

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS - UFAL
FACULDADE DE DIREITO DE ALAGOAS - FDA
MESTRADO EM DIREITO**

DANIELLE SALES ECHAIZ ESPINOZA

**Entre Substancialismo e Procedimentalismo: elementos para uma Teoria
Constitucional Brasileira Adequada à luz do paradigma
Neoconstitucionalista**

**Maceió
2008**

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS - UFAL
FACULDADE DE DIREITO DE ALAGOAS - FDA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO PÚBLICO - PPGD
MESTRADO EM DIREITO PÚBLICO**

DANIELLE SALES ECHAIZ ESPINOZA

**Entre Substancialismo e Procedimentalismo: elementos para uma Teoria
Constitucional Brasileira Adequada à luz do paradigma
Neoconstitucionalista**

Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado em
Direito Público da Universidade Federal de
Alagoas (UFAL), como requisito parcial para
obtenção do grau Mestre.

Orientadora: Profa. Dra. Maria da Graça Marques
Gurgel.

**Maceió
2008**

Catálogo na fonte
Universidade Federal de Alagoas
Biblioteca Central
Divisão de Tratamento Técnico

Bibliotecária Responsável: Helena Cristina Pimentel do Vale

- E18e Echaiz Espinoza, Danielle Sales.
Entre substancialismo e procedimentalismo : elementos para uma teoria constitucional brasileira adequada à luz do paradigma neoconstitucionalista / Danielle Sales Echaiz Espinoza. – Maceió, 2008.
171 f.
- Orientadora: Maria da Graça Marques Gurgel.
Dissertação (mestrado em Direito) – Universidade Federal de Alagoas. Faculdade de Direito de Alagoas. Maceió, 2008.
- Bibliografia: f. 163-171.
1. Direito constitucional – Substancialismo. 2. Direito constitucional – Procedimentalismo. 3. Neoconstitucionalismo. I. Título.

CDU: 342.1/.8

DANIELLE SALES ECHAIZ ESPINOZA

Entre substancialismo e procedimentalismo: elementos para uma teoria constitucional brasileira adequada à luz do paradigma neoconstitucionalista.

Dissertação apresentada ao curso de Mestrado em Direito Público da Universidade Federal de Alagoas, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre.

Orientadora: Profa. Dra. Maria da Graça Marques Gurgel

A Banca Examinadora composta de pelos professores abaixo, sob a presidência do primeiro, submeteu a candidata à defesa em nível de Mestrado e a julgou nos seguintes termos:

Prof. Dr. Andreas Joachim Krell

Julgamento: aprovada com distinção Assinatura: _____

Prof. Dr. Alberto Jorge de Barros Lima

Julgamento: aprovada com distinção Assinatura: _____

Prof. Dr. Ricardo Tenório

Julgamento: aprovada com distinção Assinatura: _____

Menção Geral: aprovada com distinção

Coordenador do Curso:

Dr. George Sarmiento Lins Júnior

Maceió, 28 de julho de 2008.



Ao meu Deus Paizinho, Mestre e Amigo:
por tudo o que és e por tudo o que tens
feito.

E às duas maravilhosas bênçãos que Dele
recebi, Fernando e Pedro Vítor: a vocês,
meus amores e minha torcida fiel, dedico
este trabalho e o meu melhor, sempre.

AGRADECIMENTOS

Poder registrar minha imensa gratidão a todos que, de uma forma ou de outra, colaboraram para a realização deste trabalho é, para mim, uma benção. Significa poder olhar para trás e saber que em momento algum estive sozinha nessa empreitada. Significa também reconhecer que sem a contribuição direta e indireta de muitas pessoas e instituições, esse projeto não teria se tornado realidade.

Nesse sentido, deixo os meus sinceros agradecimentos a todos os integrantes do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Alagoas, professores e funcionários, que se empenham diuturnamente para oferecer um curso de Mestrado acadêmico em um alto nível científico, marcado, sobretudo, pela diversidade intelectual e pela qualificação do seu corpo docente.

Agradeço à CAPES, pelo indispensável apoio financeiro concedido durante todo o tempo necessário à realização da pesquisa.

À Professora Dra. Maria da Graça Gurgel, sou imensamente grata pela valiosa contribuição. Contribuição esta que teve início ainda em sala de aula, enquanto suscitava e conduzia os debates acerca das transformações do Estado e do Direito na atualidade e que se estendeu durante todo o período de orientação dessa pesquisa, tendo se traduzido no modo diligente com que organizou os seminários mensais de orientação, dos quais sobrevieram questionamentos, observações e críticas que foram decisivas para o desenvolvimento deste trabalho.

Aos Professores Drs. Andreas Krell e George Sarmento, agradeço pelas sugestões e críticas percucientes feitas por ocasião da apresentação dos objetivos do trabalho na disciplina de Metodologia Científica.

Devo também um registro de agradecimento especial à Professora Dra. Olga Krell, pela temática trabalhada na disciplina de Sociologia Jurídica que influenciou diretamente algumas perspectivas assumidas neste trabalho e, ainda, por ter proporcionado a todos nós, seus alunos, preciosos momentos de reflexão (seguidos dos acalorados debates característicos de suas aulas) acerca dos problemas sócio-jurídicos presentes na realidade brasileira.

Ao Professor Dr. Marcos Bernardes de Mello, cujo exemplo de dedicação ao magistério, de profundo conhecimento jurídico e, principalmente, de simplicidade ficará para sempre gravado em meu espírito.

Cumpro mencionar e agradecer também a colaboração do Professor Ms. Agassiz Almeida Filho, da Universidade Estadual da Paraíba, pela bibliografia disponibilizada, pelas palavras de incentivo e pelas sugestões acolhidas quanto à limitação do objeto desta pesquisa.

À Giovanna Codá dos Santos, secretária da Pós-graduação, agradeço especialmente pela gentileza com sempre atendeu as nossas solicitações, pelo empenho em responder e resolver prontamente qualquer tipo de dúvidas ou pendências relativas à situação dos mestrandos e, principalmente, pelo exemplo de competência, seriedade e dedicação que todo funcionalismo público deste país deveria seguir.

Aos colegas de turma, pela constante troca de experiências e idéias, pelo companheirismo sempre presente no compartilhar de bibliografia e de informações indispensáveis para o bom êxito acadêmico de todos. Em especial a Ana Luísa e Lilian, obrigada por sua sincera amizade.

Aos meus queridos pais, Selma e Onofre, que apesar da distância não deixaram de me encorajar, não tenho palavras para agradecer todo o esforço despendido para me

oferecer as melhores oportunidades.

Aos amigos e irmãos em Cristo, Márcia, Alice, pr. Juthay que sempre me apoiaram e me incentivaram nos momentos mais difíceis, devo-lhes minha gratidão e meu amor. Sem vocês, a caminhada da vida seria dura demais.

A Fernando, meu amado esposo, para quem palavras de agradecimento não é o bastante para expressar tudo o que sinto, simplesmente reafirmo o meu amor (hoje mais forte) e toda minha admiração e a Pedro Vítor, nosso pequeno príncipe, por suas orações incessantes, feitas todos os dias em prol do término deste trabalho e pelos seus infinitos beijos e abraços que contribuíam para diminuir a angústia em meus momentos de ausência.

Finalmente, de forma destacada e incomparável, registro minha eterna gratidão a Deus, Pai de Nosso Senhor Jesus Cristo, a quem eu devo simplesmente tudo. Obrigada, Paizinho querido, pelo amor incondicional, pela amizade de todas as horas, pelo sustento e consolo constantes. Tu bem sabes que sem Ti, eu não teria chegado até aqui.

A Constituição é mais do que nunca a arma dos juristas da liberdade. Ela é a Revolução Francesa inspiradora de cada povo da periferia na orla do Terceiro Mundo.

Paulo Bonavides*

* BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p.5.

ECHAIZ ESPINOZA, Danielle Sales. Entre Substancialismo e Procedimentalismo: elementos para uma Teoria Constitucional Brasileira Adequada à luz do paradigma Neoconstitucionalista. 2008, 171 ps. Dissertação. Mestrado em Direito. Universidade Federal de Alagoas.

RESUMO

A dissertação tem como objetivo analisar os pressupostos do debate travado no âmbito da teoria constitucional brasileira entre as correntes do substancialismo e do procedimentalismo, freqüentemente antepostas na doutrina constitucionalista brasileira como visões antagônicas do fenômeno constitucional. A análise tem como pano de fundo os aportes teóricos, filosóficos e metodológicos do neoconstitucionalismo, os quais apontam para a complementaridade entre uma dimensão substancialista e outra procedimentalista das constituições no contexto do Estado Constitucional Democrático contemporâneo, cujo equilíbrio específico entre ambas dependerá da situação institucional e sócio-política vigente em cada país. O trabalho enfrenta, assim, algumas questões relativas aos elementos universais e contingenciais presentes em teoria constitucional e conclui pela incongruência de uma teoria constitucional geral com pretensa validade em contextos sócio-políticos diversos e pela necessidade de elaboração de uma teoria da Constituição adequada às particularidades da realidade brasileira. Refuta, dessa forma, a unilateralidade das teses procedimentalistas e substancialistas e, em seguida, partindo de postulados neoconstitucionalistas, desenvolve os elementos que compõem a dimensão substancial e procedimental da Constituição sem, contudo, dissociá-las. A presente investigação procura ainda confrontar e delimitar os elementos integrantes de ambas as dimensões constitucionais em face do modelo constitucional brasileiro e das necessidades reais de organização jurídico-política e social presentes em nossa realidade. Conclui, assim, que a elaboração de uma teoria constitucional brasileira adequada não poderá dispensar a necessária integração entre a dimensão substancialista da Constituição de 1988, que implica, dentre outros aspectos, a validade da tese da constituição dirigente aliada à teoria dos princípios e à dogmática dos espaços de livre atuação legislativa, e a dimensão procedimentalista, que alcança a exigência de implementação dos procedimentos democráticos que viabilizem o desenvolvimento da cidadania ativa, inclusive no âmbito das atividades do Estado Social e da jurisdição constitucional.

