
Ubiquidade Constitucional: Os dois lados da moeda

Daniel Sarmento

Professor de Direito Constitucional da UERJ, Mestre e Doutor em Direito Constitucional pela UERJ, *Visiting Scholar* da Yale Law School, Procurador Regional da República.

1. Introdução

Um fenômeno relativamente recente no país tem provocado uma profunda alteração em todos os ramos do Direito: a constitucionalização do ordenamento jurídico¹. É praticamente impossível encontrar hoje um processo judicial em qualquer área – civil, penal, trabalhista, etc. – em que a Constituição não seja em algum momento invocada pelas partes do litígio e depois empregada pelo juiz ou tribunal na fundamentação da decisão. Mas não é só nos tribunais que este fenômeno se desenrola: nos debates parlamentares, nas reivindicações da sociedade civil e até mesmo na rotina dos tecnocratas o discurso constitucional está, em alguma medida, penetrando. A Constituição tornou-se ubíqua. Este processo não ocorre só no Brasil. Pelo contrário, algo similar acontece ou já aconteceu, em maior ou menor escala, em diversos outros países, como Alemanha², Itália³, França⁴, Espanha⁵ e Portugal⁶.

. É claro que entre as promessas generosas da Constituição brasileira e a triste realidade do país ainda medeia um abismo. Até Pangloss, se saísse das páginas saborosas de Voltaire para materializar-se no Brasil do início do século XXI, notaria, com desencanto, que o hiato entre norma e fato social é tremendo por aqui. A Constituição fala em justiça social, mas o Brasil continua sendo um dos países mais desiguais do mundo. O constituinte exige a moralidade administrativa, mas a corrupção viceja em todos os níveis da administração pública nacional. E

muitos outros exemplos poderiam ser lembrados para evidenciar o óbvio: a Constituição brasileira ainda está longe de ser plenamente efetiva.

Porém, há algo profundamente novo na *terra brasilis*. Pela primeira vez na nossa história, os mais relevantes conflitos políticos e sociais estão sendo equacionados a partir da Constituição - do *impeachment* de um Presidente da República até reformas da Previdência Social; do aborto de feto anencefálo até o controle de atos de CPI's. Antes, diante de um tema politicamente explosivo, importava saber o que pensavam as Forças Armadas. Agora, muito mais relevante é perscrutar como o STF interpretará as normas constitucionais incidentes sobre o caso.

E mais do que isso: hoje, além das *grandes* questões, a Constituição influencia também a resolução dos *pequenos* conflitos. Ela é invocada não só nas causas mais graúdas ou polêmicas, como também em modestas ações de cobrança, em singelas reclamações trabalhistas, em pequenas demandas nos juizados especiais. A Constituição, enfim, está presente de várias maneiras no dia-a-dia das pessoas, como nunca antes esteve no Brasil.

Para um país como o nosso, acostumado com um constitucionalismo de fachada, em que as constituições têm sido historicamente pouco mais do que meros “pedaços de papel”, no sentido de Lassale⁷, esta é, sem dúvida, uma grande vitória a ser celebrada.

Vitória sim, mas não uma vitória sem custos. A constitucionalização do direito suscita também uma série de problemas. No presente estudo, pretendemos analisar dois deles, que nos parecem os mais importantes⁸. O primeiro: constitucionalizar uma decisão é retirá-la do alcance das maiorias. Por isso, se tudo estiver constitucionalizado, então o povo, pelos seus representantes, não poderá mais decidir coisa alguma. Só emendando a Constituição, e mesmo assim, num país como o Brasil, em que abundam os limites materiais ao poder de reforma, apenas se a mudança não atingir alguma “cláusula pétrea”. Em outras

palavras, constitucionalização do Direito em excesso pode ser anti-democrática, por subtrair do povo o direito de decidir sobre a sua vida coletiva.

E o segundo problema: a constitucionalização do Direito pode provocar uma certa anarquia metodológica. Esta não é uma consequência necessária do fenômeno, mas ela tem ocorrido no Brasil. Como a base da constitucionalização – pelo menos a da sua faceta mais virtuosa, identificada com a filtragem constitucional do Direito - é composta por normas vagas e abstratas, a irradiação destas normas pelo ordenamento, quando realizada pelo Poder Judiciário sem critérios racionais e intersubjetivamente controláveis, pode comprometer valores muito caros ao Estado Democrático de Direito.

Sem embargo, o discurso na doutrina brasileira sobre o tema da constitucionalização do direito é quase sempre apologético. A constitucionalização é apontada como algo intrinsecamente bom, redentor até – e aqui os típicos excessos retóricos da academia brasileira têm plena vazão. Afirma-se que constitucionalizar o ordenamento jurídico implica em aperfeiçoá-lo e aproximá-lo dos ideais de justiça – igualdade, liberdade, solidariedade, etc. – presentes no texto magno. Em geral, não discordamos deste ponto de vista, que já até defendemos em outro trabalho⁹. Porém, na nossa opinião, falta, no Brasil, problematizar a questão, mostrando também o outro lado da moeda: os perigos que uma “panconstitucionalização” do Direito, ou mesmo uma constitucionalização metodologicamente descontrolada, podem encerrar.

No presente estudo, o nosso objetivo é analisar este processo de constitucionalização do Direito, tal como vem ocorrendo no Brasil, apontando as suas causas e consequências – tanto as boas como as que nos parecem mais problemáticas. Mas, além desta dimensão descritiva, este trabalho também possui pretensões prescritivas: tencionamos apresentar o esboço de algumas idéias que, se adotadas, poderiam, no nosso entendimento, potencializar as virtudes da constitucionalização do direito e atenuar os seus defeitos. Mas, antes disso, cumpre examinar brevemente as premissas teóricas do fenômeno analisado.

2- Premissas Teóricas da Constitucionalização do Direito

Afirmar que a Constituição é norma jurídica parece uma obviedade desnecessária. Mas nem sempre foi assim. Descontada a singular exceção norte-americana¹⁰, a idéia que prevalecia no “mundo constitucionalizado” até meados do século XX era a de que as constituições eram proclamações políticas importantes, mas não autênticas normas jurídicas¹¹. As prescrições constitucionais não podiam ser aplicadas diretamente pelos juízes, nem geravam direitos subjetivos para os cidadãos. Só as leis editadas pelos parlamentos obrigavam e vinculavam; não as solenes e abstratas determinações constitucionais¹².

Nos Estados nacionais da Europa continental, o direito era até então essencialmente legicêntrico. De forma muito esquemática e reducionista, pode-se afirmar que a regulação da vida social gravitava em torno das normas editadas pelos parlamentos – eleitos, à época, através do voto censitário e exclusivamente masculino. Estas leis eram escassas e tinham pretensão de completude. Encarnavam a suposta vontade geral da Nação e deveriam ser aplicadas na medida do possível de forma mecânica e automática pelos juízes¹³. No centro do sistema jurídico, dois códigos: o Civil, para o “homem de bem” – o *bonus pater familiae* –, baseado na proteção da propriedade e da autonomia da vontade¹⁴; e o Penal, para os que se desviassem da ordem pública burguesa.

Duas premissas políticas subjaziam a este modelo: (a) a crença na legitimidade dos parlamentos para criação do Direito e na ilegitimidade dos juízes para a mesma tarefa; e (b) a ideologia do *laissez-faire* – o Estado não deveria intervir na esfera social, cabendo-lhe apenas proteger a propriedade e a segurança interna e externa do cidadão..

Porém, estas duas premissas vão ser profundamente abaladas no curso do século XX. Por um lado, o quadro dramático de desigualdade e injustiça produzido pelos excessos do capitalismo selvagem, associado à progressiva universalização do direito de voto, vai levar à mudança do paradigma do Estado Liberal para o do Estado Social. Uma das conseqüências desta ampliação da intervenção do Estado

nas relações sociais é o fenômeno da “inflação legislativa”: não só aumenta exponencialmente a quantidade de normas jurídicas, como também certas características destas normas se alteram significativamente. A generalidade e abstração das normas vai sendo substituída pela concretude das chamadas “leis-medida”¹⁵. Os códigos, neste quadro, perdem a centralidade de outrora, passando a disputar espaço com uma legislação extravagante cada vez mais abundante. A doutrina passa a falar até numa era de “descodificação” do Direito¹⁶. Como não poderia deixar de ser, a inflação legislativa leva à desvalorização da lei.

Ademais, eventos traumatizantes, como o Holocausto nazista, demonstraram que o legislador, mesmo quando eleito pelo povo, pode perpetrar ou ser cúmplice das mais atrozidades¹⁷, sendo portanto necessário estabelecer mecanismos de controle para a contenção dos seus abusos¹⁸. Neste contexto, o culto à lei como forma, à qual pode ser atribuído qualquer conteúdo, desde que ditado pelas autoridades competentes, dá lugar a um desencanto geral com o positivismo jurídico¹⁹.

Mas se o positivismo, e a dissociação entre Direito e moral que lhe é correlata, tornara-se problemático àquela altura, o jusnaturalismo, seu eterno rival, também não parecia um bom substituto. De fato, num quadro de amplo pluralismo axiológico, em que as pessoas dentro de um mesmo Estado não partilhavam mais, como outrora, da mesma religião, ideologia ou cosmovisão, não era mais viável fundamentar a ordem jurídica em algo tão incorpóreo e sujeito a divergências insolúveis como o direito natural²⁰.

Assim, o constitucionalismo surge como a melhor alternativa possível. Isto porque, ao incorporarem em seu texto direitos fundamentais e princípios relevantes de moralidade política, as constituições europeias do 2º pós-guerra vão de certa maneira representar o que Mauro Cappelletti chamou de “positivação do Direito Natural”²¹. É certo que a querela entre os jusnaturalistas e positivistas não teve fim – e provavelmente nunca terá. Porém, nos países dotados de constituições normativas que protegem direitos humanos, a moral racional foi

trazida para o interior do direito positivo e posta no seu patamar hierárquico mais elevado. Dessa forma, sem adentrarmos aqui no infundável debate sobre a existência ou não de uma relação necessária entre Direito e Moral, pode-se dizer que a constitucionalização dos direitos humanos, ao incorporar à “regra de reconhecimento” do ordenamento, no sentido de Herbert Hart²², princípios dotados de forte conteúdo moral, assegurou, no mínimo, uma ligação contingente entre estas esferas.

O certo é que é, a partir da metade do século XX, a maioria das novas constituições vai incorporar mecanismos de jurisdição constitucional ou fortalecer e ampliar os já existentes. De fato, a maior parte dos países que reestruturaram suas ordem jurídicas desde então, seja após libertarem-se do jugo de antigas colônias, seja depois da superação de ditaduras internas, optaram pela introdução ou ampliação de instrumentos de controle de constitucionalidade nos seus textos magnos²³. Neste quadro, a Constituição foi deixando de ser vista como mero repositório de conselhos para os poderes políticos e se convertendo em norma jurídica. A possibilidade de controle de constitucionalidade dos atos do legislativo e do governo – por cortes constitucionais, como no modelo kelseniano, ou através da jurisdição ordinária, como na matriz norte-americana – conferiu maior eficácia ao postulado teórico da supremacia da Constituição²⁴.

E o panorama não estaria completo sem a descrição de outro fenômeno igualmente importante: a expansão das tarefas da Constituição. Até meados do século XX, as constituições tratavam apenas da estrutura básica do Estado, quando muito incorporando um elenco de direitos individuais do cidadão, concebidos exclusivamente como direitos de defesa em face dos governantes. Contudo, a partir das Constituições do México de 1917, e de Weimar de 1919, este modelo vai se alterar. A maioria das constituições editadas posteriormente agregará ao seu temário vários outros assuntos, como economia, relações de trabalho, proteção à família, cultura, etc. Muitas delas vão também garantir, além dos clássicos direitos individuais, direitos sociais e econômicos, que demandam

prestações positivas do Estado, viabilizadas através de políticas públicas onerosas: direitos à educação, à saúde, à previdência, à moradia, etc²⁵.

Neste novo paradigma, por outro lado, a visão sobre o papel do Estado mesmo em relação aos direitos individuais se modifica. Se até então prevalecia a idéia de que, para não desrespeitar estes direitos, bastava que os poderes públicos se abstivessem de atentar contra eles, doravante será reconhecido que o Estado tem também deveres positivos nesta esfera. Além de não violar, ele deve ainda proteger os direitos individuais dos seus cidadãos das lesões e ameaças provenientes das mais diversas fontes: conduta de outros particulares, riscos naturais, riscos decorrentes de novas tecnologias, etc²⁶. Incumbe-lhe também assegurar, no mundo real, as condições materiais mínimas para que estes direitos individuais possam ser efetivamente fruídos por todos na sociedade, inclusive pelos integrantes dos grupos mais desfavorecidos²⁷.

Na verdade, os direitos fundamentais – coração das constituições contemporâneas – deixarão de ser compreendidos exclusivamente como direitos subjetivos. Será acrescida a eles uma “mais valia”, conhecida como “dimensão objetiva”²⁸. Em razão desta dimensão objetiva, estes direitos serão considerados também como valores dotados de uma força irradiante, que permitirá a eles penetrarem em relações jurídicas distintas daquelas para as quais foram inicialmente concebidos – inclusive em relações privadas - e influenciarem na interpretação e aplicação de outras normas jurídicas, especialmente as expressas em linguagem mais aberta e indeterminada.

A primeira expressão clara desta nova concepção foi o caso *Lüth*, julgado pela Corte Constitucional alemã em 1958, e considerado até hoje como a mais importante decisão daquele Tribunal do ponto de vista teórico. Tratava-se de discussão relativa à legitimidade de um boicote contra um filme dirigido pelo cineasta Veit Harlan, notório colaborador do regime nazista, organizado pelo Presidente do Clube de Imprensa de Hamburgo, Erich Lüth, em 1950. A produtora e a distribuidora do filme insurgiram-se contra o boicote e obtiveram decisão

injunção da Justiça Estadual de Hamburgo, determinando a sua cessação, com base no art 826 do Código Civil alemão, segundo o qual “quem causar danos intencionais a outrem, e de maneira ofensiva aos bons costumes, fica obrigado a compensar o dano”. Irresignado com o julgamento, Lüth interpôs queixa constitucional (*Verfassungsbeschwerde*) para o Tribunal Constitucional. Este acolheu o recurso, fundamentando-se no entendimento de que cláusulas gerais do Direito Civil, como os “bons costumes” referidos no art. 826 do BGB, têm de ser interpretadas de acordo com a ordem de valores sobre a qual se assenta a Constituição, levando em consideração os direitos fundamentais, o que não fora feito pela Corte de Hamburgo. Na sua histórica decisão, lavrou o Tribunal:

“... a Lei Fundamental não é um documento axiologicamente neutro. Sua seção de direitos fundamentais estabelece uma ordem de valores, e esta ordem reforça o poder efetivo destes direitos fundamentais. Este sistema de valores, que se centra na dignidade da pessoa humana, em livre desenvolvimento dentro da comunidade social, deve ser considerado como uma decisão constitucional fundamental, que afeta a todas as esferas do direito público ou privado. Ele serve de metro para aferição e controle de todas as ações estatais nas áreas da legislação, administração e jurisdição. Assim é evidente que os direitos fundamentais também influenciam o desenvolvimento do Direito Privado. Cada preceito do Direito Privado deve ser compatível com este sistema de valores e deve ainda ser interpretado à luz do seu espírito.

