existe, não como resultado de critérios preferidos por atores sociais, dotados de consciência autônoma, mas sim como necessidade inerente à ordem natural⁽⁷⁾. A ênfase do pensamento antigo na ordem perene da natureza como fundamento da organização política, portanto, excluía a determinação da estrutura das relações humanas com base na volição ou inteligência autônoma dos atores sociais⁽⁸⁾. A idéia de contrato, assim como a de equidade ou justiça, na teoria do direito natural antigo, supõem a referência, não a volições autônomas de autores sociais, que devam ser protegidas em si mesmas, mas sim ao todo harmônico da ordem natural e aos critérios normativos equilibradores que dela se derivam⁽⁹⁾. Equidade ou

(7) Ver Aristotle, *The Politics*, 1252 a 24-1253 a 39.

(8) Daí a hierarquia, revertida na modernidade, de dependência do cidadão relativamente à ordem política estabelecida na *polis*, tida como necessária à realização da natureza humana. Cf. Jürgen Habermas, *Theory and Practice*, Boston, Beacon Press, trad. 1973, pp. 41-42. Argumentos a respeito do contraste entre o antigo e o moderno em política freqüentemente sugerem o dualismo em que se contrapõem, de um lado, a liberdade individual moderna e, de outro, a prática de participação cívica dos antigos caracterizada como sujeição do indivíduo à coletividade política. Ver, por exemplo, Benjamin Constant, *Cours de Politique Constitutionnelle*, Paris, Librairie de Guillaumin & Cie, 1872 (reimpr. Genève, Slatkine, 1982), vol. II, pp. 204 e ss. O tema pode, contudo, ser visto a partir de ângulo distinto, a saber, o que se relaciona ao dualismo constituído do contraste entre, de um lado, a liberdade antiga, vista como condição subordinada à ordem natural, cuja necessidade é filosoficamente postulada; e, de outro, a liberdade moderna enquanto capacidade de resistência ou oposição à ordem ditada pela natureza ou simplesmente herdada do passado histórico. Sobre esta última perspectiva, cf. J. Habermas, *op. cit.*, pp. 50 e ss. Sobre o tradicionalismo no Brasil, inclusive em sua formulação jusnaturalista, ver referências em Ubiratan de Macedo, "O Tradicionalismo no Brasil", in Adolpho Crippa (org.), *As Idéias Políticas no Brasil*, São Paulo, Editora Convívio, 1979, pp. 227-248.

(9) Cf. Michel Villey, *La Formation de la Pensée Juridique Moderne*, Paris, Les Éditions Montchrestien, 1968, pp. 36-68; e Constantin Destopoulos, "La Notion de Synallagma chez Aristote", in *Archives de Philosophie du Droit*, vol. XIII, Paris, Sirey, 1968, pp. 115-127.

justiça, no contexto do direito natural antigo, significa dar a cada um o que lhe é devido, a sua justa medida, de acordo com a ordem harmônica filosoficamente atribuída ao universo e à sociedade. É com o sentido de participação na ordem do cosmos que a definição de *ius* como *ars boni et aequi* aparece nas primeiras linhas do Digesto de Justiniano⁽¹⁰⁾. A referência à ordem necessária da natureza, como modo de determinação da ordem política e social, se transmite ao pensamento tomista⁽¹¹⁾, que, sancionado pela Igreja, prepondera durante grande parte da Idade Média.

A influência das doutrinas nominalistas e da teologia protestante modificam, na Idade Moderna, o significado do conceito de direito natural. Para o pensamento moderno, a natureza não é mais concebida como um todo harmônico, mas, ao contrário, como uma fundamental interrogação, que convida à especulação filosófica e científica. A certeza da ordem cósmica dos antigos, substitui-se a dúvida cartesiana, a curiosidade teórica⁽¹²⁾. Por outro lado, o declínio da confiança filosófica em uma ordem natural predeterminada, e nos dogmas ontoteológicos do catolicismo medieval, contribui para a formação da possibilidade perene do conflito político, estudada por Hobbes e Maquiavel.