Palavras-Chaves: 1. Direito Constitucional – Substancialismo. 2. Direito Constitucional – Procedimentalismo. 3. Neoconstitucionalismo

ECHAIZ ESPINOZA, Danielle Sales. Parmi Substantielisme et Procédurisme: éléments pour une théorie constitutionnelle brésilien approprié à la lumière du paradigme Neoconstitucionaliste. 2008, 171 pages. Mémoire. Master Recherche en Droit. Universidade Federal de Alagoas.

RÉSUMÉ

La recherche a comme objectif analyser les hypothèses du débat freiné dans le contexte de la théorie constitutionnelle brésilienne entre les chaînes du substantielisme et de le procédurisme, souvent préposées dans la doctrine constitutionnaliste brésilienne comme deux visions antagoniques du phénomène constitutionnel. L'analyse utilise les accostes théoriques, philosophiques et méthodologiques de le neoconstitucionalisme, qui indiquent pour la complémentarité entre une dimension substantiel et autre procédural des constitutions dans le contexte de l'État Constitutionnel Démocratique contemporain, dont l'équilibre spécifique entre toutes les deux dépendra de la situation institutionnelle, sociale et politique spécifique en vigueur dans chaque pays. Le travail affronte, ainsi, quelques questions relatives aux éléments universels et contingents présentes dans théorie constitutionnelle et conclut par l'incongruité d'une théorie constitutionnelle générale avec prétension de validité dans des contextes sociales et politiques divers et par la nécessité d'élaboration d'une théorie de la Constitution appropriée aux particularités de la réalité brésilienne. Il réfute, de cette forme, l'unilateralité de la thèse procédural ou substantiel et, ensuite, en partant de postulats neoconstitucionalistes, il développe les éléments qui composent les dimensions substantiel et procédural de la Constitution sans, néanmoins, les dissocier. La dissertation cherche encore à confronter et à délimiter les éléments intégrants des les deux dimensions constitutionnelles en raison du modèle constitutionnel brésilien et des nécessités réelles d'organisation juridique, politique et sociale cadeaux dans notre réalité. Il conclut, ainsi, que l'élaboration d'une théorie constitutionnelle brésilienne ajustée ne pourra pas dispenser la nécessaire intégration entre la dimension substantiel de la Constitution de 1988, qui implique, parmi autres aspects, la validité de la thèse de la constitution dirigeante alliée à la théorie des principes et à la dogmatique des espaces de libre performance législative, et la dimension procédural, qui atteint l'exigence de mise en oeuvre des procédures démocratiques ils que viabilisent le développement de la citoyenneté active, de même dans le contexte des activités de l'État Social et de la juridiction constitutionnelle.

Mots clés: 1. Droit Constitutionnel – Substantielisme. 2. Droit Constitutionnel – Procédurisme. 3. Neoconstitucionalisme .

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
CAPÍTULO I – A TEORIA CONSTITUCIONAL ENTRE UNIVERSALISMOS E CONTINGÊNCIAS HISTÓRICAS	
1.1. Considerações preliminares	16
1.2. Teoria constitucional: delimitações e funções	20
1.3. O “núcleo universal” do constitucionalismo	26
1.4. Idealismo e realismo constitucional: a influência dos modelos políticos econômicos na teoria constitucional	29
1.5. Das teorias formais às teorias procedimentais	35
1.6. A problemática jurídico-constitucional dos países periféricos	41
1.7. O neoconstitucionalismo: alternativas à teoria constitucional em tempos de pós-modernidade periférica	45
CAPÍTULO II – A DIMENSÃO SUBSTANCIALISTA DA CONSTITUIÇÃO	
2.1. Substancialismo <i>versus</i> procedimentalismo: os termos da dicotomia	53
2.2. A Constituição como ordem jurídica fundamental nas sociedades pluralistas	58
2.3. A “ordem objetiva de valores” e seus problemas	62
2.4. Funções e Estrutura das Constituições nos Estados Constitucionais Democráticos ..	72
2.5. Dirigismo constitucional: desafios à noção de Constituição Aberta	75
2.6. Os espaços de livre atuação do legislador no modelo integrado de ordenação quadro e ordenação fundamental	78
2.7. O <i>déficit</i> democrático da legitimação material da Jurisdição Constitucional	83
CAPÍTULO III – A DIMENSÃO PROCEDIMENTALISTA DA CONSTITUIÇÃO	
3.1. A Constituição enquanto processo e a exigência dos procedimentos democráticos ...	87
3.2. Democracia e Estado Social sob a perspectiva do <i>status activus processualis</i> de Peter Häberle	89
3.3. A importância dos procedimentos argumentativos no Estado Constitucional Democrático	94
3.4. A proposta de argumentação jurídica racional de Robert Alexy	98
3.4.1. A possibilidade de justificação racional dos juízos morais	101
3.4.2. O discurso jurídico como caso especial do discurso prático geral	104
3.4.3. A argumentação jusfundamental	109
3.4.4. Principais Críticas	113
3.5. A legitimação procedimental da Jurisdição Constitucional: a “Jurisdição Constitucional Aberta”	120

CAPÍTULO IV – A TEORIA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA: DA DICOTOMIA À COMPLEMENTARIDADE

4.1. A integração das dimensões substancialista e procedimentalista na Constituição Federal de 1988	124
4.2. O <i>déficit</i> substancial e procedimental na realidade jurídico-constitucional brasileira	131
4.3. Os reflexos da cultura jurídica brasileira na práxis jurisdicional: entre formalismos e casuísmos	139
4.3.1. A necessidade de “abertura” da jurisdição constitucional	140
4.3.2. O papel da teoria da argumentação jurídica em países periféricos	144
4.4. Para além do Direito e da Democracia no Brasil: a espera de um sentimento constitucional	151
CONCLUSÃO	157
REFERÊNCIAS	163

INTRODUÇÃO

Há algum tempo constitucionalistas brasileiros têm defendido a tese de uma teoria constitucional adequada à nossa realidade jurídico-política e social. A idéia de que uma teoria da Constituição deve ter como ponto de partida o próprio texto constitucional com seus princípios e valores construídos a partir de um contexto comunitário histórico-cultural, não significa desconsiderar certo núcleo básico teórico legado pelo constitucionalismo ocidental – qual seja a defesa dos direitos fundamentais e do regime democrático – mas consiste sim em reafirmar de que forma deverá se dar, respeitando as especificidades de cada comunidade política, o equilíbrio entre esses dois pilares constitucionais.

A preocupação desses juristas na elaboração de uma teoria adequada se deve, em parte, a uma discussão sempre presente na evolução da teoria constitucional: o debate sobre qual deve ser o papel desempenhado por uma Constituição que, no passado, resultou na dicotomia teoria formal *versus* teoria material e, atualmente, revisitada com novos aportes teóricos, apresenta-se sob a contraposição entre teorias processuais (ou procedimentais) e teorias substancialistas. Na doutrina constitucionalista brasileira, a discussão se apresenta sob a forma do (tão repercutido) embate entre as correntes do “procedimentalismo” e do “substancialismo”.

Em que pese a diversidade das propostas teóricas, afirma-se que aquelas denominadas de procedimentalistas têm em comum o fato de conceberem a Constituição como resultado de um procedimento superior qualificado formalmente, cujo papel consiste em estabelecer as múltiplas formas procedimentais de auto-regulação social, pelo que se designa à jurisdição constitucional um papel de garantidora de tais procedimentos democráticos. As correntes substancialistas por sua vez, compreendem a Constituição como uma ordem de valores comunitários que direcionam todo o agir dos poderes públicos e também dos particulares e, em caso de violação ou omissão dos preceitos constitucionais, defende-se que a atividade da jurisdição constitucional seja eminentemente concretizadora dos mesmos. A tese da teoria constitucional adequada aos países periféricos, para alguns de seus defensores, passa justamente por uma necessária tomada de posição em prol do “substancialismo”.

Contudo, entendemos que a opção por uma das dimensões constitucionais, a

procedimental ou a substancial, de forma alguma poderá construir realmente uma teoria adequada à realidade dos países periféricos.

Primeiro, porque contradiz a própria fórmula conciliatória concreta do Estado Democrático de Direito constante nos textos constitucionais que prima pelo equilíbrio entre os direitos fundamentais e democracia. Segundo, porque a realidade mesma desses países, em especial daqueles da América Latina, denuncia um *déficit*, não apenas de realização dos direitos constitucionais básicos, mas também de implantação de uma cultura efetivamente democrática, constantemente fragilizada por conta dos tradicionais desmandos políticos autoritários e da arraigada cultura da primazia das relações pessoais na região.

O confronto entre teorias processuais e substanciais não pode, em nosso entender, ser analisado estritamente sob a ótica jurídica, como se a questão pudesse ser dirimida neutra e distantemente de uma opção política e econômica concreta. Isso implica admitir certa ideologia condutora determinante da postura teórica adotada.

Na verdade, o que se percebe é que o predomínio (ou ampla aceitação) de uma ou outra teoria (teoria processual ou substancial) esteve (e está) diretamente associado, como suporte ideológico, ao modelo político, jurídico e econômico em hegemonia numa determinada época, podendo-se afirmar que as teorias formais prevaleceram no Estado de Direito Legal (Estado Liberal) e as materiais tiveram seu auge na vigência do Estado de Direito Constitucional (Estado Social e Democrático).

Atualmente, na era da globalização econômica, do Estado Mínimo (Neoliberal) e da fragmentação do Estado Constitucional Nacional, as teorias procedimentais avançam conquistando espaços e adeptos sob as mais diversas justificativas.

Algumas das razões alegadas para a substituição do modelo de Constituição dirigente e de todas as suas implicações (como a jurisdição constitucional interventiva, ativismo judicial e judicialização da política), decorrem da sua inviabilidade prática no contexto de complexidade das relações sociais, do crescente pluralismo axiológico e ideológico, da autonomia dos sistemas sociais, da pulverização do poderio político e econômico entre as grandes corporações transnacionais com o conseqüente enfraquecimento do Estado e da Constituição para regular exhaustivamente uma realidade tão dinâmica.

