

O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades

Daniel Sarmiento

Palavras-chave: Neoconstitucionalismo no Brasil. Neoconstitucionalismo (conceito). Neoconstitucionalismo (objeções). **Sumário:** 1 Introdução - 2 O que é o neoconstitucionalismo? - 3 A recepção do neoconstitucionalismo no Brasil - 4 Três objeções ao neoconstitucionalismo - 5 Conclusão

1 Introdução

O Direito brasileiro vem sofrendo mudanças profundas nos últimos tempos, relacionadas à emergência de um novo paradigma tanto na teoria jurídica quanto na prática dos tribunais, que tem sido designado como "neoconstitucionalismo". Estas mudanças, que se desenvolvem sob a égide da Constituição de 88, envolvem vários fenômenos diferentes, mas reciprocamente implicados, que podem ser assim sintetizados: (a) reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos e valorização da sua importância no processo de aplicação do Direito;¹ (b) rejeição ao formalismo e recurso mais freqüente a métodos ou "estilos" mais abertos de raciocínio jurídico: ponderação, tópica, teorias da argumentação etc.;² (c) constitucionalização do Direito, com a irradiação das normas e valores constitucionais, sobretudo os relacionados aos direitos fundamentais, para todos os ramos do ordenamento;³ (d) reaproximação entre o Direito e a Moral, com a penetração cada vez maior da Filosofia nos debates jurídicos;⁴ e (e) judicialização da política e das relações sociais, com um significativo deslocamento de poder da esfera do Legislativo e do Executivo para o Poder Judiciário.⁵

Há quem aplauda entusiasticamente estas mudanças, e quem as critique com veemência. Contudo, não há como negar a magnitude das alterações que vêm se desenrolando por debaixo dos nossos olhos. No presente estudo, tenho duas intenções: em primeiro lugar, pretendo descrever o que se entende por neoconstitucionalismo, abordando a sua recepção no pensamento jurídico brasileiro. Além disso, tenciono discutir três questões que o paradigma neoconstitucionalista suscita, especialmente no cenário brasileiro: os riscos para a democracia de uma judicialização excessiva da vida social, os perigos de uma jurisprudência calcada numa metodologia muito aberta, sobretudo no contexto de uma civilização que tem no "jeitinho" uma das suas marcas distintivas, e os problemas que podem advir de um possível excesso na constitucionalização do Direito para a autonomia pública do cidadão e para a autonomia privada do indivíduo.

2 O que é o neoconstitucionalismo?

A palavra "neoconstitucionalismo" não é empregada no debate constitucional norte-americano, nem tampouco no que é travado na Alemanha. Trata-se de um conceito formulado sobretudo na Espanha e na Itália, mas que tem reverberado bastante na doutrina brasileira nos últimos anos, sobretudo depois da ampla divulgação que teve aqui a importante coletânea intitulada *Neoconstitucionalismo (s)*, organizada pelo jurista mexicano Miguel Carbonell, e publicada na Espanha em 2003.⁶

Os adeptos do neoconstitucionalismo buscam embasamento no pensamento de juristas

que se filiam a linhas bastante heterogêneas, como Ronald Dorkin, Robert Alexy, Peter Häberle, Gustavo Zagrebelsky, Luigi Ferrajoli e Carlos Santiago Nino, e nenhum destes se define hoje, ou já se definiu, no passado, como neoconstitucionalista.⁷ Tanto dentre os referidos autores, como entre aqueles que se apresentam como neoconstitucionalistas, constata-se uma ampla diversidade de posições jusfilosóficas e de filosofia política: há positivistas e não-positivistas, defensores da necessidade do uso do método na aplicação do Direito⁸ e ferrenhos opositores do emprego de qualquer metodologia na hermenêutica jurídica,⁹ adeptos do liberalismo político,¹⁰ comunitaristas¹¹ e procedimentalistas.¹² Neste quadro, não é tarefa singela definir o neoconstitucionalismo, talvez porque, como já revela o bem escolhido título da obra organizada por Carbonell, não exista um único neoconstitucionalismo, que corresponda a uma concepção teórica clara e coesa, mas diversas visões sobre o fenômeno jurídico na contemporaneidade, que guardam entre si alguns denominadores comuns relevantes, o que justifica que sejam agrupadas sob um mesmo rótulo, mas compromete a possibilidade de uma conceituação mais precisa.¹³

Para compreender melhor o neoconstitucionalismo, vale percorrer, de forma sintética e panorâmica, o processo histórico que ensejou o seu advento. Esta trajetória corresponde a fenômenos que ocorreram na Europa Ocidental, a partir do segundo pós-guerra,¹⁴ e que se reproduziram mais tarde, com nuances próprias, em países do Terceiro Mundo como Colômbia,¹⁵ Argentina,¹⁶ México,¹⁷ África do Sul,¹⁸ Índia¹⁹ e o próprio Brasil.

Até a Segunda Guerra Mundial, prevalecia no velho continente uma cultura jurídica essencialmente legicêntrica, que tratava a lei editada pelo parlamento como a fonte principal - quase como a fonte exclusiva - do Direito, e não atribuía força normativa às constituições.²⁰ Estas eram vistas basicamente como programas políticos que deveriam inspirar a atuação do legislador, mas que não podiam ser invocados perante o Judiciário, na defesa de direitos.²¹ Os direitos fundamentais valiam apenas na medida em que fossem protegidos pelas leis, e não envolviam, em geral, garantias contra o arbítrio ou descaso das maiorias políticas instaladas nos parlamentos. Aliás, durante a maior parte do tempo, as maiorias parlamentares nem mesmo representavam todo o povo, já que o sufrágio universal só foi conquistado no curso do século XX.

Depois da Segunda Guerra, na Alemanha²² e na Itália,²³ e algumas décadas mais tarde, após o fim de ditaduras de direita, na Espanha e em Portugal, assistiu-se a uma mudança significativa deste quadro. A percepção de que as maiorias políticas podem perpetrar ou acumpliciar-se com a barbárie, como ocorrera no nazismo alemão, levou as novas constituições a criarem ou fortalecerem a jurisdição constitucional, instituindo mecanismos potentes de proteção dos direitos fundamentais mesmo em face do legislador. Sob esta perspectiva, a concepção de Constituição na Europa aproximou-se daquela existente nos Estados Unidos, onde, desde os primórdios do constitucionalismo, entende-se que a Constituição é autêntica norma jurídica, que limita o exercício do Poder Legislativo e pode justificar a invalidação de leis.²⁴ Só que com uma diferença importante: enquanto a Constituição norte-americana é sintética e se limita a definir os traços básicos de organização do Estado e a prever alguns poucos direitos individuais, as cartas europeias foram, em geral, muito além disso.

As constituições europeias do 2º pós-guerra não são cartas procedimentais, que quase tudo deixam para as decisões das maiorias legislativas, mas sim documentos repletos de normas impregnadas de elevado teor axiológico, que contêm importantes decisões

substantivas e se debruçam sobre uma ampla variedade de temas que outrora não eram tratados pelas constituições, como a economia, as relações de trabalho e a família.²⁵ Muitas delas, ao lado dos tradicionais direitos individuais e políticos, incluem também direitos sociais de natureza prestacional. Uma interpretação extensiva e abrangente das normas constitucionais pelo Poder Judiciário deu origem ao fenômeno de constitucionalização da ordem jurídica, que ampliou a influência das constituições sobre todo o ordenamento, levando à adoção de novas leituras de normas e institutos nos mais variados ramos do Direito.²⁶

Como boa parcela das normas mais relevantes destas constituições caracteriza-se pela abertura e indeterminação semânticas - são, em grande parte, princípios e não regras - a sua aplicação direta pelo Poder Judiciário importou na adoção de novas técnicas e estilos hermenêuticos, ao lado da tradicional subsunção.²⁷ A necessidade de resolver tensões entre princípios constitucionais colidentes - freqüente em constituições compromissórias, marcadas pela riqueza e pelo pluralismo axiológico - deu espaço ao desenvolvimento da técnica da ponderação,²⁸ e tornou freqüente o recurso ao princípio da proporcionalidade na esfera judicial.²⁹ E a busca de legitimidade para estas decisões, no marco de sociedades plurais e complexas, impulsionou o desenvolvimento de diversas teorias da argumentação jurídica,³⁰ que incorporaram ao Direito elementos que o positivismo clássico costumava desprezar, como considerações de natureza moral, ou relacionadas ao campo empírico subjacente às normas.

Neste contexto, cresceu muito a importância política do Poder Judiciário. Com freqüência cada vez maior, questões polêmicas e relevantes para a sociedade passaram a ser decididas por magistrados, e sobretudo por cortes constitucionais, muitas vezes em razão de ações propostas pelo grupo político ou social que fora perdedor na arena legislativa.³¹ De poder quase "nulo", mera "boca que pronuncia as palavras da lei", como lhe chamara Montesquieu, o Poder Judiciário se viu alçado a uma posição muito mais importante no desenho institucional do Estado contemporâneo.

A principal matéria-prima dos estudos que se identificam com o neoconstitucionalismo relaciona-se às mudanças da cultura jurídica acima descritas. Em que pese a heterogeneidade dos posicionamentos jusfilosóficos dos autores que se filiam a esta linha, não me parece uma simplificação exagerada dizer que os seus principais pontos de convergência são o reconhecimento destas mudanças e a sua defesa.³²

As teorias neoconstitucionalistas buscam construir novas grades teóricas que se compatibilizem com os fenômenos acima referidos, em substituição àquelas do positivismo tradicional, consideradas incompatíveis com a nova realidade. Assim, por exemplo, ao invés da insistência na subsunção e no silogismo do positivismo formalista, ou no mero reconhecimento da discricionariedade política do intérprete nos casos difíceis, na linha do positivismo mais moderno de Kelsen e Hart, o neoconstitucionalismo se dedica à discussão de métodos ou de teorias da argumentação que permitam a procura racional e intersubjetivamente controlável da melhor resposta para os "casos difíceis" do Direito.³³ Há, portanto, uma valorização da razão prática no âmbito jurídico. Para o neoconstitucionalismo, não é racional apenas aquilo que possa ser comprovado de forma experimental, ou deduzido *more geometrico* de premissas gerais, como postulavam algumas correntes do positivismo. Também pode ser racional a argumentação empregada na resolução das questões práticas que o Direito tem de

equacionar.³⁴ A idéia de racionalidade jurídica aproxima-se da idéia do razoável, e deixa de se identificar à lógica formal das ciências exatas.

No neoconstitucionalismo, a leitura clássica do princípio da separação de poderes, que impunha limites rígidos à atuação do Poder Judiciário, cede espaço a outras visões mais favoráveis ao ativismo judicial em defesa dos valores constitucionais.³⁵ No lugar de concepções estritamente majoritárias do princípio democrático, são endossadas teorias de democracia mais substantivas,³⁶ que legitimam amplas restrições aos poderes do legislador em nome dos direitos fundamentais e da proteção das minorias, e possibilitem a sua fiscalização por juízes não eleitos. E ao invés de uma teoria das fontes do Direito focada no código e na lei formal, enfatiza-se a centralidade da Constituição no ordenamento, a ubiqüidade da sua influência na ordem jurídica, e o papel criativo da jurisprudência.

Ao reconhecer a força normativa de princípios revestidos de elevada carga axiológica, como dignidade da pessoa humana, igualdade, Estado Democrático de Direito e solidariedade social, o neoconstitucionalismo abre as portas do Direito para o debate moral.³⁷ É certo que aqui reside uma das maiores divergências internas nas fileiras do neoconstitucionalismo.

De um lado, figuram os positivistas, como Luigi Ferrajoli,³⁸ Luiz Prieto Sanchís,³⁹ Ricardo Guastini⁴⁰ e Suzana Pozzolo,⁴¹ que não aceitam a existência de uma conexão necessária entre Direito e Moral, mas reconhecem que pode haver uma ligação contingente entre estas esferas, sempre que as autoridades competentes, dentre as quais se inclui o poder constituinte originário, positivem valores morais, conferindo-lhes força jurídica. Do outro, alinham-se os não-positivistas, como Ronald Dworkin,⁴² Robert Alexy,⁴³ Carlos Santiago Nino⁴⁴ e seus seguidores, que afirmam que Moral e Direito têm uma conexão necessária, e aderem à famosa tese de Gustav Radbruch, de que normas terrivelmente injustas não têm validade jurídica, independentemente do que digam as fontes autorizadas do ordenamento.⁴⁵ Dentre estes autores, há quem insista na idéia de que o Direito possui uma "pretensão de correção", pois de alguma maneira é da sua essência aspirar à realização da justiça.⁴⁶ Contudo, na medida em que as constituições contemporâneas entronizam com prodigalidade os valores morais, este debate teórico perde bastante em importância, pois mesmo os neoconstitucionalistas que se afirmam positivistas reconhecem a penetração da Moral no tecido jurídico, sobretudo pela via dos princípios constitucionais.⁴⁷ Trata-se do chamado positivismo inclusivo.⁴⁸

Neste quadro, embora me pareça exagerado falar em superação da eterna querela entre jusnaturalistas e positivistas pela via do neoconstitucionalismo, não há dúvida de que a relevância prática da desavença é consideravelmente diminuída. É verdade que, para os positivistas inclusivos, o fundamento das normas revestidas de conteúdo moral será sempre um ato de autoridade, validado por uma regra de reconhecimento aceita pela prática da comunidade política. No final das contas, eles não se afastam do brocardo hobbesiano de que *autoritas non veritas facit legem*. Já para os não-positivistas, a vigência dos princípios morais não decorrerá de um "teste de pedigree", mas de exigências da própria Moral, acessíveis à razão humana. Porém, para ambas as linhas os valores morais incluídos nas constituições são jurídicos e devem produzir efeitos no mundo concreto.

No paradigma neoconstitucionalista, a argumentação jurídica, apesar de não se fundir com a Moral, abre um significativo espaço para ela. Por isso, se atenua a distinção da teoria jurídica clássica entre a descrição do Direito como ele é, e prescrição sobre como ele deveria ser.⁴⁹ Os juízos descritivo e prescritivo de alguma maneira se sobrepõem, pela influência dos princípios e valores constitucionais impregnados de forte conteúdo moral, que conferem poder ao intérprete para buscar, em cada caso difícil, a solução mais justa, no próprio marco da ordem jurídica. Em outras palavras, as fronteiras entre Direito e Moral não são abolidas, e a diferenciação entre eles, essencial nas sociedades complexas, permanece em vigor, mas as fronteiras entre os dois domínios tornam-se muito mais porosas, na medida em que o próprio ordenamento incorpora, no seu patamar mais elevado, princípios de justiça, e a cultura jurídica começa a "levá-los a sério".