O conceito moderno de equidade ou justiça, portanto, está ligado ao surgimento da noção do direito natural moderno, como possibilidade constante de renovação histórica e de realização da liberdade individual, que se concebe imune a constrangimentos que não sejam articulados e aceitáveis politicamente. A noção moderna de equidade ou justiça, por isso, relaciona-se também à idéia de liberdade individual politicamente estruturada⁽¹³⁾. Na formação histórica dos Estados nacionais, desde o final da Idade Média até o século dezanove, a idéia de liberdade em sua relação

(10) *The Digest of Justinian*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 1985, vol. I, Livro 1.1. Ainda que se conceda algum peso ao fato de que as doutrinas estóicas sejam possíveis precursoras de idéias modernas de liberdade e se tenham difundido entre os romanos, a motivação teórica dos juristas daquela sociedade não é considerada um fato plausível. Sobre a improvável divisão dos juristas romanos em escolas teóricas, cf. Herbert Jolowicz, *Historical Introduction to the Study of Roman Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 1972, pp. 378-380. A idéia romana de *aequitas* não deve, portanto, ser considerada como equivalente à de equidade, que se desenvolveu mais tarde, embora seja aceitável supor que para a elaboração desta última tenham contribuído Cícero e Lactantius como propagadores da doutrina estóica da ordem natural. Sobre este último ponto, cf. Ernst Bloch, *Natural Law and Human Dignity*, Cambridge, MIT Press, trad. 1988, pp. 17-24.

(11) Cf. M. Villey, *op. cit.*, pp. 123-134.

(12) Ver Hans Blumenberg, *The Legitimacy of the Modern Age*, Cambridge, MIT Press, trad. 1983, pp. 229 e ss.

(13) Para a formação do conceito moderno de organização política baseada em direitos individuais, contribuíram as doutrinas eclesiásticas precursoras do constitucionalismo. Cf. Quentin Skinner, *The Foundations of Modern Political Thought*, Cambridge, Cambridge University Press, 1978, vol. II, pp. 114-123.

com práticas sociais concretas ganhou expressão detalhada nas doutrinas jurídicas da propriedade e da liberdade de contratar⁽¹⁴⁾, que foram incorporadas ao conceito mesmo de Constituição⁽¹⁵⁾. Essa foi a obra de consolidação conceitual do constitucionalismo, como corrente do pensamento liberal, que, enquanto justificava as práticas sócio-econômicas, teve caráter marcadamente privatístico, virtualmente excluindo o detalhamento doutrinário da estruturação político-administrativa das liberdades recentemente instituídas. A crise do liberalismo⁽¹⁶⁾ e a reorganização, a partir do final do século dezenove, das doutrinas jurídicas que lhe eram próprias⁽¹⁷⁾ determinaram o questionamento, que permanece até hoje, da consolidação conceitual específica estabelecida no constitucionalismo liberal. A técnica constitucional pós-liberal introduziu, ao lado dos direitos individuais, os sociais ou coletivos, a que os juristas adicionaram as doutrinas de direito público justificadoras da atividade estatal exorbitante da estrita administração do direito privado liberal.

O questionamento da consolidação conceitual do constitucionalismo liberal, porém, aparece, aos olhos de muitos autores⁽¹⁸⁾, como a simples destruição da ordem normativa estruturada pelo pensamento político e jurídico dos séculos XVIII e XIX. Um dos expedientes teóricos a que se recorreu para fugir ao que se percebeu como possível destruição das liberdades doutrinariamente consagradas no constitucionalismo liberal foi precisamente a reintrodução, no pensamento jurídico, da teoria do direito natural antigo⁽¹⁹⁾, ou outras a esta semelhantes na exigência do vínculo de referência a uma ordem natural necessária, filosoficamente postulada. Alternativamente, propõem-se teorias normativas formalistas, associadas aos positivismos jurídicos⁽²⁰⁾. Essas teorias, porém, são todas elas opostas à

(14) Ver André-Jean Arnaud, *Les Origines Doctrinales du Code Civil Français*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1969, pp. 171-214.

(15) Ver "Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen du 26 août, 1789", in Maurice Duverger (org.), *Constitutions et Documents Politiques*, Paris, Presses Universitaires de France, 1966, pp. 3-4.

(16) Cf. Guido de Ruggiero, *The History of European Liberalism*, Boston, Beacon Press, trad. 1959, pp. 417-433.

(17) Cf. Alexander Alvarez, Léon Duguit e outros, *The Progress of Continental Law in the Nineteenth Century*, New York, Augustus M. Kelly, trad. 1969.

(18) Ver, por exemplo, Friedrich Hayek, *The Constitution of Liberty*, Chicago, Chicago University Press, 1960, pp. 234-249.