Nesse contexto (e diga-se, que é predominantemente, o contexto dos países centrais), pode até ser que as teses exclusivamente procedimentalistas correspondam de forma eficaz às necessidades regulatórias de determinados grupos de países que já

atingiram um grau de desenvolvimento social satisfatório para a grande parte da população, onde as riquezas se encontram equitativamente distribuídas e onde (não se pode olvidar) existe uma experiência democrática institucionalizada.

Entretanto, a universalização das correntes procedimentalistas em detrimento das substancialistas, pode revelar uma postura eurocêntrica e imperialista quando estendida a países possuidores de uma grande massa de miseráveis conduzidos por governos populistas de viés autoritário. Nesse outro contexto, uma tal teoria não tem, por si só, nenhuma operacionalidade emancipatória.

É óbvio que não se pode negar os efeitos do fenômeno da globalização também nas sociedades periféricas, porém, e notadamente por causa da realidade de exclusão gerada pelos processos econômicos e políticos atuais, é que será preciso repensar alternativas que afastem a irreversibilidade e universalidades dos projetos modernos e pós-modernos ocidentais. E a teoria constitucional adequada à realidade periférica, pode se tornar mais um instrumental (frise-se mais um, porque o direito não pode ser entendido como a solução para todas as patologias sociais) em defesa da emancipação do povo latino-americano, especialmente o brasileiro.

Destarte, o que se intentará no presente estudo será a defesa de uma teoria constitucional adequada que seja capaz de integrar uma visão procedimentalista e substancialista da Constituição de maneira que, atendendo às exigências conciliatórias do Estado Democrático de Direito, também corresponda às necessidades reais da organização política nos países periféricos, mormente a brasileira.

Nesse sentido, buscaremos os fundamentos para tal teoria no paradigma neoconstitucionalista, que vem sendo desenvolvido especialmente pela doutrina constitucionalista espanhola, italiana e latino-americana, tendo por base o novo modelo de ordem constitucional instaurado nesses países e em outros da Europa Ocidental, como Portugal e Alemanha, a partir da segunda metade do século passado.

O neoconstitucionalismo pode ser analisado, consoante uma divisão já assente na doutrina, sob três aspectos: como uma ideologia jurídico-política, como uma teoria ou ainda como uma metodologia. Desenvolvendo-se conjuntamente esses três aspectos, identificamos a convergência dos postulados neoconstitucionalistas para a complementaridade entre uma dimensão substancialista e outra procedimentalista da constituição, cuja forma específica de integração dependerá das particularidades do contexto institucional e social vigente em cada país.

Dividimos o nosso estudo em quatro capítulos, sendo que a formulação dos

tópicos se deu de forma a desenvolver os dois aspectos essenciais na discussão entre substancialismo e procedimentalismo, quais sejam, 1) a concepção do que vem a ser uma constituição e o papel que ela exerce numa comunidade política e 2) a extensão e os limites da atuação da jurisdição constitucional. Por isso que, embora reconhecendo no próprio trabalho uma maior amplitude temática concernente à teoria da constituição, a nossa abordagem se concentrará no desenvolvimento desses dois temas fulcrais (e daqueles que venham decorrer deles diretamente), presentes no debate entre as teses em questão.

Assim, no capítulo I, discutimos as impropriedades de uma teoria constitucional geral em face das diversas contingências constatadas tanto na forma e conteúdo da posituação dos preceitos constitucionais como na realidade sócio-política em que se situam os países periféricos, ressaltando, porém, o que pode ser compreendido e preservado como núcleo básico universal do constitucionalismo no Ocidente.

Fizemos também a análise de algumas propostas procedimentalistas, contrastando seus pressupostos com as particularidades sociais e políticas desses países e avaliamos como os seus efeitos, em caso de aplicação no contexto de pós-modernidade periférica, poderiam vir a acentuar os problemas de inefetividade constitucional.

Apontamos ainda o paradigma neoconstitucionalista como um marco teórico, ideológico e metodológico, do qual se deve partir para a elaboração de uma teoria constitucional brasileira adequada que, em alguma medida, ofereça instrumentos eficazes para operacionalizar o potencial emancipatório dos textos constitucionais.

No capítulo II, procuramos inicialmente fixar os principais pontos de divergência entre as correntes intituladas de “substancialistas” e aquelas designadas de “procedimentalistas”, de forma a salientar suas insuficiências em face da estrutura e das funções das constituições no modelo do Estado Constitucional Democrático.

Desenvolvemos neste capítulo, os elementos que irão delinear uma dimensão substancialista da constituição, abordando alguns dos temas mais discutidos que envolvem essa concepção, como a constituição enquanto unidade política e enquanto ordem de valores, nas sociedades atualmente pluralistas e fragmentárias.

Relacionamos ainda os elementos apontados com a necessária intermediação dos procedimentos democráticos, indispensáveis para a realização da ordem constitucional “substancial”. Nesse sentido, analisamos também os argumentos trazidos pela defesa da legitimidade democrática material da jurisdição constitucional e apontamos o seu *déficit*.

No capítulo III, buscamos delimitar os integrantes da dimensão procedimentalista da constituição tendo por base, sobretudo, as premissas fixadas no capítulo anterior.

Ressaltamos a necessidade da observância dos procedimentos constitucionais e da implantação de outros mecanismos de caráter procedimental no âmbito da tomada de decisões públicas para a efetivação do regime democrático. A democratização política envolverá o alargamento dos espaços públicos de discussão, especialmente na configuração infraconstitucional do Estado Social e também no âmbito da justiça constitucional, cuja atuação se reputará procedimentalmente legítima quando for implementada sua “abertura” democrática.

No capítulo IV, procuramos identificar ambas as dimensões constitucionais no contexto institucional vigente no Brasil, com o objetivo de defender uma teoria constitucional adequada que permita equacionar as dimensões procedimentais e substanciais da Constituição de 1988, vistas, possivelmente por conta do debate entre procedimentalismo e substancialismo, como antagônicas. Será ressaltado ainda o grande descompasso existente entre a realidade constitucional positivada e as práticas político-jurídicas brasileiras, no sentido de reivindicar a necessidade de adoção de uma teoria constitucional adequada capaz de atenuar os efeitos do constitucionalismo simbólico, mas, ao mesmo tempo, com a finalidade de advertir acerca de suas limitações no complexo cenário sócio-político e cultural vigente no país.

O método de abordagem da nossa pesquisa é o método crítico próprio da filosofia crítica dusseliana que busca um caminho reflexivo de desconstrução do pensamento dominante para a transformação da realidade estudada. Contudo, assumimos a advertência de índole hermenêutica de que toda crítica é limitada, assim como todo conhecimento.

Portanto, da mesma forma que não é possível o conhecimento total também não é possível realizar uma crítica total e estamos cômnicos de que, por mais que a finalidade do método seja o alcance da emancipação humana, o teórico não poderá se desvencilhar por completo da sua “pertença” a uma tradição. Fica, então, o alerta de Paul Ricoeur de que toda crítica também é uma tradição - a tradição da emancipação.

CAPÍTULO I - A TEORIA CONSTITUCIONAL ENTRE UNIVERSALISMOS E CONTINGÊNCIAS HISTÓRICAS

1.1. Considerações preliminares

A tentativa de elaboração de uma teoria constitucional adequada que vem sendo defendida na doutrina brasileira assenta-se em dois pressupostos. O primeiro deles é o de que toda teorização deve ser feita levando em conta a constituição positiva com seus princípios explícitos e implícitos¹.

O segundo aspecto diz respeito a uma tomada de consciência crítica frente as promessas do constitucionalismo ocidental e a distante realidade social dos países periféricos como o Brasil. Nesse sentido, a defesa de uma teoria constitucional adequada, justifica-se, sobretudo, no esforço de viabilizar o potencial transformador do direito contemporâneo plasmado na fórmula político-jurídica do Estado Democrático de Direito².

Esses dois referenciais, a Constituição histórica vigente e a postura crítica frente às tentativas teóricas de implementação do minimalismo constitucional³, que também são assumidos em nosso trabalho, conduzem-nos ao enfrentamento de algumas questões iniciais que servirão de ponto de partida para nossa análise temática.

Primeiramente, cumpre tecermos algumas considerações de como estaremos tratando a tensão entre a universalidade do fenômeno constitucional e as mutações histórico-contingenciais das experiências constitucionalistas, as quais por sua vez poderão ensejar soluções teóricas e institucionais diversas dos modelos clássicos.

Em verdade, essa é uma questão que nos remete a uma discussão recorrente em

1 BERCOVICI, Gilberto. A Constituição de 1988 e a Teoria da Constituição. In: **Constituição Federal: 15 anos** - mutação e evolução. Orgs. TAVARES, André Ramos *et al.* Rio de Janeiro: Método, 2003, p. 10.

2 STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 7.

3 Expressão utilizada por Cláudio Ari para referir-se ao papel designado à Constituição na época em que predominou o paradigma positivista no direito, tratava-se de uma concepção estritamente formal que reduzia o seu campo funcional à regulação dos processos de produção de normas e ao estabelecimento de competências para o exercício do poder político. MELLO, Cláudio Ari. **Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 25 e ss. No texto, empregamos o mesmo sentido da expressão conferido pelo autor, mas já a aplicando às teorias procedimentais mais recentes que, como veremos mais adiante, configuram também um verdadeiro minimalismo constitucional, na contramão do paradigma neoconstitucionalista.

Teoria do Direito: se o fenômeno jurídico deve ser compreendido como realidade universal e permanente para todos os povos e marcos epocais ou como fenômeno construído a partir de determinadas necessidades histórico-culturais⁴. Sem, contudo, nos enveredarmos pelo amplo debate entre universalismo e relativismo ou entre essência e existência no âmbito do Direito, a análise sobre a validade ou não de uma teoria constitucional geral ou a necessidade de adequação teórica a um contexto jurídico-político específico, partirá, neste estudo, de uma compreensão histórica do Direito no sentido proposto por Almeida Filho, que por sua vez, acosta-se nas lições de Arthur Kaufmann.