Porém, não há uma posição clara nas fileiras neoconstitucionalistas sobre a forma como devem ser compreendidos e aplicados os valores morais incorporados pela ordem constitucional, que, pela sua vagueza e indeterminação, abrem-se a leituras muito diversificadas. No contexto das sociedades plurais e "desencantadas" que existem no mundo contemporâneo, este debate torna-se crucial, uma vez que não há mais consensos axiológicos em torno das questões difíceis que o Direito é chamado a resolver. Este pluralismo mundivisivo torna inviável, pela falta de legitimidade, o uso da argumentação de cunho jusnaturalista, que apele à religião, à natureza ou à metafísica, para equacionar as mais complexas controvérsias jurídicas.⁵⁰

Neste cenário, há espaço tanto para visões comunitaristas,⁵¹ que buscam na moralidade positiva e nas pré-compreensões socialmente vigentes o norte para a hermenêutica constitucional, endossando na seara interpretativa os valores e cosmovisões hegemônicas na sociedade, como para teorias mais próximas ao construtivismo ético,⁵² que se orientam para uma moralidade crítica, cujo conteúdo seja definido através de um debate racional de idéias, fundado em certos pressupostos normativos, como os de igualdade e liberdade de todos os seus participantes. Não há como identificar o neoconstitucionalismo com nenhuma destas posições, que marcam o importante debate entre comunitarismo e liberalismo na filosofia política contemporânea.

Outro traço característico do neoconstitucionalismo é o seu foco no Poder Judiciário. O grande protagonista das teorias neoconstitucionalistas é o juiz. O Direito é analisado sobretudo a partir de uma perspectiva interna, daquele que participa dos processos que envolvem a sua interpretação e aplicação, relegando-se a um segundo plano a perspectiva externa, do observador. Esta obsessão pelo Poder Judiciário leva a uma certa desconsideração do papel desempenhado por outras instituições, como o Poder Legislativo, na interpretação constitucional.⁵³ O juiz é concebido como o guardião das promessas⁵⁴ civilizatórias dos textos constitucionais, o que expõe o neoconstitucionalismo a várias críticas - que serão analisadas mais à frente -, como de que seria elitista e refratário ao autogoverno popular.

Por outro lado, o neoconstitucionalismo alenta um ideário humanista, que aposta na possibilidade de emancipação humana pela via jurídica, através de um uso engajado da moderna dogmática constitucional.⁵⁵ Neste sentido, ele se afasta de algumas linhas teóricas da esquerda, como o marxismo,⁵⁶ a *Critical Legal Studies* norte-americana⁵⁷ e o movimento do Direito Alternativo no Brasil,⁵⁸ que denunciavam o Direito como um instrumento de opressão e dominação a serviço dos interesses das classes favorecidas,

mesmo quando apresentado sob o manto de uma retórica legitimadora de legalidade e de direitos individuais universais.

Trata-se, portanto, de uma teoria otimista - ou *naive*, diriam os seus críticos -, que também não se compadece com o desencanto pós-moderno,⁵⁹ profundamente descrente em relação à razão. Enquanto os pós-modernos criticam as "metanarrativas",⁶⁰ e buscam desconstruir as elaborações abstratas sobre as quais se fundou o Direito moderno - direitos humanos, liberdade, igualdade etc - os neoconstitucionalistas insistem no aprofundamento do projeto político da Modernidade, de emancipação pelo uso da razão, através dos instrumentos do Direito Constitucional, sobretudo os direitos fundamentais.

Vejamos, agora, como estas idéias foram recebidas no Brasil.

3 A recepção do neoconstitucionalismo no Brasil

O processo histórico que se desenrolou na Europa Ocidental a partir do final da Segunda Guerra, no Brasil só teve início após a promulgação da Constituição de 88. É verdade que já tínhamos controle de constitucionalidade desde a proclamação da República. Porém, na cultura jurídica brasileira de até então, as constituições não eram vistas como autênticas normas jurídicas, não passando muitas vezes de meras fachadas. Exemplos disso não faltam: a Constituição de 1824 falava em igualdade, e a principal instituição do país era a escravidão negra; a de 1891 instituiu o sufrágio universal, mas todas as eleições eram fraudadas; a de 1937 disciplinava o processo legislativo, mas enquanto ela vigorou o Congresso esteve fechado e o Presidente legislava por decretos; a de 1969 garantia os direitos à liberdade, à integridade física e à vida, mas as prisões ilegais, o desaparecimento forçado de pessoas e a tortura campeavam nos porões do regime militar. Nesta última quadra histórica, conviveu-se ainda com o constrangedor paradoxo da existência de duas ordens jurídicas paralelas: a das constituições e a dos atos institucionais, que não buscavam nas primeiras o seu fundamento de validade, mas num suposto poder revolucionário em que estariam investidas as Forças Armadas.

Até 1988, a lei valia muito mais do que a Constituição no tráfico jurídico, e, no Direito Público, o decreto e a portaria ainda valiam mais do que a lei. O Poder Judiciário não desempenhava um papel político tão importante, e não tinha o mesmo nível de independência de que passou a gozar posteriormente. As constituições eram pródigas na consagração de direitos, mas estes dependiam quase exclusivamente da boa vontade dos governantes de plantão para saírem do papel - o que normalmente não ocorria. Em contextos de crise, as fórmulas constitucionais não eram seguidas, e os quartéis arbitravam boa parte dos conflitos políticos ou institucionais que eclodiam no país.

A Assembléia Constituinte de 1987/1988, que coroou o processo de redemocratização do país, quis romper com este estado de coisas, e promulgou uma Constituição contendo um amplo e generoso elenco de direitos fundamentais de diversas dimensões - direitos individuais, políticos, sociais e difusos - aos quais conferiu aplicabilidade imediata (art. 5º, Parágrafo 1º), e protegeu diante do próprio poder de reforma (art. 60, Parágrafo 4º, IV). Além disso, reforçou o papel do Judiciário, consagrando a inafastabilidade da tutela judicial (art. 5º, XXXV), criando diversos novos remédios constitucionais, fortalecendo a independência da instituição, bem como do Ministério Público, e ampliando e robustecendo os mecanismos de controle de constitucionalidade. Neste último tópico, ela

democratizou o acesso ao controle abstrato de constitucionalidade, ao adotar um vasto elenco de legitimados ativos para a propositura de ação direta de inconstitucionalidade (art. 103) e ampliou o escopo da jurisdição constitucional, ao instituir no Brasil o controle da inconstitucionalidade por omissão, tanto através de ação direta como do mandado de injunção.

Esta sistemática de jurisdição constitucional adotada pelo constituinte favoreceu, em larga medida, o processo de judicialização da política, na medida em que conferiu a qualquer partido político com representação no Congresso, às representações nacionais da sociedade civil organizada e às principais instituições dos Estados-membros, dentre outras entidades, o poder de provocar o STF.⁶¹ Assim, é praticamente impossível que alguma questão relevante seja resolvida no âmbito parlamentar sem que os perdedores no processo político recorram à nossa Corte Suprema, para que dê a palavra final à controvérsia, com base na sua interpretação da Constituição. E tal modelo vem se aprofundando desde 88, com a criação da Ação Declaratória de Constitucionalidade e a regulamentação da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

Além disso, a Constituição de 88 regulou uma grande quantidade de assuntos - muitos deles de duvidosa dignidade constitucional - subtraindo um vasto número de questões do alcance do legislador. Ademais, ela hospedou em seu texto inúmeros princípios vagos, mas dotados de forte carga axiológica e poder de irradiação. Estas características favoreceram o processo de constitucionalização do Direito, que envolve não só a inclusão no texto constitucional de temas outrora ignorados, ou regulados em sede ordinária, como também a releitura de toda a ordem jurídica a partir de uma ótica pautada pelos valores constitucionais - a chamada filtragem constitucional do Direito.⁶²

Deve-se também destacar o papel importante da doutrina brasileira na mudança de paradigma do Direito Constitucional brasileiro. Na minha opinião, há dois momentos distintos nesta evolução: o "constitucionalismo brasileiro da efetividade"⁶³ e o pós-positivismo constitucional.

O primeiro momento vem logo após a promulgação da Constituição de 88. Alguns autores, como Luis Roberto Barroso⁶⁴ e Clèmerson Merlin Clève,⁶⁵ passam a advogar a tese de que a Constituição, sendo norma jurídica, deveria ser rotineiramente aplicada pelos juízes, o que até então não ocorria. O que hoje parece uma obviedade, era quase revolucionário numa época em que a nossa cultura jurídica hegemônica não tratava a Constituição como norma, mas como pouco mais do que um repositório de promessas grandiloquentes, cuja efetivação dependeria quase sempre da boa vontade do legislador e dos governantes de plantão.⁶⁶ Para o constitucionalismo da efetividade, a incidência direta da Constituição sobre a realidade social, independentemente de qualquer mediação legislativa, contribuiria para tirar do papel as proclamações generosas de direitos contidas na Carta de 88, promovendo justiça, igualdade e liberdade. Se, até então, o discurso da esquerda era de desconstrução da dogmática jurídica, a doutrina da efetividade vai defender a possibilidade de um uso emancipatório da dogmática, tendo como eixo a concretização da Constituição.⁶⁷

Na verdade, tratava-se de uma modalidade de "positivismo de combate".⁶⁸ A doutrina constitucional da efetividade não se caracterizava pela abertura do debate jurídico à argumentação moral. O seu foco principal centrava-se nas normas, e era do caráter mais

ou menos denso do seu texto que o intérprete deveria extrair os respectivos efeitos. Por outro lado, concebia-se a jurisdição como o espaço privilegiado para a realização da vontade constitucional. Um dos motes do movimento era afastar o estudo do Direito Constitucional da Teoria do Estado para aproximá-lo do Direito Processual. Por isso, pode-se afirmar que o protagonista desta teoria constitucional era o juiz.

Em que pese a falta de efetividade de diversas normas da Constituição, e da eficácia social seletiva de outras tantas - que protegem muito bem o incluído, mas continuam deixando de fora os párias de sempre (veja-se a diferença da incidência da inviolabilidade do domicílio nas residências burguesas e nas favelas) - pode-se dizer que a doutrina constitucional da efetividade teve êxito no Brasil, no sentido de instalar no senso-comum dos operadores do Direito a idéia de que a Constituição é norma, que pode e deve ser aplicada, independentemente de regulamentação dos seus dispositivos pelo legislador ordinário. Tal doutrina ainda não corresponde ao neoconstitucionalismo, mas a conquista que dela resultou para a dogmática constitucional brasileira foi um pressuposto para o surgimento deste outro movimento no nosso cenário.

O segundo momento importante é o da chegada ao Brasil das teorias jurídicas ditas pós-positivistas. Foram marcos relevantes a publicação da 5ª edição do *Curso de Direito Constitucional*, de Paulo Bonavides,⁶⁹ bem como do livro *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, de Eros Roberto Grau,⁷⁰ que divulgaram entre nós a teoria dos princípios de autores como Ronald Dworkin e Robert Alexy, e fomentaram as discussões sobre temas importantes, como a ponderação de interesses, o princípio da proporcionalidade e eficácia dos direitos fundamentais. Também deve ser salientada a ampla penetração, no âmbito de algumas pós-graduações em Direito, a partir de meados dos anos 90, do pensamento de filósofos que se voltaram para o estudo da relação entre Direito, Moral e Política, a partir de uma perspectiva pós-metafísica, como John Rawls e Jürgen Habermas.⁷¹ E ainda merece destaque o aprofundamento no país dos estudos de hermenêutica jurídica, a partir de uma nova matriz teórica inspirada pelo giro lingüístico na Filosofia, que denunciou os equívocos do modelo positivista de interpretação até então dominante, assentado na separação cartesiana entre sujeito (o intérprete) e objeto (o texto da norma).⁷²

Nesta nova fase, a doutrina brasileira passa a enfatizar o caráter normativo e a importância dos princípios constitucionais, e a estudar as peculiaridades da sua aplicação. Neste contexto, há uma verdadeira febre de trabalhos sobre teoria dos princípios, ponderação de interesses, teorias da argumentação, proporcionalidade e razoabilidade etc. Também cresce muito o interesse doutrinário pelos direitos fundamentais, sobretudo os direitos sociais. Se antes estes eram vistos preponderantemente como normas programáticas, passa-se a discutir a sua eficácia jurídica a partir de novas bases, que incorporam ao debate a argumentação moral. Neste campo, a ênfase na análise dos enunciados normativos, que caracterizava a doutrina da efetividade, é substituída por uma discussão marcada pela preocupação com valores e democracia, repleta de novas categorias, importadas sobretudo do Direito germânico, como o "mínimo existencial", a "reserva do possível" e a "proibição do retrocesso".⁷³

E esta nova racionalidade se espraia para diversos ramos do Direito. No Direito Civil,⁷⁴ Penal,⁷⁵ Administrativo,⁷⁶ por exemplo, cada vez mais a doutrina emprega normas e valores constitucionais para reler os institutos tradicionais, colorindo-os com novas

tintas. E trata-se não apenas de aplicar diretamente as normas constitucionais especificamente voltadas para cada uma destas áreas, como também de projetar sobre estes campos a influência dos direitos fundamentais e dos princípios mais gerais do nosso constitucionalismo, muitas vezes superando antigos dogmas e definindo novos paradigmas.

Neste segundo momento, ocorre ainda uma significativa mudança no enfoque dos estudos sobre jurisdição constitucional no Brasil. Antes, os trabalhos nacionais sobre o tema se limitavam basicamente a discutir questões processuais, mas, a partir do final dos anos 90, diversos estudos incorporam outras perspectivas à análise da questão, dedicando atenção à complexa problemática da legitimidade democrática do controle de constitucionalidade,⁷⁷ tendo em vista a chamada "dificuldade contra-majoritária" do Judiciário.⁷⁸ Num contexto como o nosso, em que a jurisdição constitucional está prevista pelo próprio texto magno, o debate relevante do ponto de vista prático não é o de tê-la ou não, mas sim a forma como deve ser exercida. Dependendo do posicionamento adotado, pode-se preconizar um maior ou menor grau de ativismo judicial, ou defender o ativismo em algumas áreas, mas recusá-lo em outras. Nesta nova agenda de discussões sobre a jurisdição constitucional, a argumentação jurídica se entrelaça inevitavelmente com o debate de Filosofia Política, abrindo espaço para posições variadas, como os vários matizes de procedimentalismo e de substancialismo que vêm florescendo na doutrina brasileira.⁷⁹ Dentre estas posições, não há dúvida de que a mais identificada ao neoconstitucionalismo é a substancialista, que compartilha com ele a crença numa ampla legitimidade do ativismo judicial em favor dos valores constitucionais.

Apesar destas mudanças importantes que podem ser associadas ao neoconstitucionalismo, o uso da expressão no Brasil é mais recente, seguindo-se à ampla difusão que recebeu na academia brasileira a já citada obra *Neoconstitucionalismo(s)*, organizada por Miguel Carbonell e publicada em 2003. De lá para cá, muito se tem escrito sobre o tópico e vários autores nacionais aderiram explicitamente à corrente, como Luis Roberto Barroso,⁸⁰ Lênio Luiz Streck,⁸¹ Antonio Cavalcanti Maia,⁸² Ana Paula de Barcellos,⁸³ Diogo de Figueiredo Moreira Neto,⁸⁴ Paulo Ricardo Schier,⁸⁵ Eduardo Moreira,⁸⁶ Écio Otto Ramos Duarte⁸⁷ e Thomas Rosa de Bustamante.⁸⁸ Outros adotaram postura crítica sobre a nova perspectiva, como José Ribas Vieira, Dimitri Dimoulis⁸⁹ e Humberto Ávila.⁹⁰ E pode-se notar, pela leitura dos trabalhos destes e de outros autores brasileiros, que há um relativo consenso na definição das características centrais do novo paradigma: valorização dos princípios, adoção de métodos ou estilos mais abertos e flexíveis na hermenêutica jurídica, com destaque para a ponderação, abertura da argumentação jurídica à Moral, mas sem recair nas categorias metafísicas do jusnaturalismo, reconhecimento e defesa da constitucionalização do Direito e do papel de destaque do Judiciário na agenda de implementação dos valores da Constituição.