(19) Cf. Guido Fasso, *Storia della Filosofia del Diritto*, Bologna, Società editrice il Mulino, 1970, vol. III, pp. 305-309; e Charles Haines, *The Revival of Natural Law Concepts*, Cambridge, Harvard University Press, 1930, pp. 273 e ss. Ver também Carl Friedrich, *Perspectiva Histórica da Filosofia do Direito*, Rio de Janeiro, Zahar, trad., 1965, pp. 196-207.

(20) Cf. Hans Kelsen, *Pure Theory of Law*, Berkeley, University of California Press, trad. 1967; Herbert L. A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1961; e Niklas Luhmann, *A Sociological Theory of Law*, London, Routledge, Kegan & Paul, trad. 1985.

possibilidade de renovação histórica combinada com a proteção da liberdade individual politicamente estruturada, ambos elementos expressos no pensamento político moderno e no conceito de justiça ou equidade que lhe é associado.

Teoricamente liberada da referência conceitual necessária à ordem cômica preconstituída, característica do pensamento antigo, a idéia moderna de justiça ou equidade introduz a possibilidade de elaboração normativa em desafio aos critérios de estruturação política e social herdados do passado histórico. Assim, a capacidade de superação da autoridade puramente tradicional, ou transformada em rotina destituída de fundamento explícito na inteligência ou volição autônoma dos atores sociais, torna-se a essência da justiça substantiva moderna, de que foi exemplo a atividade jurisdicional geradora do direito de equidade inglês do século quatorze ao século dezessete. Contudo, paralelamente à justiça substantiva moderna, e comumente ostentada como superior a esta, desenvolveu-se também a justiça formal moderna (fundamentada nos conceitualismos e positivismos jurídicos), declaradamente comprometida com a proteção das estruturas políticas garantidoras do exercício da liberdade individual, porém incapaz de contribuir para a renovação histórica da sociedade, quando as instituições sociais e políticas presentes se mostram inadequadas para propiciar a experiência da liberdade a grupos sociais subalternos e às massas vilificadas na opressão ou no consumismo alienado.

O ideal de restabelecimento de uma ordem que se considera desaparecida ou ameaçada sob condições de crise, mas cujos fundamentos não são analisados em sua dimensão política, determinada esta com base na inteligência ou volição autônoma, presente e contextualizada, dos atores sociais, é sem dúvida congruente com a teoria do direito natural antigo, ou outras que lhe são equivalentes. Esse ideal, e as filosofias jurídicas que o acompanham, porém, não fornecem os instrumentos teóricos aptos a apoiarem a formação de parâmetros normativos informais, capazes de serem empregados na elaboração dos meios de preservação da liberdade individual politicamente estruturada e de sustentação da possibilidade de renovação histórica da sociedade, que definem o conceito moderno de justiça ou equidade.

3. *A justiça substantiva como elemento da crise institucional: o exemplo do direito de equidade inglês*

O constitucionalismo liberal sem dúvida visou à superação dos princípios de organização das sociedades pré-modernas, pois nestas não existiam meios institucionais apropriados ao exercício da volição ou inteligência autônoma, como bases originárias da estruturação política da liberdade e das condições de renovação histórica. O processo de modernização ins-

titucional, contudo, não foi, e nem poderia ter sido, idêntico em todas as sociedades. Se a centralização político-administrativa constituiu um elemento necessário à formação dos Estados nacionais ⁽²¹⁾, a implementação dos modos de interação social apropriados ao exercício da liberdade individual representava uma tendência oposta à disciplina política centralizante. As técnicas do constitucionalismo liberal, no que respeita a concepção de estruturação social mediante o exercício da liberdade sob as formas da autonomia da vontade contratante e da propriedade, forneceram um modelo de sucesso histórico, comprovado pela multiplicação das instituições liberais na esteira das conquistas napoleônicas. Porém, a contradição entre o ideal de proteção das liberdades consagradas pelo constitucionalismo liberal e a necessidade de formação ou manutenção da unidade política dos Estados nacionais sempre foi real, e sempre gerou pressões tendencialmente desestabilizadoras dos processos estatais, politicamente relacionadas às vicissitudes históricas de cada sociedade. No caso da formação nacional brasileira, os movimentos de escalada e retrocesso de tais pressões manifestam-se claramente, como se sabe, a partir das crises políticas que ameaçaram a integridade do Império ⁽²²⁾.