O conteúdo legal dos direitos fundamentais como normas objetivas é desenvolvido no Direito Privado através dos seus dispositivos diretamente aplicáveis sobre esta área do direito. Novos estatutos devem se conformar com o sistema de valores dos direitos fundamentais. O conteúdo das normas em vigor também deve ser harmonizado com esta ordem de valores. Este sistema infunde um

*conteúdo constitucional específico ao Direito Privado, orientando a sua interpretação*²⁹.

Estas novas idéias tiveram enorme repercussão não apenas na Alemanha, mas também em vários outros países, que adotaram visões semelhantes sobre os direitos fundamentais e a sua relação com a ordem jurídica. Neste quadro, é natural que o Poder Judiciário tenha vindo a desempenhar um papel bem mais ativo na esfera social, desafiando certas concepções mais ortodoxas sobre o princípio da separação de poderes. Muito mais do que servos autômatos da lei, os juízes, sobretudo os investidos de jurisdição constitucional, tornaram-se guardiões dos direitos fundamentais e partícipes, em alguma medida, no próprio processo de criação do Direito – o que não deixa de suscitar uma série de questões complexas, seja no que tange à sua legitimação democrática, seja no que concerne aos cuidados metodológicos necessários à compatibilização deste ativismo com postulados imanentes ao Estado de Direito, ligados à previsibilidade e à segurança jurídica³⁰.

É certo que, na Europa, o fenômeno da constitucionalização da ordem jurídica tem concorrido com outro igualmente poderoso: a “europeização” do Direito³¹. A influência das normas comunitárias sobre o direito interno dos países europeus é enorme, sobretudo em face de dois princípios construídos pela jurisprudência da Corte de Justiça das Comunidades Europeias: o princípio da aplicabilidade imediata, segundo a qual as normas comunitárias ingressam e tornam-se aplicáveis nos ordenamentos dos Estados-membros assim que editadas, independentemente de qualquer procedimento específico de incorporação³²; e o princípio da supremacia das normas comunitárias, pelo qual se considera que estas normas posicionam-se acima daquelas editadas internamente por cada Estado³³. Em relação ao princípio da supremacia, a Corte de Justiça tem inclusive afirmado que ele se aplica em relação às Constituições dos Estados-membros, o que já gerou conflitos com várias Cortes Constitucionais que não aceitaram pacificamente esta orientação, como a alemã³⁴, a italiana³⁵ e o Conselho Constitucional francês³⁶. E o fracasso do projeto de adoção imediata de uma

Constituição Européia, provocado pela sua recente derrota em plebiscitos ocorridos na França e na Holanda, não implicou em retrocesso neste fenômeno de europeização do Direito, mas apenas impediu que ele avançasse ainda mais. Enfim, na Europa de hoje, é no mínimo muito discutível se ainda é possível manter aquela imagem kelseniana e simplificada do ordenamento jurídico como uma pirâmide, em cujo vértice superior está a Constituição nacional³⁷.

Contudo, nada de similar ocorreu no nosso país. O Mercosul, sempre aos “trancos e barrancos”, não ganhou contornos institucionais semelhantes aos da União Européia, e não representa nenhuma ameaça ou força concorrente em relação ao processo de constitucionalização do Direito, no Brasil ou em qualquer dos outros países que o integram.

Enfim, a conjugação dos diversos fenômenos acima mencionados catalizou o processo de constitucionalização do direito, que, a rigor, envolve duas facetas distintas: (a) a Constituição passa a tratar, em maior ou menor detalhe, de temas que antes eram disciplinados pelo legislador, retirando uma série de decisões do alcance das maiorias legislativas de cada momento; e (b) os princípios e valores da Constituição penetram em todo o ordenamento jurídico, impondo uma “filtragem” constitucional do ordenamento³⁸, vale dizer, a releitura dos conceitos e institutos dos mais diversos ramos do Direito à luz da Constituição.

Por outro lado, a constitucionalização do Direito vai desafiar antigas fronteiras como Direito Público/Direito Privado e Estado/sociedade civil³⁹. Isto porque, numa ordem jurídica constitucionalizada, a Constituição não é apenas a lei fundamental do Estado. Ela é a lei fundamental do Estado e da sociedade⁴⁰. Nenhum ramo do Direito escapa completamente às suas malhas. Se, por um lado, a pluralidade e a complexidade dos interesses presentes numa sociedade cada vez mais heterogênea continuam justificando e demandando uma crescente especialização no âmbito jurídico, por outro, há agora um centro de gravidade, capaz de recolher e juridicizar os valores mais importantes da comunidade política, no afã de conferir alguma unidade axiológica e teleológica ao ordenamento.

Estabelecidas estas premissas, examinemos agora o perfil e as características da Constituição de 88, analisando as suas implicações para o processo de constitucionalização do Direito.

3. A Constituição de 88 e a Constitucionalização do Direito:

A Constituição de 88 coroou o processo de redemocratização brasileiro. Do ponto de vista simbólico, ela quis representar a superação de um modelo autoritário e excludente de Estado e sociedade e selar um novo começo na trajetória político-institucional do país⁴¹. Elaborada por uma Assembléia Constituinte livre e democrática, marcada pela ampla participação de uma sociedade civil altamente mobilizada, a Constituição de 88 foi, não sem razão, apelidada por um dos seus principais artífices de “Constituição cidadã”.

E, de fato, no seu lado mais virtuoso, a Constituição revela um profundo compromisso com os direitos humanos, em plena sintonia com os tratados e declarações internacionais existentes nesta área. Ela contém o que talvez seja o mais amplo elenco de direitos fundamentais do constitucionalismo mundial, composto não só por liberdades civis clássicas, como também por direitos econômicos e sociais, incorporando, ainda, direitos de 3ª geração – como o meio ambiente e a proteção à cultura.

Por outro lado, o constituinte não quis fazer dos direitos meras proclamações retóricas despidas de significado prático. Pelo contrário, ele se preocupou com a efetivação dos direitos fundamentais, afirmando por isso a sua aplicabilidade imediata (art. 5º, Parágrafo 1º, CF). Reforçou, neste sentido, os mecanismos de tutela de direitos, instituindo novos remédios constitucionais e ampliando os já existentes. E fortaleceu institucionalmente o Poder Judiciário, tido como guardião dos direitos, ao robustecer a sua independência em face dos poderes políticos.

Destaque-se que na ordem constitucional brasileira, os direitos fundamentais não são concebidos como meros direitos de defesa em face do Estado. Tais direitos, por um lado, exigem também comportamentos ativos dos poderes

públicos, voltados à sua proteção e promoção. Por outro, eles são aplicáveis diretamente às relações jurídico-privadas, embora com algumas nuances e atenuações⁴².

Certo de que a ameaça aos direitos fundamentais pode originar-se dos atos legislativos, o constituinte robusteceu o sistema brasileiro de jurisdição constitucional. Mantendo o sistema misto vigente no país, conferiu maior latitude à fiscalização abstrata de constitucionalidade das leis, sobretudo ao ampliar o elenco dos legitimados ativos para propositura de ação direta de inconstitucionalidade. Por isso, é quase impossível, desde 1988, que alguma lei mais polêmica seja editada sem que haja um imediato questionamento da sua constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, o que tem gerado, como efeito colateral, uma certa judicialização da política nacional⁴³.

A Constituição de 88 enquadra-se na categoria das constituições dirigentes⁴⁴. Ela é dirigente porque o constituinte não se limitou a estabelecer a estrutura básica do Estado e a garantir direitos individuais. Ele foi além, estabelecendo objetivos e diretrizes para a comunidade política, correlacionados a um amplo e generoso projeto de transformação da sociedade brasileira, no sentido da promoção da justiça social, da liberdade real e da igualdade substantiva. Estas metas e diretrizes, estabelecidas em regra através de normas programáticas, não devem ser vistas como meras proclamações retóricas. Elas são normas jurídicas, que de alguma maneira vinculam os poderes políticos, estabelecendo balizas para o exercício das respectivas competências⁴⁵.

É uma Constituição, por isso mesmo, pródiga na consagração de valores substantivos⁴⁶. Ela não se contenta em traçar as regras do jogo democrático, nem se limita a estabelecer as condições materiais necessárias para tornar a democracia possível - embora também o faça. Ela não é, definitivamente, uma Constituição do tipo procedimental, já que acolhe valores materiais como dignidade da pessoa humana e solidariedade social, tornando-os de observância compulsória no âmbito do Estado e da sociedade. Ao dar forma jurídica a estes

valores, convertendo-os em princípios expressos em linguagem vaga e abstrata, mas não obstante dotados de plena normatividade, a Constituição prepara o terreno para a filtragem constitucional de todo o ordenamento jurídico.

Mas o caráter dirigente e substantivo da Constituição não deve obscurecer uma outra característica sua importante: trata-se de uma Constituição compromissória⁴⁷. Isto quer dizer que ela não representa a cristalização normativa de alguma específica corrente ideológica ou cosmovisão. Pelo contrário, cuida-se de uma Constituição pluralista, que resultou do compromisso possível entre a ampla variedade de forças políticas e de interesses que se fizeram representar na Assembléia Constituinte de 1987/88, o que de certa forma explica a heterogeneidade dos valores e princípios acolhidos no texto magno: solidariedade social e livre iniciativa, liberdade de imprensa e privacidade, laicidade estatal e *invocatio Dei* no preâmbulo, etc.

Agora um importante dado sociológico: a Constituição de 88 é a primeira das cartas brasileiras a ser incorporada à gramática de reivindicação de direitos dos movimentos sociais. Nos últimos tempos, trabalhadores, negros, índios, sem-terra, ambientalistas, dentre outros grupos, têm passado a ver a Constituição como um importante instrumento nas suas lutas emancipatórias. Na verdade, a conquista de algumas vitórias no cenário judicial, com suporte em argumentos constitucionais, serviu para disseminar no âmbito da sociedade civil organizada a visão da Constituição de 88 como uma ferramenta útil nas incessantes batalhas pela afirmação dos direitos dos grupos desfavorecidos.

. No Brasil, isto é uma novidade – uma boa novidade. Até algum tempo atrás, o discurso jurídico mais engajado e comprometido com as causas dos excluídos no país era o da realização da justiça, mesmo à margem do ordenamento positivo. A tese, então respaldada por muitos integrantes do chamado movimento do Direito Alternativo⁴⁸, baseava-se numa visão muito cética, de inspiração marxista, sobre as potencialidades transformadoras da ordem jurídica. Se a ordem jurídica não favorece as causas mais nobres, mas apenas

protege o *status quo*, então dane-se o direito positivo e faça-se a justiça, ainda que à margem da legalidade! Este, em palavras toscas, parecia ser o lema, brandido à esquerda do espectro político, e isso era até compreensível num período de exceção, em que, no ápice da ordem jurídica, figurava uma Constituição capenga, ditada por uma junta militar e retalhada por uma sucessão de espúrios atos institucionais.

Contudo, a partir do início da década de 90, surge um outro discurso, alentado por uma geração de novos constitucionalistas brasileiros⁴⁹: se a nova Constituição consagra um projeto tão generoso de transformação social e de emancipação, porque não lutar pela sua efetivação? Desde então, a efetividade da Constituição, ou seja, a transposição dos seus princípios e valores para o mundo real, tornou-se uma verdadeira obsessão dentre os juristas que acalentam um projeto de justiça para o país⁵⁰.

Mas a Carta de 88 tem também os seus defeitos, e um deles é especialmente grave: trata-se de uma Constituição excessivamente longa, prolixa, detalhista, pródiga em miudezas. Há exemplos óbvios: “*O Colégio Pedro II, localizado na cidade do Rio de Janeiro, será mantido na órbita federal*”, art. 242, Parágrafo 2º, CF. Abundam normas casuísticas, editadas para proteção de interesses corporativos – policiais, antigos membros do Ministério Público, “donos” de cartórios, etc. Em certas áreas, como Previdência Social, regime dos servidores públicos e sistema tributário, o nível de detalhamento chega às raias do absurdo.

Do ponto de vista histórico, são compreensíveis as razões que levaram à adoção deste modelo constitucional inflacionado. As forças políticas presentes na Assembléia Constituinte desejavam assegurar, já naquele momento, os seus interesses e bandeiras. Calejadas por sucessivas decepções, elas não confiavam no legislador futuro, nem tampouco em como as cortes judiciais poderiam interpretar, mais à frente, afirmações principiológicas vagas que o constituinte viesse a estabelecer. Queriam, portanto, ver estampado no texto, da forma mais

clara e minuciosa possível, a garantia do direito ou interesse por que lutavam. A pressão que exercitaram, combinada com um certa dose de imaturidade política dos constituintes, é responsável, em boa dose, pelo texto excessivamente detalhista da Carta de 88.

Ademais, este defeito genético só foi se agravando com o tempo. As mesmas forças políticas que antes criticavam o caráter prolixo da Constituição de 88, quando consolidaram a sua posição de poder durante os dois mandatos do Presidente Fernando Henrique Cardoso, aprovaram um sem-número de emendas que, ao invés de despojarem a Carta daqueles excessos, inseriram novas regulações minuciosas e conjunturais no texto constitucional. O resultado é que, em algumas passagens, a Constituição de 88 hoje mais parece uma instrução normativa do que a Lei Maior de uma democracia.

Em resumo, pode-se afirmar que as características intrínsecas da Constituição de 88 favorecem as duas formas de constitucionalização do Direito antes referidas: a constitucionalização pela direta regulação constitucional de matéria outrora confiada à discricção do legislador, e a constitucionalização pela filtragem constitucional do ordenamento jurídico.