Estas novas idéias já reverberam fortemente na jurisprudência nacional, sobretudo do Supremo Tribunal Federal, que, nos últimos tempos, tem cada vez mais invocado princípios abertos nos seus julgamentos, recorrido à ponderação de interesses e ao princípio da proporcionalidade com frequência e até se valido de referências filosóficas na fundamentação de decisões. Aliás, é digna de nota a influência da doutrina constitucional na atuação do Supremo Tribunal Federal. O fenômeno é relativamente recente, uma vez que, logo após a promulgação da Constituição de 88, havia um

profundo hiato entre o campo doutrinário, que cobrava a efetivação da Constituição pela via judicial, e a jurisprudência do STF, tímida e reticente diante dos valores e das inovações da nova Carta - v.g. orientação então adotada pela Corte em relação ao mandado de injunção e ao controle judicial das medidas provisórias. Aquele quadro podia em parte ser debitado à duvidosa opção do constituinte originário de manter no STF os ministros nomeados durante o governo militar, que não tinham sintonia político-ideológica nem boa vontade diante do novo sistema constitucional, e que por isso se apegavam a visões e interpretações assentadas durante o regime pretérito, muitas delas francamente incompatíveis com a nova ordem. Mas hoje, após a completa renovação do STF, constata-se um quadro radicalmente diferente: a maioria dos ministros do STF é composta por professores de Direito Constitucional, de grande reputação acadêmica, que, até pela origem, têm mais contato com a produção intelectual de ponta na área e são mais suscetíveis à influência das novas correntes de pensamento.

Como ressaltado, esta mudança de paradigma se reflete vivamente na jurisprudência do STF. São exemplos eloqüentes a alteração da posição da Corte em relação aos direitos sociais, antes tratados como "normas programáticas", e hoje submetidos a uma intensa proteção judicial,⁹¹ o reconhecimento da eficácia horizontal dos direitos fundamentais,⁹² a mutação do entendimento do Tribunal em relação às potencialidades do mandado de injunção,⁹³ e a progressiva superação da visão clássica kelseniana da jurisdição constitucional, que a equiparava ao "legislador negativo", com a admissão de técnicas decisórias mais heterodoxas,⁹⁴ como as declarações de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade e as sentenças aditivas. E para completar o quadro, deve-se acrescentar as mudanças acarretadas por algumas inovações processuais recentes na nossa jurisdição constitucional, que permitiram a participação dos *amici curiae*, bem como a realização de audiências públicas no âmbito do processo constitucional, ampliando a possibilidade de atuação da sociedade civil organizada no STF.⁹⁵

Naturalmente, a nova postura de ativismo judicial do STF estimula as forças sociais a procurá-lo com mais freqüência e contribui para uma significativa alteração na agenda da Corte. Atualmente, ao lado das questões mais tradicionais de Direito Público, o STF tem se defrontado com novos temas fortemente impregnados de conteúdo moral, como as discussões sobre a validade de pesquisa em células-tronco embrionárias,⁹⁶ aborto de feto anencéfalo⁹⁷ e união entre pessoas do mesmo sexo.⁹⁸ Ademais, o Tribunal passou a intervir de forma muito mais ativa no processo político, adotando decisões que se refletem de forma direta e profunda sobre a atuação dos demais poderes do Estado. Para citar apenas alguns casos, pode-se falar da decisão que assentou que a mudança de partido implica, salvo determinadas exceções, perda de mandato parlamentar;⁹⁹ da que estabeleceu critérios rígidos para a fixação do número de vereadores de acordo com a respectiva população,¹⁰⁰ e da intensificação do controle jurisdicional dos atos das CPIs, bem como dos pressupostos de edição das medidas provisórias.

Porém, há um componente curioso na recepção deste novo paradigma jurídico pelo Judiciário brasileiro. Embora ainda não existam estudos empíricos a este respeito, tenho a forte intuição de que a penetração destas novas idéias associadas ao neoconstitucionalismo é forte na cúpula e na base da hierarquia judicial, mas ainda tímida nos seus escalões intermediários. E as causas não são de difícil compreensão. Em relação à cúpula - os ministros do STF -, as razões já foram explicadas acima. Já no que tange à base do Judiciário, boa parte dos juizes de 1º grau teve a sua formação num

ambiente acadêmico que já valorizava o Direito Constitucional, e reconhecia a força normativa dos direitos fundamentais e dos princípios constitucionais. Assim, eles tendem a levar para a sua prática profissional esta visão do Direito. Porém, sobretudo na 2ª instância, composta majoritariamente por magistrados que se formaram e foram socializados no seu meio institucional sob a égide do paradigma jurídico anterior, muito mais voltado para os códigos e para a letra da lei do que para a Constituição e seus princípios, há maior resistência à incorporação dos novos vetores constitucionais. Contudo, este fenômeno tende a diminuir com o tempo, seja pela consolidação do paradigma constitucional emergente, seja pela promoção de magistrados mais antenados com o novo constitucionalismo, seja até pela influência do pensamento e das orientações da cúpula do Judiciário sobre todas as suas instâncias.

No cenário brasileiro, o neoconstitucionalismo é também impulsionado por outro fenômeno: a descrença geral da população em relação à política majoritária, e, em especial, o descrédito no Poder Legislativo e nos partidos políticos.¹⁰¹ A percepção geral, alimentada por sucessivos escândalos e pelo discurso de alguns meios de comunicação social, de que a política parlamentar e partidária são esferas essencialmente corrompidas, que se movem exclusivamente em torno de interesses e não de valores, gera em alguns setores a expectativa de que a solução para os problemas nacionais possa vir do Judiciário.¹⁰² E este sentimento é fortalecido quando a Justiça adota decisões em consonância com a opinião pública - como ocorreu no recebimento da denúncia criminal no caso do "mensalão", na definição de perda do mandato por infidelidade partidária, e na proibição do nepotismo na Administração Pública.

Por outro lado, a ascensão institucional do Judiciário e a riqueza e importância prática ou simbólica dos temas que ele vem julgando tem provocado um grande aumento no interesse da sociedade pelo Direito Constitucional e pela atuação do Supremo Tribunal Federal. É difícil um dia em que os principais meios de comunicação não discutam alguma decisão da Corte ou manifestação de qualquer dos seus membros. E este fenômeno é potencializado tanto pela "extroversão midiática" de alguns ministros, como também pelo fato - sem precedentes em outros países - do televisionamento das sessões do STF. Com tudo isso, as questões constitucionais, que antes eram apenas discutidas dentro de um círculo muito restrito de iniciados, hoje são amplamente debatidas no espaço público.

Neste quadro, em que pesem as múltiplas resistências que sofre, é possível apontar a emergência de uma nova forma de conceber o Direito e o Estado na sociedade brasileira contemporânea, que, se quisermos adotar a terminologia hoje em voga, pode ser chamada de neoconstitucionalismo.

4 Três objeções ao neoconstitucionalismo

Nas próximas linhas, abordarei, de maneira breve, três críticas que podem ser levantadas contra o neoconstitucionalismo: (a) a de que o seu pendor judicialista é anti-democrático; (b) a de que a sua preferência por princípios e ponderação, em detrimento de regras e subsunção, é perigosa, sobretudo no Brasil, em razão de singularidades da nossa cultura; e (c) a de que ele pode gerar uma panconstitucionalização do Direito, em detrimento da autonomia pública do cidadão e da autonomia privada do indivíduo. Outras críticas importantes existem,¹⁰³ mas por limites de tempo e espaço, preferi

priorizar aqui estas três, que são as que geram maior apreensão no cenário brasileiro.

a) Neoconstitucionalismo e "judiciocracia"

Como salientado acima, o neoconstitucionalismo tem um foco muito centrado no Poder Judiciário, no qual deposita enormes expectativas no sentido de concretização dos ideais emancipatórios presentes nas constituições contemporâneas. Contudo, este viés judicialista sofre contestações pelo seu suposto caráter antidemocrático, na medida em que os juizes, diferentemente dos parlamentares e chefes do Executivo, não são eleitos e não respondem diretamente perante o povo.¹⁰⁴

Esta crítica democrática se assenta na idéia de que, numa democracia, é essencial que as decisões políticas mais importantes sejam tomadas pelo próprio povo ou por seus representantes eleitos e não por sábios ou tecnocratas de toga. É verdade que a maior parte dos teóricos contemporâneos da democracia reconhece que ela não se esgota no respeito ao princípio majoritário, pressupondo antes o acatamento das regras do jogo democrático, que incluem a garantia de direitos básicos, visando a viabilizar a participação igualitária do cidadão na esfera pública, bem como alguma proteção às minorias.¹⁰⁵ Porém, temos aqui uma questão de dosagem, pois se a imposição de alguns limites para a decisão das majorias pode ser justificada em nome da democracia, o exagero tende a revelar-se antidemocrático, por cercear em demasia a possibilidade do povo de se autogovernar.¹⁰⁶

E a questão não é apenas de divisão de poder ao longo do tempo. A dificuldade democrática não está tão-somente no fato de as constituições subtraírem do legislador futuro a possibilidade de tomar algumas decisões.¹⁰⁷ O cerne do debate está no reconhecimento de que, diante da vagueza e abertura de boa parte das normas constitucionais mais importantes, quem as interpreta também participa do seu processo de criação.¹⁰⁸ Daí a crítica de que o viés judicialista subjacente ao neoconstitucionalismo acaba por conferir aos juizes uma espécie de poder constituinte permanente, pois lhes permite moldar a Constituição de acordo com as suas preferências políticas e valorativas, em detrimento daquelas do legislador eleito. Esta visão levou inúmeras correntes de pensamento ao longo da história a rejeitarem a jurisdição constitucional, ou pelo menos o ativismo judicial no seu exercício, dos revolucionários franceses do século XVIII,¹⁰⁹ passando por Carl Schmitt,¹¹⁰ na República de Weimar, até os adeptos do constitucionalismo popular nos Estados Unidos de hoje.¹¹¹

No Brasil, é muito comum traçar-se um paralelo entre a defesa do ativismo judicial e posições sociais progressistas. Talvez isso se deva ao fato de que, na nossa história, o Judiciário brasileiro tem pecado muito mais por omissão, acumpliciando-se diante dos desmandos dos poderes político e econômico, do que por excesso de ativismo. Neste quadro, quem ousa questionar possíveis exageros na judicialização da política e da vida social no Brasil de hoje é logo tachado de conservador. Porém, o paralelismo em questão não existe. Muitas vezes, o Poder Judiciário pode atuar bloqueando mudanças importantes promovidas pelos outros poderes em favor dos excluídos, defendendo o *statu quo*. E esta defesa pode ocorrer inclusive através do uso da retórica dos direitos fundamentais.

Isso se deu, por exemplo, nos Estados Unidos nas primeiras décadas do século passado,

em período que ficou conhecido como Era de Lochner,¹¹² quando a Suprema Corte impediu sistematicamente a edição de legislação trabalhista e de outras medidas que implicavam em interferência na esfera econômica em proveito das classes desfavorecidas, com base numa leitura substantiva da cláusula do devido processo legal. No cenário contemporâneo, Ran Hirshl¹¹³ sustenta que o processo de judicialização da política que vem ocorrendo nos últimos anos em diversos países do mundo - ele fez um atento, ainda que controvertido, estudo dos casos do Canadá, Israel, África do Sul e Nova Zelândia -, teria como pano de fundo uma tentativa das elites econômicas e culturais, que perderam espaço na política majoritária, de manterem o seu poder, reforçando no arranjo institucional do Estado o peso do Judiciário, no qual elas ainda têm hegemonia. E, aqui no Brasil, será que a proteção absoluta que vem sendo conferida ao direito adquirido - inclusive o de furar teto salarial do funcionalismo fixado por emenda à Constituição ¹¹⁴ - e o "ultra-garantismo" penal nos crimes do colarinho branco não seriam exemplos deste mesmo fenômeno?

Por outro lado, uma ênfase excessiva no espaço judicial pode levar ao esquecimento de outras arenas importantes para a concretização da Constituição e realização de direitos, gerando um resfriamento da mobilização cívica do cidadão. É verdade que o ativismo judicial pode, em certos contextos, atuar em sinergia com a mobilização social na esfera pública. Isto ocorreu, por exemplo, no movimento dos direitos civis nos Estados Unidos dos anos 50 e 60, que foi aquecido pelas respostas positivas obtidos na Suprema Corte, no período da Corte de Warren.¹¹⁵ Mas nem sempre é assim. A ênfase judicialista pode afastar do cenário de disputa por direitos as pessoas e movimentos que não pertençam nem tenham proximidade com as corporações jurídicas.

Ademais, esta obsessão com a interpretação judicial da Constituição tende a obscurecer o papel central de outras instâncias na definição do sentido da Constituição - como o Legislativo, o Executivo, e a própria esfera pública informal. Trata-se de um desvio que gera conseqüências negativas tanto no plano descritivo como na esfera normativa. Sob o prisma descritivo, transmite-se uma imagem muito parcial do fenômeno constitucional, que não é captado com todas as suas nuances e riquezas, já que o foco se concentra apenas sobre a ação de um dentre os vários agentes importantes que povoam a seara da hermenêutica constitucional.¹¹⁶ Sob o ângulo normativo, favorece-se um governo à moda platônica, de sábios de toga,¹¹⁷ que são convidados a assumir uma posição paternalista diante de uma sociedade infantilizada.¹¹⁸ Justifica-se o ativismo judicial a partir de uma visão muito crítica do processo político majoritário, mas que ignora as inúmeras mazelas que também afligem o Poder Judiciário, construindo-se teorias a partir de visões românticas e idealizadas do juiz.¹¹⁹ Só que, se é verdade que o processo político majoritário tem seus vícios - e eles são muito graves no cenário brasileiro -, também é certo que os juízes não são semi-deuses, e que a esfera em que atuam tampouco é imune à política com "p" menor.

Esta idealização da figura do juiz não se compadece com algumas notórias deficiências que o Judiciário brasileiro enfrenta. Dentre elas, pode-se destacar a sobrecarga de trabalho, que compromete a capacidade dos magistrados de dedicarem a cada processo o tempo e a energia necessárias para que façam tudo que o que demandam as principais teorias da argumentação defendidas pelo neoconstitucionalismo. E cabe referir também às lacunas na formação do magistrado brasileiro, decorrentes sobretudo das falhas de um ensino jurídico formalista e nada interdisciplinar que ainda viceja no país, que não são

corrigidas nos procedimentos de seleção e treinamento dos juízes.

Outra conseqüência da obsessão judicialista do constitucionalismo brasileiro contemporâneo está refletida na nossa produção acadêmica. Enquanto somos inundados por livros e artigos, muitas vezes repetitivos, sobre assuntos como princípios e regras, interpretação constitucional e tutela judicial de direitos fundamentais, outros temas absolutamente essenciais para a vida do país passam ao largo da preocupação dos juristas. É o caso da reforma política. Em que pese o caráter essencialmente constitucional do assunto, quase nenhum constitucionalista se interessou por ele,¹²⁰ e praticamente toda a literatura de qualidade produzida sobre o tópico tem vindo da Ciência Política.