O potencial de desestabilização dos processos estatais hoje está ligado à atuação das burocracias administrativas e à política de massa. Contudo, sob condições históricas modernas, em que nem o costume local nem o direito natural antigo fornecem as bases políticas da interação social, a tendência, inerente ao constitucionalismo liberal, de desestabilização dos processos sociais e estatais específicos consagrados por essa corrente do pensamento jurídico-político, pode-se equiparar à que se desenvolve na atividade jurisdicional comprometida com ideais de justiça substantiva, exercida sempre com base em parâmetros normativos informais. O conflito entre o direito comum inglês e as doutrinas jurídicas elaboradas, desde o século quinze até os séculos dezoito e dezenove, através do exercício da jurisdição do direito de equidade, surgida na tradição política anglo-saxã, fornece um exemplo dessa relação. É o que se examina a seguir.

A partir da conquista normanda em 1066, o complexo mosaico de direitos feudais que então prevaleciam na Inglaterra sofre a crescente influência da centralização político-administrativa promovida pela Coroa. Um dos resultados do impulso centralizador que se introduz a partir do século onze naquela sociedade foi a criação do direito comum inglês, como base da organização social politicamente unificada sobre o território. A atividade das cortes reais, ao administrar o direito unificante da centraliza-

(21) Ver Charles Tilly (org.), *The Formation of National States in Western Europe*, Princeton, Princeton University Press, 1975.

(22) Ver Sérgio Buarque de Holanda (org.), *História Geral da Civilização Brasileira*, São Paulo, Difusão Européia do Livro, 1964, tomo II, vol. 2.

ção política, gera gradualmente um sistema de formas de ação, em que procedimentos caracterizados pela rigidez formal são associados à expedição de ordens escritas (*writs*), destinadas a gerir situações práticas específicas. Porque, à semelhança do direito romano pré-clássico, o direito comum inglês era, inicialmente, destituído de base doutrinária conceitual independente do sistema empírico das formas de ação, o alargamento da jurisdição das cortes de direito implicava na multiplicação das formas de ação em proporções excessivas. A formalização conceitual das doutrinas do direito inglês veio com o tempo, por obra das cortes e dos juristas ⁽²³⁾.

Porém, o que interessa para o presente argumento é que o direito comum inglês sofre, desde os séculos quatorze e quinze, a competição de um corpo de doutrinas que gradualmente se desenvolve a partir do centro orgânico do poder monárquico. Com efeito, a competência do escrivão ou chanceler real aos poucos se diferencia daquela reconhecida ao Conselho do Rei ⁽²⁴⁾. A jurisdição diferenciada inicialmente inclui a autoridade para dispor sobre matérias relativas a comerciantes estrangeiros, bem como as de direito marítimo e direito eclesiástico. Contudo, mais importante do que esse aspecto da competência do chanceler, é a autoridade, que este adquire, de dispor sobre os casos em que o direito comum não poderia se aplicar, seja em virtude de momentânea perturbação da ordem social, seja em consequência da falta mesma de normas apropriadas ao julgamento dos conflitos de interesse que se apresentavam. Essa é a origem do direito de equidade inglês ⁽²⁵⁾.

Em muitos de seus aspectos, o desenvolvimento do direito da equidade inglês ocorreu em oposição ao direito comum. Um traço importante dos poderes exercidos sob a jurisdição do direito de equidade era o fato de que os julgamentos não eram limitados pelas formas das ações características do direito comum. Ao contrário, a base da jurisdição do direito da equidade era o poder, tipicamente inquisitorial e independente do direito comum, de investigar a formação da vontade da parte e de impor a esta última, sob ameaça de se fazerem incidir penalidades, determinada conduta, como por exemplo o comparecimento perante o tribunal, ou o cumprimento de obrigação pessoal pactuada em contrato ⁽²⁶⁾.

(23) Ver Theodore Plucknett, *A Concise History of the Common Law*, Boston, Little, Brown and Company, 1956, pp. 381-382; e S. Milson, *Historical Foundation of the Common Law*, Boston/London, Butterworths, 1981, pp. 4-5 e 37 e ss.

(24) Ver William Holdsworth, *A History of English Law*, London, Methuen, 1966, vol. I, pp. 395-404.

(25) *Id.*, p. 405; e S. Milson, *op. cit.*, pp. 82-86.