4- Constitucionalização do Direito e Democracia

A convivência entre constitucionalismo e democracia não é isenta de tensões. Isto porque, de forma bem esquemática, a democracia postula o governo do povo, através do predomínio da vontade da maioria, enquanto que o constitucionalismo, como doutrina que preconiza a limitação jurídica do exercício do poder, estabelece freios e barreiras para o exercício da soberania popular⁵¹. São dois ideais que nasceram de visões políticas não convergentes: o ideário democrático, de inspiração rosseauiana, confia no poder, desde que exercido pelo próprio povo, ao passo que o ideário constitucionalista, de matriz lockeana e liberal, busca a contenção jurídica do poder, em prol da liberdade dos governados⁵². O primeiro aposta na vontade das maiorias e o segundo desconfia dela, temendo o despotismo das multidões.

Embora na visão contemporânea do Estado Democrático de Direito, democracia e constitucionalismo sejam vistos como valores complementares, interdependentes e até sinérgicos, a correta dosagem dos ingredientes desta fórmula é essencial para o seu sucesso⁵³. Por um lado, constitucionalismo e limitações ao poder em demasia podem sufocar a vontade popular e frustrar a autonomia política do cidadão, como co-autor do seu destino coletivo. Por outro, uma “democracia” sem limites tenderia a pôr em sério risco os direitos fundamentais das minorias, bem como outros valores essenciais, que são condições para a manutenção ao longo do tempo da própria empreitada democrática. Teríamos aqui, provavelmente, um projeto “suicida”⁵⁴.

Alguém poderia negar esta tensão, afirmando que a Constituição é, por definição, a expressão da soberania do povo. Por isso – o argumento prosseguiria - não haveria qualquer obstáculo democrático à imposição pela Constituição de limites ou tarefas ao legislador. Teríamos aí, isto sim, a vontade do povo, titular do poder constituinte, prevalecendo sobre a vontade do legislativo, expressão de um poder constituído. É um argumento antigo, mas pueril, por duas razões singelas: o problema temporal e o problema da indeterminação semântica.

Primeiro o problema temporal. O Legislativo de hoje foi eleito, da mesma forma que os integrantes da Assembléia Constituinte de 87/88 tinham sido, com a única diferença de que no atual Congresso não há mais senadores “biônicos”. Apesar de todos os problemas da nossa democracia representativa, os parlamentares que compõem o nosso Congresso também representam os eleitores. Então, porque o “povo” de hoje não pode mudar de idéia e rever decisões que adotou no passado?

Uma resposta possível a esta pergunta é a da necessidade dos pré-compromissos. O povo, quando edita uma Constituição, amarra-se porque teme que, no futuro, possa ser vítima das próprias paixões ou fraquezas. Uma conhecida analogia, empregada por Jon Elster⁵⁵, equiparou o pré-compromisso constitucional ao de Ulisses. Segundo a lenda, contada por Homero no livro XII da

Odisséia, Ulisses teria de navegar nas proximidades da ilha das sereias. Mas, advertido pela feiticeira Circe, ele sabia que não podia se deixar seduzir pelo irresistível canto das sereias, senão o seu navio naufragaria. Por isso, o engenhoso herói mitológico determinou aos seus marinheiros que tapassem os próprios ouvidos com cera, e que o amarrassem ao mastro, não o soltando em hipótese alguma, ainda que ele o ordenasse. O pré-comprometimento de Ulisses, que, ao amarrar-se ao mastro, limitou o poder de sua vontade no futuro para evitar o naufrágio, poderia ser comparado àquele a que se impõe o povo quando elabora uma Constituição, para também restringir o seu poder de deliberação futura a fim de preservar o seu destino coletivo.

Outra resposta alternativa à mesma pergunta é o argumento da “democracia dualista” de Bruce Ackerman⁵⁶: em alguns momentos especiais da história de uma Nação, o povo realmente se mobiliza e adota decisões que promovem mudanças, para, em seguida, se retrair, deixando a condução dos assuntos públicos nas mãos da classe política. Por isso, não seria antidemocrático defender as decisões adotadas pelo próprio povo nestes momentos “especiais”, das deliberações tomadas pelos seus representantes na política do dia-a-dia, quando o povo está ausente. Como houve, de fato, uma mobilização social muito mais intensa durante a Assembléia Constituinte do que a que ocorre na política brasileira cotidiana, o nosso problema temporal estaria resolvido.

Ocorre que estas duas respostas baseiam-se numa premissa questionável: a de que existe um grande agente político - o verdadeiro sujeito da história - chamado “povo”. Contudo, os componentes desta abstração chamada “povo” não são os mesmos ao longo do tempo⁵⁷. No caso brasileiro, por exemplo, uma grande parte dos atuais eleitores não tinha direitos políticos – muitos não tinham nem nascido – quando foram eleitos os parlamentares que integraram a Assembléia Constituinte, ou quando a Carta foi promulgada. Portanto, o que está em debate não é propriamente saber se é democrático que o “povo” limite o seu poder de deliberação futura através de um pré-compromisso, ou que imponha a sua vontade à classe política, mas sim examinar até que ponto é legítimo que uma

determinada geração, num certo contexto histórico, adote decisões que irão vincular também outras gerações, em cenários muito diferentes⁵⁸.

Ademais, há o problema semântico⁵⁹. Boa parte das prescrições constitucionais está expressa em linguagem muito vaga: dignidade da pessoa humana, igualdade, solidariedade social, moralidade administrativa, etc. Pessoas razoáveis podem discordar – e de fato freqüentemente discordam –, sobre o que significa aplicar uma norma com esta estrutura num determinado caso. Veja-se, por exemplo, o debate atual sobre as pesquisas em células-tronco, em que o princípio da dignidade da pessoa humana é usado para fundamentar as posições dos dois lados – dos que afirmam que a autorização das pesquisas é inconstitucional, porque viola a dignidade dos pré-embriões que são o objeto da investigação científica, e dos que defendem que ela é absolutamente legítima, para promover a dignidade dos doentes que poderão ser tratados e curados exatamente em razão dos resultados das pesquisas.

Portanto, ao aplicar normas desta espécie, o intérprete não age como a “boca fria” das palavras do constituinte. Inevitavelmente, ele acaba participando da construção do sentido da norma. Se a interpretação jurídica, no geral, apresenta tanto uma dimensão cognitiva e declaratória, como uma dimensão volitiva e constitutiva, é fato que esta última dimensão tende a ser especialmente pronunciada no âmbito do Direito Constitucional.

Como, no geral, são os juízes dos tribunais constitucionais ou supremas cortes que dão a última palavra sobre a interpretação constitucional, e como eles, ao contrário dos legisladores e chefes do poder executivo, não são eleitos e nem respondem politicamente perante o povo, passou-se a falar, sobretudo no cenário norte-americano, numa dificuldade “contra-majoritária”⁶⁰ da jurisdição constitucional. Ela vem do reconhecimento de que, ao afastar leis e outros atos dos poderes políticos tidos como inconstitucionais, os juízes realizam valorações e escolhas, e estas também carecem de legitimação democrática.

A paradoxal verdade é que o constitucionalismo é, ao mesmo tempo, uma garantia do processo democrático e um limite para ele. Como afirmou Robert Alexy, focando os direitos fundamentais,

“Los derechos fundamentales son profundamente democráticos porque aseguran el desarrollo y la existencia de las personas gracias a la garantía de los derechos de libertad y de igualdad, capaces por lo general de mantener estable el procedimiento democrático, y porque aseguran las condiciones para el funcionamiento del proceso democrático mediante la protección de la libertad de opinión, prensa, radiodifusión, reunión y asociación, así como el derecho de sufragio y otras libertades políticas. Frente a ello, son profundamente antidemocráticos porque desconfían del proceso democrático. Con el sometimiento incluso del Legislativo privan de poder de decisión la mayoría democrática legitimada”⁶¹

Note-se que não estamos tecendo estas considerações para negar a legitimidade das constituições, nem da sua garantia pelo Judiciário. Estas observações destinam-se apenas a refutar a idéia de que não haveria tensão alguma entre democracia e constitucionalismo, uma vez que a Constituição seria a expressão pura e acabada do vontade popular. A fricção não é insuperável - não é necessária nenhuma “escolha de Sofia” entre liberdade dos antigos e liberdade dos modernos, para usar a conhecida dicotomia de Benjamin Constant⁶² - e a filosofia constitucional contemporânea vem se empenhando na elaboração de modelos de compatibilização entre estes dois grandes vetores da moralidade política da Modernidade. Só não é possível ignorar a tensão, ou pretender resolvê-la através de um mero jogo de palavras, com a afirmação de que a Constituição identifica-se necessariamente com a vontade do povo.

Na verdade, as constituições, sobretudo nos países que adotam mecanismos de controle jurisdicional de constitucionalidade das leis, impõem bloqueios para a deliberação coletiva, na medida em que subtraem do espaço de decisão dos representantes do povo certas questões estabelecidas diretamente pelo constituinte, ou extraídas da Constituição através da interpretação judicial. Como bem destacou Vital Moreira, “...*por definição, toda Constituição constitui um limite da expressão e da autonomia da vontade popular. Constituição quer dizer limitação da liberdade da maioria de cada momento, e, neste sentido, quanto mais Constituição, mais limitação do princípio democrático...O problema consiste em saber até que ponto é que a excessiva constitucionalização não se traduz em prejuízo do princípio democrático*”⁶³.

É certo que, embora o tema continue extremamente polêmico, prevalece hoje a posição, que endossamos plenamente, no sentido de que é legítimo e necessário estabelecer limites para as maiorias de cada momento, sobretudo ligados à proteção dos direitos fundamentais e das regras ligadas à preservação do próprio processo democrático, e de que é essencial, por outro lado, atribuir ao Judiciário o poder de fiscalizar o respeito a estes limites⁶⁴. Porém, no caso brasileiro, o que preocupa não é a existência em si dos limites, mas a sua extensão exagerada. Uma coisa é constranger a liberdade do legislador, dizendo que ele tem de respeitar a liberdade de expressão, assegurar o ensino fundamental gratuito e proteger o meio ambiente. Outra, bem diversa, é vedar que a sociedade, por exemplo, delibere sobre a quem devem pertencer os cartórios (art. 31 e 32 ADCT).

Para fins analíticos, examinaremos separadamente, abaixo, a relação entre democracia e os dois tipos de constitucionalização do Direito antes referidos: a constitucionalização decorrente do maior detalhamento do texto magno, e a decorrente de construções operadas pelo intérprete através da filtragem constitucional do Direito.

5. Democracia e Banalização Constitucional

O entrincheiramento constitucional de decisões políticas conjunturais e de interesses puramente corporativos é, na nossa opinião, profundamente antidemocrático, na medida em que implica na criação de limites moralmente injustificáveis para a deliberação política majoritária

Ademais, ele produz conseqüência prática nefasta por todos conhecidas: a cada alteração social significativa, ou a cada mudança no equilíbrio das forças políticas, novas emendas constitucionais são editadas, numa média, até agora, de mais de três por ano⁶⁵. A Constituição, que deveria encarnar a estabilidade da ordem jurídica, torna-se muito mais instável do que os códigos editados pelo legislador ordinário, o que compromete a sua capacidade de deitar raízes mais profundas nos corações e mentes dos cidadãos.

Por outro lado, a banalização constitucional gera um outro efeito colateral pernicioso para o processo político democrático. Ela acaba demandando, para a simples implementação de programas de governo referendados eleitoralmente, o apoio de 3/5 do Congresso Nacional - maioria qualificada exigida para aprovação de emendas ao texto magno. Cria-se uma confusão entre a política ordinária - relativa a temas que poderiam e deveriam ser decididos pelo Congresso no seu dia-a-dia -, e a política extraordinária - que deveria envolver apenas aquelas propostas de mudanças mais profundas e significativas da nossa estrutura social, nas quais seria razoável exigir um consenso maior, identificado através do quorum superior de aprovação das emendas constitucionais. Infelizmente, esta disfunção tem sido “equacionada” no país da pior forma possível: as majorias de 3/5 que se tornaram necessárias para a governabilidade são conquistadas pelos governos através de barganhas nem sempre republicanas, quando não são literalmente compradas. Exemplos na história recente do país não faltam, da “pasta rosa” ao “mensalão”.

Mas antes que alguém nos acuse de “botar no sofá a culpa pelo adultério”, sejamos mais claros. Não se está dizendo que a Constituição é a causa da corrupção dos costumes políticos brasileiros. Esta seria uma pecha extremamente

injusta para uma Constituição que se preocupou tanto com a moralidade administrativa. O que se está afirmando é que o arranjo institucional adotado pelo constituinte, e aprofundado por emendas posteriores, caracterizado pela “inflação” da matéria constitucional, agrava, ao invés de combater, certas disfunções crônicas do processo político brasileiro.

Sem embargo, foge ao poder do intérprete corrigir os desvios do constituinte relacionados à inflação da matéria constitucional. A emenda sairia muito pior do que o soneto se, diante da constatação dos mencionados excessos, ficasse o operador do Direito autorizado a simplesmente desconsiderar as normas constitucionais que reputasse como impróprias para um texto magno, para, assim, abrir um espaço maior de liberdade para o legislador. Isto comprometeria a idéia, conquistada a duras penas, de que a Constituição - toda a Constituição - é norma jurídica dotada de imperatividade. Ademais, a sociedade ficaria refém da teoria constitucional preferida pelo exegeta de plantão - e existem tantas -, quando não das suas idiossincrasias pessoais. Neste ponto, é melhor curvar-se aos exageros do constituinte do que submeter-se ao arbítrio do intérprete de ocasião.

Não obstante, a consideração sobre a relevância axiológica de cada norma constitucional é um fator que não deve ser ignorado pelo intérprete no momento de aplicação da Lei Maior. Assim, para precisar os efeitos e o raio de incidência de cada preceito, a intensidade da sua eficácia e o seu peso na resolução de casos concretos, em situações de confronto com outros interesses legítimos, o aplicador não deve se ater apenas aos elementos lingüísticos do enunciado normativo, embora estes sejam também muito importantes. Considerações sobre a maior ou menor relevância dos valores e interesses tutelados pela norma constitucional também devem se fazer presentes no processo hermenêutico. Assim, justifica-se, por exemplo, um ativismo judicial maior visando proteger a saúde básica do cidadão, do que para salvaguardar as atribuições da Polícia Rodoviária Federal, embora o dispositivo constitucional referente ao primeiro direito (art. 6º, CF) esteja vazado em linguagem muito mais vaga e indeterminada do que a contida no

preceito que estabelece a competência do aludido órgão público (art. 144, § 3º, CF).