A historicidade do fenômeno jurídico consiste em que o Direito é visto como fato cultural que tanto “permanece e se acumula no decorrer do processo histórico”⁵, como sofre variações advindas da experiência cultural de cada sociedade⁶. Os elementos tradição e mudança, em princípio contraditórios, convivem dialeticamente na configuração e compreensão do jurídico.

Continuidade e mutabilidade, como integrantes da dinâmica cultural do direito, representam, ao mesmo tempo, a presença de certos elementos permanentes - e, por isso, universalizáveis do fenômeno jurídico - e a necessidade de constante adaptação das instituições (e teorias) às transformações inerentes à vivência em sociedade.

O modelo constitucional de organização política é um exemplo típico dessa duplicidade histórica do direito. Em um primeiro aspecto, porque o próprio conteúdo das constituições oscila entre a proclamação de postulados e direitos universais e a defesa de certas conquistas particulares decorrentes da trajetória cultural de cada povo.

Em outro aspecto, também se demonstra a relação entre continuidade e contingências constitucionais. Pode-se falar em continuidade constitucional no sentido de permanência de um determinado modelo de organização estatal no tempo, propriamente a partir do constitucionalismo do século XVIII⁷, e no espaço, como modelo que conforma a maioria dos Estados existentes na atualidade⁸.

Por outro lado, será forçoso reconhecer que variações histórico-concretas foram

4 ALMEIDA FILHO, Agassiz. Constituição e Passado Constitucional: Rupturas ou continuidade dos paradigmas liberais? In: **Constitucionalismo e Estado**. Orgs. ALMEIDA FILHO, Agassiz e PINTO FILHO, Francisco Bilac Moreira. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 7.

5 ALMEIDA FILHO, Agassiz. Op. cit., p. 8.

6 ALMEIDA FILHO, Agassiz. Op. cit., p. 8.

7 SALDANHA, Nelson. **Formação da Teoria Constitucional**. 2 ed., atual. e ampliada. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 9.

8 MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 57.

capazes de interferir na configuração dos diversos modelos constitucionais, como, apenas citando os clássicos, o modelo inglês, o norte-americano e o francês⁹.

Da mesma forma, esses condicionamentos foram decisivos na elaboração do conteúdo de preceitos constitucionais específicos¹⁰ e na priorização dos bens, valores, direitos e interesses a serem alçados à proteção constitucional em determinada época, dando origem aos diversos tipos de constitucionalismo, como o liberal, o social (e também o socialista) e o social-democrata¹¹.

Compreender o fenômeno constitucional como experiência jurídico-política que, em alguns aspectos, mantém sua permanência como modelo de organização social e em outros, encontra-se em constante processo de transformação devido às exigências da evolução cultural de cada tempo e de cada povo, resulta, desde já, para o nosso trabalho, no questionamento da validade de uma teoria constitucional geral com pressupostos universalizantes que desconsiderem as particularidades de cada realidade constitucional.

Um questionamento que, também em razão dessa concepção histórica do direito, terá seus limites no reconhecimento de certas continuidades no pensamento constitucional, o que, para alguns juristas brasileiros, tem sido designado de “núcleo universal básico do constitucionalismo”¹².

Partindo dessas considerações, podemos afirmar que o estudo da teoria constitucional contemporânea e até mesmo sua reformulação face aos desafios da atual conjectura sócio-política e econômica mundial, não poderá dispensar a experiência histórica do constitucionalismo, suas continuidades e rupturas, sua universalidade e

9 SALDANHA, Nelson. Op. cit., p. 49 e ss.

10 Como salienta Jorge Miranda que “a situação político-constitucional há de ser variável consoante se viva em país com certa tradição cultural ou com outra, com certa concepção das relações entre o Estado e a sociedade ou com outra, em economia de mercado ou de direção central, num país agrícola ou num país industrializado, com certa composição de classes sociais ou com composição completamente diversa. E tão pouco podem obliterar-se os fatores derivados das relações internacionais.” MIRANDA, Jorge. Op. cit., p. 70.

11 Constitucionalismo “socialista” refere-se ao modelo constitucional soviético, no qual, segundo Jorge Miranda (p. 111), se incluem os países de orientação política marxista-leninista e que atualmente subsiste na China, Coréia do Norte, Vietnã, Laos e em Cuba. Também não se pode olvidar dos regimes constitucionais vigentes nos países da África e da Ásia, cuja situação sócio-cultural e política, em que pese as devidas exceções, contrastam em muito com as fases pelas quais ultrapassou o constitucionalismo ocidental, citadas no texto. Cf. MIRANDA, Jorge. Op. cit., p. 135.

12 STRECK, Lenio Luiz. A permanência do caráter compromissário (e dirigente) da constituição brasileira e o papel da jurisdição constitucional: uma abordagem à luz da hermenêutica filosófica. **Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos**, n. 39, 2003, p. 90, cf. do mesmo autor, A concretização de direitos e a validade da tese da Constituição Dirigente em países de modernidade tardia. In: **Diálogos Constitucionais: Brasil/Portugal**. Orgs. ÂVELAS NUNES, António José e MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 332 e MELLO, Claudio Ari. **Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 122.

contingências, sua permanência como “como mensagem jurídico-política que deita raízes num passado objeto de constante atualização, sensível aos sinais de identidade lançados pelo presente a partir de sua complexa mutabilidade”¹³.

Apontar quais seriam os elementos permanentes no pensamento constitucional que nos permita falar em universalidade básica do constitucionalismo ocidental e qual seria a relação entre tais postulados e as constituições históricas, é, portanto, um dos objetivos desse capítulo.

Outra questão inicial a que também nos conduzem os pressupostos da análise de uma teoria constitucional adequada referidos anteriormente, diz respeito a compreensão que se tem do direito contemporâneo como instrumento de transformação da realidade social. Essa é uma idéia que deve ser entendida em seus termos.

Afirmar o potencial transformador que o direito assume na atualidade não implica assinar a tese ingênua de que o arsenal jurídico vigente pode por si só operar as mudanças sociais, mas sim compreender a Constituição como “elemento conformado e conformador de relações sociais”¹⁴ que tanto reflete condicionamentos culturais vigentes, como expressa um projeto prospectivo de princípios jurídicos básicos que deverão moldar tais relações e que por isso mesmo “pode ser agente ora de conservação, ora de transformação”¹⁵.

Significa ainda reconhecer que, nos Estados Democráticos de Direito, a própria Constituição é dotada de ferramentas ou institutos que visam garantir sua realização prática e, por conseguinte, a concretização dos seus ideais emancipatórios¹⁶. Mais do que ordenação de condutas ou regulamentação de políticas de bem estar social, o direito contemporâneo, direciona-se também, à implementação efetiva da constitucionalidade vigente, o que poderá repercutir em mudanças na realidade social que dela se distancia¹⁷.

O contraste, porém, entre o modelo textual previsto na Constituição Federal de 1998, a realidade social e a prática político-jurídica predominante, que tem minado a potencialidade transformadora dos ideais constitucionais em nosso país, fundamenta a postura crítica¹⁸ condutora da defesa de uma teoria constitucional adequada ao contexto

13 ALMEIDA FILHO, Agassiz. ALMEIDA FILHO, Agassiz. Constituição e Passado Constitucional: Rupturas ou continuidade dos paradigmas liberais? In: **Constitucionalismo e Estado**. Orgs. ALMEIDA FILHO, Agassiz e PINTO FILHO, Francisco Bilac Moreira. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 7.

14 MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 352.

15 MIRANDA, Jorge. Op. cit., p. 352.

16 STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 2.

17 STRECK, Lenio Luiz. Op. cit., p. 7.

18 Apesar dos diversos sentidos que se possa atribuir à palavra, neste trabalho entendemos por crítica, nos

brasileiro.

É uma postura que se dirige a questionar propostas teóricas que contribuam para a utilização do direito como instrumento de manutenção das relações desiguais e injustas bem como a buscar a formulação de um aparato teórico que, fundamentado na Constituição vigente, viabilize a cumprimento do papel emancipatório do direito¹⁹.

Por isso, a nossa investigação será direcionada a uma compreensão crítica das realidades abrangentes e subjacentes do fenômeno constitucional. Nesse sentido, procuraremos situar o estudo da teoria constitucional, num amplo contexto concreto situacional não apenas no qual se insere o aparato jurídico, mas também o político, o societal, o econômico e o filosófico.

Bem é certo que tal empreitada não poderia se realizar no presente estudo com afincamento por conta da vastidão temática que inviabilizaria a delimitação científica. Daí porque a incursão nesses aspectos será apenas na medida em que se tornam imprescindíveis à defesa de uma teoria constitucional adequada à realidade brasileira, nos termos delimitados neste trabalho.

1.2. Teoria Constitucional: delimitações e funções

A expressão teoria constitucional, consoante as lições de Nelson Saldanha, abrange dois aspectos. Em sentido amplo, compreende o pensamento jurídico-político e filosófico, desenvolvido propriamente no contexto do Estado Constitucional²⁰, que girou em torno da “idéia de constituição, e sobre supostos, tipos, aspectos ou efeitos desta

termos de Antonio Wolkmer, o pensamento reflexivo “que se torna instrumental operante adequado ao esclarecimento, resistência e emancipação”. WOLKMER, Antonio Carlos. A Função da Crítica no Redimensionamento da Filosofia Jurídica Atual. *Revista Crítica Jurídica*, n. 22, jul/dez, 2003, p. 176.

19 As duas facetas do fenômeno jurídico, enquanto dominação e emancipação, serão tomadas neste trabalho de forma dialética, como nos termos de Ferraz Jr.: “o direito, assim, de um lado, nos protege do poder arbitrário, exercido à margem de toda regulamentação, nos salva da maioria caótica e do tirano ditatorial, dá a todos oportunidades iguais e, ao mesmo tempo, ampara os desfavorecidos. Por outro lado, é também um instrumento manipulável que frustra as aspirações dos menos privilegiados e permite o uso de técnicas de controle e dominação[...]”. FERRAZ JR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão e dominação**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 1994, p. 31.