(26) Cf. William Blackstone, *Commentaries on the Law of England*, Oxford, Clarendon Press, 1768, Livro III, capítulo XXVII.

É significativo que parte do direito real anglo-saxão, que integra o conjunto de normas reguladoras da economia política nos países inseridos naquela tradição jurídica, provenha das doutrinas elaboradas a partir da jurisprudência estabelecida pelos chanceleres ingleses. É o caso do direito dos *trusts* (27), originado das doutrinas elaboradas na jurisdição de equidade, que determinaram a ordenação oficialmente reconhecida das práticas referentes aos usos e à transmissão da propriedade com base em relações fiduciárias (28). Esse direito foi desenvolvido como resposta às limitações do direito comum. As doutrinas referentes a relações fiduciárias propiciaram a disciplina inovadora do direito relativo à transmissão da propriedade, de modo a prevenir a incidência, sobre a transferência ou o estabelecimento do uso desta última, de encargos feudais, tais como a obrigação de prestar serviços ou a de pagar impostos (29). Assim sendo, as doutrinas de equidade relativas aos usos e à transmissão da propriedade com base em relações fiduciárias tiveram efeitos sobre as condições da economia da propriedade predial na Inglaterra, que se tornou menos dependente da malha de relações feudais sobre a qual se estruturava a sociedade. Por outro lado, as mesmas doutrinas afetaram também o tesouro da Coroa, já que o rei, como senhor dos vassalos do reino, era credor de muitas obrigações feudais e sujeito a nenhuma condição de vassalagem. Daí a introdução da famosa Lei Dos Usos, adotada por Henrique VIII em 1537, em que o monarca procurou limitar drasticamente a prática da transmissão de propriedade com base em relações fiduciárias (30). Mais tarde, porque a própria capacidade de administração financeira da Coroa se desvinculou do exercício de direitos feudais, tipicamente hereditários (31), os direitos fiduciários relativos à propriedade permaneceram sob a forma do *trust* e de gravames reais modernos (32).

(27) Ver Philip Pettit, *Equity and the Law of Trusts*, London, Butterworths, 1984.

(28) Sobre o desenvolvimento histórico dos usos e direitos reais de base fiduciária, ver S. Milson, *op. cit.*, pp. 86-88 e 200 e ss.

(29) O estabelecimento dos usos evitava que tivessem efeitos legais os encargos feudais designados por *incidents of tenure*, os quais com o tempo haviam adquirido valor econômico expressivo. Cf. John Baker, *An Introduction to English Legal History*, London, Butterworths, 1979, pp. 204 e ss.; e S. Milson, *op. cit.*, pp. 107-110 e 202 e ss.

(30) Ver T. Plucknett, *op. cit.*, pp. 533-587; S. Milson, *op. cit.*, pp. 219-221; e J. Baker, *op. cit.*, pp. 210-219.

(31) Isto se deveu em parte à modernização fiscal, refletida na criação de impostos incidentes, não sobre a propriedade feudal, mas sobre a renda, a produção e circulação de mercadorias etc. Cf. J. Baker, *op. cit.*, pp. 218-219. Outro fator que contribuiu para o mesmo fim foi o desenvolvimento do sistema financeiro inglês, que propiciou, desde a criação do Banco da Inglaterra em 1694, a introdução de práticas de amplo endividamento da Coroa mediante empréstimos a longo prazo. Sobre esta matéria, ver Peter G. M. Dickson, *The Financial Revolution in England*, London, Macmillan, 1967.

(32) Ver Frederic Maitland, *Equity*, Cambridge, Cambridge University Press, 1936, pp. 23 e ss.; e W. Holdsworth, *op. cit.*, vol. VI, pp. 640 e ss.