Ademais, para não agravar ainda mais o apontado déficit de democracia intergeracional presente na Constituição, é preciso não adotar interpretação muito extensiva das cláusulas pétreas, sob pena de cancelar-se um total engessamento da ordem jurídica, que retiraria do povo a única alternativa institucional que lhe sobrou para, sem traumas e rompimentos, decidir seus próprios caminhos, libertando-se de amarras por vezes indevidas impostas no passado⁶⁶.

Agora, do ponto de vista do *design* institucional do país, não temos dúvida de que a Constituição realmente precisa de uma “lipoaspiração”. Mas que fique claro: a gordura constitucional que, na nossa opinião, deve ser extirpada, nada tem a ver com os compromissos substantivos da Carta de 88 com a justiça social e a igualdade material. Não defendemos a desconstitucionalização dos direitos fundamentais sociais, nem a adoção de um modelo constitucional procedimental e descarnado. Isto seria uma verdadeira tragédia num país tão injusto e desigual como o Brasil, ainda mais num momento em que a aplicação da Constituição começa a fazer alguma diferença na vida real dos pobres. A intervenção do constituinte derivado deveria voltar-se para a busca de uma constituição mais enxuta; não de uma constituição menos social.

6. Democracia e Filtragem Constitucional do Direito

Na filtragem constitucional do ordenamento, não se confere proteção reforçada a trivialidades. Em regra, as normas constitucionais que são irradiadas para os diversos ramos do Direito, impondo a releitura dos seus conceitos e institutos, são os direitos fundamentais e os princípios constitucionais mais gerais – dignidade da pessoa humana, solidariedade social, etc – e não as regras detalhistas e minuciosas, cuja abundância no texto constitucional vimos de criticar. Trata-se, portanto, de uma faceta mais virtuosa do processo de constitucionalização do Direito, já que o que aqui se constitucionaliza são

princípios e valores fundamentais de elevada estatura moral, e não banalidades e decisões conjunturais que, por circunstâncias do processo político, acabaram imerecidamente alçadas ao texto maior.

A filtragem constitucional tem desempenhado um papel extremamente importante em diversas áreas do ordenamento jurídico brasileiro. No Direito Civil, por exemplo, ela tem provocado a releitura dos mais importantes e tradicionais institutos, como propriedade, posse, contrato, família, etc., de modo a torná-los mais compatíveis com os valores humanitários da Carta. Formou-se no país uma verdadeira escola de Direito Civil-Constitucional, capitaneada por autores como Gustavo Tepedino⁶⁷, Maria Celina Bodin de Moraes⁶⁸ e Edson Fachin⁶⁹, que têm se dedicado com proficiência à tarefa de revisitar a dogmática civilista a partir da ótica constitucional⁷⁰, e a influência desta corrente já se faz sentir na jurisprudência dos tribunais brasileiros. Do ponto de vista substantivo, as conseqüências deste novo “olhar” constitucional sobre o Direito Civil convergem para a idéias de personalização e despatrimonialização deste ramo da ciência jurídica. Em outras palavras, trata-se de reconhecer, a partir dos valores e princípios constitucionais, a prioridade dos valores existenciais sobre os valores meramente patrimoniais no tráfico jurídico-privado.

No Direito Administrativo, a filtragem tem ocasionado mudanças igualmente importantes em conceitos e institutos fundamentais⁷¹. Por exemplo, a idéia, antes sagrada, da insindicabilidade judicial do mérito do ato administrativo, vem cedendo espaço diante da possibilidade de controle calcado em princípios abertos, como proporcionalidade, razoabilidade, moralidade administrativa e eficiência. Por outro lado, a arraigada noção de supremacia do interesse público sobre o particular também tem perdido terreno diante da valorização dos direitos fundamentais, concebidos como “trunfos” em face dos interesses das maiorias⁷². E o próprio princípio da legalidade administrativa, segundo o qual o Estado só pode agir quando autorizado por lei, tem sido repensado em razão do reconhecimento da força normativa da Constituição⁷³. Afinal, se as normas constitucionais são, em regra, diretamente aplicáveis, independentemente de mediação legislativa, não faz

muito sentido exigir que a Administração abstenha-se de agir para dar cumprimento à Constituição, em razão da inércia do legislador⁷⁴.

E muitos outros exemplos poderiam ser dados, ligados à constitucionalização de ramos tão variados como o Processo Penal, o Direito Econômico, o Direito do Trabalho, etc. O fato incontestável é que os princípios e valores da Constituição estão se alastrando e mudando a fisionomia do ordenamento jurídico brasileiro.

Sem embargo, a objeção democrática ao processo de constitucionalização também se manifesta neste cenário, pois é preciso avaliar até que ponto é legítimo, numa democracia, amputar a liberdade de conformação do legislador em nome da irradiação das normas constitucionais, sobretudo diante da constatação de que o grande “agente” desta irradiação é o juiz, que não é eleito e não responde politicamente perante o povo.

É verdade que a legitimidade das decisões judiciais não decorre da sua aprovação popular, mas da sua efetiva correspondência à ordem jurídica. Por isso, o fato de alguma decisão que promova a constitucionalização do ordenamento contrariar a maioria da população não basta para infirmar a sua legitimidade, inclusive porque uma das funções do constitucionalismo é exatamente a de proteger valores e princípios superiores da miopia e do arbítrio das multidões.

Com esta afirmação, não se está defendendo um isolamento autista do Judiciário em relação à sociedade civil. Pelo contrário, é extremamente importante aproximar o Judiciário da sociedade, tornando-o não só mais acessível ao cidadão comum, como também mais sensível aos sentimentos e reivindicações dos variados grupos que compõem a nacionalidade. E também é relevante fortalecer, no âmbito da sociedade, uma opinião pública atenta em relação à *performance* do Judiciário, apta para o exercício da crítica fundamentada das decisões judiciais. O que se está dizendo é, pura e simplesmente, que o desenho institucional do Judiciário liberta os juízes do ônus de “jogarem para a galera” – o que é sem dúvida muito bom para o constitucionalismo.

Contudo, diante do elevado grau de indeterminação das normas empregadas no processo de filtragem constitucional, esta correspondência à ordem jurídica que legitima as decisões judiciais só raramente poderá ser aferida através de um simples silogismo. Em regra, serão necessários procedimentos hermenêuticos mais complexos, como interpretações construtivas, ponderações, etc, nos quais o julgador terá participação mais ativa na definição do resultado. Portanto, não será possível, aqui, evitar o questionamento sobre a legitimação democrática das decisões, já que elas vão envolver um certo grau de volição.

Não é este o lugar propício para discutir a complexa problemática da legitimação democrática da justiça constitucional e articular uma concepção razoável, com começo, meio e fim⁷⁵. Mas talvez seja possível, em breves pinceladas, fazer algumas observações mais gerais e impressionistas sobre como *não* deve ser esta concepção. Para começar, uma teoria adequada da jurisdição constitucional não deve se basear em abstrações contra-fáticas, por mais sedutoras que pareçam, mas sim em premissas empíricas razoáveis.

Neste sentido, é preciso ter em mente que os juízes não são semi-deuses infalíveis, como o Hércules de Dworkin⁷⁶. São, pelo contrário, seres humanos de carne e osso, com defeitos e qualidade, e que, especialmente no Brasil, defrontam-se com uma absurda sobrecarga de processos, que não lhes permite enveredarem-se em profundas discussões morais e filosóficas no julgamento de cada caso “difícil”. Mas a lei, por sua vez, também está muito longe de poder encarnar a “vontade geral” do povo *a la* Rousseau, sobretudo considerando a tremenda crise da democracia representativa brasileira. Portanto, uma boa teoria não deve mistificar nem o Judiciário, nem a lei.

Ademais, uma boa concepção sobre a jurisdição constitucional não pode lastrear-se em fundamentos teóricos que sejam flagrantemente incompatíveis com a própria Constituição. Por isto, entendemos que são insustentáveis, pelo menos em solo brasileiro, as teorias puramente procedimentais da jurisdição constitucional, como as de John Hart Ely⁷⁷ e de Habermas⁷⁸. Há variações

significativas entre os procedimentalistas, mas as suas teorias têm em comum a visão de que o papel da jurisdição constitucional não é o de tutelar valores substantivos – algo que deveria caber exclusivamente às instâncias que representam o povo -, mas sim assegurar os pressupostos necessários ao bom funcionamento da democracia. Não é preciso discutir aqui se é viável uma teoria puramente procedimental da Constituição, ou se, ao contrário, qualquer definição sobre o tipo de democracia desejado e seus respectivos pressupostos acaba envolvendo, inexoravelmente, escolhas substantivas⁷⁹. Basta, para nós, constatar que teorias procedimentais não combinam com uma Constituição como a brasileira, que é profundamente substantiva, eis que pródiga na consagração de valores materiais.

Aliás, a aplicação de teorias procedimentais da jurisdição constitucional no Brasil implica num curioso paradoxo. Estas teorias, como se sabe, buscam, em nome da democracia, limitar o ativismo judicial, retirando as questões substantivas da esfera da jurisdição constitucional. Contudo - e aí a suprema contradição -, para adotarem esta teoria, os juízes teriam de ignorar as orientações valorativas já contidas na Constituição. Ou seja, eles teriam que sobrepor a sua teoria constitucional procedimental àquela, sem dúvida substantiva, adotada pelo próprio constituinte originário. É difícil imaginar maior ativismo...

De qualquer forma, independentemente da adesão a qualquer teoria específica sobre a jurisdição constitucional, é possível, numa aproximação mais pragmática do tema, identificar o papel positivo que ela pode desempenhar na proteção de direitos e valores fundamentais, que se sujeitariam a um risco muito maior se deixados aos cuidados apenas dos próprios atores políticos. Trata-se, em linguagem tosca, de não deixar a raposa como a única vigia do galinheiro. Na verdade, não só a independência judicial, mas também o *ethos* profissional dos juízes, caracterizado pela valorização da legalidade e do devido processo legal, favorecem ao bom desempenho desta função. Contudo, para que tal papel não seja pervertido, é preciso estabelecer balizas firmes para o Judiciário, ligadas sobretudo: (a) ao emprego de uma metodologia racional, intersubjetivamente

controlável e transparente, não só para aperfeiçoar as decisões, como também para evitar que elas sejam vistas pela sociedade como o fruto exclusivo dos caprichos e das predileções dos seus prolores⁸⁰; (b) à democratização do próprio exercício da jurisdição constitucional, com a abertura do seu procedimento à participação efetiva de novos atores sociais, através de medidas como o fortalecimento do papel dos *amici curiae* e a realização mais freqüente de audiências públicas⁸¹; e (c) à adoção, pelos juizes, de uma postura de moderação e de respeito diante das decisões adotadas pelos demais poderes, em razão do seu lastro democrático-eleitoral⁸². Seguidas estas recomendações, entendemos que a constitucionalização do ordenamento por construção jurisdicional não é ilegítima.

Mudando agora o nosso foco do agente da constitucionalização do Direito para a extensão e profundidade do fenômeno, entendemos que é preciso evitar as respostas extremas - tanto as que se opõem à filtragem constitucional, como as que sustentam que tudo ou quase tudo já está constitucionalmente definido, cumprindo apenas ao legislador o papel de executar decisões contidas explícita ou implicitamente na Lei Maior.

Com efeito, tem de ser descartada, por absurda, a visão de que a Constituição não deve desempenhar um papel relevante na definição dos contornos do ordenamento jurídico infraconstitucional. Se existe unidade na ordem jurídica e a Constituição, concebida como autêntica norma, localiza-se no seu vértice superior, desfrutando de supremacia em relação a todo o direito infraconstitucional, não há como negar a forte influência que ela exerce. Esta influência tende a ser ainda maior quando, como no caso brasileiro, trate-se de uma Constituição pródiga em valores substantivos, que contenha um amplo projeto de transformação social, e haja, por outro lado, uma cultura jurídica menos legicêntrica e mais receptiva à jurisdição constitucional, como a que vem se enraizando no país nos últimos anos .

E tal resultado não será necessariamente anti-democrático, a não a ser que se adote uma leitura muito estrita da democracia. De fato, pode ser que os valores

e princípios constitucionais irradiados para o ordenamento sejam, exatamente, aqueles que dão estrutura à democracia, ou que permitem o seu florescimento. Um bom exemplo é o direito à igualdade. A idéia de democracia repousa na assunção da igualdade das pessoas⁸³. O próprio princípio majoritário – segundo o qual, diante de alguma divergência, deve ser adotada a solução preferida pelo maior número de pessoas – parte da pressuposição igualitária de que a opinião de cada um deve ter exatamente o mesmo peso – *one man, one vote*, como dizem os norte-americanos. Assim, se, em razão da Constituição, a igualdade for levada mais fortemente em consideração no regime legal das associações privadas, por exemplo, este resultado terá produzido mais, e não menos democracia, ainda que ele implique em alguma limitação ao poder do legislador.

Portanto, não é correto generalizar a afirmação de que a penetração mais profunda da Constituição no direito infraconstitucional é necessariamente anti-democrática, só por comprimir a liberdade de conformação do legislador.

Não obstante, há casos em que a ampliação da influência da Constituição sobre o ordenamento jurídico pode, de fato, impor limites à democracia. Todavia, esta constatação não basta, por si só, para que se afirme o caráter negativo ou indesejável do processo de constitucionalização do Direito naquelas circunstâncias - a não ser para quem adote uma concepção segundo a qual a democracia seja o único valor importante, ou de que se trate do valor mais relevante, dotado de absoluta prioridade em relação a todos os demais – prioridade léxica, como diria John Rawls⁸⁴. Como esta concepção radical rousseauiana da moralidade política não se compatibiliza com a própria idéia de constitucionalismo, tal como acima explicitado, ela será deixada de lado.

Vejamos então um exemplo. Suponhamos que, em razão da constitucionalização do Processo Penal, a condenação criminal tenha se tornado muito mais difícil do que desejaria a grande maioria da população brasileira, que preferiria ter mais criminosos na cadeia, ainda que ao preço de um processo menos garantista. Seria certamente possível tachar de anti-democrática esta

conseqüência da constitucionalização do Direito. Mas, ainda assim, talvez ela valha à pena – nós estamos certos de que vale – por proteger e promover outros valores que, neste específico contexto, sobrepujam a própria democracia. A constitucionalização aqui envolve um *trade-off*: troca-se um pouco mais de garantias processuais por um pouco menos de observância da vontade do povo.

Sem embargo, há limites para a filtragem constitucional do Direito. Se quisermos levar à sério a democracia, o impacto negativo que uma “panconstitucionalização” do Direito pode exercer sobre ela tem de ser devidamente sopesado.