Estou convencido de que o Poder Judiciário tem um papel essencial na concretização da Constituição brasileira. Em face do quadro de sistemática violação de direitos de certos segmentos da população, do arranjo institucional desenhado pela Carta de 88, e da séria crise de representatividade do Poder Legislativo, entendo que o ativismo judicial se justifica no Brasil, pelo menos em certas searas, como a tutela de direitos fundamentais, a proteção das minorias e a garantia do funcionamento da própria democracia. O maior insulamento judicial diante da pressão das majorias, bem como um certo *ethos* profissional de valorização dos direitos humanos, que começa a se instalar na nossa magistratura,¹²¹ conferem ao Judiciário uma capacidade institucional privilegiada para atuar nestas áreas.¹²²

Mas, em outros campos, pode ser mais recomendável uma postura de autocontenção judicial, seja por respeito às deliberações majoritárias adotadas no espaço político,¹²³ seja pelo reconhecimento da falta de expertise do Judiciário para tomar decisões que promovam eficientemente os valores constitucionais em jogo, em áreas que demandem profundos conhecimentos técnicos fora do Direito - como Economia, políticas públicas e regulação.¹²⁴ Nestes casos, deve-se reconhecer que outros órgãos do Estado estão mais habilitados para assumirem uma posição de protagonismo na implementação da vontade constitucional.

Nesta linha, vejo com reticências a sedimentação, na nossa cultura jurídica, da visão de que o grande - senão o único - intérprete da Constituição seria o Poder Judiciário.¹²⁵ Esta leitura descarta a autocontenção judicial bem como tende a desprezar a possibilidade de que sejam travados construtivos diálogos interinstitucionais entre diversos órgãos estatais para a definição da melhor interpretação dos ditames constitucionais.¹²⁶ Um bom exemplo¹²⁷ deste desvio ocorreu no julgamento da constitucionalidade das pesquisas em células-tronco embrionárias realizada pelo STF, em que pese o resultado final do julgamento ter sido substancialmente correto. Naquela ocasião, o importante argumento deduzido na tribuna e em memoriais por Luis Roberto Barroso - que advogava para um dos *amici curiae* favoráveis às pesquisas -, de que o Judiciário deveria adotar posição cautelosa no julgamento da constitucionalidade da lei impugnada, tendo em vista o amplo consenso em torno dela obtido durante o processo legislativo, tanto no Senado como na Câmara, foi explicitamente rechaçado por alguns ministros, que consideraram o ponto irrelevante. E outros ministros, em votos vencidos, se sentiram confortáveis até para defender a imposição de novas normas pelo STF na área do Biodireito, arvorando-se à condição de legisladores num campo para o qual, evidentemente, lhes faltava qualquer *expertise*.

Enfim, o neoconstitucionalismo brasileiro tem pecado por excesso, depositando no Judiciário expectativas que ele nem sempre terá como atender de forma satisfatória. Um dos efeitos colaterais deste fenômeno é a disseminação de um discurso muito perigoso, de que voto e política não são tão importantes, pois relevante mesmo é a interpretação dos princípios constitucionais realizada pelo STF. Daí a dizer que o povo não sabe votar é um pulo, e a ditadura de toga pode não ser muito melhor do que a ditadura de farda.

b) Neoconstitucionalismo, "oba-oba constitucional" e Estado Democrático de Direito

Seria uma profunda injustiça com a teoria neoconstitucionalista acusá-la de promover o decisionismo ou de defender a tomada de decisões judiciais puramente emotivas, sem lastro em argumentação racional sólida. Pelo contrário, como foi destacado acima, um dos eixos centrais do pensamento neoconstitucional é a reabilitação da racionalidade prática no âmbito jurídico, com a articulação de complexas teorias da argumentação, que demandam muito dos intérpretes e sobretudo dos juízes em matéria de fundamentação das suas decisões. Porém, a prática judiciária brasileira recepcionou apenas parcialmente as teorias jurídicas de corte pós-positivista, e, aqui, a valorização dos princípios e da ponderação não tem sido muitas vezes acompanhada do necessário cuidado com a justificação das decisões.

Se, até não muito tempo atrás, os princípios não eram tratados como autênticas normas por aqui - só tinha bom direito quem podia invocar uma regra legal clara e precisa em favor da sua pretensão - com a chegada do pós-positivismo e do neoconstitucionalismo, passou-se em poucos anos da água para o vinho. Hoje, instalou-se um ambiente intelectual no Brasil que aplaude e valoriza as decisões principiológicas, e não aprecia tanto aquelas calcadas em regras legais, que são vistas como burocráticas ou positivistas - e positivismo hoje no país é quase um palavrão.¹²⁸ Neste contexto, os operadores do Direito são estimulados a invocar sempre princípios muito vagos nas suas decisões, mesmo quando isso seja absolutamente desnecessário, pela existência de regra clara e válida a reger a hipótese. Os campeões têm sido os princípios da dignidade da pessoa humana e da razoabilidade. O primeiro é empregado para dar imponência ao decisionismo judicial, vestindo com linguagem pomposa qualquer decisão tida como politicamente correta, e o segundo para permitir que os juízes substituam livremente as valorações de outros agentes públicos pelas suas próprias.

Este cenário é problemático porque um sistema jurídico funcional, estável, e harmônico com os valores do Estado Democrático de Direito, precisa tanto da aplicação de regras como de princípios.¹²⁹ As regras são indispensáveis, dentre outras razões,¹³⁰ porque geram maior previsibilidade e segurança jurídica para os seus destinatários; diminuem os riscos de erro na sua incidência, já que não dependem tanto das valorações do intérprete em cada caso concreto; envolvem um menor custo no seu processo de aplicação, pois podem incidir de forma mais mecânica, sem demandarem tanto esforço do intérprete; e não implicam, na mesma medida que os princípios, em uma transferência de poder decisório do Legislativo, que é eleito, para o Judiciário, que não é.

Não pretendo sustentar com isso que se deva retroceder ao tempo em que os princípios não eram aplicados pelos juízes brasileiros. Também os princípios são essenciais na ordem jurídica, pois conferem mais plasticidade ao Direito - o que é essencial numa sociedade hiper-complexa como a nossa - e permitem uma maior abertura da

argumentação jurídica à Moral e ao mundo empírico subjacente. O importante é encontrar uma justa medida, que não torne o processo de aplicação do Direito amarrado demais, como ocorreria num sistema baseado exclusivamente em regras, nem solto demais, como sucederia com um que se fundasse apenas em princípios. Penso que é chegada a hora de um retorno do pêndulo no Direito brasileiro,¹³¹ que, sem descartar a importância dos princípios e da ponderação, volte a levar a sério também as regras e a subsunção.

Ademais, naquelas hipóteses em que a aplicação de princípios for realmente apropriada, ela deve dar-se de forma mais racional e fundamentada. Deve-se adotar a premissa de que quanto mais vaga for a norma a ser aplicada, e mais intenso o componente volitivo envolvido no processo decisório, maior deve ser o ônus argumentativo do intérprete, no sentido de mostrar que a solução por ele adotada é a que melhor realiza os valores do ordenamento naquele caso concreto.¹³² A tendência atual de invocação frouxa e não fundamentada de princípios colide com a lógica do Estado Democrático de Direito, pois amplia as chances de arbítrio judicial, gera insegurança jurídica e atropela a divisão funcional de poderes, que tem no ideário democrático um dos seus fundamentos - a noção básica de que as decisões sobre o que os cidadãos e o Estado podem e não podem fazer devem ser tomadas preferencialmente por quem represente o povo e seja por ele escolhido.

E há na sociedade brasileira traços que tornam ainda mais perigosa esta tendência à frouxidão e emotividade na metodologia jurídica. Nossa cultura caracteriza-se muito mais pelo "jeitinho"¹³³ e pelo patrimonialismo¹³⁴ do que pela valorização do cumprimento impessoal de regras. O brasileiro - já dizia Sérgio Buarque de Holanda¹³⁵ - é o "homem cordial", que tende a antepor a lógica privada do compadrio e da simpatia à racionalidade objetiva das leis. Esta singularidade das nossas relações sociais não atua de forma neutra em relação a todos os cidadãos. Ela implica na adoção de posturas estatais em geral muito benevolentes em relação aos donos do poder e seus apaniguados, e de posições muito mais duras dirigidas aos grupos excluídos e marginalizados.¹³⁶ Uns poucos acabam pairando acima das leis, que não os alcançam para limitar a sua conduta ou sancionar os seus desvios, enquanto outros permanecem abaixo dela, sendo atingidos apenas pelo braço punitivo do Estado, pois a violação rotineira dos seus direitos é naturalizada, tornando-se invisível.

Neste quadro, cabe indagar, sob a perspectiva de uma sociologia da interpretação constitucional, até que ponto a introdução entre nós de uma "dogmática fluida" - a expressão é de Gustavo Zagrebelsky,¹³⁷ um dos ícones do neoconstitucionalismo - não pode ter como efeito colateral o agravamento de patologias que marcam as nossas relações sociais. Será que o nosso Direito precisa de mais rigidez ou de maior maleabilidade? Ao fim e ao cabo, quem tende a se beneficiar com a adoção de uma hermenêutica jurídica mais flexível?

Uma reflexão importante sobre tema correlato foi empreendida por Marcelo Neves,¹³⁸ a partir das categorias da teoria sistêmica de Niklas Luhman. Para Luhman,¹³⁹ em apertada síntese, o Direito, nas hipercomplexas sociedades modernas, seria *autopoietico*,¹⁴⁰ pois consistiria num subsistema social estruturalmente fechado em relação ao meio envolvente, que operaria de acordo com um código binário próprio - o lícito/ ilícito. As influências do meio envolvente sobre o Direito seriam filtradas através deste código,

assegurando a autonomia da esfera jurídica diante dos outros subsistemas sociais, como a Economia, a Política, a Religião etc. Contudo, Marcelo Neves sustenta que em sociedades periféricas, como o Brasil, não se desenvolveu plenamente este fechamento estrutural do Direito. Por aqui, fatores como a nossa "constitucionalização simbólica" geraram uma insuficiente diferenciação do Direito em relação a outros subsistemas sociais, permitindo que elementos a princípio estranhos ao código binário do jurídico - como a questão do poder político e do poder econômico - se infiltrem sistematicamente nos processos de aplicação das normas, condicionando o seu resultado. A teoria dos sistemas de Luhman não funcionaria bem entre nós, pois teríamos um Direito em boa parte *alopoiético*. Para tal perspectiva, esta maior abertura do Direito ao meio envolvente não assume o potencial emancipatório preconizado pela teoria neoconstitucionalista. Ela funciona muito mais como um mecanismo de cristalização de diferenças sociais, mantendo a hiper-inclusão de uns, ao preço da exclusão de outros.

Esta reflexão de Marcelo Neves não se dirigiu ao debate metodológico contemporâneo envolvendo princípios e regras, ponderação e subsunção etc. Porém, entendo que ela pode ter alguma pertinência também aqui, pelo menos para nos advertir sobre o perigo de que o neoconstitucionalismo, com a fluidez metodológica e abertura do Direito a outros domínios que preconiza, possa acabar tornando-se um belo rótulo para justificar mais do mesmo: patrimonialismo, desigualdade, "jeitinho". Nesta perspectiva, a novidade do neoconstitucionalismo poderia parecer com aquela advogada pelo Príncipe de Salinas, em famosa passagem do romance *O Leopardo*, de Giuseppe Lampedusa, quando defendia, no contexto da crise da aristocracia italiana do final do século XIX, a necessidade de mudanças urgentes no governo, para que, ao final, as coisas pudessem permanecer exatamente do jeito que sempre foram.

Não penso que esta seja uma consequência necessária da adoção de uma perspectiva jurídica mais principialista no Brasil. O maior cuidado metodológico, adicionado à adoção de uma diretriz hermenêutica substantiva, que afirme a missão essencial do Direito de assegurar justiça e segurança às pessoas, tratando-as como livres e iguais, pode minimizar as possibilidades de um uso enviesado da teoria neoconstitucional, que acabe favorecendo aos mesmos de sempre. Mas, diante das nossas tradições, não há como negar que os riscos são elevados.

c) Neoconstitucionalismo e panconstitucionalização

Uma das características do neoconstitucionalismo é a defesa da constitucionalização do Direito. Sustenta-se que a irradiação das normas constitucionais por todo o ordenamento contribui para aproximá-lo dos valores emancipatórios contidos nas constituições contemporâneas. ¹⁴¹A Constituição não é vista mais como uma simples *norma normarum* - cuja finalidade principal é disciplinar o processo de produção de outras normas. ¹⁴²Ela passa a ser enxergada como a encarnação dos valores superiores da comunidade política, que devem fecundar todo o sistema jurídico. Neste modelo, cabe ao intérprete não só aplicar diretamente os ditames constitucionais às relações sociais, como também reler todas as normas e institutos dos mais variados ramos do Direito à luz da Constituição, emprestando-lhes o sentido que mais promova os objetivos e a axiologia da Carta.

A constitucionalização do Direito de que cogita o neoconstitucionalismo não é aquela

que resulta do caráter excessivamente analítico da Constituição, e leva ao entricheiramento de meras opções conjunturais do constituinte originário ou derivado, despidas de maior importância ou dignidade. Este é um fenômeno característico da Carta de 88, que se excedeu no casuismo e nos detalhes, elevando ao seu texto meros interesses corporativos ou decisões de momento, sem fôlego para perdurarem no tempo. A constitucionalização louvada e defendida pelo neoconstitucionalismo é aquela que parte de uma interpretação extensiva e irradiante dos direitos fundamentais e dos princípios mais importantes da ordem constitucional. Aqui, contudo, pode-se discutir até que ponto o fenômeno é legítimo. Poucos discordarão, pelo menos no Brasil, de que alguma constitucionalização do Direito é positiva e bem-vinda, por semear o ordenamento com os valores humanitários da Constituição. Porém, pode-se objetar contra as teses extremadas sobre este processo, que acabam amputando em demasia o espaço de liberdade do legislador, em detrimento da democracia.¹⁴³

Com efeito, quem defende que tudo ou quase tudo já está decidido pela Constituição, e que o legislador é um mero executor das medidas já impostas pelo constituinte, nega, por consequência, a autonomia política ao povo para, em cada momento da sua história, realizar as suas próprias escolhas. O excesso de constitucionalização do Direito reveste-se, portanto, de um viés antidemocrático. Esta ordem de preocupações levou Ernst Forsthof, na Alemanha, a criticar as teorias que viam a Constituição como uma espécie de *"genoma jurídico (...) do qual tudo deriva, do Código Penal até a lei sobre a fabricação de termômetros"*¹⁴⁴. E a questão torna-se ainda mais delicada diante da constatação de que, pela abertura semântica dos direitos fundamentais e dos princípios - principal matéria-prima da constitucionalização do Direito - o seu principal agente acaba sendo o Poder Judiciário, ao dar a última palavra sobre a interpretação daquelas cláusulas. Daí porque, o debate sobre a constitucionalização do Direito se imbrica inexoravelmente com as discussões a propósito da judicialização da política e do decisionismo, referidas acima.