Obviamente, essa não foi a única área substantiva em que o direito de equidade introduziu elementos inovadores no direito comum inglês⁽³³⁾. Contudo, a referência à doutrina dos usos e outros direitos reais de base fiduciária moderna é suficiente para indicar que a modificação do sistema de normas em vigor ocorreu no contexto de contradições institucionais importantes. Isto significa que a modernização do direito da propriedade na tradição jurídica inglesa, inclusive suas conseqüências econômico-políticas, esteve ligada a uma crise institucional que tomou a forma do conflito entre o direito de equidade e o direito comum ingleses, e da diferenciação de competências estatais que a este conflito foi associada. O caráter político da crise ficou patente não apenas nos esforços do monarca em reduzir, durante certa época, o desenvolvimento dos direitos reais de base fiduciária moderna, mas também no confronto entre o poder exercido pelas cortes do direito comum e o que era exercido pela chancelaria da Coroa. No contexto desse confronto, foram adotados decretos reais nos séculos quatorze e quinze, que procuravam limitar o acesso, à justiça de equidade, das partes em processo julgado sob o direito comum⁽³⁴⁾. Não obstante, a aplicação desses decretos ficou prejudicada pela ordem expedida por James I em 1616, que favorecia a manutenção da competência do chanceler, em detrimento da que era atribuída aos juizes do direito comum⁽³⁵⁾.

No século dezessete o debate político em torno desse conflito de jurisdição se intensificou, chegando a gerar, em 1676-1677, polêmica travada na Câmara dos Comuns, de que resultou uma resolução adotada por aquele órgão, mediante a qual se condenava a extensão da competência da chancelaria e se recomendava a elaboração de lei para abrogar a jurisdição de equidade e seu potencial subvertedor da ordem legal. Em 1690 um projeto de lei foi introduzido no parlamento tendo por objeto a limitação da competência do chanceler. Argumentou-se, com base na Carta Magna, que o direito de equidade ameaçava a ordem estabelecida pelo direito comum. Preponderou, contudo, o argumento favorável à manutenção dos poderes exercidos sob a jurisdição do direito de equidade, de que a limitação dessa jurisdição traria dificuldades materiais e injustiças extremas, com graves conseqüências, que os instrumentos do direito comum eram por si mesmos incapazes de evitar. O projeto de lei foi então rejeitado⁽³⁶⁾.

A partir dessa época, o direito de equidade inglês gradualmente se formaliza em corpos doutrinários mais ou menos determinados, e tem início o processo de fusão, finalizado no século dezenove, dessas doutrinas com

(33) Id.

(34) Ver. W. Holdsworth, *op. cit.*, vol. I, p. 462.

(35) Id.

(36) Id., p. 464.

as do direito comum, como parte do processo de consolidação conceitual do direito e do constitucionalismo liberais⁽³⁷⁾. Com a fusão, neutraliza-se o potencial desestabilizador da justiça substantiva praticada com base no direito de equidade inglês. Não somente Dickens critica os absurdos do formalismo burocrático que se tornou característico do direito de equidade inglês do século dezenove⁽³⁸⁾, mas também a rigidez gradualmente alcançada pelo sistema de direito inglês em geral encoraja a pregação de reformistas como Bentham e Mill.

Apesar da fusão com o direito comum, a tradição do direito de equidade inglês teve conseqüências importantes no futuro, inclusive no campo da doutrina constitucional contemporânea. Com efeito, exportado aquele direito para as colônias, mantiveram estas, após a independência, a jurisdição de equidade historicamente originada na metrópole. Forneceram-se assim as bases para a atividade jurisdicional da Suprema Corte norte-americana⁽³⁹⁾, que no seu desenvolvimento abrangeu áreas cruciais, como a relativa à definição dos direitos civis, os quais, como se sabe, foram ampliados entre os anos 50 e 80 deste século, em grande parte por obra da jurisprudência constitucional gerada por aquele tribunal, possivelmente em consonância com anseios expressos em movimentos populares⁽⁴⁰⁾. É contudo incorreto pensar que a tradição do direito de equidade na esfera da doutrina constitucional, tal como cultivada nos Estados Unidos da América, se orienta de acordo com movimentos de opinião unívocos, ou critérios normativos a salvo da controvérsia política. Exemplo claro disso foi o desenvolvimento da injunção trabalhista (cuja validade foi corroborada pela Suprema Corte) no final do século dezenove, sobre que influíram os reclamos normativos conflitantes dos proprietários e os dos trabalhadores, em meio a agitações sociais extremas⁽⁴¹⁾.

4. Conclusão: políticas públicas e a doutrina constitucional brasileira contemporânea

(37) Cf. id., p. 465-469; e id., vol. VI, pp. 640-671.

(38) Ver Charles Dickens, *Bleak House*, Harmondsworth, Penguin, 1971.

(39) A Constituição norte-americana dispõe (article III, section 2) que o Poder Judiciário compreende a jurisdição do direito comum e a da equidade.