Portanto, entendemos que a Constituição não pode ser vista como a fonte da resposta para todas as questões jurídicas. Uma teoria constitucional minimamente comprometida com a democracia deve reconhecer que a Constituição deixa vários espaços de liberdade para o legislador⁸⁵ e para os indivíduos, nos quais a autonomia política do povo e autonomia privada da pessoa humana podem ser exercitadas⁸⁶.

É verdade que a Constituição é muito mais do que mera “moldura” do direito infraconstitucional – ao contrário do que afirmaram doutrinadores alemães de renome, como Ernst-Wolfgang Böckenförde⁸⁷ e Christian Starck⁸⁸. A metáfora da moldura não nos parece adequada, porque ressalta apenas a função constitucional de limite para o legislador, deixando de expressar o relevante papel que a Constituição também desempenha, de diretriz vinculante para toda produção e aplicação do Direito⁸⁹.

Também é verdade que os condicionamentos materiais imposto pela Constituição ao legislador são amplos e profundos em constituições substantivas, como a brasileira. Porém, ainda assim, entendemos que o intérprete, sem ignorar estes condicionamentos, deve ter o cuidado de preservar, na exegese da Lei Maior, as margens de decisão que, numa democracia constitucional, devem ser reconhecidas aos poderes políticos e os próprios indivíduos. Como ressaltou Canotilho, “a Constituição deve possibilitar o confronto e a luta política dos

*partidos e das forças políticas portadoras de projectos alternativos para a concretização dos fins constitucionais. Embora não deva restringir-se a um 'instrumento de governo' ou a uma simples 'lei do Estado', a Constituição evitará converter-se em lei da 'totalidade social', 'codificando' exageradamente os problemas constitucionais*⁹⁰.

É óbvio que o intérprete pode e deve aplicar diretamente a Constituição às relações sociais, independentemente de mediação legislativa. É indiscutível que ele tem interpretar o direito infraconstitucional à luz da Lei Maior, inclusive para repudiar exegeses mais óbvias do enunciado normativo interpretado, quando estas o tornem incompatível com a Constituição. É certo, também, que ele pode deixar de aplicar normas que, conquanto em geral compatíveis com a Constituição, produziram, no caso específico, resultados a ela ofensivos. Contudo, é importante que o aplicador do Direito adote uma postura respeitosa em relação aos atos normativos emanados do Legislativo. Não se trata de sobrepor o princípio da legalidade ao princípio da constitucionalidade, mas de reconhecer: (a) que a Constituição deixa amplos espaços para a liberdade de conformação do legislador, e (b) que o Legislativo também é intérprete da Constituição, razão pela qual as suas escolhas no campo da concretização constitucional merecem ser respeitadas, desde que não ultrapassem os limites demarcados pela Lei Maior. Portanto, quando o legislador já tiver concretizado alguma norma constitucional mais vaga, ou equacionado normativamente uma tensão entre princípios os valores constitucionais colidentes, a solução legislativa deve ser acatada pelo Judiciário na solução do caso, a não ser que se afigure incompatível com a própria Constituição, em abstrato ou na hipótese concreta⁹¹.

Em suma, a constitucionalização do Direito pela filtragem constitucional não deve ser levada ao ponto de confiscar a liberdade decisória que, numa democracia, deve caber ao legislador. Afinal, sendo o constitucionalismo uma técnica de combate do autoritarismo, seria altamente paradoxal converter a Constituição num instrumento autoritário de modelação de todos os espaços da vida social nas mãos de juízes não eleitos.

7- Constitucionalização do Direito, Metodologia e Estado Democrático de Direito: Não à Carnavalização da Constituição

A “banalização” constitucional, anteriormente analisada, produz forte impacto negativo sobre a democracia, mas não envolve maiores problemas de ordem estritamente metodológica. Isto porque ela quase sempre implica na constitucionalização de regras semanticamente densas, que podem ser aplicadas de forma quase mecânica. Já a filtragem constitucional do Direito envolve o manejo de princípios constitucionais muito abertos, que se expandem para todos os ramos da ordem jurídica, influenciando a interpretação e aplicação das suas normas e institutos. Portanto, ela confere uma ampla latitude decisória para o intérprete, que pode ser bem ou mal empregada. É aqui que a dificuldade metodológica exsurge.

Até não muito tempo atrás, seria impossível pensar em filtragem constitucional no Brasil, em razão, dentre outras coisas, do absoluto predomínio de concepções juspositivistas que negavam juridicidade aos princípios e preocupavam-se apenas com as regras jurídicas⁹². Os princípios eram vistos, no máximo, como meios de integração do ordenamento, aos quais o intérprete só poderia recorrer diante de lacunas, e mesmo assim, apenas depois de baldadas as tentativas de recurso à analogia ou aos costumes. Só possuíam “bom direito” aqueles que pudessem fundamentá-lo em regras claras e precisas.

Felizmente, hoje isto é passado. A difusão no país de doutrina estrangeira importante, sobretudo dos trabalhos de Ronald Dworkin⁹³ e de Robert Alexy⁹⁴ sobre os princípios, contribuiu para a afirmação da sua plena normatividade. Atualmente, já se trava no país um debate bastante sofisticado sobre os princípios, com posições variadas sobre a sua natureza, estrutura e forma de incidência, mas ninguém ousaria negar a sua plena força normativa⁹⁵. Fala-se, inclusive, no surgimento de uma “nova fase” do Direito, chamada de pós-positivismo, que teria como uma das suas marcas distintivas a importância capital atribuída aos princípios no sistema jurídico⁹⁶.

Esta nova visão sobre os princípios sem dúvida aperfeiçoou o ordenamento jurídico brasileiro. Afinal, os princípios conferem maior plasticidade e dinamismo ao Direito, permitindo que ele evolua com o tempo, e tornam, por outro lado, mais íntima a sua relação com a moral, atuando como válvulas de escape contra graves injustiças. Estas e outras características dos princípios justificam que se celebre a nova importância que eles assumiram no Brasil, sobretudo na última década. Mas o propósito destas linhas não é o de repetir esta ladainha, já por todos conhecida, e sim mostrar o outro lado da moeda.

E a outra face da moeda é o lado do decisionismo e do “oba-oba”. Acontece que muitos juízes, deslumbrados diante dos princípios, e da possibilidade de, através deles, buscarem a justiça - ou o que entendem por justiça -, passaram a negligenciar do seu dever de fundamentar racionalmente os seus julgamentos. Esta “euforia” com os princípios abriu um espaço muito maior para o decisionismo judicial. Um decisionismo travestido sob as vestes do politicamente correto, orgulhoso com os seus jargões grandiloqüentes e com a sua retórica inflamada, mas sempre um decisionismo. Os princípios constitucionais, neste quadro, converteram-se em verdadeiras “varinhas de condão”: com eles, o julgador de plantão consegue fazer quase tudo o que quiser.

Esta prática é profundamente danosa a valores extremamente caros ao Estado Democrático de Direito. Ela é prejudicial à democracia, porque permite que juízes não eleitos imponham as suas preferências e valores aos jurisdicionados, muitas vezes passando por cima de deliberações do legislador. Ela compromete a separação de poderes, porque dilui a fronteira entre as funções judiciais e legislativas. E ela atenta contra a segurança jurídica, porque torna o Direito muito menos previsível, fazendo-o dependente das idiossincrasias do juiz de plantão, e prejudicando com isso a capacidade do cidadão de planejar a própria vida com antecedência, de acordo com o conhecimento prévio do ordenamento jurídico. Ela substitui, em suma, o governo da lei pelo governo dos juízes.

E há agravantes na atmosfera cultural brasileira, que tornam este fenômeno ainda mais perigoso do que no cenário norte-atlântico, dos países de 1º mundo. É que o povo brasileiro é povo da “cordialidade”. Esta cordialidade, no sentido cunhado por Sérgio Buarque de Holanda⁹⁷, tem aspectos muito positivos e outros mais problemáticos. Do lado positivo, são conhecidos o calor humano, a simpatia e a generosidade do brasileiro. Mas, do lado negativo, temos uma grande dificuldade em cumprir e exigir o cumprimento de regras gerais e impessoais de conduta. As regras são muito frias e por isso tendemos a preferir o “jeitinho”⁹⁸. Um sorriso simpático e há uma boa chance de você conseguir convencer o guarda de trânsito a “aliviá-lo” da multa que ele acabou de lhe aplicar. Macroscopicamente, esta faceta da nossa cultura gera o patrimonialismo⁹⁹ e a indevida confusão entre público e privado, em que os atos do Estado vão ser freqüentemente contaminados pelas relações pessoais dos seus agentes.

Em culturas mais rígidas, como a alemã ou mesmo a norte-americana, a ductibilidade dos princípios tende a temperar e suavizar a dureza das normas. Mas numa cultura já tão flexível como a brasileira, a invocação metodologicamente desordenada dos princípios pode afrouxar ainda mais o nosso já escasso compromisso com o cumprimento das leis.

Não se defende, por óbvio, a renúncia à aplicação dos princípios, com o retorno ao paradigma formalista da Escola da Exegese, para busca de um porto seguro na assepsia do silogismo e da subsunção. Além de absolutamente indesejável, isto não seria nem mesmo possível. Em conhecida passagem da sua “Teoria da Argumentação Jurídica”, Alexy menciona quatro motivos para esta impossibilidade: *“(1) imprecisão da linguagem do Direito, (2) a possibilidade de conflitos entre as normas, (3) a possibilidade de haver casos que requeiram uma regulamentação jurídica, uma vez que não há nenhuma existente, bem como (4) a possibilidade, em casos especiais, de uma decisão que contrarie a literalidade da norma”*¹⁰⁰. Mas entre a Cila do formalismo jurídico e a Cáribdes do decisionismo, há outras rotas possíveis. Não teremos tempo nem espaço de percorrer aqui nenhuma delas, mas tencionamos pelo menos salientar, sem nenhuma pretensão

de profundidade ou originalidade, dois pontos que nos parecem muito importantes, que se fossem “levados a sério” poderiam minimizar certos vícios em que o pós-positivismo e a filtragem constitucional andam resvalando no país.

Primeiro ponto: valorização da argumentação jurídica e da racionalidade prática. O positivismo jurídico, mesmo nas suas versões mais sofisticadas de Kelsen e Hart, rejeitava a racionalidade prática, por basear-se numa concepção de razão extraída das ciências exatas. Racional, para o positivismo, seria apenas aquilo que pudesse ser provado indutivamente ou demonstrado dedutivamente. Esta definição estreita de racionalidade deixava do lado de fora a resolução dos casos difíceis do Direito. Nestes casos, dentro da moldura estabelecida pelo ordenamento, considerava-se que haveria um âmbito de escolha pessoal do julgador, insuscetível de controle racional.

Contudo, se ampliarmos a idéia de racionalidade, para incluirmos também aquilo que Recásens Siches chamava de “lógica do razoável”¹⁰¹, veremos que é possível discutir racionalmente qual a resposta mais adequada e justa para qualquer questão jurídica, por mais complexa que seja. Não é preciso ir longe ao ponto de afirmar, como Dworkin, que esta racionalidade nos levará ao encontro da única resposta correta existente para cada caso difícil¹⁰², mas basta reconhecer que o intérprete tem sempre o dever de se esforçar na busca racional da melhor resposta.

Esta busca deve ocorrer no contexto de um debate aberto e racional, não ficando circunscrita ao âmbito da reflexão individual do intérprete. Em outras palavras, a razão prática deve ser dialógica e não monológica. Daí porque, a forma mais apropriada para a procura da resposta correta para os casos difíceis no Direito é o exercício da argumentação jurídica¹⁰³, na qual todos os participantes sejam tratados como livres e iguais, tenham a mesma possibilidade de falarem e de serem ouvidos, e não haja constrangimentos, senão os decorrentes da força persuasiva dos melhores argumentos.

É certo que contextos como o da prestação jurisdicional impõem limites a esta argumentação, tais como, por exemplo, os relacionados às regras processuais: prazos, formalidades, etc. Contudo, uma coisa é indiscutível: o resultado que emergir da busca racional e dialógica da resposta mais correta para uma controvérsia jurídica qualquer, não só tenderá a ser melhor e mais justo do que aquele que seria obtido através do exercício do mero decisionismo do intérprete, como também estará ungido de uma legitimidade muito maior.

Por outro lado, as decisões adotadas devem ser devidamente justificadas, de forma a demonstrar não só às partes do litígio, mas ao público em geral, que o resultado alcançado é o que mais se adequa à ordem jurídica e às peculiaridades do caso¹⁰⁴. Quanto mais uma decisão envolver alguma margem de valoração pessoal do intérprete, afastando-se da subsunção, maior deve ser o cuidado com a fundamentação. Na verdade, a fundamentação das decisões judiciais, muito mais do que um requisito formal da sua validade, é um pressuposto da sua legitimidade no âmbito do Estado Democrático de Direito.

Agora o nosso segundo ponto: valorização e respeito também das regras jurídicas¹⁰⁵. A doutrina pós-positivista tem enfatizado, com inteira razão, a importância e a força normativa dos princípios. Contudo, esta valorização não pode ser realizada ao preço do menoscabo em relação às regras. Estas, por definirem com maior precisão tanto o seu campo de incidência como as conseqüências jurídicas da sua aplicação, são extremamente importantes, não só porque salvaguardam a segurança jurídica do cidadão e coíbem o arbítrio do aplicador, como também porque permitem o funcionamento mais ágil e eficiente da ordem jurídica. Imaginem o caos que seria se, por exemplo, em cada ação cível, o juiz pudesse arbitrar, com base nos princípios da ampla defesa e da celeridade processual, qual o prazo adequado para apresentação da contestação. Ou como seria temerário permitir aos guardas de trânsito que estabelecessem o valor da multa devida para cada infração, à luz das peculiaridades de cada caso e do princípio da proporcionalidade. Simplesmente inviável.