Ademais, a constitucionalização do Direito também suscita outra linha de preocupações, relacionada ao perfeccionismo moral¹⁴⁵ na esfera privada. No Brasil, assim como em muitos outros países, já se assentou a idéia de que os direitos fundamentais não se dirigem apenas contra o Estado, vinculando também os particulares. Entre nós tem prevalecido na doutrina a idéia, que eu mesmo defendi em outro estudo,¹⁴⁶ que a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas é direta e imediata. Em outras palavras entende-se que a própria Constituição já incide nas relações privadas, independentemente de mediações legislativas, e que pode gerar obrigações positivas ou negativas para os indivíduos e não só para os poderes públicos, sempre no afã de proporcionar uma proteção mais completa à dignidade humana. Até aqui, nada a contestar.

Porém, o reconhecimento da vinculação dos particulares à Constituição suscita um risco que não pode ser ignorado: o de imposição às pessoas, supostamente em nome de valores constitucionais, de comportamentos e estilos de vida que elas próprias rejeitam, em detrimento da sua liberdade existencial. Para dar um exemplo bem tosco, seria terrível se o Direito, em nome do princípio da solidariedade social, pudesse impor às pessoas que demonstrassem afetos e sentimentos que elas não possuem genuinamente. Ou se, em nome da isonomia, pretendesse interferir nas escolhas subjetivas e emocionais que os indivíduos fazem nas suas vidas privadas. A constitucionalização, neste sentido,

poderia converter-se num pretexto para o exercício de um paternalismo anti-liberal, em que as pessoas seriam forçadas a conformarem-se às expectativas sociais forçadas a partir de pautas de ação "politicamente corretas", com apoio na Constituição.¹⁴⁷

Nenhuma destas duas questões é insuperável. É possível aceitar e aplaudir a constitucionalização do Direito - fenômeno em geral positivo, por aproximar a racionalidade emancipatória da Constituição do dia-a-dia das pessoas -, mas defender que ela seja temperada por outras preocupações igualmente essenciais no Estado Democrático de Direito, com a autonomia pública e privada dos cidadãos. Pode-se reconhecer a legitimidade da constitucionalização do Direito, mas numa medida em que não sacrifique em excesso à liberdade de conformação que, numa democracia, deve caber ao legislador para realizar opções políticas em nome do povo.¹⁴⁸ Pode-se, da mesma forma, afirmar a incidência direta da Constituição nas relações privadas, mas sem invadir a esfera das opções existenciais da pessoa - que, de resto, é protegida pela própria Constituição das ingerências perfeccionistas do Estado e da sociedade.¹⁴⁹

5 Conclusão

Ao fim da leitura destas páginas, o leitor pode estar se indagando se eu me alinho ou não ao neoconstitucionalismo. A minha resposta é: depende da compreensão que se tenha sobre o neoconstitucionalismo. Se entendermos o neoconstitucionalismo de acordo com a conhecida definição de Luis Prieto Sanchís, como uma teoria do Direito que se orienta pelas máximas de "*más principios que reglas; más ponderación que subsunción; omnipotencia de la Constitución en todas las áreas jurídicas y en todos conflictos mínimamente relevantes, en lugar de espacios exentos en favor de la opción legislativa o reglamentaria; omnipotencia judicial en lugar de autonomía del legislador ordinario; y, por último, coexistencia de una constelación plural de valores, a veces tendencialmente contradictorios, en lugar de homogeneidad ideológica*",¹⁵⁰ certamente eu não me considero um neoconstitucionalista. De todas as afirmações do professor espanhol, a única de que não discordo é aquela relacionada ao pluralismo de valores, cujo reconhecimento, aliás, está longe de ser privilégio dos neoconstitucionalistas.

Contudo, eu assumo o rótulo, sem constrangimentos, se o neoconstitucionalismo for pensado como uma teoria constitucional que, sem descartar a importância das regras e da subsunção, abra também espaço para os princípios e para a ponderação, tentando racionalizar o seu uso. Se for visto como uma concepção que, sem desprezar o papel protagonista das instâncias democráticas na definição do Direito, reconheça e valorize a irradiação dos valores constitucionais pelo ordenamento, bem como a atuação firme e construtiva do Judiciário para proteção e promoção dos direitos fundamentais e dos pressupostos da democracia. E, acima de tudo, se for concebido como uma visão que conecte o Direito com exigências de justiça e moralidade crítica,¹⁵¹ sem enveredar pelas categorias metafísicas do jusnaturalismo.

Certamente, uma visão equilibrada da Teoria do Direito com tais características pode contribuir para o aperfeiçoamento do Estado Democrático de Direito no Brasil. O mesmo já não digo de concepções mais radicais do neoconstitucionalismo, que podem ser muito boas para arrancar aplausos entusiasmados das platéias nos seminários estudantis, mas que não se conciliam com exigências fundamentais de segurança jurídica, democracia e liberdade, que são alicerces de qualquer bom constitucionalismo -

novo ou velho.

¹Sobre a teoria de princípios no Brasil, veja-se, dentre outros, Ana Paula de Barcellos. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002; Humberto Bergman Ávila. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 2. ed. São Paulo: RT, 2005; Jane Reis Gonçalves Pereira. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006; Virgílio Afonso da Silva. *O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais*. São Paulo. Tese (concurso de Professor Titular de Direito Constitucional da USP).

²Veja-se, em tons variados, Lênio Luiz Streck. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999; Luís Roberto Barroso (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003; Margarida Maria Lacombe Camargo. *Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003; Inocêncio Mártires Coelho. *Interpretação constitucional*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003; Ana Paula de Barcellos. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005

³Sobre o fenômeno da constitucionalização do Direito, confira-se os inúmeros artigos que compõem a coletânea organizada por Cláudio Pereira de Souza Neto e por mim. *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

⁴Cfr., na literatura constitucional brasileira, Gisele Guimarães Cittadino. *Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos de filosofia constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998; Oscar Vilhena Vieira. *A Constituição e sua reserva de justiça: um ensaio sobre os limites materiais do poder de reforma*. São Paulo: Malheiros, 1999; Ricardo Lobo Torres (Org.). *A legitimação dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002; Cláudio Pereira de Souza Neto. *Teoria constitucional e democracia deliberativa*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006; Lênio Luiz Streck. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006; Samantha Chantal Dobrowolski. *A construção social do sentido da Constituição na democracia contemporânea: entre soberania popular e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007; Álvaro Ricardo de Souza Cruz. *Hermenêutica jurídica e(m) debate: o constitucionalismo brasileiro entre a teoria do discurso e a ontologia existencial*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

⁵Sobre a judicialização da política no Brasil, veja-se Luiz Werneck Vianna et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999; Giselle Cittadino. *Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes*. In: Luiz Werneck Vianna (Org.). *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG, 2002. p. 17-42; Rogério B. Arantes. *Constitutionalism, the expansion of Justice and the Judicialization of Politics in Brazil*. In: Rachel Sieder; Line Schjolden; Alan Angell. *The Judicialization of Politics in Latin America*. New York: Palgrave Macmillan, 2005. p. 232-262; Luis Roberto Barroso. *Judicialização, ativismo*

judicial e legitimidade democrática. Texto inédito, gentilmente cedido pelo autor.

Para uma perspectiva comparativa, veja-se Neal C. Tate; Tobjorn Vallinder (Ed.). *The Global Expansion of Judicial Power*. New York: New York University Press, 1995; Alec Stone Sweet. *Governing with Judges: Constitutional Politics in Europe*. Oxford: Oxford University Press, 2000; e, em tom profundamente crítico, Ran Hirschl. *Towards Juristocracy: the Origins and Consequences of the New Constitutionalism*. Cambridge: Harvard University Press, 2004.

⁶Miguel Carbonell et al. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003. Mais recentemente, o autor publicou nova coletânea também dedicada ao estudo do neoconstitucionalismo intitulada *Teoría del Neoconstitucionalismo: Ensayos escogidos*. Madrid: Trotta, 2007.

⁷O jurista argentino Carlos Santiago Nino, por exemplo, faleceu em 1993, quando ainda nem se empregava esta denominação.

⁸Cf. Robert Alexy. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva; revisão técnica da tradução e introdução à edição brasileira Claudia Toledo. 2. ed. São Paulo: Landy, 2005; Luis Roberto Barroso. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2008. p. 306-350.

⁹Cf. Lênio Luiz Streck. *Verdade e consenso*. Op. cit., p. 197-246.

¹⁰Ronald Dworkin e Carlos Santiago Nino são, sem sombra de dúvida, autores liberais, não no sentido que se atribui ao termo no Brasil - de adeptos de doutrina econômica favorável ao Estado mínimo e ao mercado - mas sim no sentido corrente na Filosofia Política, que associa o liberalismo à defesa dos direitos individuais e da neutralidade do Estado em relação às diversas concepções sobre a "vida boa" existentes na sociedade. Veja-se, neste sentido, Ronald Dworkin. *A Matter of Principle*. Cambridge: Harvard University Press, 1985. p. 181-236; Carlos Santiago Nino. *La constitución de la Democracia Deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 1997. p. 70-100.

¹¹Lênio Luiz Streck, que se alinha ao neoconstitucionalismo, defende posturas tipicamente comunitaristas, como o papel da Constituição na definição de modelos de "vida boa" para orientação da vida social e da ação individual. Cf. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 95-288.

¹²Antonio Cavalcanti Maia, um dos mais ardorosos defensores do neoconstitucionalismo no país, é também procedimentalista e adepto das teorias jurídicas de Jürgen Habermas. Veja-se, neste sentido, o seu denso texto "Nos vinte anos da carta cidadã: do pós-positivismo ao neoconstitucionalismo". In: Cláudio Pereira de Souza Neto; Daniel Sarmento; Gustavo Binbenbosc (Coord.). *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 117-168, em que esta sua dupla filiação intelectual é explicitada.

¹³Segundo Miguel Carbonell, o neoconstitucionalismo desdobra-se em três planos de análise que se conjugam: o dos textos constitucionais, que se tornaram mais substantivos e incorporaram amplos elencos de direitos fundamentais; o das práticas judiciais, que passaram a recorrer a princípios constitucionais, à ponderação e a métodos mais flexíveis de interpretação, sobretudo na área de direitos fundamentais; e o dos desenvolvimentos teóricos de autores que, com as suas idéias, ajudaram não só a compreender os novos modelos constitucionais, mas também participaram da sua própria criação. Cf. Miguel Carbonell. Neoconstitucionalismo: elementos para una definición. In: Eduardo Ribeiro Moreira; Mauricio Pugliesi. *20 anos da Constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 197-208.

¹⁴No mesmo sentido, Luis Roberto Barroso. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional do Brasil. In: Cláudio Pereira de Souza Neto; Daniel Sarmento. *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 203-250.

¹⁵Cf. Carlos Bernal Pulido. *El Derecho de los Derechos*. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2006; Manoel Jose Cepeda Espinosa. *Judicialization of Politics in Colombia: the old and the new*. In: Rachel Sieder, Line Schonjen; Alan Angell. *The Judicialization of Politics in Latin America*. Op. cit., p. 67-104; Rodrigo Uprimmy; Maurício Garcia-Villegas. Tribunal Constitucional e emancipação social na Colômbia. In: Boaventura de Souza Santos. *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002. p. 297-339.

¹⁶Cf. Catalina Smulovitz. Petitioning and Creating Rights: Judicialization in Argentina. In: Rachel Sieder; Line Scjolden; Alan Angell. *The Judicialization of Politics in Latin America*. Op. cit., p. 161-185.

¹⁷Cf. Miguel Carbonell. *Los Derechos Fundamentales en México*. 2. ed. México: Porrúa, 2006; Pilar Domingo. The Changing Political Role of the Judiciary in México. In: Rachel Sieder; Line Scjolden; Alan Angell. *The Judicialization of Politics in Latin América*. Op. cit., p. 21-46.

¹⁸Cf. Heinz Klug. South África: From Constitucional Promise to Social Transformation. In: Jeffrey Goldsworthy. *Interpreting Constitutions: A Comparative Study*. Oxford: Oxford University Press, 2006. p. 266-320.

¹⁹Cf. S. P. Sathe. Índia: From Positivism to Structuralism. In: Jeffrey Goldsworthy. Op. cit., p. 215-265.

²⁰Veja-se, a propósito, Gustavo Zagrebelsky. *Il Diritto Mite*. Torino: Einaudi, 1992. p. 57-96.

²¹Cf. Eduardo García de Enterría. *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*. 3. ed. Madrid: Civitas, 1985. p. 41.

²²Na Alemanha, a mudança ocorreu sob a vigência da Lei Fundamental, adotada em 1949, e foi fortemente impulsionada pela jurisprudência do Tribunal Constitucional do

país, que construiu teorias importantes, como a da Constituição como uma ordem de valores, em cujo centro situa-se o princípio da dignidade humana, que se irradia por todo o ordenamento. Veja-se, a propósito, Dieter Grimm. *Human Rights and Judicial Review in Germany*. In: David M. Beatty (Org.). *Human Rights and Judicial Review: A Comparative Perspective*. Dodrecht: Martin Urjhoff, 1994. p. 267-295.

²³Na Itália, as mudanças se deram sob a égide da atual Constituição, editada em 1947, mas só após o funcionamento da Corte Constitucional, que se deu em 1956. Até então, a Corte de Cassação, composta por juízes recrutados ainda no período do fascismo, era provisoriamente encarregada da guarda da Constituição, o que fazia de forma muito tímida, no mais das vezes negando eficácia jurídica às normas constitucionais, sob o argumento de que seriam programáticas. Veja-se, a propósito, Ricardo Guastini. "A constitucionalização do ordenamento jurídico e a experiência italiana". In: Cláudio Pereira de Souza Neto; Daniel Sarmento. *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Op. cit., p. 271-294.

²⁴Cf. No modelo do constitucionalismo norte-americano entende-se, desde os primórdios, que a Constituição é autêntica lei, e que o Judiciário pode invalidar as decisões legislativas que a contrariem, apesar do controle de constitucionalidade não estar expressamente previsto no texto constitucional daquele país. Esta idéia, que já estava assentada no Federalista n. 78, escrito por Alexander Hamilton antes da aprovação da Constituição, foi posta em prática pela primeira vez contra lei federal no célebre caso *Marbury v. Madison*, julgado em 1803 pelo juiz Marshall. Veja-se, a propósito, Paul Brest; Sanford Levinson; Jack Balkin; Akhil Reed Amar. *Processes of Constitutional Decisionmaking: Cases and Materials*. New York: Aspen Publishers, 2000. p. 79-103.

A versão mais convencional do modelo constitucional norte-americano enfatiza a importância central do Judiciário na atualização do sentido da Constituição do país. Contudo, esta leitura histórica é hoje objeto de intensa disputa. Em sentido contrário a tal posição, sustentando uma menor relevância do Judiciário no desenvolvimento histórico do constitucionalismo americano, veja-se, por exemplo, Stephen M. Griffin. *American Constitutionalism: From Theory to Politics*. New Jersey: Princeton University Press, 1996. p. 88-139.

²⁵Cf. Luis Prieto Sanchís. *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*. Madrid: Trotta, 2003. p. 107-117.

²⁶Cf. Daniel Sarmento. Ubiquidade constitucional: Os dois lados da moeda. In: Cláudio Pereira de Souza Neto; Daniel Sarmento (Coord.). *A constitucionalização do direito....* Op. cit., p. 113-148.

²⁷Na verdade, a reação contra o formalismo jurídico na Europa é bem anterior ao advento do constitucionalismo do 2º pós-guerra, remontando ao final do século XIX. Veja-se, a propósito, Constantin M. Stamatis. *Argumenter en Droit: Une théorie critique de l'argumentation juridique*. Paris: Publisud, 1995. p. 34-50; Antonio Manoel Hespanha. *Panorama histórico da cultura jurídica europeia*. Lisboa: Publicações Europa-América, 1997. p. 196-235.