20 Estado Constitucional é usado pelo autor, em sentido clássico, como o modelo de Estado estabelecido por uma lei fundamental, ou seja, por uma Constituição, e que acabou por se confundir com Estado de Direito (SALDANHA, Nelson. **Formação da Teoria Constitucional**. 2 ed., atual. e ampliada. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 3). Recentemente, o termo tem adquirido uma reformulação semântica, sendo utilizado inclusive em oposição a Estado de Direito, caracterizando a primazia da constitucionalidade sobre a legalidade. Consultar LUÑO, Antonio-Enrique Perez. **La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002, p. 61.

idéia”²¹.

Embora somente tenha alcançado estruturação plena no marco institucional do Estado de Direito, o pensamento constitucional faz parte de um longo processo de maturação histórica, de experiências e especulações teóricas acerca dos limites a serem impostos ao poder político²². Por isso mesmo, o autor reconhece que a teoria constitucional encontra suas raízes nas “antecipações” do pensamento clássico da Antiguidade (como nas experiências grega e romana) e da época medieval (período renascentista, e primórdios do debate liberal)²³.

Toda essa afluência histórica na formação da teoria constitucional, faz com que se possa concebê-la, nessa acepção ampla, como “ideologia, pretensão revolucionária e filosofia política”²⁴ que, ao longo do tempo, foi evoluindo como “tema e esquema de indagações sistemáticas”²⁵, passando a apresentar feições jurídicas mais concretas e técnicas como ocorreu com o surgimento da Teoria da Constituição, a partir do final do século XIX. Teoria da Constituição, portanto, é a teoria constitucional em sentido estrito²⁶.

As observações de Nelson Saldanha acerca da abrangência do termo teoria constitucional têm fundamental importância para o esclarecimento da relação entre os dois aspectos integrantes do constitucionalismo, a permanência e a mutabilidade. Será possível, então, identificar, como faremos adiante, certos elementos constantes do pensamento constitucional (*lato sensu*) – como a limitação do poder político e a proteção dos direitos fundamentais – que configurariam a continuidade histórica e a universalidade da teoria constitucional.

Já no sentido mais estrito, a teoria da constituição representaria o concreto, o contingente, que apenas pode ser plenamente formulada em face de uma constituição histórica e positiva²⁷. Os problemas propostos à teoria constitucional na atualidade

21 SALDANHA, Nelson. Op. cit., p. 3.

22 SALDANHA, Nelson. Op. cit., p. 2.

23 SALDANHA, Nelson. Op. cit., p. 3.

24 SALDANHA, Nelson. Op. cit., p. 2. Posição semelhante, com algumas matizações, tem Canotilho, ao diferenciar a Teoria da Constituição “como inovação do nosso século” da filosofia do constitucionalismo “desenvolvida por homens como Locke, Rousseau, Montesquieu e Tocqueville”. CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1335.

25 SALDANHA, Nelson. Op. cit., p. 2.

26 SALDANHA, Nelson. Op. cit., p. 2.

27 Contudo, esses dois aspectos não se encontram estanques, separados, já que a formulação de determinada teoria da constituição certamente sofrerá os influxos do pensamento constitucional predominante, ambos integram, assim, a concepção de teoria constitucional adotada neste estudo.

requerem, cada vez mais, respostas adequadas a um determinado modelo de constituição vigente. O que se propunha a teoria constitucional clássica do final do século XIX até as duas primeiras décadas do século passado, não é o mesmo que se exige da teoria constitucional contemporânea.

Para compreender melhor essa exigência, faz-se necessário tecermos alguns comentários acerca do incremento ou ampliação das funções de uma teoria constitucional.

Coube à teoria, inicialmente, a tarefa de elaborar, no plano abstrato, um conceito de constituição. Bem assim o demonstra a célebre indagação de Lassalle- “que é constituição?” - em sua conferência de Berlim em 1862, que tinha como propósito, além de refutar as teses jurídico-formalistas da época, determinar a essência de toda e qualquer constituição²⁸. Para o autor, tal essência somente poderia ser encontrada na força ativa e informadora capaz de obrigar definitivamente toda a produção legislativa, qual seja, a soma dos fatores reais de poder existentes em uma sociedade²⁹.

As concepções positivistas como a de Jellinek, entendendo a constituição como o “conjunto de princípios jurídicos que definem os órgãos supremos do Estado, sua criação, suas relações mútuas, determinam o âmbito de sua atuação e a situação de cada um deles em relação ao poder do Estado”³⁰, ou a de Kelsen para quem a constituição representa a norma jurídica de mais alto escalão no ordenamento jurídico “cuja função essencial consiste em regular os órgãos e os procedimentos da produção jurídica geral”³¹, também revelam de forma clara a tentativa de se estabelecer um conceito de constituição.

Da mesma forma foram as demais propostas, como a teoria da constituição de Carl Schmitt, preocupada em demonstrar que o cerne de uma constituição consiste numa decisão política fundamental sobre a forma e unidade de um povo³².

Em Herman Heller, a constituição como organização do Estado, ou seja, como

28 LASSALLE, Ferdinand. **Qué es una Constitución?**. Barcelona: Editorial Ariel, 1994, p. 79. Em suas palavras, “No basta formular la *materia concreta* de una Constitución, la da Prussia o la que sea, para dar por contestada la pregunta que yo formulo: donde reside la esencia, el concepto de una Constitución, cualquiera que sea ella?” p. 79, grifo do autor.

29 LASSALLE, Ferdinand. Op. cit., p. 92.

30 BERCOVICI, Gilberto. A Constituição Dirigente e a Crise da Teoria da Constituição. In: **Teoria da Constituição**: estudos sobre o lugar da política no direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 84.

31 KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 3 ed revista da tradução de J CRETELLA JR R AGNES CRETELLA. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 103.

32 COMPARATO, Fábio Konder. A legitimidade das constituições. In: **Constituição e Democracia**. Estudos em homenagem ao Prof. J.J. Canotilho. Orgs. BONAVIDES, Paulo *et al.* São Paulo: Malheiros, 2006, p. 61.

“ação concreta de dar forma à cooperação dos indivíduos e grupos que participam no todo, mediante a supra-, sub- e co-ordenação dos mesmos”³³, é uma constituição real que todo e qualquer país possui³⁴. Destaca-se ainda na conceituação do autor a diferença entre constituição política (definida acima) e constituição organizada ou escrita, esta como conteúdo parcial daquela que abrange tanto a constituição normada (jurídica ou extra jurídica - moral, costume urbanidade, etc.), como a não normada (usos e tradições de uma comunidade)³⁵.

Essa breve exposição de alguns conceitos propostos pela teoria constitucional clássica (séculos XIX e XX), que obviamente não teve a pretensão de explorar as concepções de cada autor, serve para ratificar a afirmação feita acima de que no início do desenvolvimento da teoria da constituição a preocupação básica era a de elaborar um conceito do que se entende por constituição³⁶. O que pretendemos frisar nessa análise é a evolução verificada na doutrina constitucionalista acerca das tarefas propostas a uma teoria constitucional atualmente.

Assim, para Jorge Miranda, além da elaboração e aprofundamento de seu conceito, a teorização da constituição deverá propor a “equacionamento de questões fundamentais da dogmática constitucional”³⁷.

Para Konder Comparato, questão nuclear da teoria da constituição reside na busca por um fundamento de legitimidade das constituições que permita fornecer critérios para se distinguir entre as boas e as más constituições³⁸.

Já em Lenio Streck, a teoria da Constituição deverá se ocupar também com o papel a ser desempenhado pela jurisdição constitucional³⁹.

Friedrich Müller enfatiza que a função da teoria constitucional é exatamente empreender esforços para “compreender a constituição como um todo, para mostrar os

33 HELLER, Herman. **Teoria do Estado**. Trad. Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968, p. 295.

34 HELLER, Herman. Op. cit., p. 295.

35 HELLER, Herman. Op. cit., p. 296 e ss.

36 Não se desconhece que também fossem tratadas nessas teorias questões a respeito das mudanças no texto da constituição, conforme salienta Paulo Bonavides (BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 171), contudo, o próprio impulso para problematizar a teorização da constituição, foi a busca pelo seu conceito.

37 MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 340.

38 COMPARATO, Fábio Konder. Op. cit., p. 47.

39 STRECK, Lenio. A concretização de direitos e a validade da tese da constituição dirigente em países de modernidade tardia. In: **Diálogos Constitucionais: Brasil/Portugal**. Orgs. AVELÃS NUNES, António José e MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 302.

princípios de seu conteúdo dogmático e de sua concretização prática”⁴⁰.

Gomes Canotilho afirma que a teoria da constituição, como teoria científica, deve procurar “descrever, explicar e refutar os fundamentos, idéias, postulados, construção, estruturas e métodos (dogmática) do direito constitucional”⁴¹. Ressalta também três outras funções da teoria constitucional: 1) a função de crítica, tanto das soluções incorporadas ao texto constitucional, como das propostas para sua modificação; 2) a função heurística, ou seja, de descoberta das decisões, princípios, regras e alternativas acolhidas pelos diversos modelos constitucionais e a 3) função de orientação das pré-compreensões do intérprete das normas constitucionais, contribuindo para atenuar a influência de sua subjetividade comprometedora dos princípios do estado de Direito Democrático⁴².

Acrescenta ainda Gilberto Bercovici que, com a implementação dos tribunais europeus após a segunda metade do século XX, a teoria da constituição “passou a enfatizar muito mais a hermenêutica e o papel dos princípios constitucionais.”⁴³

Observa-se, assim, que à teoria constitucional se impõem um elenco de funções bem mais amplo do que as questões perseguidas pelas teorias clássicas. Requer-se, antes de tudo, que a teoria constitucional seja capaz de responder a problemas práticos de dogmática constitucional, da tipologia das normas constitucionais, de interpretação, de concretização da constituição e de legitimidade da jurisdição constitucional, pelo que se poderia afirmar, com Konrad Hesse, que o sentido do que venha a ser uma constituição somente pode “ser compreendido desde a tarefa e a função da constituição na realidade da vida histórico-concreta.”⁴⁴

O primeiro ponto a considerar com respeito a validade da tese de um teoria constitucional geral é justamente o conflito entre a universalidade pretendida e as funções prático-concretas a ser desempenhada pela teoria constitucional que exigem uma indissociável conexão com uma determinada realidade constitucional.