Contudo, não são hoje incomuns as decisões judiciais que resolvem controvérsias apelando exclusivamente a princípios abstratos, ignorando solenemente as regras específicas incidentes. É óbvio que as regras podem ser afastadas ou consideradas inaplicáveis na resolução de casos concretos, pelos critérios tradicionais de resolução de antinomias – hierárquico, cronológico e de especialidade¹⁰⁶. Segundo uma certa doutrina, mesmo fora destes casos mais tradicionais, as regras também podem ser “derrotadas” (*defeated*) em circunstâncias excepcionais, quando existirem razões fortes o suficiente para sobrepujarem aquelas que justificavam a sua aplicação ao caso¹⁰⁷. Mas o que vem muitas vezes acontecendo, e não pode ser admitido, não é o afastamento racionalmente fundamentado de regras, mas a sua simples desconsideração na solução de casos concretos compreendidos no âmbito da sua hipótese de incidência. Só que o operador do Direito não pode agir como se o ordenamento jurídico fosse um sistema composto apenas por princípios, onde lhe coubesse toda a tarefa de concretização, comportando-se como se as regras simplesmente não existissem. No mínimo, há o ônus argumentativo do julgador de demonstrar porque uma determinada regra ditada pelo legislador, e *a priori* incidente sobre o caso, não deve ser aplicada. Do contrário, abre-se a porta ao arbítrio e decisionismo, em prejuízo da segurança jurídica e da democracia.

Em suma, nosso recado, neste tópico, é de que no Estado Democrático de Direito, não só os princípios, mas também as regras devem ser “levadas a sério”.

Outros pontos voltados para o aperfeiçoamento da prática da filtragem constitucional no Brasil, visando torná-la mais segura e menos dependente das cosmovisões e humores de cada aplicador do Direito poderiam ser listados: estruturação de *standards* abstratos para as ponderações de interesse, para balizar as ponderações feitas nos casos concretos¹⁰⁸ (e.g. peso maior para a liberdade de expressão do que para o direito à honra e a reputação quando tratar-se de autoridade pública), fortalecimento de uma cultura de respeito aos precedentes judiciais, mesmo quando desprovidos de força vinculante¹⁰⁹, etc. Mas

os limites de espaço deste estudo não permitem que ingressemos nestas discussões.

De qualquer forma, é importante frisar que a filtragem constitucional não conduz, necessariamente, à anarquia metodológica e à “carnavalização” da Constituição. É perfeitamente possível postular a força expansiva dos princípios e valores constitucionais, revisitando, à sua luz, as normas e institutos do ordenamento infraconstitucional, sem resvalar no decisionismo e na demagogia judicial.

Afinal, a ordem constitucional brasileira já está atingindo o seu momento de maturidade. Em outubro, a Carta completa 18 anos. Chegamos a um estágio em que já não deveriam bastar as bandeiras desfraldadas e as palavras de ordem. Agora, mais do que nunca, o Direito Constitucional brasileiro carece de uma metodologia profundamente comprometida com os objetivos humanistas da Carta, mas que seja, ao mesmo tempo, séria, sóbria e racional.

. 8 – Conclusão

“Como seriam tristes os caminhos – diz um belo poema de Mário Quintana – não fora a presença distante das estrelas”. E isso vale também para os caminhos constitucionais.

Em verdade, a teoria constitucional precisa da utopia, porque as constituições também pretendem falar ao coração das pessoas, inspirando algum “sentimento constitucional” entre os cidadãos. E o que é a constitucionalização do Direito – este projeto grandioso de remodelar toda a ordem jurídica para dar-lhe uma fisionomia compatível com os valores constitucionais de igualdade, liberdade, dignidade humana e solidariedade – senão uma bela utopia?

Porém, é preciso também um certo cuidado com as utopias. As utopias acalentam o espírito e sinalizam caminhos, mas, em excesso, podem aprisionar ou tornarem-se verdadeiras distopias. Uma teoria constitucional que se oriente

apenas à promoção de uma utopia, por mais inspiradora que esta seja, pode facilmente converter-se numa camisa-de-força. E a Constituição não é, nem deve ser, a tábua fundamental de uma religião civil, na qual estejam escritos para todo e sempre os caminhos que levam à salvação da Nação.

Por isso, a constitucionalização do Direito através da filtragem constitucional é legítima e deve continuar fecundando a ordem jurídica brasileira com os princípios emancipatórios da Constituição. Mas ela não pode chegar ao ponto de subtrair do povo o seu direito inviolável de escolher a cada momento os seus próprios rumos.

Ademais, além de aprisionar, a *overdose* de utopia também pode embriagar. Só que a metodologia constitucional não pode contagiar-se com a embriaguez da pura paixão, pois a racionalidade na interpretação e adjudicação do Direito são essenciais para a garantia da liberdade, da segurança jurídica e da democracia.

Voltando às estrelas, lembremos, para finalizar, Thales de Mileto, talvez o primeiro filósofo da Humanidade, que, olhando as constelações no céu, distraído em suas divagações, acabou caindo num poço... E eis aí, enfim, o grande desafio do Direito Constitucional, para aqueles que, como nós, acreditam que a Constituição deve servir para a construção de um país mais decente, de pessoas livres e iguais: caminhar, guiando-se pelas estrelas, mas com os pés sempre firmes no chão.

¹ Cf. Luís Roberto Barroso. “Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)”. In: *RDA* 240, 2005, p. 01-42.

² A constitucionalização do Direito na Alemanha ocorreu sob a vigência da atual Lei Fundamental, editada em 1949, e foi impulsionada pela jurisprudência do Tribunal Constitucional do país, que afirmou que a Constituição contém uma ordem de valores, em cujo centro está o princípio da dignidade da pessoa humana, que se irradia para todo o ordenamento jurídico. Veja-se, a propósito, Dieter Grimm. “Human Rights and Judicial Review in Germany”. In: David M. Beatty. *Human Rights and Judicial Review: A Comparative Perspective*. Dordrecht: Martin Urjhoff, 1994; e Robert Alexy. “Los Derechos Fundamentales en el Estado Constitucional Democrático”. In: Miguel Carbonell (Org.) *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2003, p. 31-47.

³ Na Itália, o fenômeno da constitucionalização do Direito ocorreu sob a égide da Constituição atual de 1947, mas só após a instalação da Corte Constitucional, que ocorreu em 1956. Até 1956, a justiça comum exercia a jurisdição constitucional de forma excessivamente tímida, no mais das vezes negando qualquer eficácia as normas constitucionais sob o argumento de que seriam programáticas. Tal orientação foi logo alterada pela Corte Constitucional, desde a sua primeira decisão, que passou a afirmar a normatividade de todos os preceitos do texto constitucional. Veja-se, a propósito, Ricardo Guastini. *La Constitucionalización del Ordenamiento Jurídico: El Caso Italiano*. In: Miguel Carbonell (Org), *op. cit.*, p. 49-73.

⁴ Na França, a constitucionalização percorreu uma trajetória menos marcante, seja em razão do modelo de controle de constitucionalidade adotado no país – exclusivamente preventivo – seja pela subsistência, em alguma medida, do culto à lei, tributário da tradição francesa de soberania do Parlamento. A Constituição francesa é de 1958, mas foi a partir da década de 70 que o processo iniciou o seu curso, por duas razões: (a) Em 1971, o Conselho Constitucional adotou uma famosa decisão em matéria de liberdade de associação, em que afirmou que as normas contidas na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, por estarem referidas no preâmbulo da Constituição, integravam o chamado “bloco de constitucionalidade” – juntamente com o preâmbulo da Constituição anterior de 1946 e as “leis fundamentais da República” -, podendo assim fundamentar o juízo sobre a inconstitucionalidade de alguma lei. Tal orientação tornou muito mais fértil a jurisdição constitucional francesa em matéria de direitos fundamentais.

Por outro lado (b), em 1974 foi aprovada uma emenda à Constituição francesa, conferindo legitimidade ativa para provocação do controle de constitucionalidade a 60 deputados ou senadores, que ampliou, com isso, a importância política da jurisdição constitucional, ao permitir a sua deflagração pela oposição. Até então, só o Presidente da República, o Primeiro-Ministro, o Presidente da Assembléia Nacional e o Presidente do Senado podiam provocar o Conselho Constitucional. Desde então, a relevância da Constituição na prática jurídica francesa vem aumentando significativamente. Sobre a constitucionalização do Direito francês, confira-se Louis Favoreau. *Legalidad y Constitucionalidad: La Constitucionalización del Derecho*. Trad. Magdalena Correa Heno. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2000; e Marc Frangi. *Constitution et Droit Privé*. Paris: Ed. Economica, 1992.

⁵ A constitucionalização do Direito na Espanha vem ocorrendo após a promulgação da Constituição de 1978, que representou o fim da ditadura franquista e o reencontro daquele país com a democracia. Trata-se de uma Constituição social, com amplo elenco de direitos fundamentais que vêm sendo interpretados de forma ativa e extensiva pelo Tribunal Constitucional, de forma a permitir uma ampla influência do texto fundamental sobre todos os ramos do Direito. Veja-se, a propósito, Luis Prieto Sanchís. *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*. Madrid: Editorial Trotta, 2005.

⁶ Em Portugal, a constitucionalização do Direito ocorreu após a Constituição de 1976, editada ao fim da ditadura de Salazar/ Marcelo Caetano. Para este processo contribuíram decisivamente o caráter social e “dirigente” da Carta portuguesa, que é uma das poucas do mundo a prever expressamente a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais (art. 18.1), aliado ao amplo e complexo sistema português de jurisdição constitucional.

⁷ Ferdinand Lassale. *A Essência da Constituição*. Trad. Walter Stönnnes. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1985.

⁸ Não analisaremos aqui os problemas específicos que a constitucionalização pode gerar em cada área do Direito. Já discutimos, em outro estudo, as questões provocadas pela constitucionalização do Direito Privado (Daniel Sarmento. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 69-131.)

⁹ Daniel Sarmento. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*, *op.cit.*

¹⁰ Nos Estados Unidos, desde o início, prevaleceu a idéia de que a Constituição era norma jurídica, vinculante inclusive para o legislador, como se observa no Federalista nº 78, escrito por Hamilton, e, pouco depois, no julgamento do famoso caso *Marbury v. Madison*, em 1803, no qual pela primeira vez foi declarada inconstitucional naquele país uma lei federal. Veja-se, a propósito, Paul Brest, Sanford Levinson, Jack M. Balkin & Akhil Reed Amar. *Processes of Constitutional Decisionmaking: Cases and Materials*. New York: Aspen Publishers, 2000, p. 79-103.

¹¹ Cf. Eduardo Garcia de Enterría. *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*. 3ª ed., Madrid: Civitas, 1985, p. 41.

¹² Veja-se, a propósito, Gustavo Zagrebelsky. *Il Diritto Mite*. Torino: Einaudi, 1993, p. 57-96.

¹³ Cf. António Manuel Hespanha. *Panorama Histórico da Cultura Jurídica Européia*. Mira-Sintra: Publicações Europa-América, 1997, p. 171-172.

¹⁴ Cf. Franz Wieacker. *A História do Direito Privado Moderno*. Trad. António Manuel Hespanha. 2ª ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1980, 717.

¹⁵ Veja-se a propósito, Manoel Gonçalves Ferreira Filho. *Do Processo Legislativo*. 3ª ed., São Paulo: Editora Saraiva, 1995.

¹⁶ Cf. Natalino Irti. *L'Età della Decodificazione*. Milano: Giuffrè Editore, 1979.

¹⁷ Recorde-se, neste ponto, que o advento do nazismo na Alemanha decorreu da eleição de Hitler, e que o Parlamento alemão conferiu a ele em 1933, através do Ato de Habilitação, o poder para editar leis que podiam até alterar a Constituição de Weimar, então formalmente em vigor.

¹⁸ Veja-se Otto Bachof. *Jueces y Constitución*. Trad. Rodrigo Bercovitz Rodrigues Cano. Madrid: Civitas, 1987; e Celso Lafer. *A Reconstrução dos Direitos Humanos*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988. Para uma visão crítica em relação a este processo de valorização da justiça constitucional após o final do nazismo, confira-se Ingeborg Maus. “O Judiciário como Superego da Sociedade”. Trad. Martonio Lima e Paulo Albuquerque. In: *Novos Estudos CEBRAP*, nº 58, 2000, p. 183-202.

¹⁹ Cf. Luís Roberto Barroso. “Fundamentos Filosóficos e Teóricos do Novo Direito Constitucional Brasileiro”. In: *RDA* 225, 2001, p. 05-37.

²⁰ Cf. Jürgen Habermas. *A Inclusão do Outro*. Trad. George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Edições Loyola, 2002, p. 61-88; e John Rawls. *Liberalismo Político*. Trad. Sergio René Madero Baez. México: Fondo de Cultura Económica, 1995, p. 137-170.

²¹ Mauro Cappelletti. *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1992, p 11-12.

²²Cf. Herbert Hart. *O Conceito de Direito*. Trad. A. Riberio Mendes. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1996.

²³ Para uma ampla análise do Direito Comparado, veja-se Norman Dorsen, Michel Rosenfeld, Andrés Sajó & Susanne Baer. *Comparative Constitutionalism: Cases and Materials*. St. Paul: West Group, 2003, p. 99-211.

²⁴ Isto não significa, contudo, que apenas seja possível manter um sistema constitucional através da instituição do controle de constitucionalidade. Fatores culturais - como os ligados à valorização na sociedade dos princípios contidos na Constituição - podem ser até mais eficazes na proteção da Constituição do que instrumentos formais de jurisdição constitucional. Veja-se, no mesmo sentido, Dieter Grimm. "Constitutional Adjudication and Democracy". In: M. Andenas (Ed.). *Judicial Review in International Perspective: Liber Amicorum in Honour of Lord Slynn of Hadley*, The Hague, 2000, p. 108-109.

²⁵ Sobre o novo modelo social de constitucionalismo, veja-se Paulo Bonavides. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 6ª ed., São Paulo: Malheiros, 1996.

²⁶ Cf. Claus Wilhelm Canaris. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Trad. Paulo Motta Pinto e Ingo Wolfgang Sarlet. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 47-74; Konrad Hesse. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, p. 278-281; e David Capitant. *Lês Effets Juridiques des Droits Fondamentaux em Allemagne*. Paris: L.G.D.J., 2001, p. 238-292.

²⁷ Cf. Esta idéia vem sendo associada à noção do mínimo existencial. Veja-se, a propósito, John Rawls. *Liberalismo Político*. Trad. Sergio Rena Madero Báez. México: Fondo de Cultura Económica, 199s, p. 31-33; Ricardo Lobo Torres. "O Mínimo Existencial e os Direitos Fundamentais". In: *RDA 177*, 1989, p. 20-49, e Ana Paula de Barcellos. *O Mínimo Existencial e Algumas Fundamentações: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy*. In: Ricardo Lobo Torres (Org.). *Legitimação dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 11-50.

²⁸ Sobre a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, veja-se Daniel Sarmiento. "Dimensão Objetiva dos Direitos Fundamentais: Fragmentos de uma Teoria". In: Ricardo Lobo Torres e Celso Albuquerque Mello (Orgs.). *Arquivos de Direitos Humanos*, vol IV. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 63-102; Ingo Wolfgang Sarlet. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 5ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 156-165; José Carlos Vieira de Andrade. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 143-170.