²⁸Há vasta literatura sobre a ponderação, mas a obra mais influente sobre o tema é certamente o livro de Robert Alexy. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. No cenário norte-americano, veja-se a análise densa e crítica de T. Alexander Aleinikoff. *Constitutional Law in the Age of Balancing*. *Yale Law Journal*, n. 96, p. 943-1005, 1987. No Brasil, cfr. Daniel Sarmento. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000; Ana Paula de Barcellos. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Op. cit.,

²⁹A bibliografia sobre o princípio da proporcionalidade é vastíssima. Veja-se, a propósito, as densas análises de Carlos Bernal Pulido. *El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2003, e, no Brasil, de Jane Reis Gonçalves Pereira. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 297-382.

³⁰Cf. Chaïm Perelman. *Ética e direito*. Tradução de Maria Ermantina Galvão G. Perira. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 361-684; Robert Alexy. *Teoria da argumentação jurídica*. Op. cit; Friedrich Muller. *Discours de la Méthode Juridique*. Tradução de Olivier Jouanjan. Paris: PUF, 1993; Manuel Atienza. *Trás la Justicia: Una Introducción al Derecho y al Razonamiento Jurídico*. Barcelona: Ariel, 1995; Neil MacCormick. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. Tradução de Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006; Klaus Günther. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*. Tradução de Cláudio Molz. São Paulo: Landy, 2004.

³¹Cf. Martin Shapiro; Alec Stone Sweet. *On Law, Politics and Judicialization*. New York: Oxford University Press. p. 136-208.

³²Contudo, deve-se admitir, na linha de Paolo Comanducci, que é possível reconhecer as mudanças em questão, e propor novas teorias que sejam adequadas a elas, sem defendê-las. Esta seria, nas palavras do autor italiano, a diferença entre o neoconstitucionalismo "teórico" e o neoconstitucionalismo "ideológico", que não apenas constrói teorias mais compatíveis com os novos fenômenos, mas vai além, sustentando a sua legitimidade e propugnando pelo seu aprofundamento e expansão. Veja-se, a propósito, Paulo Comanducci. *Formas de neoconstitucionalismo: Un análisis metateórico*. In: Miguel Carbonell (Ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Op. cit., p. 75-98. Como reconhece o próprio autor, tal distinção baseia-se em uma semelhante acerca do positivismo, formulada por Norberto Bobbio, que fala em positivismo teórico, ideológico e metodológico. Cf. Norberto Bobbio. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Tradução e notas de Marcio Pugliesi et al. São Paulo: Ícone, 1995. p. 233-239.

³³Cf. Ronald Dworkin. *Is Law a Sistem of Rules*. In: Ronald Dworkin (Ed.). *Philosophy of Law*. Oxford: Oxford University Press, 1971; Robert Alexy. *Constitucionalismo discursivo*. Tradução de Luiz Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

³⁴Cf. Robert Alexy. *Derecho y Razón Práctica*. México: Distribuciones Fontamara, 1993; Aulis Aarnio. *Lo Racional como Razonable*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

³⁵Cf. Aharon Barak. *The Judge in a Democracy*. New Jersey: Princeton University Press,

2006, p. 213-260; Gustavo Zagrebelsky. *Il Diritto Mite*. Op. cit., p. 179-217.

³⁶Confronte-se, com perspectivas diferentes, Luigi Ferrajoli. O Estado de direito entre passado e futuro. In: Pietro Costa; Danilo Zolo (Org.). *Estado de direito: história, teoria, crítica*. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 419-464; Elias Dias. *Estado de Derecho y Sociedad Democrática*. Madrid: Taurus, 1998; Ronald Dworkin. Introduction: The Moral Reading and the Majoritarian Premise. In: *Freedom's Law: The moral reading of the American Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1996. p. 01-38; Gustavo Zagrebelsky. *La Crucifixión y la Democracia*. Barcelona: Ariel, 1996; Cláudio Pereira de Souza Neto. Teoria constitucional da democracia deliberativa. Op. cit.

³⁷Cf. Ronald Dworkin. *Introduction: The Moral Reading and the Majoritarian Premise*. Op. cit.

³⁸Cf. Luigi Ferrajoli. *El Garantismo y la Filosofía del Derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2000.

³⁹Cf. Luis Pietro Sanchis. Sobre el Neoconstitucionalismo y sus Implicaciones. In: *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*. Op. cit., p. 101-135.

⁴⁰Cf. Ricardo Guastini. Sur la Validité de la Constitution du Point de Vue du Positivisme Juridique. In: Michel Troper; Lucien Jaume (Dir.). *1789 et L'Invention de la Constitution*. Paris: L.G.D.J, 1994. p. 216-225.

⁴¹Cf. Suzana Pozzolo. *Neoconstituzionalismo e Positivismo Giuridico*. Torino: Giappicheli, 2001.

⁴²Cf. Ronald Dworkin. Law and Morals. In: *Justice in Robes*. Cambridge: Harvard University Press, 2006. p. 01-35

⁴³Cf. Robert Alexy. Derecho y Moral. In: *La Institucionalización de la Justicia*, Op. cit., p. 17-30.

⁴⁴Cf. Carlos Santiago Nino. *Ética y Derechos Humanos*. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 1989. p. 11-48.

⁴⁵Cf. Gustav Radbruch. Cinco minutos de filosofia do direito. In: *Filosofia do direito*. Tradução de L. Cabral de Moncada. 6. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1979. p. 414-418. Para uma densa problematização da "fórmula de Radbruch", veja-se Thomas da Rosa Bustamante. Pós-Positivismo: o argumento da injustiça além da Fórmula de Radbruch. In: *Teoria do direito e decisão racional: temas de teoria da argumentação jurídica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

⁴⁶Cf. Robert Alexy. *La Institucionalización de la Justicia*. Tradução de José Antonio Seone et. al. Granada: Comares, 2005. p. 31-54.

⁴⁷Sobre o tema, cfr. Alfonso Garcia Figueroa. Princípios e direitos fundamentais. In: Cláudio Pereira de Souza Neto; Daniel Sarmento. *A constitucionalização do direito*. Op.

cit., p. 03-34.

⁴⁸O texto mais importante do positivismo inclusivo é o pós-escrito de Herbert L.A. Hart à sua obra magna *The Concept of Law*, em que ele responde às críticas ao seu pensamento que Ronald Dworkin lhe endereçara. O autor inglês faleceu antes de terminar o texto, mas ele foi publicado postumamente, depois de ser editado por Joseph Raz; Penélope Bulloch. Veja-se Herbert L.A. Hart. Pós-escrito. In: *O conceito de direito*. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 2. ed. 1994. p. 299-339. Também na linha do positivismo inclusivo, veja-se Gregorio Peces-Barba. *Derechos Sociales y Positivismo Jurídico: Escritos de Filosofía Política y Jurídica*. Madrid: Dykinson, 1999, p. 83-90; Jules Coleman. *The Practice of Principle: In defense of a pragmatist approach do legal theory*. Oxford: Oxford University Press, p. 103-120. Para uma resenha dos tipos de positivismo no debate contemporâneo, confira-se Dimitri Dimoulis. *Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. São Paulo: Método, 2006. p. 65-166.

⁴⁹Cf. Antonio Cavalcanti Maia. Nos vinte anos da Constituição: do pós-positivismo ao neoconstitucionalismo. Op. cit.; Cláudio Pereira de Souza Neto. A teoria constitucional e seus lugares específicos: notas sobre o aporte reconstrutivo. *Revista de Direito do Estado*, n. 1, p. 89-104, jan./ mar. 2006; Daniel Sarmento. Interpretação constitucional, pré-compreensão e capacidades institucionais do intérprete. In: Cláudio Pereira de Souza Neto; Daniel Sarmento; Gustavo Binebojm. *Vinte anos da Constituição de 1988*. Op. cit., p. 311-322.

⁵⁰Cf. Jürgen Habermas. *Escritos sobre Moralidad y Eticidad*. Tradução de Manuel Jimenez Redondo. Barcelona: Paidós, 1991. p. 131-172.

⁵¹Sobre o comunitarismo há extensa literatura. Dois textos clássicos deste linha de pensamento são, Michael Walzer. *The Communitarian Critique of Liberalism*. In: *Politics and Passion*. New Haven: Yale University Press, 2004. p. 141-163; Charles Taylor. *The Procedural Republic and the Unencumbered Self*. In: Robert Goodin; Philip Pettit (Ed.). *Contemporary Political Philosophy*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2002. p. 2462-256. Sobre a penetração, ainda que muitas vezes não consciente, das posições do comunitarismo no constitucionalismo brasileiro, veja-se Gisele Cittadino. *Pluralismo, direito e justiça distributiva...*, Op. cit., p. 43-74.

⁵²Sobre o construtivismo ético, corrente filosófica que sustenta a existência de posições certas e erradas na Moral, bem como a possibilidade de encontrá-las e fundamentá-las racionalmente, veja-se Carlos Santiago Nino. *El Constructivismo Ético*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

⁵³O fenômeno também se reproduz na teoria constitucional norte-americana hegemônica, cf Keith Wittington. *Constitutional Construction: Divided Powers and Constitutional Meaning*. Cambridge: Harvard University Press, 1999. p. 01-03.

⁵⁴A imagem do Poder Judiciário como um "guardião de promessas" é explorada e criticada numa obra importante da teoria jurídica francesa contemporânea: Antoine Garapon. *Le Gardien de Promesses: Le juge et la démocratie*. Paris: Odile Jacob, 1996.

⁵⁵Neste sentido, o eloqüente encerramento do Curso de Direito Constitucional Contemporâneo de Luis Roberto Barroso: "...o constitucionalismo democrático é a utopia que nos restou. Uma fé racional que ajuda a acreditar no bem e na justiça, ainda quando não estejam ao alcance dos olhos" (Op. cit., p. 400).

⁵⁶Cf. Nico Poulantzas. *State, Power, Socialism*. London: new Left Books, 1978; Alan Hunt. Marxist Theory of Law. In: Dennis Patterson (Ed.). *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*. Malden: Blackwell Publishers, 1996. p. 355-367.

⁵⁷Cf. David Kairys (Ed.). *The Politics of Law: A Progressive Critique*. New York: Pantheon Books, 1982; Roberto Mangabeira Unger. *The Critical Legal Studies Movement*. Cambridge: Harvard University Press, 1986.

⁵⁸Cf. Plauto Faraco Azevedo. *Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989; Luiz Fernando Coelho. *Teoria crítica do direito*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

⁵⁹Não há como abordar aqui as relações entre as inúmeras correntes do pós-modernismo e o Direito Constitucional. Veja-se, a propósito, Niklas Luhman. *La Costituzione como Acquisizione Evolutiva*. In: Gustavo Zagrebelsky; Píer Paolo Portinaro; Jörg Luther. *Il Futuro della Costituzione*. Torino: Einaudi, 1996. p. 83-128; José Joaquim Gomes Canotilho. *Civilização do direito constitucional ou constitucionalização do direito civil?: a eficácia dos direitos fundamentais na ordem jurídico-civil no contexto do direito pós-moderno*. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, n. 15, p. 07-16, 1996; Eduardo Capellari. *A crise da modernidade e a Constituição*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004; Daniel Sarmento. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 36-45.

⁶⁰Para Jean-François Lyotard., uma das características centrais do pensamento pós-moderno, de que é expoente, é a desconfiança em relação às metanarrativas - construções abstratas, grandiosas e totalizadoras, típicas da Filosofia Moderna, como "direitos humanos", "luta de classes" e "emancipação pelo uso da razão". Cf. Lyotard. *A condição pós-moderna*. Tradução de Ricardo Corrêa Barbosa. 5. ed. 1998. p.16.

⁶¹Cf. Luiz Werneck Viana. *O terceiro poder na carta de 1988 e a tradição republicana: mudança e conservação*. In: Ruben George Oliven; Marcelo; Gildo Marçal Branda. *A Constituição de 1988 na vida brasileira*. São Paulo: Aderaldo e Rotshild, 2008. p. 91-109.

⁶²Cf. Paulo Ricardo Schier. *Filtragem constitucional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

⁶³A expressão foi cunhada por Cláudio Pereira de Souza Neto. *Fundamento e normatividade dos direitos fundamentais: uma reconstrução teórica à luz do princípio democrático*. *Arquivos de Direitos Humanos*, n. 4, p. 17-61, 2003.

⁶⁴Cf. Luis Roberto Barroso. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

⁶⁵Cf. Clèmerson Merlin Clève. A teoria constitucional e o direito alternativo: para uma dogmática constitucional emancipatória. In: *Uma vida dedicada ao direito: homenagem a Carlos Henrique de Carvalho*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 34-53.

⁶⁶Ressalte-se, porém, que antes de 88, alguns juristas já defendiam a força normativa da Constituição, como o Prof. José Afonso da Silva. É de 1968 a primeira edição da sua obra clássica: *A aplicabilidade das normas constitucionais*, que adotava claramente esta perspectiva. Todavia, pelo clima nada propício ao constitucionalismo que reinava por aqui até a nossa redemocratização, a louvável pregação dele e de outros juristas em prol da efetivação da Constituição não chegou a render maiores frutos.

⁶⁷Deve-se assinalar, ainda, a influência marcante do novo constitucionalismo ibérico neste movimento, que também pugnava pela atribuição de força normativa às ambiciosas constituições de Portugal e Espanha, então recentemente elaboradas, após o fim de experiências autoritárias naqueles países. A título de exemplo, mencione-se a penetração no país do pensamento do Professor de Coimbra José Joaquim Gomes Canotilho, especialmente da sua teoria sobre a Constituição dirigente, que ele posteriormente reviu. (cf. J. J. Gomes Canotilho. *Constituição dirigente e vinculação ao legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2001 - especialmente o prefácio desta segunda edição, que dá conta da mudança de posicionamento), bem como a difusão das lições do Professor Eduardo García de Enterría (cf. *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid: Civitas, 1981).

⁶⁸Segundo a avaliação atual de Luis Roberto Barroso, personagem central do movimento, "o positivismo constitucional, que deu impulso ao movimento, não importava em reduzir o direito à norma, mas sim em elevá-la a esta condição, pois até então ele havia sido menos do que norma" (*Curso de direito constitucional contemporâneo...*, Op. cit., p. 224).

⁶⁹Paulo Bonavides. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

⁷⁰Eros Roberto Grau. *A ordem econômica na Constituição de 88: interpretação e crítica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

⁷¹No âmbito da Pós-Graduação em Direito da UERJ, em que estou inserido desde 1997, primeiro como aluno, e a partir de 2003 como professor, o Ricardo Lobo Torres teve papel central na difusão do pensamento destes e de outros filósofos entre os estudantes e o próprio corpo docente.

⁷²Cf. Lênio Luiz Streck. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. Op. cit.; Eros Roberto Grau. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros, 2002.