Especialmente no direito constitucional, um dos ramos mais propensos a sofrer os efeitos dos condicionamentos circuncidantes (fatores sociais, políticos, religiosos,

40 No prefácio de **Teoria da Constituição**: estudos sobre o lugar da política no direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, xi.

41 CANOTILHO, J.J.Gomes. **Direito constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1334.

42 CANOTILHO, J.J. Gomes. Op. cit., p. 1334 e 1335.

43 BERCOVICI, Gilberto. Op. cit., p. 112.

44 HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federativa da Alemanha**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 29.

culturais, econômicos)⁴⁵, deve-se analisar com desconfiança uma teoria que pretenda generalizar-se para além do ambiente cultural em que foi gerada.

É preciso atentar para o alerta de Jorge de Miranda de que “muitos esquemas constitucionais, perfeitos em certo Estado, ao serem transplantados para outro Estado, revelam-se profundamente inadequados, por o novo meio social e cultural não estar preparado para os receber e exigir soluções bastantes diversas.”⁴⁶.

Impende considerar, por outro lado, que a problemática da conceituação da constituição permanece nos dias atuais. Porém, o incremento das funções as quais deve responder uma teoria constitucional demonstra que essa deverá ser uma tarefa a ser realizada dialeticamente com a constituição histórica.

A nosso ver, essa problemática pode ser esclarecida com o recurso à tensão entre o que Carlos Nino designou de constituição ideal e constituição real⁴⁷. A primeira advém da herança jurídico-cultural constitucionalista, como a proteção dos direitos fundamentais e a defesa do regime democrático, a segunda refere-se a constituição histórica, positiva, existente numa determinada organização política⁴⁸. Segundo o autor, haverá uma dialética entre o aspecto ideal da constituição e o aspecto real, que permite legitimar a “prática constitucional atual sempre que ela seja compatível com os ideais constitucionais e possa potencialmente alcançar um maior grau de satisfação daqueles ideais no futuro”⁴⁹.

Esta pode ser uma diferenciação importante por permitir manter o ideal emancipatório do constitucionalismo a que nos referimos, principalmente, como instrumento de crítica dos modelos constitucionais existentes, pois é inegável a constatação de que muitas constituições serviram (e servem) “para dar um véu de legalidade a um poder arbitrário.”⁵⁰

Se resulta inapropriado falar em teoria constitucional geral face as suas atribuições enquanto teoria científica, nada obsta a que o conceito, em nível abstrato, de constituição tenha como referência um núcleo universal do constitucionalismo. Em que medida podemos falar de um tal núcleo, faz-se necessária uma breve análise da própria

45 MIRANDA, Jorge. Op. cit., p. 69.

46 MIRANDA, Jorge. Op. cit., p. 69.

47 NINO, Carlos Santiago. **La democracia deliberativa**. Barcelona: Editorial Gedisa, 2003, p. 62.

48 NINO, Carlos Santiago. Op. cit., p. 26.

49 NINO, Carlos Santiago. Op. cit., p. 62.

50 BOLZAN DE MORAIS, José Luiz Constituição ou barbárie: perspectivas constitucionais. In: **A Constituição Concretizada**. Org. SARLET, Ingo Wolfgang. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 13.

evolução do constitucionalismo.

1.3. O “núcleo universal” do constitucionalismo

Quando falamos de continuidade em teoria constitucional, estamos nos referindo a certas idéias e concepções que, apesar de terem sido reformuladas, adaptadas em certos contextos e até abandonadas em determinadas épocas, ainda permanecem como elementos configuradores da identidade do constitucionalismo ocidental⁵¹.

É possível falar em um verdadeiro “legado” do pensamento constitucional moderno-iluminista que chega aos nossos dias como exigência de limitação do poder político e proteção das liberdades individuais, e que se manifesta tanto em nível teórico, em sede de teoria constitucional, como no plano prático, o de vigência nos sistemas jurídico-constitucionais do mundo ocidental e ocidentalizado⁵².

Como observa Almeida Filho, a “técnica de limitação de poder com fins garantísticos passa a integrar o patrimônio jurídico-político dos povos e se projeta no mundo ocidental com base na universalidade típica do racionalismo antropológico”⁵³.

Além desses postulados do liberalismo político que, embora sofrendo as matizações decorrentes do desenvolvimento do constitucionalismo nas fases do Estado Social e do Estado Democrático de Direito, ainda integram o pensamento constitucional contemporâneo, há que se mencionar um outro aspecto que também já estava presente no cerne do movimento constitucionalista revolucionário do século XVIII: a democracia⁵⁴.

A idéia de que o povo (ou a nação) passava a ser titular supremo do poder político, que teve suas raízes nas teorias contratualistas, representava o modelo político coerente que permitia, a um só tempo conjugar os postulados da limitação do poder estatal

51 Em que pese as ambigüidades do termo “constitucionalismo” (ver NINO, Carlos Santiago. Op. cit., p. 16. e COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: um análise metateórica. **Revista Isonomia**, n. 16, Abril 2002, p. 90-93), utilizamos em seu sentido doutrinário mais comum, como movimento político jurídico e ideologia “dirigida a limitação do poder e defesa de uma esfera de liberdades naturais ou de direitos”. COMANDUCCI, Paolo. Op. cit., p. 96. Cf. também GARCÍA, Pedro de Vega. Mundialização e Direito Constitucional: A crise do princípio democrático no constitucionalismo atual. In: **Constitucionalismo e Estado**. Orgs. ALMEIDA FILHO, Agassiz e PINTO FILHO, Francisco Bilac Moreira. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 487 e ss.

52 SALDANHA, Nelson. **Formação da Teoria Constitucional**. 2 ed., atual. e ampliada. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 9-10.

53 ALMEIDA FILHO, Agassiz. Constituição e Passado Constitucional: Rupturas ou continuidade dos paradigmas liberais? In: **Constitucionalismo e Estado**. Orgs. ALMEIDA FILHO, Agassiz e PINTO FILHO, Francisco Bilac Moreira. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 6.

54 SALDANHA, Nelson. Op. cit., p. 22.

e da defesa da liberdade. Por isso, afirma-se que o ideal do constitucionalismo clássico consistiu tanto na implementação do princípio liberal como do princípio democrático⁵⁵.

É preciso, ressaltar, porém, que o ideário constitucionalista, consagrado nesses princípios, nem sempre foi predominante nas concepções ocidentais, tendo sido fortemente contestado, por exemplo, pela doutrina do romantismo político do século XIX, que apregoava, ao contrário do credo liberal, a preservação das tradições e a valorização do espírito coletivo e social⁵⁶. Como se sabe, em certos cenários políticos a doutrina do romantismo contribuiu para a formação dos regimes nacionalistas e totalitários, que acabaram por rejeitar as idéias clássicas proveniente do constitucionalismo.

Apesar das descontinuidades históricas, o que se verificou após a segunda metade do século XX, especialmente na Europa ocidental, foi um movimento de retorno aos postulados constitucionais da democracia e da proteção dos direitos fundamentais.

A queda dos regimes autoritários na Alemanha e Itália, e mais tarde, na década de 70, em Portugal, Espanha e Grécia, o desaparecimento dos regimes comunistas da Europa oriental, nas décadas 80 e 90, bem como o fim das ditaduras militares latino-americanas, na década de 80 e do regime de partido único nos países africanos, proporcionaram o ambiente favorável à implantação generalizada do Estado Democrático de Direito nessas regiões⁵⁷. O regime democrático consolidava-se, assim, como uma das “conquistas civilizatórias” próprias do constitucionalismo do mundo ocidental e ocidentalizado. Da mesma forma, pode-se considerar a exigência de proteção e efetivação dos direitos fundamentais.

Contudo, em razão das diversas transformações pelas quais passaram os sistemas constitucionais ao longo da evolução político-jurídica ocidental, a exigência de garantia de direitos como um dos ideais do constitucionalismo clássico passa a ser concebida, atualmente, não apenas com defesa de liberdades individuais, mas como exigência dos direitos fundamentais como um todo, em todas as categorias ou dimensões já consolidadas no Estado Democrático de Direito⁵⁸.

55 GARCÍA, Pedro de Vega. Mundialização e Direito Constitucional: A crise do princípio democrático no constitucionalismo atual. In: **Constitucionalismo e Estado**. Orgs. ALMEIDA FILHO, Agassiz e PINTO FILHO, Francisco Bilac Moreira. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 493.

56 SALDANHA, Nelson. Op. cit., p. 96-98.

57 MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 90.

58 STRECK, Lenio Luiz. A concretização de direitos e a validade da tese da constituição dirigente em países de modernidade tardia. In: **Diálogos Constitucionais: Brasil/Portugal**. Orgs. AVELÃS NUNES, António José e MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 332 e MELLO, Claudio Ari. **Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria

Nesse sentido, então, podemos falar numa identidade conceitual, consubstanciada na dúplici garantia do regime democrático e dos direitos fundamentais, que conforma “um núcleo básico geral-universal”⁵⁹ do constitucionalismo no Ocidente.

A conseqüência dessas considerações para o nosso estudo implica o reconhecimento dos aspectos universais presentes na teoria constitucional que correspondem aos postulados do constitucionalismo ocidental.

A universalidade assumida relaciona-se com a idéia de que a teoria constitucional, em seu sentido amplo, é pensamento jurídico-político que mantém certa continuidade histórica. Porém, em um sentido mais técnico, que pode ser atribuído à Teoria da Constituição, a formulação teórico-constitucional estará sempre diante de um modelo concreto específico e da forma com que este modelo concebeu a relação entre os elementos básicos defendidos pelo ideal do constitucionalismo, ou seja, entre democracia e direitos fundamentais⁶⁰.