²⁹ Excerto da decisão obtido em Donald P. Kommers *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*. Durham: Duke University Press, 1997, p. 363.

³⁰ Estes temas serão examinados mais à frente.

³¹ Cf. Thibaut de Berranger. *Constitutions Nationales et Construction Communautaire*. Paris: LGDJ, 2005; e Alec Stone Sweet. *Governing with Judges: Constitutional Politics in Europe*. Oxford: Oxford University Press, 2000, p. 153-193.

³² Este princípio foi afirmado pela primeira vez no caso *Van Gend & Loos v. Netherland Inland Revenue Service*, julgado pela Corte Européia de Justiça em 1962.

³³ Tal princípio foi reconhecido pela primeira vez pela Corte Européia de Justiça no caso *Flaminio Costa v. Enel*, julgado em 1964.

³⁴ Excertos das principais decisões da Corte Constitucional alemã sobre a questão encontram-se em Norman Dorsen, Michel Rosenfeld, Andrés Sajó & Susanne Baer. *Comparative Constitutionalism: Cases and Materials*, *op. cit.*, p. 47-66. Sobre o debate na Alemanha, veja-se Dieter Grimm “The European Court of Justice and National Courts: The German Perspective after the Maastricht Treaty”. In: *Columbia Journal of European Law* 229, 1997.

³⁵ Cf. Ami Barav. “Cour Constitutionnelle Italienne et Droit Communautaire: Le Fantôme de Simmenthal”. In: *Revue Trimestrielle de Droit Européen* 21, 1985, p. 313-341.

³⁶ Sobre o equacionamento do problema na França, veja-se Louis Favoreau & Lóic Philip. *Lês Grandes Decisions du Conséil Constitutionnel*. 10e. ed., Paris: Dalloz, p. 799-845.

³⁷ Cf. José Joaquim Gomes Canotilho. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p. 606-607.

³⁸ Sobre a filtragem constitucional, veja-se a obra monográfica de Paulo Ricardo Schier. *Filtragem Constitucional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

³⁹ Cf. Gustavo Tepedino. “Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil”. In: *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 01-22.

⁴⁰ Neste sentido, observou Konrad Hesse que a Constituição representa a “*ordem jurídico-fundamental da comunidade*” (“Concepto y Cualidad de la Constitución”). In: *Escritos de Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1992, p. 16).

⁴¹ Sobre as características gerais da Carta de 88, veja-se Luís Roberto Barroso. “Doze Anos da Constituição Brasileira de 1988”. In: *Temas de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 03-48.

⁴² Sobre a aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas no Brasil, veja-se Daniel Sarmento. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*, *op. cit.*; Wilson Steinmetz. *A Vinculação dos Particulares a Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004; e Virgílio Afonso da Silva. *A Constitucionalização do Direito: Os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2005.

⁴³ Cf. Confira-se, a propósito, Luís Werneck Viana, Maria Alice de Carvalho, Manuel Cunha Melo e Marcelo Bauman. *A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora Renan, 1999.

⁴⁴ Não se desconhece a profunda crise que o conceito de Constituição dirigente atravessa nos últimos anos, em razão de múltiplos fatores, como a crise do Estado Social, a globalização econômica e conseqüente erosão da soberania estatal, e a difusão do pensamento pós-moderno, caracterizado pelo ceticismo em relação às metanarrativas (Lyotard), tais como a embutida na idéia de direção e transformação da sociedade através da Constituição. Esta crise ficou muito evidenciada no Brasil depois que Canotilho, que, com sua tese de doutorado sobre o tema publicada em 1982, fora o principal responsável pelo aprofundamento e divulgação no Brasil do conceito de Constituição dirigente, concebido originalmente por Peter Lerche na Alemanha, mudou aparentemente de idéia, passando a defender um modelo mais modesto e procedimental de constitucionalismo, consentâneo com a sua aproximação às visões pós-modernas sobre o Direito. Contudo, independentemente das preferências intelectuais que se tenha, não há como fugir à constatação de que a Constituição brasileira é dirigente. Este é um registro de natureza descritiva e não prescritiva. Não se está neste momento afirmando que o constitucionalismo dirigente é bom ou ruim, eficiente ou ineficiente, mas apenas que a Carta de 88 é uma típica Constituição dirigente. Sobre o debate sobre a constituição dirigente e sua crise contemporânea há farta literatura. Veja-se, em especial, José Gomes Canotilho. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas*. 2ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2001, e “Rever ou Romper com a Constituição Dirigente: Em Defesa de um Constitucionalismo Moralmente Reflexivo” In: *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política* nº 15, 1996, p. 07-16; Gilberto Bercovici. “A Problemática da Constituição Dirigente: Algumas Considerações sobre o Caso Brasileiro”. In: *Revista de Informação Legislativa* nº 142, 1999; e Lênio Luiz Streck. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 95-146.

⁴⁵ Sobre a eficácia das normas programáticas, confira-se, na doutrina brasileira, José Afonso da Silva. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 1988, p. 135 ss., e Luís Roberto

Barroso. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*. 3ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 1996, p. 118 ss.

⁴⁶ Cf. Lênio Streck. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Uma Nova Crítica do Direito*, *op.cit.*, p. 147-196.

⁴⁷ Cf. Luís Roberto Barroso. “Doze anos da Constituição Brasileira de 1988...”, *op. cit.*, p. 11.

⁴⁸ Admitimos que esta é uma descrição simplificadora e quase caricatural do movimento do Direito Alternativo. Para uma análise mais detida, elaborada por um dos expoentes do movimento, veja-se Amilton Bueno de Carvalho. *Direito Alternativo na Jurisprudência*. São Paulo: Acadêmica, 2003.

⁴⁹ São emblemáticas, neste sentido, as obras de Luís Roberto Barroso. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*, *op. cit.*, e de 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: RT, 1995, p. 33-53.

⁵⁰ Para uma crítica instigante desta corrente, que teria pecado por privilegiar os elementos formais das normas constitucionais em detrimento de aspectos substanciais, veja-se Cláudio Pereira de Souza Neto. “Fundamentação e Normatividade dos Direitos Fundamentais: Uma Reconstrução Teórica à Luz do Princípio Democrático”. In: Luis Roberto Barroso (Org.). *A Nova Interpretação Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 327-378.

⁵¹ Veja-se, neste sentido, o verbete “constitucionalismo”, elaborado por Nicola Matteucci, In: Norberto Bobbio, Nicola Matteucci e Gianfranco Pasquino. *Dicionário de Política*. Vol I. 11ª ed., Tradução (Coordenação geral) João Ferreira. Brasília: Ed. UNB, 1998, p. 246-258.

⁵² Cf. Stephen Holmes. “El Precompromiso y la Paradoja de la Democracia”. In: Jon Elster e Rune Slagstad. *Constitucionalismo y Democracia*. Trad. Mónica Utrilla de Neira. Mexico: Fondo de Cultura Económica, 1999, p. 217-262; e Michel Rosenfeld. “The Rule of Law and the Legitimacy of Constitutional Democracy”. In: *Southern California Law Review* n° 74, 2001, p. 1307-1349.

⁵³ A busca da melhor fórmula de equacionamento desta tensão latente entre democracia e constitucionalismo é um tema central e recorrente na filosofia política e constitucional, desde os teóricos iluministas europeus, como Rousseau e Locke, passando pelos chamados *Founding Fathers* do direito constitucional norte-

americano (Hamilton, Madison, Thomas Jefferson, etc.), até chegar aos principais expoentes do debate contemporâneo, como Jürgen Habermas, Ronald Dworkin, John Rawls, Frank Michelman e Carlos Santiago Nino. Veja-se, na literatura mais recente, Jürgen Habermas. “O Estado Democrático de Direito – uma amarração paradoxal de princípios contraditórios?”. In: *Era das Transições*. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, p. 153-173; Ronald Dworkin. “The Moral Reading of the Majoritarian Premise”. In: *Freedom’s Law*. Cambridge: Harvard University Press, 1996, p. 2-38; John Rawls. *Liberalismo Político*, *op. cit.*, p. 204-242; Carlos Santiago Nino. *La Constitución de la Democracia Deliberativa*. Barcelona: GEDISA, 1996; e Frank Michelman. *Brennan and Democracy*. Princeton: Princeton University Press, 1999, p. 03-62. Na doutrina brasileira, vale destacar as recentes contribuições de Cláudio Ari Mello. *Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004; e Cláudio Pereira de Souza Neto. *Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

⁵⁴ Cf. Gustavo Binbenjón. *A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 48.

⁵⁵ Jon Elster. *Ulisses and Sirens*. Cambridge: Cambridge University Press, 1979.

⁵⁶ Bruce Ackerman. *We the People: Foundations*. Cambridge: The Belknap Press, 1991, p. 03-33..

⁵⁷ Cf. Jeremy Waldron. “Precommitment and Disagreement”. In: Larry Alexander (Ed.) *Constitutionalism: Philosophical Foundations*. New York: Cambridge University Press, 1998, p. 285; e. Juan Carlos Bayón. “Derechos, Democracia y Constitución”. In: Francisco J. Laporta (Ed.). *Constitución: Problemas Filosóficos*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, p. 410.

⁵⁸ Esta questão foi respondida negativamente, por exemplo, pelo artigo 28 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão da Constituição francesa de 1793, segundo o qual “um povo tem sempre o direito de rever, de reformar e de mudar a sua constituição. Uma geração não pode sujeitar às suas leis as gerações futuras”. Em linha semelhante, pensadores da estirpe de Thomas Paine e Thomas Jefferson, nos Estados Unidos, questionavam a possibilidade de vinculação das gerações futuras pelos desígnios dos seus antepassados, expressos numa constituição. Jefferson chegou a sugerir, durante os debates que precederam a promulgação da Constituição norte-americana, que ficasse determinado que a cada 19 anos uma nova convenção constituinte fosse realizada, o que evitaria o “governo dos mortos sobre os vivos”. Veja-se, a propósito, Oscar Vilhena Vieira. *A Constituição e sua Reserva de Justiça*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 66-68.

⁵⁹ Sobre a relação entre o problema da indeterminação lingüística e a discussão sobre a legitimidade da jurisdição constitucional, veja-se Cláudio Pereira de Souza Neto. *Jurisdição Constitucional, Democracia e Racionalidade Prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 106-130; e Gustavo Binbenjón. *A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 55-74.

⁶⁰ A expressão é de Alexander Bickel, numa obra clássica sobre o tema da legitimidade democrática do controle judicial de constitucionalidade das leis: *The Least Dangerous Branch*. 2ª ed., New Haven: Yale University Press, 1986.

⁶¹ “Los Derechos Fundamentales em el Estado Constitucional Democrático”. In: Miguel Carbonell (Ed.). *Neonconstitucionalismo (s)*, *op. cit.*, p. 38.

⁶² Benjamin Constant. “De la liberté des anciens comparée a celle des modernes”. In: *Écrits Politiques*. Paris, Gallimard, 1997.

⁶³ “Constituição e Democracia”. In MAUÉS, Antonio G. Moreira (Org). *Constituição e Democracia*. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 272.

⁶⁴ Registre-se, contudo, que hoje ganha corpo nos Estados Unidos um movimento conhecido como “populismo constitucional” que nega a legitimidade democrática da jurisdição constitucional, defendendo a idéia de que deve caber exclusivamente ao povo e aos seus representantes, e não a uma elite de sábios sentada na Suprema Corte, a definição sobre o conteúdo das cláusulas abertas da Constituição norte-americana. O curioso é que, nas últimas décadas, a oposição à jurisdição constitucional nos Estados Unidos partia, em regra, de juristas e pensadores conservadores, que discordavam da jurisprudência ativista em matéria de direitos fundamentais adotada sobretudo durante a Corte de Warren. Contudo, no cenário atual, com uma Suprema Corte conservadora, majoritariamente composta por juizes escolhidos pelo Partido Republicano, estes juristas que se opõem a *judicial review* situam-se no geral à esquerda do espectro político. É o caso de Mark Tushnet, o mais conhecido integrante do movimento do populismo constitucional, que possui uma destacada trajetória de esquerda, tendo sido no passado um dos nomes importantes do *Critical Legal Studies*. Para a defesa do populismo constitucional, veja-se Mark Tushnet. *Taking the Constitution Away from the Courts*. Princeton: Princeton University Press, 1999.

⁶⁵ Num interessante artigo sobre o poder de emenda à Constituição no Direito Comparado, Donald Lutz, a partir de ampla coleta de dados empíricos em dezenas de países e em todos os Estados norte-americanos, delineou as principais variáveis que influenciam na frequência das emendas constitucionais, e uma delas é a extensão do texto constitucional – quanto maior o texto, maior a frequência das emendas. Com base em diversos elementos, ele chegou a conclusão de que um índice saudável de emendas por ano seria algo próximo a 1,0, sendo que a média entre os países por ele estudados foi 1,48 (“Toward a Theory of Constitutional Amendment”. In: Sanford Levinson (Ed.). *Responding to Imperfection: The Theory and Practice of Constitutional Amendment*. Princeton: Princeton University Press, 1995, p. 237-274).

⁶⁶ Cf. Daniel Sarmiento. “Direito Adquirido, Emenda Constitucional, Democracia e Justiça Social”. In: José Adércio Leite Sampaio (Org.) *15 Anos da Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 352-380; e Oscar Vilhena Vieira, *op. cit.*

⁶⁷ Cf. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999; *Problemas de Direito Civil-Constitucional* (Coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 2000; e *Temas de Direito Civil*, v. II, Rio de Janeiro: Renovar, 2005. .

⁶⁸ Cf. “A Caminho de um Direito Civil-Constitucional”. In: *Revista de Direito Civil* nº 65, 1993, p. 21-32; e *Danos à Pessoa Humana: Uma Leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais*. Rio de Janeiro: renovar, 2003.

⁶⁹ Cf. *Teoria Crítica do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000; e *Repensando os Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo* (Coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

⁷⁰ Cumpre destacar que, no Brasil, os primeiros passos no reconhecimento da constitucionalização do Direito Civil devem ser creditados aos civilistas e não aos constitucionalistas, que só se interessaram pelo tema bem depois. Trata-se de um fenômeno incomum no Direito Comparado, em que, de um modo geral, os civilistas mantiveram-se refratários a uma influência maior da Constituição sobre os domínios da sua ciência, preocupados com a “colonização” da sua ciência secular pelo Direito Constitucional .