(40) Para uma descrição histórica e uma avaliação desfavorável da justiça substantiva constitucional praticada pela Suprema Corte norte-americana, ver Gary MacDowel, *Equity and the Constitution*, Chicago, University of Chicago Press, 1982. Para um argumento favorável à justiça substantiva constitucional norte-americana, ver o ensaio de L. Tribe, "Constructing the Sounds of Congressional and Constitutional Silence", in Laurence Tribe, *Constitutional Choices*, Cambridge, Harvard University Press, 1985, pp. 29-44.

(41) Cf. Arnold Paul, *Conservative Crisis and the Rule of Law*, New York, Harper Torchbooks, 1969, pp. 104 e ss.

A fusão do direito da equidade com o direito comum dos sistemas jurídicos da tradição anglo-saxã, no contexto da consolidação conceitual do constitucionalismo liberal, tornou obscuro o significado que as doutrinas elaboradas sem vinculação a uma base normativa formal adquirem face às crises econômico-políticas. Por outro lado, nas tradições jurídicas civilistas originadas no continente europeu, os parâmetros normativos informais se desenvolveram sem relação genética com o direito de equidade inglês, embora tenham adquirido as mesmas características deste, no que respeita a sua função política. A justiça substantiva praticada pelo direito de equidade inglês, como se mostrou acima, trazia elementos desestabilizadores da ordem instituída e administrada sob o direito comum. O caráter político desse potencial de desestabilização foi patente e sua relação com a economia política, inegável. Contudo, a importância da justiça substantiva para a elaboração do direito constitucional como campo doutrinário autônomo e de teor marcadamente político não era proeminente. De qualquer modo, as possibilidades de sustentação da prática de justiça substantiva de valor constitucional, articulada com base em sínteses doutrinárias de direcionamento político, que são os parâmetros normativos informais, se torna extremamente problemática sob as condições políticas e institucionais que prevalecem nas sociedades democráticas que sucederam as liberais do século passado ⁽⁴²⁾.

De fato, no contexto das experiências políticas contemporâneas em que se procurou preservar a maioria dos traços definidores do constitucionalismo liberal, as atividades de determinação normativa do Estado não têm sido capazes de definir com precisão as formas de interação econômica que expressem adequadamente, e de modo compatível com a satisfação da liberdade dos diversos grupos e indivíduos sob uma estrutura política coesa, as aspirações da sociedade enquanto fonte moderna da soberania. Daí a tendência à crise, mais evidente nas sociedades parcialmente modernizadas como a brasileira, e a necessidade de se instituírem políticas governamentais que desloquem no espaço e/ou no tempo o ônus econômico-político da ordem estabelecida. Tal deslocamento se realiza através de instrumentos econômico-políticos como, entre outros, a expansão do déficit público, o endividamento público interno e externo e a transferência de determinadas expectativas condicionantes da crise para o contexto das ações econômicas e políticas no plano internacional público e privado. Vetadas por força de circunstâncias políticas ou simplesmente fracassadas as ações governamentais de diferimento do ônus econômico-político resultante da crise, surge a necessidade de se instituírem regimes que promovam efetiva modificação das condições sócio-econômicas correntes. Reformas

(42) Cf. discussões contidas L. Tribe, *op. cit.*; G. MacDowell, *op. cit.*; e Jean Rivero, *Le Conseil Constitutionnel et les Libertés*, Paris, Economica, 1987, pp. 139 e ss.

estruturais modernizantes e formas convencionais de privatização das tensões políticas são opções que apontam em direções opostas, embora possam ser combinadas a serviço de programas de ação política específicos, que em alguma medida as inovem em seu conteúdo substantivo. Contudo, as possibilidades de modificação das condições da crise não são legitimamente determináveis de modo independente do confronto político. Por isso não se pode conceder que a influência da crise econômico-política sobre a viabilidade de uma constituição em sua forma original se exerce em medida inversa à capacidade do Estado de contornar, mediante ações repressivas ou difusamente opressivas, obstáculos à estruturação prática do projeto de organização política expresso na Constituição. Se as atividades de determinação normativa do Estado forem orientadas para simplesmente perpetuar a crise, ainda que transformada em fenômenos como a inflação, o desemprego ou baixos níveis de investimento, perdem-se de vista as possibilidades de reformas institucionais propiciadoras da renovação histórica e do exercício da liberdade individual politicamente estruturada. Estando a liberdade prometida em abstrato, mas cerceada em diversos aspectos da implementação concreta do sistema normativo em vigor, alimentam-se as tensões políticas desestabilizadoras, que podem se acumular desordenadamente, ao ponto de extravasarem quase completamente dos canais de confronto político legítimos, sobretudo os das disputas intra e interpartidárias, atendido o pluralismo político.