Assim, a necessidade de que “se entenda a teoria da constituição, enquanto teoria que resguarde as especificidades histórico-factuais de cada Estado Nacional”⁶¹, torna apropriado admitir a possibilidade de existência, não apenas de uma, mas de várias teorias constitucionais, inseridas na situação histórico-concreta de cada país⁶².

Por outro lado, o núcleo universal do constitucionalismo, além de permanecer como integrante do pensamento constitucional contemporâneo, podendo influenciar diretamente as concepções teóricas acerca da constituição, exerce uma função de instância crítica de diversos regimes políticos e propostas teóricas que adotam a forma da constituição, mas não os princípios constitucionalistas, produzindo o que Pedro da Vega chamou de substituição da ideologia do constitucionalismo, pela ideologia da Constituição⁶³.

A primeira, segundo o autor, está informada pelos critérios legitimadores da

do Advogado, 2004, p. 119.

59 STRECK, Lenio Luiz. A permanência do caráter compromissário (e dirigente) da constituição brasileira e o papel da jurisdição constitucional: uma abordagem à luz da hermenêutica filosófica. **Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos**, n. 39, 2003, p. 90.

60 STRECK, Lenio Luiz. A concretização de direitos e a validade da tese da constituição dirigente em países de modernidade tardia. In: **Diálogos Constitucionais: Brasil/Portugal**. Orgs. AVELÃS NUNES, António José e MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 332.

61 STRECK, Lenio Luiz. Op. cit., p. 332.

62 MELLO, Claudio Ari. Op. cit., p. 121.

63 GARCÍA, Pedro de Vega. Mundialização e Direito Constitucional: A crise do princípio democrático no constitucionalismo atual. In: **Constitucionalismo e Estado**. Orgs. ALMEIDA FILHO, Agassiz e PINTO FILHO, Francisco Bilac Moreira. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 489.

democracia e dos direitos fundamentais, como já salientamos, a segunda, por sua vez, baseia-se apenas na generalização da constituição como “instrumento de governo”, destinado a estabelecer competência e procedimentos para o exercício do poder político⁶⁴. Neste último sentido, a constituição é concebida “como um grande programa político de liberdade” em que o princípio liberal consiste no único critério legitimador da vida pública.

A transição da ideologia do constitucionalismo para a ideologia da constituição como tendência teórica verificada no discurso constitucional contemporâneo está diretamente relacionada, de acordo com Pedro da Vega, com a atual conjuntura política e econômica mundial.

A ideologia da constituição, embalada pelo processo de mundialização econômica, consiste num reducionismo dos princípios constitucionalistas delineados acima, que afeta não apenas a fragmentação da proteção constitucional dos direitos fundamentais sociais (em ambientes que eles ainda nem chegaram a se efetivar) por conta da primazia exacerbada das liberdades individuais, como também atinge o próprio princípio democrático, na medida em que oculta a existência de “verdadeiros fatores reais de poder”, (como o do mercado e das grandes corporações multinacionais) que permanecem imunes ao controle político⁶⁵.

Tais observações corroboram com o que dissemos anteriormente acerca da necessidade de situar o estudo da teoria constitucional num contexto mais amplo que o jurídico. Nesse aspecto, faz-se necessário relacionarmos o debate entre teoria processual e teoria material da constituição com determinados modelos políticos econômicos predominantes em determinada época, ressaltando, especialmente, as conseqüências que o modelo vigente na atualidade traz para a realização dos postulados constitucionais nas sociedades periféricas.

1.4. Idealismo e realismo constitucional: a influência dos modelos político-econômicos na teoria constitucional

Se é possível admitir a continuidade histórica de certos elementos configuradores do núcleo do constitucionalismo no Ocidente que repercute ainda tanto no plano do discurso constitucional como no âmbito das previsões normativo-textuais de modelos

64 GARCÍA, Pedro de Vega. Op. cit., p. 501.

65 GARCÍA, Pedro de Vega. Op. cit., p. 501-503.

constitucionais vigentes, a análise dos contextos histórico-concretos de implementação dos ideais constitucionalistas demonstrará, porém, um flagrante distanciamento entre o seu discurso emancipador e a prática político-constitucional.

Segundo Almeida Filho, a discrepância entre o ideal e a realidade constitucional, deve-se, sobretudo, à inversão na dinâmica de regulação das relações sociais: enquanto o constitucionalismo requer a conformação dos fenômenos político e econômico, ou seja, a “inclusão dessas realidades na linha de alcance da normatividade constitucional”⁶⁶, na prática, tanto o político como o econômico podem neutralizar a efetivação dos postulados constitucionalistas, substituindo a legitimidade e racionalidade do discurso constitucional, respectivamente, pela lógica política e econômica. Os critérios legitimadores das práticas jurídico-constitucionais, embora se considerem imprescindíveis no plano discursivo e textual, são efetivamente substituídos por parâmetros políticos e econômicos.

Um dos efeitos dessa instrumentalização ideológica⁶⁷ das finalidades constitucionais é o de transformar importantes mecanismos em prol da democracia e da emancipação das sociedades em simples adornos dos textos constitucionais que, na acepção de Martônio Mont'Alverne, convertem o discurso constitucional em mero idealismo sentimentalista⁶⁸.

Cumprе salientar que a ideologia do constitucionalismo ao mesmo tempo em que constitui um horizonte de idéias capaz de refletir uma situação cultural de uma época e motivar as ações coletivas enquanto projeto social, também serve de mecanismo legitimante do domínio político societal, bem com instrumento de ocultação das relações reais de poder do grupo social dominante⁶⁹.

66 ALMEIDA FILHO, Agassiz. Constituição e Passado Constitucional: Rupturas ou continuidade dos paradigmas liberais? In: **Constitucionalismo e Estado**. Orgs. ALMEIDA FILHO, Agassiz e PINTO FILHO, Francisco Bilac Moreira. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 33.

67 A ideologia, segundo Paul Ricoeur, pode ser definida de acordo com suas funções. Em um primeiro aspecto, significa o reflexo da memória (identidade) social que motiva a ação coletiva, é tanto sistema de idéias e imagens que justificam a ação, quanto projeto que a motiva (função de integração social), p. 70 e ss. Em um segundo aspecto, consiste na apropriação desse sistema de idéias e significações sociais para legitimar a dominação política ou relações de autoridade (função de dominação), p. 73. E em um terceiro aspecto, o fenômeno ideológico relaciona-se com o processo pelo qual a realidade é encoberta por meio de idéias ou ilusões que permitem a continuidade de um grupo social dominante (função de deformação), p. 74. Cf. RICOEUR, Paul. **Interpretação e Ideologias**. 3 ed. Trad. Hilton Japiassu. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1988, p. 75.

68 LIMA, Martônio Mont'Alverne Barreto. Idealismo e efetividade constitucional: a impossibilidade da realização da Constituição sem a política. In: **Diálogos Constitucionais: Direito, Neoliberalismo e Desenvolvimento em Países Periféricos**. Orgs. MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson e LIMA, Martônio Mont'Alverne Barreto. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 376.

69 Aplicação do conceito de ideologia de Paul Ricoeur.

De fato, se não acompanhada de uma experiência política efetiva e condizente com os postulados da democracia e reconhecimento dos direitos fundamentais, a ideologia constitucional plasmada em textos normativos, representa uma espécie de “fachada constitucional”⁷⁰ que funciona como retórica legitimante de práticas jurídico-políticas verdadeiramente inconstitucionais e como recurso ideológico “de representação ilusória em relação à realidade constitucional”⁷¹, ocultando as situações que realmente deveriam ser modificadas para a efetiva concretização dos dispositivos constitucionais⁷².

Esse é um fenômeno que atinge principalmente os sistemas constitucionais das sociedades periféricas, mas que também pode ser verificado ao longo da evolução do constitucionalismo nos países centrais. O que está presente em ambos cenários é a característica que encerra a ideologia constitucional tanto como instrumento de emancipação como “des-emancipação”⁷³.

E isso se pode constatar desde os primórdios do discurso constitucionalista. O constitucionalismo revolucionário do século XVIII⁷⁴, enquanto movimento jurídico-político de limitação do poder estatal com a finalidade precípua de garantir liberdades individuais representa, não apenas a consagração do ideal regulatório do paradigma da modernidade⁷⁵, mas também a defesa da emancipação humana, na medida em que propõe o rompimento (ainda que no plano ideológico) com a ordem injusta vigente para permitir que os indivíduos se desenvolvam de forma livre e autônoma.

Porém, sabe-se que o que se seguiu na prática, após a consolidação do novo

70 CARDUCCI, Michele. O Constitucionalismo como categoria de centro. In: **Constitucionalismo e Estado**. Orgs. ALMEIDA FILHO, Agassiz e PINTO FILHO, Francisco Bilac Moreira. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 72.

71 NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 98.

72 NEVES, Marcelo. Op. cit., p. 98.

73 LIMA, Martônio Mont'Alverne Barreto. Op. cit., p. 378. Ainda que se reconheça o papel de dominação e deformação que a ideologia do constitucionalismo pode assumir na realidade político-social, o caráter emancipatório que também lhe é característico, permite que ela seja mantida no plano do discurso crítico, como projeto mobilizador de transformações sociais das realidades que dele se distanciam. Cf. NEVES, Marcelo. Op. cit., p. 186 e 188.

74 Segundo Almeida Filho, o constitucionalismo revolucionário tanto se caracteriza em nível sociopolítico, como emergência de movimentos sociais em prol da adequação dos sistemas político e econômico às tendências modernas de organização social, como em nível normativo, enquanto luta pela implementação do Estado Constitucional. Cf. ALMEIDA FILHO, Agassiz. **Fundamentos do direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 1.