⁷¹ Cf. Gustavo Binbenjy. *Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

⁷² Veja-se, no particular, Daniel Sarmiento (Org.). *Interesses Públicos v. Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, que reúne artigos de Alexandre dos Santos Aragão, Daniel Sarmiento, Gustavo Binbenjy, Humberto Ávila e Paulo Ricardo Schier que rejeitam a existência do princípio em questão. Para uma visão distinta na doutrina contemporânea, veja-se Fábio Medina Osório. “Existe uma Supremacia do Interesse Públicos sobre o Interesse Privado no Direito Administrativo Brasileiro?”. In: *RDA* 220, 2000, p. 69-107.

⁷³ Cf, Paulo Otero. *Princípio da Legalidade e Administração Pública ...*(checar)

⁷⁴ Caso paradigmático ocorreu recentemente, quando o Conselho Nacional de Justiça editou resolução vedando o nepotismo no âmbito do Poder Judiciário. Muitos tribunais recusaram-se a cumprir a resolução, alegando violação a vários princípios constitucionais, dentre os quais o da legalidade. Porém, o STF,

apreciando o pedido de Medida Cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 14, ajuizada pela Associação dos Magistrados Brasileiros, suspendeu, por 10 votos a 1, as decisões dos tribunais contrárias à resolução impugnada, e um dos argumentos invocados pelo STF foi o de que o ato normativo questionado apenas explicitara e concretizara a proibição ao nepotismo, que já decorria de princípios constitucionais da Administração Pública como os da moralidade administrativa, da impessoalidade e da eficiência.

⁷⁵ A bibliografia sobre o tema é vastíssima, sobretudo no cenário norte-americano, em que o tema ocupa há décadas o centro do debate constitucional. No Brasil, até alguns anos atrás, praticamente toda a discussão sobre a jurisdição constitucional centrava-se em questões processuais. Contudo, nos últimos tempos, a matéria passou a merecer crescente atenção doutrinária e excelentes obras têm sido publicadas, defendendo pontos de vista bastante variados. Veja-se, dentre outras, Gustavo Binbenjimin. *A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira*, op.cit.; Cláudio Pereira de Souza Neto. *Jurisdição Constitucional, Democracia e Racionalidade Prática*, op. cit.; José Adércio Leite Sampaio. *A Constituição Reinventada pela Jurisdição Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004; Lênio Streck. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*, op. cit.; Álvaro Ricardo de Souza Cruz. *Jurisdição Constitucional Democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004; Bianca Stamato. *Jurisdição Constitucional*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005; e Cláudio Ari Mello. *Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais*, op. cit.

⁷⁶ Ronald Dworkin, conhecido defensor do ativismo jurisdicional para a defesa de direitos fundamentais, baseou a sua teoria da visão do juiz Hércules, que seria inteligente, sábio, conheceria as normas, fatos e precedentes e teria o tempo e as condições necessárias para encontrar a única resposta correta para cada caso constitucional difícil. Não é possível, nos limites deste trabalho, expor a sua sofisticada teoria sobre a jurisdição constitucional. Veja-se, a propósito, Ronald Dworkin. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1978, p. 81-148; *Law's Empire*. Cambridge: The Belknap Press, 1986, p. 355-399; e *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1996, p. 01-38.

⁷⁷ Ely é autor de um dos mais influentes estudos sobre a legitimidade da jurisdição constitucional nos Estados Unidos: *Democracy and Distrust*. Cambridge: Harvard University Press, 1980. Em síntese, ele rechaça a idéia de que no controle de constitucionalidade se devam proteger valores substantivos. Para Ely, só se justifica um maior ativismo judicial quando se tratar da tutela de valores procedimentais, relacionados ao processo democrático. Nesta linha, ele sustenta que os tribunais devem agir ativamente para proteger os direitos de minorias que não estejam bem representadas no espaço político-parlamentar, ou para salvaguardar direitos que sejam pressupostos para o bom funcionamento da democracia, como a liberdade de expressão, mantendo uma postura mais recatada nos outros casos.

⁷⁸ Tal como Ely, Jürgen Habermas posicionou-se contrariamente à visão do Judiciário como instância legítima para a afirmação de valores substantivos, tornando-se por isso um crítico feroz da jurisprudência constitucional alemã, com seu apelo freqüente à ordem de valores da Constituição. Ele também defende uma teoria procedimental da jurisdição constitucional, mas, na sua visão, os pressupostos para o funcionamento da democracia que justificariam uma postura mais ativa da justiça constitucional são bem mais amplos, envolvendo um sistema complexo de direitos fundamentais, em que há até espaço para direitos sociais básicos e direitos ambientais. A sua teoria é extremamente complexa, e não haveria como descrevê-la aqui. Veja-se, a propósito, Jürgen Habermas. *Direito e Democracia entre facticidade e validade*, vol. I. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 297-354.

⁷⁹ Neste sentido, veja-se Laurence H. Tribe. *Constitutional Choices*. Cambridge: Harvard University Press, 1985, p. 09-20.

⁸⁰ Esta questão será analisada no próximo item.

⁸¹ Veja-se, a propósito, Gustavo Binbenojm. *A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira, op.cit.*, p. 158-159.

⁸² Destaque-se, todavia, que este o nível de auto-contenção judicial não deve ser homogêneo para todas as questões. Entendemos que em matéria de afirmação de direitos fundamentais, por exemplo, justifica-se um ativismo muito maior do que quando se tratar do controle de políticas econômicas. Isto não só porque os direitos fundamentais são, por definição, proteções conferidas ao indivíduo inclusive contra a vontade das maiorias, como também porque a análise de políticas econômicas pressupõe o conhecimento e o manejo de dados e variáveis que escapam à formação profissional dos juizes, e que dificilmente poderão ser deslindados e equacionados adequadamente no âmbito de um processo judicial. Ademais, outra variável que nos parece importante na gradação do ativismo judicial na jurisdição constitucional deve ser o nível de legitimidade democrática do ato objeto do controle. O Judiciário deve ser, por exemplo, muito mais cauteloso no controle de uma lei aprovada por um plebiscito do que no de um ato normativo editado por um órgão tecnocrático, para ficarmos com exemplos extremos. Sobre auto-contenção judicial, veja-se Cláudio Ari Mello, *op. cit.*, p. 203-300.

⁸³ Cf. Robert Dahl. *Sobre a Democracia*. Trad. Beatriz Sidou. Brasília: Editora UNB, 2001, p. 74-81.

⁸⁴ John Rawls. *A Theory of Justice*. Cambridge: Harvard University Press, 1971, p. 43.

⁸⁵ Cf. Dieter Grimm. “Constitutional Adjudication and Democracy”, *op. cit.*, p. 116.

⁸⁶ Não examinamos, no presente estudo, o risco que uma constitucionalização desvirtuada do Direito poderia ensejar, ligado à possibilidade de restrições excessivas à liberdade individual, justificadas em nome de objetivos perfeccionistas extraídos da Lei Maior. Deste tema, que tem relação sobretudo com a constitucionalização do Direito Privado, cuidamos extensamente no nosso *Direitos Fundamentais e Relações Privadas, op. cit.* A solução que ali defendemos e continuamos a sustentar é a de que, como a autonomia privada e a liberdade são não só princípios constitucionais, mas valores morais da maior importância, eles terão de ser devidamente considerados e sopesados em qualquer caso de aplicação de normas constitucionais à conduta de particulares. Contudo, como os referidos princípios também estão inseridos na Constituição, não

se trata, propriamente, de limitar a constitucionalização do Direito em nome da autonomia individual, mas de dar o devido peso à liberdade pessoal no próprio processo de constitucionalização.

⁸⁷ Ernst-Wolfgang Böckenförde. *Le Droit, l'État et la Constitution Democratique*. Trad. Olivier Jouanjan. Paris: L.G.D.J., 2000, p. 245-252.

⁸⁸ Christian Starck. *La Constitution, Cadre et Mesure du Droit*. Paris: Ed. Econômica, 1994, p. 26-30.

⁸⁹ Em sentido contrário, Virgílio Afonso da Silva, apesar de defender uma teoria dos princípios como mandados de otimização, inspirada em Robert Alexy, que produz como consequência uma penetração mais ampla da Constituição no ordenamento jurídico, sustenta a concepção da “Constituição-moldura”. Para ele, a concepção da “Constituição-moldura” implica que nem tudo está definido pela Constituição, que “*não pretende ser o estatuto total da vida em sociedade ou o fundamento material de todo e qualquer ato estatal ou privado*” (*A Constitucionalização do Direito: Os direitos fundamentais nas relações entre particulares*, *op. cit.*, p. 126). Aparentemente, não há nenhuma discrepância entre a sua concepção, neste ponto, e a nossa. Apenas consideramos que a metáfora da moldura por ele empregada não captura bem a idéia de uma Constituição que penetra, e com profundidade, na ordem jurídica, mas não contém as respostas e soluções para todas as questões jurídicas.

⁹⁰ *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, *op. cit.*, p. 1192.

⁹¹ Cf. Daniel Sarmento. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 113-116; e Ana Paula de Barcellos. *Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 155.

⁹² Aqui, por honestidade intelectual, um breve *disclaimer* se faz necessário. Os positivistas tornaram-se o “saco de pancadas” do momento e algumas afirmações freqüentemente brandidas contra o positivismo devem ser contextualizadas. Uma delas é a de que o positivismo não trabalha com princípios e valores, mas apenas com regras. Contudo, parece procedente a crítica de Alfonso García Figueiroa, de que os não positivistas tendem a satanizar a visão positivista do Direito, “*mediante la imputación al positivismo de una concepción muy estrecha del derecho, que no deja lugar a estándares abiertos como los principios*” (*Principios y Positivismo Jurídico*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1998, p. 81). Na verdade, os autores positivistas mais importantes da atualidade, como Herbert Hart, Jules Coleman, Genaro Carrió e, no Brasil, Celso Antônio Bandeira de Mello, não abraçam as teses do formalismo jurídico, incompatíveis com a aplicação dos princípios. Se considerarmos, na linha de Robert Alexy, que a distinção capital entre teorias positivistas e não positivistas do Direito está na relação entre direito e moral – separação para os positivistas e vinculação para os não positivistas (“El problema del positivismo jurídico”. In: *El Concepto y la Validez del Derecho*. Trad. Jorge M. Sena. Barcelona: GEDISA, 1994, p. 13-14) - fica claro que o positivismo não formalista pode, sim, recorrer a princípios e valores, desde que estes não sejam externos a um dado ordenamento, mas possam ser dele extraídos. Todavia, o positivismo jurídico que deitou raízes no dia-a-dia

dos tribunais brasileiros não foi este positivismo mais sofisticado, e sim o formalismo jurídico, que, na prática, não empregava os princípios. Sobre as diferentes “versões” do positivismo jurídico, veja-se Norberto Bobbio. *O Positivismo Jurídico*. Trad. Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1995, pp. 131-238; e Noel Struchiner. “Algumas Proposições Fulcrais acerca do Direito: O Debate Jusnaturalismo vs. Juspositivismo”. In: Antônio Cavalcanti Maia, Carolina de Campos Melo, Gisele Cittadino e Thamy Progrebinschi (Orgs.). *Perspectivas Atuais da Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 399-415.

⁹³ *Taking Rights Seriously*, *op. cit.*, p. 14-45.

⁹⁴ *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 81-172.

⁹⁵ Veja-se, dentre outros, Humberto Ávila. *Teoria dos Princípios*. São Paulo: Malheiros, 2003; Ana Paula de Barcellos. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002; e Ruy Samuel Espíndola. *Conceito de Princípios Constitucionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

⁹⁶ Cf. Paulo Bonavides. *Direito Constitucional*. 8ª ed., São Paulo: Malheiros, 1999, p. 237; e Luís Roberto Barroso. “Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)”. In: Luís Roberto Barroso (Org.). *A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 01-48

⁹⁷ Sérgio Buarque de Holanda. *Raízes do Brasil*. 26ª ed., São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

⁹⁸ Sobre a influência do “jeitinho” na prática jurídica nacional, veja-se Keith Rosen. *O Jeito na Cultura Jurídica Brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

⁹⁹ Sobre o patrimonialismo no Brasil, veja-se Raimundo Faoro. *Os Donos do Poder* v. 2. 8ª ed., Rio de Janeiro: Globo, 1989, p. 729-750.

¹⁰⁰ Robert Alexy. *Teoria da Argumentação Jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson Schid Silva. Belo Horizonte: Lamy, 2005, p. 33-34.

¹⁰¹ Luis Recásens Siches. *Tratado General de Filosofía del Derecho*. México: Porrúa, 1959.

¹⁰² Ronald Dworkin. “Is There Really No Right Answers in Hard Cases?”. In: *A Matter of Principle*. Cambridge: Harvard University Press, 1985, p. 119-145.

¹⁰³ Há vasta bibliografia sobre a argumentação jurídica. Confira-se, a propósito, Robert Alexy. *Teoria da Argumentação Jurídica*, *op. cit.*; Manuel Atienza. *As Razões do Direito*. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Lany Editora, 2002; Neil MacCormick. *Legal Reasoning and Legal Theory*. Oxford: Clarendon Press, 1978; e Margarida Maria Lacombe Camargo. *Hermenêutica e Argumentação*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

¹⁰⁴ Cf. Chaïm Perelman. “La Motivacion des Décisions de Justice: Essai de Synthèse”. In: Chaïm Perelman et P. Foriers. *La Motivacion des Décisions de Justice*. Bruxelas: Émile Bruylant, 1978, p. 413-426.

¹⁰⁵ Sobre a importância das regras jurídicas, veja-se Frederick Schauer. *Playing by the Rules: A Philosophical Examination of Ruled-Based Decision-Making in Law and in Life*. Oxford: Clarendon Press, 1991; e Cass Sunstein. *Legal Reasoning and Political Conflict*. New York: Oxford University Press, 1996, p. 101-120.

¹⁰⁶ A respeito dos critérios clássicos para solução de antinomias, veja-se Norberto Bobbio. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 7ª ed. Trad. Maria Celeste Cordeiro. Brasília: Ed. UNB, 1996, p. 96 ss.

¹⁰⁷ Cf. Humberto Ávila. *Teoria dos Princípios*, *op. cit.*, p. 43-55; e Ana Paula de Barcellos. *Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional*, *op. cit.*, p. 201-234.

¹⁰⁸ Cf. Daniel Sarmiento. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*, *op. cit.*, p. 302-313; e Ana Paula de Barcellos. *Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional*, *op. cit.*, p. 159-294.

¹⁰⁹ Veja-se, sobre o tema, Celso Albuquerque Silva. *Decisões Vinculantes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005