A característica das doutrinas constitucionais contemporâneas tem sido a negligência da dimensão política, presente e futura, da ordem normativa vigente. No recurso aos parâmetros normativos informais, a doutrina constitucional nas diversas sociedades frequentemente invoca o passado histórico, sobretudo sob a forma das idéias subsumidas na consolidação conceitual do constitucionalismo liberal. No caso dos preceitos relativos à organização do Estado, isto significa valorizar a idéia de um poder de determinação normativa atuando como árbitro absoluto, indiferente e exterior à controvérsia política. No caso dos direitos constitucionais, isto significa manter como princípio a outorga de poderes discricionários, tendencialmente incondicionais, aos interesses particulares previamente organizados na sociedade, sem levar em conta as relações entre as formas de organização de tais interesses e as vantagens práticas relativas, presentes ou pretéritas, muitas vezes ilegitimamente distribuídas como fatores determinantes da parcela e do conteúdo diferenciado do ônus econômico-político diversamente suportado pelos grupos e indivíduos que compõem a sociedade. É preciso lembrar, contudo, que se por um lado as doutrinas substantivas do constitucionalismo liberal foram articuladas em oposição ao *ancien régime*, por outro lado, elas geraram estruturas que não tardaram a precipitar crises históricas mais recentes.

Afora o apelo às formas institucionais fracassadas do passado, invocam-se princípios e conceitos não relacionados à análise das condições polí-

ticas de sustentação da Constituição em sua forma originalmente proposta, sejam tais conceitos e princípios formados a partir do senso comum ou do costume político e administrativo, sejam eles derivados de conhecimentos técnico-científicos continuamente internalizados no processo administrativo de competência ampliada pela delegação de poderes (do Legislativo ao Executivo). Em todos esses casos, o direito das constituições não tem sido capaz de realizar com apuro conceitual a mais importante tarefa da doutrina constitucional: relacionar ou contrastar as contradições institucionais, que se multiplicam em situações de crise, com o projeto de organização política articulado na Constituição.

Com efeito, nas sociedades contemporâneas em que os direitos constitucionais liberais são em regra protegidos, estes são complementados com a garantia institucional de participação de todos os setores da sociedade na economia (através de serviços e benefícios sociais, do acesso condicional ao capital, e outros meios regulados pelo direito público). O valor constitucional dessa garantia pode ser variável, imponderável ou nulo, mas sempre possui decisiva importância política⁽⁴³⁾. Quando, em alguns de seus aspectos, a garantia institucional adquire valor constitucional em virtude da elaboração da doutrina e jurisprudência constitucionais, aplicam-se parâmetros normativos informais, que, no entanto, são insuficientes para realizar a tarefa mais importante da doutrina constitucional apontada acima.

No caso do direito constitucional brasileiro, cabe portanto indagar qual a missão do tribunal constitucional na proteção do extenso elenco de direitos constitucionais incluídos na Carta de 1988. Resulta claro, do que se disse acima, que a aplicação de parâmetros normativos informais na adjudicação constitucional, inclusive a expedição de mandados de injunção de base constitucional, não deve simplesmente formar mais uma instância multiplicadora das contradições institucionais. É preciso que se estabeleçam critérios norteadores do exercício da jurisdição constitucional que sejam inovadores relativamente às doutrinas elaboradas na consolidação conceitual do constitucionalismo liberal. Tais critérios podem ser elaborados na atividade jurisdicional do tribunal constitucional, complementada por escritos doutrinários, de modo a possibilitar a articulação da análise das contradições institucionais em sua dimensão normativa constitucional, indicadora do impacto dessas contradições sobre o projeto de organização política expresso na Constituição. Esta é uma parte importante do trabalho de elaboração da doutrina constitucional brasileira contemporânea.

(43) Sobre a importância política da garantia institucional referida no texto, cf. C. Offe, "The Separation of Form and Content in Liberal Democracy", in Claus Offe, *Contradictions of the Welfare State*, Cambridge, MIT Press, trad. 1985, pp. 162-178, especialmente pp. 164-170.