⁷³Nesta linha, veja-se as obras que compõem a coletânea Cláudio Pereira de Souza Neto; Daniel Sarmento. *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008; Ricardo Lobo Torres. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. *Revista de Direito Administrativo*, n. 177, p. 20-49, 1989; Ingo Wolfgang Sarlet. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria

do Advogado, 2008; Ana Paula de Barcellos. *A eficácia jurídica dos princípios: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Op. cit.; Marco Mazzeli Gouveia. *O controle judicial das omissões administrativas*. Rio de Janeiro: Forense, 2003; Andréas Krell. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional "comparado"*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

⁷⁴Cf. Gustavo Tepedino. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999; Luiz Edson Fachin. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001; Maria Celina Bodin de Moraes. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003; Teresa Negreiros. *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998; Anderson Schreiber. *A proibição do comportamento contraditório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

⁷⁵Cf. Luciano Feldens. *A Constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle das lei penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005; Luis Carlos dos Santos Gonçalves. *Mandados expressos de criminalização e a proteção de direitos fundamentais na Constituição Brasileira de 1988*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

⁷⁶Cf. Gustavo Binenbojm. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006; Alexandre dos Santos Aragão; Floriano de Azevedo Marques (Coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

⁷⁷Cf. Gustavo Binenbojm. *A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001; Cláudio Pereira de Souza Neto. *Jurisdição constitucional, democracia e racionalidade prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002; José Adércio Leite Sampaio. *A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002; Lênio Luiz Streck. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002; Álvaro Ricardo de Souza Cruz. *Jurisdição constitucional democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

⁷⁸A expressão "dificuldade contramajoritária" é de um clássico da teoria constitucional norte-americana: Alexander Bickel. *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*. 2. ed. New Haven: Yale University Press, 1986.

⁷⁹Em síntese apertada, o procedimentalismo sustenta que não é papel da jurisdição constitucional tutelar valores substantivos, mas apenas proteger os pressupostos necessários ao bom funcionamento da democracia. Já o substancialismo reconhece a legitimidade da atuação jurisdicional em favor da garantia e promoção de valores substantivos presentes na Constituição. O debate entre o procedimentalismo, identificado com as idéias de autores como John Hart Ely e Jürgen Habermas, e o substancialismo, defendido por teóricos como Ronald Dworkin e Laurence Tribe, é reproduzido em praticamente toda a literatura contemporânea que trata de Teoria ou Filosofia Constitucional. Veja-se, a propósito, a densa obra de Cláudio Ari Mello. *Democracia constitucional e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004

⁸⁰*Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito*

constitucional no Brasil. Op. cit.

⁸¹"A crise paradigmática do direito no contexto da resistência positivista ao (neo)constitucionalismo". In: Cláudio Pereira de Souza Neto, Daniel Sarmento; Gustavo Binenbojm. *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Op. cit., p. 203-228.

⁸²*Nos vinte anos da carta cidadã: do pós-positivismo ao neoconstitucionalismo*. Op. cit.

⁸³Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle de políticas públicas. In: Daniel Sarmento; Flávio Galdino (Org.). *Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao prof. Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 31-60.

⁸⁴Direitos humanos, legitimidade e constitucionalismo. In: Daniel Sarmento; Flávio Galdino (Org.). *Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao Prof. Ricardo Lobo Torres*. Op. cit., p.325-350.

⁸⁵Novos desafios à filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo. In: Cláudio Pereira de Souza Neto; Daniel Sarmento. *A constitucionalização do direito....* Op. cit., p. 251-270.

⁸⁶*Neoconstitucionalismo: a invasão da Constituição*. São Paulo: Método, 2008.

⁸⁷*Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico*. São Paulo: Landy, 2006

⁸⁸*Teoria do direito e argumentação racional: temas de teoria da argumentação jurídica*. op. cit., p. 141-240.

⁸⁹Uma visão crítica do neoconstitucionalismo. In: George Salomão Leite; Glauco Salomão Leite. *Constituição e efetividade constitucional*. Salvador: JusPodium, 2008. p. 43-60.

⁹⁰Neoconstitucionalismo: entre a Ciência do direito e o direito da ciência. In: Cláudio Pereira de Souza Neto, Daniel Sarmento; Gustavo Binenbojm. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 187-202.

⁹¹Cf. Petição 1.246 MS/SC, julgada em 31/01/1997 (obrigação do Estado de realizar transplante de células mioblásticas para salvar a vida de criança); Agravo de Instrumento no Recurso Extraordinário 271.286/RS, DJU, 24 nov. 2000 (entrega de medicamentos para portadores de HIV); e Agravo de Instrumento do Recurso Extraordinário nº 410.715-5, julgado em 22/11/2005 (obrigação de fornecimento de vagas para educação infantil pelo município, com atendimento em creches e pré-escola).

⁹²Recursos Extraordinários nºs. 158.215-4/RS, 161.243-6/DF, 201.819/RJ.

⁹³Cf. Mandado de Injunção 670/ES, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 25.10.2007, em que o STF, revendo orientação anterior, deu eficácia normativa à sentença proferida no mandado de injunção. No caso, decidiu-se que, até o advento de lei regulamentadora sobre a greve no serviço público, o direito de greve poderia ser exercido, obedecendo-se os limites impostos pela Lei 7.783/89, que trata dos movimentos paredistas em serviços

essenciais no setor privado.

⁹⁴Sobre a tendência à superação da idéia do Judiciário como legislador negativo na jurisdição constitucional, veja-se José Adércio Leite Sampaio. *A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 203-248.

⁹⁵É lugar-comum dentre os autores que tratam da questão associar tais mudanças à pluralização das vozes na interpretação constitucional, tema em que a referência essencial no cenário germânico é Peter Häberle. Veja-se, a propósito, Peter Häberle. *Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997. Veja-se ainda, na doutrina brasileira, Gustavo Binenbojm. A dimensão do Amicus Curiae no processo constitucional brasileiro. In: *Temas de direito constitucional e administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 165-190.

⁹⁶ADIN 3.510/DF, Relator Ministro Carlos Ayres Britto. A ação, proposta contra o art. 5º da Lei de Biossegurança, impugnava a autorização de pesquisas com embriões humanos resultantes de fertilização *in vitro* que fossem inviáveis ou estivessem congelados há mais de três anos. A ação foi julgada totalmente improcedente, por 6 votos a 5.

⁹⁷ADPF nº 54. A ação, que tem como relator o Ministro Marco Aurélio, ainda não foi julgada, mas em seu bojo já ocorreram diversas audiências públicas, que provocaram intensa participação da sociedade civil e grande interesse na mídia.

⁹⁸ADPF nº 132, Relator Ministro Carlos Ayres Britto. A ação ainda foi julgada.

⁹⁹Mandados de Segurança 26.602/DF, 26.603/DF e 26.604/DF. *Informativo STF*, n. 482.

¹⁰⁰Recurso Extraordinário 197.917/SP, Rel. p/ acórdão, Min. César Peluso, *DJU*, 18 fev. 2005.

¹⁰¹O livro de Alberto Carlos Almeida, *A cabeça do brasileiro*, lançado em 2007, contém pesquisas feitas sobre uma série de temas, com pessoas de todas as classes sociais e regiões do país. Uma das pesquisas é relativa à avaliação das instituições. Dentre as treze avaliadas, as duas que obtiveram menor aprovação foram os partidos políticos (avaliação positiva de 28% dos entrevistados) e o Congresso (avaliação positiva de 36% dos entrevistados). Cf. Antonio Carlos Almeida. *A cabeça do brasileiro*. Rio de Janeiro: Record, 2007. p. 187.

¹⁰²Cf. Luis Roberto Barroso. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Texto ainda inédito, gentilmente cedido pelo autor.

¹⁰³Humberto Ávila, por exemplo, formula outra crítica importante, de que o neoconstitucionalismo seria inadequado à realidade constitucional brasileira, já que privilegia os princípios, e a Carta de 88 seria muito mais regulatória do que principiológica (*Neoconstitucionalismo entre a ciência do direito e o direito da ciência*).

Op. cit., p. 188-192).

¹⁰⁴Contudo, não é razoável estender esta crítica ao ponto de negar o caráter democrático da atuação judicial. Como ressaltou Eugenio Raúl Zaffaroni, "*uma instituição não é democrática unicamente porque não provenha de eleição popular, porque nem tudo o que provém desta origem é necessariamente aristocrático. Uma instituição é democrática quando seja funcional para o sistema democrático, quer dizer, quando seja necessária para a sua continuidade, como ocorre com o judiciário*" (*Poder judiciário: crise, acertos e desacertos*. Tradução de Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 43).

¹⁰⁵Cf. Robert A. Dahl. *Sobre a democracia*. Tradução de Beatriz Sidou. Brasília: UNB, 2001. p. 97-113; Jürgen Habermas. Popular Sovereignty as Procedure. In: James Bonham; William Rehg. *Deliberative Democracy*. Cambridge: The MIT Press, 1997. p. 35-66.

¹⁰⁶A questão da tensão e sinergia simultâneas entre constitucionalismo e democracia é um dos debates mais fecundos da Teoria Política e da Filosofia Constitucional, que tem atravessado o tempo, desde o advento do constitucionalismo moderno no século XVIII. Veja-se, no debate contemporâneo, Jeremy Waldron. "Precommitment and Disagreement". In: Larry Alexander. *Constitutionalism: Philosophical Foundations*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998. p. 271-299; Jürgen Habermas. O Estado democrático de direito: uma amarração paradoxal de princípios contraditórios?". In: *Era das transições*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 153-173; Carlos Santiago Nino. *La Constitución de la Democracia Deliberativa*. Op. cit; Frank Michelman. Brennan and Democracy. Princeton: Princeton University Press, 1999, p. 03-62; Stephen Holmes. El Precompromiso y la Paradoja de la Democracia. In: Jon Elster; Rune Slagstad. *Constitucionalismo y Democracia*. Tradução de Mônica Utrilla de Neira. Mexico: Fondo de Cultura Económica, 1999. p. 217-262.

¹⁰⁷O problema da limitação do legislador atual pelas decisões do constituinte, adotadas no passado, envolve a problemática da partilha intergeracional de poder, bem explicitada na fala de Jefferson, que defendia que, a cada 19 anos, deveria ser elaborada uma nova Constituição nos Estados Unidos, para que a Lei Maior daquele país não se tornasse um mecanismo de "governo dos mortos sobre os vivos". Em síntese apertada, há, na teoria política contemporânea, duas linhas principais de justificativa para a legitimidade destas restrições.

Uma é a teoria da democracia dualista, defendida por Bruce Ackerman, que sustenta que as decisões adotadas pelo próprio povo, em contextos de grande mobilização cívica, devem ser protegidas do alcance da vontade dos representantes do povo, formada em momentos em que a cidadania não esteja intensamente envolvida. Esta teoria distingue a política extraordinária, correspondente àqueles "momentos constitucionais", da política ordinária, que se realiza através das deliberações do dia a dia dos órgãos representativos. Para a perspectiva ackermaniana, a política extraordinária - que não exige, necessariamente, formalização procedimental através de assembléia constituinte ou de emenda constitucional - se situa em patamar superior à política ordinária, e pode legitimamente impor limites a esta (cf. Bruce Ackerman. *We the people: Foundations*.

Cambridge: The Belknap Press, 1991. p. 03-33).

Outra teoria é a do pré-compromisso, que já foi advogada por Jon Elster. Segundo ela, é legítimo subtrair do alcance das maiorias determinadas questões fundamentais, que expressam princípios fundamentais de justiça política, ou garantam os pressupostos da própria democracia, tendo em vista o risco de que, no processo político majoritário, em momentos de irracionalidade, o povo possa ser vítima de suas próprias fraquezas ou paixões momentâneas, atentando contra tais princípios (cf. *Ulisses and Sirens*. Cambridge: Cambridge University Press, 1979).

Ambas as concepções - a primeira mais próxima ao republicanismo e a segunda de viés mais liberal -, têm a sua dose de procedência, mas ensejam críticas importantes. Todavia, foge a escopo do presente trabalho analisar esta questão, que é uma das mais complexas da Filosofia Política moderna e contemporânea. Para uma visão geral sobre o tema na literatura em língua portuguesa, veja-se Oscar Vilhena Vieira. *A Constituição e sua reserva de justiça*. Op. cit; Miguel Nogueira de Brito. *A Constituição constituinte: ensaio sobre o poder de revisão da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 2000; Samantha Chantal Dobrowolski. Op. cit; p. 265-312; Rodrigo Brandão. *Direitos fundamentais, democracia e cláusulas pétreas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 59-112.

¹⁰⁸Cf. Michel Troper. *Justice Constitutionnelle et Démocratie*: In: *Pour une Theorie Juridique de L'État*. Paris: PUF, 1994. p. 317-328; Cláudio Pereira de Souza Neto. *Jurisdição constitucional, democracia e racionalidade prática*. Op. cit., p. 106-130; Gustavo Binenbojm. *A nova jurisdição constitucional brasileira*. Op. cit., p. 55-74.

¹⁰⁹Sobre o modelo revolucionário francês de constitucionalismo, completamente avesso à idéia de jurisdição constitucional, cf. Maurizio Fioravanti. *Constitución: de la antigüedad a nuestros días*. Tradução de Manuel Martinez Neira. Madrid: Trotta, 2001. p. 120-132.

¹¹⁰Cf. Carl Schmitt. *La Defensa de la Constitución*. Madrid: Tecnos, 1983.

¹¹¹O constitucionalismo popular, ou populismo constitucional, é uma importante corrente no debate constitucional norte-americano contemporâneo que nega a legitimidade democrática do controle de constitucionalidade, advogando que deve caber ao próprio povo, e não a uma elite de juízes não eleitos com assento na Suprema Corte, o poder de definir o sentido das cláusulas vagas que abundam no texto constitucional daquele país. Na defesa desta tese são empregados tanto argumentos de teoria e filosofia política, de caráter mais universal, como razões históricas, relacionadas à evolução do constitucionalismo estadunidense. Veja-se, nesta linha, Mark Tushnet. *Taking the Constitution Away from the Courts*. Princeton: Princeton University Press, 1999; Jeremy Waldron. *Precommitment and Disagreement*. Op. cit; Larry. D. Kramer. *The People Themselves: Popular constitutionalism and judicial review*. New York: Oxford University Press, 1994.

Até algumas décadas atrás, a oposição à jurisdição constitucional nos Estados Unidos partia, em regra, da Direita, que não se conformava com a jurisprudência extremamente liberal em matéria de direitos fundamentais, estabelecida pela Corte entre os anos 50 e 70. Atualmente, uma boa parte dos opositores à *judicial review* situa-se à esquerda do

espectro político, e talvez a nova linha profundamente conservadora daquele Tribunal ajude a explicar esta mudança.

¹¹²Sobre a Era de Lochner, veja-se Laurence H. Tribe. *American Constitutional Law*. 2. ed. Mineola: The Foundation Press, 1988. p. 567-581; Paul Brest et al. *Processes of Constitutional Decisionmaking*. 4. ed. New York: Aspen Publishers, 2000. p. 337-354.

¹¹³*Towards Juristocracy* Op. cit.

¹¹⁴Tratei do tema no artigo. Direito adquirido, emenda constitucional, democracia e justiça social. In: *Livres e iguais*. Op. cit., p. 03-32.

¹¹⁵Cf. Charles R. Epp. *The Rights Revolution*. Chicago: The University of Chicago Press, 1998. p. 26-70; Owen Fiss. *The Law as It Could Be*. New York: New York University Press, 2003. p. 244-249.

¹¹⁶A importância e as peculiaridades da interpretação legislativa da Constituição são exploradas em importante obra coletiva: Richard W. Bauman; Tsvi Kahana. *The Least Examined Branch: The Role of Legislatures in the Constitutional State*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

¹¹⁷Cf., em tom ainda mais cético do que o adotado neste estudo, Martonio Mont'Alverne Barreto Lima. Jurisdição Constitucional: um problema da teoria da democracia política. In: Cláudio Pereira de Souza Neto, Gilberto Bercovici, José Filomeno de Moraes Filho; Martonio Mont'Alverne. *Teoria da Constituição: estudos sobre o lugar da política no direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 199-261; Conrado Hübner Mendes. *Controle de constitucionalidade e democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

¹¹⁸Para crítica semelhante no contexto germânico, veja-se Ingeborg Maus. O judiciário como superego da sociedade: sobre o papel da atividade jurisprudencial na 'sociedade órfã'. Tradução de Martonio Mont'Alverne Barreto Lima; Paulo Antonio Menezes de Albuquerque. *Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Recife*, n. 11, 2000.

¹¹⁹Eu aprofundo a análise deste ponto no meu artigo Interpretação constitucional, pré-compreensão e capacidades institucionais do intérprete. In: Cláudio Pereira de Souza Neto; Daniel Sarmento; Gustavo Binbenbojm (Coord.). *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Op. cit.. p. 311-322. E a necessidade de optar por teoria de interpretação que leve em consideração as capacidades institucionais reais dos juízes, comparando-as com as dos agentes de outras instituições, é explorada no importante estudo de Cass Sunstein; Adrian Vermeulle. *Interpretations and Institutions*. *Chicago Working Papers in Law & Economics*, 2002, p. 01-55, bem como no livro de Adrian Vermeulle. *Judging under Uncertainty: An Institutional Theory for Legal Interpretation*. Cambridge: Harvard University Press, 2006.

¹²⁰Dentre as honrosas exceções, mencione-se Luís Roberto Barroso, autor de importante artigo com sugestões para a reforma política no país: Reforma política: uma proposta de sistema de governo, eleitoral e partidário para o Brasil. *Revista de Direito do Estado*, n.

3, p. 287-360, jul. /set. 2006.

¹²¹Sobre o *ethos*, judicial no Brasil, veja-se a pesquisa de Maria Tereza Sadek. *Magistrados: uma imagem em movimento*. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

¹²²Em sentido semelhante, veja-se Michael J. Perry. *The Constitution, the Courts and Human Rights*. New Haven: Yale University Press, 1982. p. 91-145.

¹²³Neste ponto, entendo que um *standard* importante que deveria ser adotado para controle de constitucionalidade é o de que quanto maiores forem as credencias democráticas de um ato normativo, mais autocontido deve ser o Poder Judiciário ao avaliar a sua constitucionalidade. Na minha opinião, estas credencias democráticas devem ser aferidas tanto por critérios qualitativos - *e.g.* grau de participação social no processo legislativo, qualidade do processo deliberativo que a antecedeu - como por critérios quantitativos - percentual de votos favoráveis à medida. Em sentido semelhante, veja-se Cláudio Ari Mello. *Democracia e direitos fundamentais*. Op. cit., p. 298.

¹²⁴Em sentido próximo apontam as lições de Gustavo Binbenbojm e Humberto Ávila. O primeiro, tratando do controle judicial dos atos administrativos, averbou que "*quanto maior for o grau de tecnicidade da matéria, objeto de decisão por órgãos dotados de expertise e experiência, menos intenso deve ser o grau de controle judicial*" (*Uma teoria do direito administrativo....* Op. cit., p. 236). Já o segundo salientou que "*o âmbito de controle pelo Judiciário deverá ser tanto menor quanto mais... difícil e técnico for o juízo exigido para o tratamento da matéria*" (*Teoria dos princípios....* Op. cit., p. 126).

¹²⁵Um exemplo extremado deste posicionamento está na argumentação adotada pelo STF no julgamento da ADIN 2.797, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, em que se reconheceu a inconstitucionalidade formal de lei que pretendia interpretar a Constituição. Para o STF, "não pode a lei ordinária pretender impor, como seu objeto imediato, uma interpretação a Constituição; a questão é de inconstitucionalidade formal, ínsita a toda norma da gradação inferior que se proponha a ditar interpretação de norma superior".

Na questão de fundo abordada naquele caso, entendo que o STF estava certo. Tratava-se de invalidar uma norma legal que estendera o foro de prerrogativa de função a ex-ocupantes de cargos públicos, visando a restaurar antiga jurisprudência do STF, sedimentada na Súmula 394 do Tribunal, que acabara de ser cancelada. O princípio republicano não era compatível com tal medida, que configurava nítido privilégio. O que me parece inaceitável e profundamente anti-democrático, com a devida vênia, não é o resultado alcançado pela Corte - com o qual concordo - mas o argumento empregado, de que o legislador não pode interpretar a Constituição.

¹²⁶Existe hoje uma fecunda produção acadêmica no cenário anglo-saxão sobre as vantagens de modelos teóricos que favoreçam diálogos entre diversos órgãos e instituições na interpretação constitucional, ao invés de afirmarem a exclusividade ou mesmo a supremacia do Judiciário nesta seara. Veja-se, a propósito, Laurence G. Sager. *Justice in Plainclothes: A Theory of American Constitutional Practice*. New haven: Yale University Press, 2004; Mark Tushnet. *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*. Princeton: Princeton University Press, 2008; Mark C. Miller; Jeb Barnes (Ed.). *Making Police, Making Law:*

An Interbranch Perspective. Washington D.C: Georgetown University Press, 2004.

¹²⁷Colhi o exemplo no estudo de Oscar Vilhena Vieira. *Supremocracia*. In: Daniel Sarmiento (Org.). *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

¹²⁸Como um não-positivista, tenho a necessária imparcialidade para criticar os equívocos da doutrina brasileira nas suas invectivas contra o positivismo, que muitas vezes caracterizam verdadeira "falácia do espantalho": ataca-se não a própria teoria positivista, mas uma distorcida caricatura dela. Duas afirmações erradas, que eu mesmo já fiz em textos anteriores, são muito frequentes: a de que o positivismo recusa a aplicação dos princípios jurídicos, e a de que ele teria sido a Filosofia do Direito cultivada na Alemanha nazista.

Quanto ao primeiro ponto, não há nenhuma incompatibilidade lógica entre positivismo e princípios, desde que os princípios estejam devidamente incorporados na ordem jurídico-positiva. Vários autores positivistas contemporâneos já citados neste estudo, como Luis Prieto Sanchís, Luigi Ferrajoli e Gregorio Peces-Barba atribuíram espaço importante para princípios nas suas teorias. Mesmo no Direito Público brasileiro, juristas de inspiração positivista kelseniana construíram suas teorias com apoio em argumentação principiológica, como o falecido Geraldo Ataliba e Celso Antonio Bandeira de Mello.

No que tange ao segundo ponto - a chamada *reductio ad hitlerum* - os estudos mais autorizados de História do Direito comprovam que não foi o positivismo a teoria jurídica dominante no nazismo, mas uma espécie de jusnaturalismo de inspiração hegeliana, que se insurgia contra o formalismo e recorria com frequência a conceitos muito vagos para justificar a barbárie, como os de "comunidade popular" (*Volksgemeinschaft*). Veja-se, a propósito, Michael Stolleis. *The Law under the Swastika: Studies on Legal History in Nazi Germany*. Tradução de Thomas Dunlap. Chicago: The University of Chicago Press, 1998.

¹²⁹Cf. José Joaquim Gomes Canotilho. *Direito constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998. p. 1036.

¹³⁰Sobre a importância das regras, veja-se Frederick Schauer. *Playing by the Rules: A Philosophical Examination of Rule-Bases Decision-Making in Law and Life*. Oxford: Oxford University Press, 1998; Humberto Ávila. *Neoconstitucionalismo: entre a ciência do direito e o direito da ciência*. Op. cit; Noel Struchiner. Posturas institucionais e modelagem institucional: a dignidade (contingente) do formalismo jurídico. In: Daniel Sarmiento. *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Op. cit.

¹³¹Esta é expressão empregada por Ana Paula de Barcellos. O direito constitucional em 2006. *Revista de Direito do Estado*, n. 5, p. 03-23, jan./mar. 2007.

¹³²Cf. Chaïm Perelman; P. Fories. *La Motivation des Décisions de Justice*. Bruxelas: Émile Bruylant, 1978.

¹³³Sobra a influência do jeitinho no Direito brasileiro, cf. Keith Rosen. *O jeito na cultura*

jurídica brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

¹³⁴Sobre o patrimonialismo no Brasil, veja-se Raimundo Faoro. *Os donos do poder*. 8. ed. Rio de Janeiro: Globo, 1989. v. 2, p. 729-750.

¹³⁵*Raízes do Brasil*. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

¹³⁶Cf. José Murilo de Carvalho. Brasileiro: Cidadão?. In: *Pontos e bordados: escritos de história e política*. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2005. p. 275-288.

¹³⁷Cf. Gustavo Zagrebelsky. *Il Diritto Mite*. Op. cit., p. 15-19.

¹³⁸Cf. Marcelo Neves. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Acadêmica, 1994.

¹³⁹A obra de Niklas Luhman é vasta e complexa e seus textos são de difícil compreensão para os não iniciados. Veja-se, do próprio autor, *Sociologia do direito* I e II, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983 e 1985; *Sistema Jurídico y Dogmática Jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983. Confira-se também a coletânea organizada por André-Jean Arnaud; Dalmir Lopes Jr. *Do sistema social à sociologia jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

¹⁴⁰Sobre a *autopoieses* do Direito, veja-se também a obra importante de Günther Teubner. *O direito como sistema autopoietico*. Tradução de José Engracia Nunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

¹⁴¹Cf. Luis Roberto Barroso. *Neoconstitucionalismo e a constitucionalização do direito*. Op. cit.

¹⁴²Esta era, basicamente, a visão de Hans Kelsen (Cf. Hans Kelsen. *Jurisdição constitucional*. Tradução de Alexandre Krug et al. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 153). Para uma análise crítica desta posição, veja-se Luis Prieto Sanchís. Presupuestos ideológicos y doctrinales de la jurisdicción constitucional. In: *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*. Op. cit., p. 21-100.

¹⁴³Cf. Christian Starck. La suprematie La Suprematie de la Constitution et la Justice Constitutionnelle. In: *La Constitution Cadre et Mesure du Droit*. Tradução de Frédéric Weill. Paris: Econômica, 1994. p. 26-30; Ernst- Wolfgang Böckenförde. Les méthodes d'interpretation de la Constitution: Un bilan critique. In: *Le Droit, l'État et la Constitution Democratique*. Tradução de Olivier Jouanjan. Paris: L.G.D.J, 2000. p. 249-250; Virgílio Afonso da Silva. *Constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 107-131; Daniel Sarmento. *Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda*. Op. cit; Luis Roberto Barroso. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo....* Op. cit, p. 391-394; Alceu Maurício Jr. *Judicialização da política e a crise do direito constitucional: a Constituição entre ordem marco e ordem fundamenta*. *Revista de Direito do Estado*, n. 10, p. 125-142, abr./jun. 2008

¹⁴⁴*Der Staat der Industriegesellschaft*. 2. ed. München: Beck, 1971. p. 144, Apud Robert

Alexy. Posfácio. In: *Teoria dos direitos fundamentais*. Op. cit., p. 578.

¹⁴⁵De acordo com Carlos Santiago Nino, o perfeccionismo é "la concepción según la cual es una misión legítima del Estado hacer que los individuos acepten y materializen ideales válidos de virtud personal. Según este enfoque, el Estado no puede permanecer neutral respecto de concepciones de lo bueno en la vida y debe adoptar las medidas educativas, punitivas, etc, que sean necesarias para que los individuos ajusten su vida a los verdaderos ideales de virtud y del bien" (*Ética y Derechos Humanos: Un ensayo de fundamentación*. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 1989. p. 413).

¹⁴⁶Daniel Sarmento. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. Sobre o tema na literatura nacional, veja-se também Wilson Antônio Steinmetz. *A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004; Virgílio Afonso da Silva. *Constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. Op. cit.; Ingo Wolfgang Sarlet. *Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*. In: Ingo Wolfgang Sarlet (Org.). *A Constituição concretizada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 129-173; Jane Reis Gonçalves Pereira. *Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares*. In: Luis Roberto Barroso (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 119-192.

¹⁴⁷Sobre a questão da (i)legitimidade do perfeccionismo no Direito, veja-se Joel Feinberg. *Rights, Justice and the Bounds of Liberty*. Princeton: Princeton University Press, 1980; Carlos Santiago Nino. *Ética y Derechos Humanos*. Op. cit., p. 413-446; Rainer Forst. *Contexts of Justice: Political Philosophy beyond Liberalism and Communitarianism*. Tradução de John M. M. Farrel. Berkeley: University of California Press, 2001. p. 30-87; Macário Alemany. *El Paternalismo Jurídico*. Madrid: Iustel, 2006.

¹⁴⁸Um sofisticado modelo que busca conciliar a constitucionalização do Direito com a democracia está exposto no "Pósfácio" à *Teoria dos Direitos Fundamentais* de Robert Alexy, acima citado. Veja-se, ainda, Konrad Hesse. *Concepto y Cualidad de la Constitución*. In: *Escritos de Derecho Constitucional*. Tradução de Pedro Cruz Villalón. 2. ed., 1992. p. 03-29.

¹⁴⁹Tentei articular a minha teoria sobre eficácia horizontal dos direitos fundamentais com este objetivo. Cf, Daniel Sarmento. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Op. cit., p. 141-182; 259-272.

¹⁵⁰Sobre *el Neoconstitucionalismo y sus Implicaciones*. Op. cit., p. 117.

¹⁵¹Aqui, entendo que o simples reconhecimento da penetração da Moral no Direito, preconizada pelos neoconstitucionalistas brasileiros, não é suficiente, já que certas concepções morais podem tornar o ordenamento ainda mais opressivo do que já é. Afinal, nem sempre a moralização do Direito se dá na direção da emancipação dos excluídos. Veja-se, por exemplo, a famosa polêmica jusfilosófica entre Lord Patrick Devlin e Herbert Hart nos anos 60 na Inglaterra, a propósito do uso do Direito Penal

para promoção de Moral, em que o primeiro, a partir de uma posição "pró-moral" sustentava a legitimidade da criminalização da conduta homossexual, que o segundo contestava (Cf. Lord Patrick Devlin *Morals and Criminal Law*. In: Ronald Dworkin (Ed.). *The Philosophy of Law*. Op. cit., p. 66-82; Herbert Hart. *Immorality and Treason*. In: Idem, *ibidem*).

É preciso assentar as bases críticas desta Moral que deve penetrar o Direito, para evitar que o moralismo conservador seja expulso do ordenamento pela porta da frente, superado pela legislação moderna, em razão da progressiva liberalização da sociedade, mas volte pela porta dos fundos, através da argumentação jurídica dos juízes, lastreada em conceitos vagos, como "ordem pública" e "bons costumes", ou em standards como o comportamento do "bom pai de família".

Texto obtido em:

[http://www.editoraforum.com.br/sist/conteudo/lista_conteudo.asp?
FIDT_CONTEUDO=56993](http://www.editoraforum.com.br/sist/conteudo/lista_conteudo.asp?FIDT_CONTEUDO=56993)