75 Este ideal pode ser definido, em linhas gerais, como a tentativa de ordenação e “racionalização da vida individual e coletiva” que influenciará o desenvolvimento dos mais diversos setores da vida em sociedade, como, por exemplo, da política, da ciência, do direito, da arte. Cf. SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente**: contra o desperdício da experiência. 6 ed. São Paulo: Cortez, 2007, p. 50.

regime, foi a neutralização, por parte da burguesia que chegava ao poder, dos possíveis efeitos generalizáveis dos ideais emancipatórios do constitucionalismo⁷⁶. Utilizando-se da lógica da primazia do Estado de Direito, da exaltação do princípio da democracia representativa e da proclamação abstrata de direitos, foi possível reduzir a importância da Constituição a uma carta de princípios políticos, sujeita à disposição da figura do legislador supremo⁷⁷.

Nesses termos, pode-se falar “numa apropriação do Estado Constitucional clássico por parte dos segmentos burgueses”⁷⁸, o que por sua vez acabará resultando, como bem enfatiza Almeida Filho, na inversão da lógica do direito (prática orientada por uma dimensão axiológica) pela lógica da política (prática orientada por uma dimensão estratégica)⁷⁹, reduzindo assim quaisquer chances de concretização realística dos postulados emancipatórios. O direito do Estado Liberal transforma-se, então, num instrumento de garantia da nova ordem vigente⁸⁰.

O ideal emancipatório, ao lado da prática “des-emancipatória”, se mantém na experiência constitucionalista quando da implementação do Estado Social e do Estado Democrático. Encampando o mote “justiça social”, a institucionalização do Estado do Bem Estar se deveu, sobretudo (em que pesem o papel desempenhado pelas reivindicações de classe e movimentos sociais contra o liberalismo econômico), às necessidades de gestão do sistema capitalista em crise, ameaçado tanto externamente, com a ascensão dos regimes socialistas, como internamente, com o colapso da doutrina do *laissez-faire*, que culminou com a recessão econômica em escala mundial no início do século XX⁸¹.

Como frisa Manuel Abellán, “o elemento prioritário do Estado Social é o econômico, pelo que cabe afirmar com toda probabilidade que essa categoria de Estado determina numa medida importantíssima a ordem econômica e política do capitalismo

76 ALMEIDA FILHO, Agassiz. Constituição e Passado Constitucional: Rupturas ou continuidade dos paradigmas liberais? In: **Constitucionalismo e Estado**. Orgs. ALMEIDA FILHO, Agassiz e PINTO FILHO, Francisco Bilac Moreira. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 9.

77 COMPARATO, Fábio Konder. A legitimidade das constituições. In: **Constituição e Democracia**. Estudos em homenagem ao Prof. J.J. Canotilho. Orgs. BONAVIDES, Paulo *et al.* São Paulo: Malheiros, 2006, p. 56.

78 ALMEIDA FILHO, Agassiz. Op. cit., p. 9.

79 ALMEIDA FILHO, Agassiz. Op. cit., p. 30.

80 ALMEIDA FILHO, Agassiz. **Fundamentos do direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 5.

81 ABELLÁN, Ángel-Manuel. A problemática do Estado de Bem-Estar como fenômeno internacional. In: **Constitucionalismo e Estado**. Orgs. ALMEIDA FILHO, Agassiz e PINTO FILHO, Francisco Bilac Moreira. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 263-264.

desenvolvido e monopolista do século XX.”⁸²

Sob um modelo que exigia a atuação positiva do Estado na concessão de prestações sociais básicas e na intervenção do setor econômico, para fomentar prioritariamente a demanda no sistema produtivo, firmou-se um equilíbrio compromissário entre o modelo econômico vigente e a exigência de justiça social. Fato que em certa medida possibilitou, no contexto dos países centrais, em maior ou menor intensidade, o cumprimento dos postulados constitucionalistas de realização dos direitos fundamentais e, posteriormente, com a adoção do Estado Democrático e Social, a democratização do sistema político⁸³.

Ocorre, porém, que as mudanças ocorridas no sistema político-econômico mundial contemporâneo, afetaram potencialmente as chances de continuidade de implementação das conquistas constitucionais consagradas na fórmula do Estado Democrático de Direito, tanto em países centrais, como mais drasticamente em países periféricos que nem sequer alcançaram um nível básico de cumprimento dos princípios sociais e democráticos.

O neoliberalismo, enquanto ideologia e prática política vigente em escala mundial⁸⁴, propondo-se à defesa do Estado Mínimo⁸⁵ - com vista a recuperar “as desigualdades naturais”, necessárias ao processo normal de acumulação do mercado – à desregulamentação jurídica e ao combate das interferências estatais no âmbito sócio-econômico⁸⁶, compromete diretamente a consecução dos princípios de solidariedade, justiça social e igualdade plasmados no Estado Democrático de Direito⁸⁷.

Os efeitos da globalização econômica, como a geração de vários “focos” de poder

82 ABELLÁN, Ángel-Manuel. Op. cit., p. 263.

83 SANTOS, Boaventura de Sousa. Op. cit., p. 149.

84 ANDERSON, Perry. Balanço do Neoliberalismo. In: **Pós-neoliberalismo: As políticas sociais e o Estado Democrático**. Orgs. GENTILI, Pablo e SADER, Emir. 6 ed. São Paulo: Paz e Terra, 2003, p. 11.

85 Mas contraditoriamente forte para assegurar os interesses dos setores econômicos, como se requer na atuação positiva estatal de desestruturação do poder dos sindicatos, na manutenção da estabilidade financeira e na proteção de determinados setores da economia. Cf. ANDERSON, Perry. Op. cit., p. 11 e BOLZAN DE MORAIS, José Luis. Crises do Estado, democracia política e possibilidades de consolidação da proposta constitucional. In: **Diálogos Constitucionais: Direito, Neoliberalismo e Desenvolvimento em Países Periféricos**. Orgs. MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson e LIMA, Martônio Mont'Alverne Barreto. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 239.

86 ANDERSON, Perry. Op. cit., p. 11.

87 CASTRO DE LIMA, Abili Lázaro. Globalização Econômica e Crise dos Estados Nacionais. In: **Repensando a Teoria do Estado**. Org. FONSECA, Ricardo Marcelo. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 160.

que se sobrepõem ao poder estatal⁸⁸ - para os quais ainda não se dispõe de mecanismos de controle político, nem normativo – e a conseqüente redução dos espaços políticos informados pela retórica da cidadania global⁸⁹, também afetam drasticamente a sobrevivência do princípio democrático⁹⁰.

Ambos os fenômenos contribuem para que os dispositivos constitucionais produzam apenas efeitos político-simbólicos⁹¹ sobre a realidade que pretende normar. E esse é um fato que, em razão do expansionismo da lógica econômica sobre os demais setores de regulação social, não se restringe à problemática jurídico-constitucional periférica, mas tende a alcançar também as instituições e sistemas constitucionais das sociedades centrais pautados nos princípios sociais e democráticos⁹².

Assim, ao lado da redução das possibilidades emancipatórias do discurso constitucionalista, verifica-se o desenvolvimento da ideologia da constituição, já referida anteriormente, como alternativa teórica atenuante do constitucionalismo social e democrático e que se consubstancia nas propostas de constitucionalismo reflexivo e procedimentalização da constituição, as quais sob as justificativas de complexidade social e pluralismo político-cultural defendem a dessubstancialização do direito ou a redução de sua materialidade a um nível mínimo de garantia das liberdades individuais.

Tais propostas, haja vista sua pretensão teórica universal, devem ser confrontadas com a realidade das sociedades periféricas e com os efeitos nestas acarretados para a implementação do potencial emancipatório do Estado Democrático de Direito.

88 FARIA, José Eduardo. Globalização, Soberania e Direito. In: **Constituição e Democracia**. Org. MAUÉS, Antoni G. Moreira. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 142-143.

89 Para Pedro da Vega, o lema “homem cidadão do mundo” é destituído de sentido prático (mas não ideológico), pois o espaço para o exercício da liberdade política ainda é precipuamente o Estado. Cf. GARCÍA, Pedro de Vega. Mundialização e Direito Constitucional: A crise do princípio democrático no constitucionalismo atual. In: **Constitucionalismo e Estado**. Orgs. ALMEIDA FILHO, Agassiz e PINTO FILHO, Francisco Bilac Moreira. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 524-525.

90 NETTO, João Paulo. Repensando o balanço do Neoliberalismo. In: **Pós-neoliberalismo: As políticas sociais e o Estado Democrático**. Orgs. GENTILI, Pablo e SADER, Emir. 6 ed. São Paulo: Paz e Terra, 2003, p. 31.

91 A legislação e a constitucionalização simbólicas se caracterizam, consoante lição de Marcelo Neves, pela ausência generalizada de concretização normativa dos textos legais e/ou constitucionais. Isso acontece quando os efeitos normativos destes são substituídos por outros político-ideológicos como 1) a confirmação de valores sociais de um determinada grupo; 2) a tentativa de produzir confiança nos sistemas político e jurídico por meio da proclamação normativa, sem que se altere a realidade (legislação/constitucionalização-álibi) e 3) pelo compromisso dilatório em torno do cumprimento dos preceitos legais/constitucionais, adiado para um futuro incerto e indeterminado. Cf. NEVES, Marcelo. **Constitucionalização Simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 33 e ss e 101 e ss.

92 NEVES, Marcelo. Op. cit., p. 200.

1.5. Das teorias formais às teorias procedimentais da constituição

A discussão em torno das teorias formais e teorias materiais da constituição já se tornou um debate clássico em direito constitucional, o qual para o nosso estudo, não convém ser novamente revisitado em suas diversas correntes⁹³. O que nos interessa é pontuar a aproximação entre determinado modelo jurídico-político com a prevalência de determinado modelo de teoria constitucional.

Desde o desenvolvimento da teoria clássica da Constituição dos séculos XIX e XX, foi travado um intenso debate acerca do que consistia uma constituição e sobre qual seria o seu papel em uma comunidade política, dando origem à divisão analítica das posturas teóricas em teoria formal e teoria material.

Como se sabe, a primeira tinha como característica o fato de considerar a constituição como uma lei superior, diferenciada pela sua forma de elaboração e revisão, cujo papel era o de organizar o exercício do poder político, estabelecendo competências e processos de produção de normas. Enquanto, a segunda, em contraposição, concebe que outros fatores ou aspectos materiais, não apenas jurídico-formais (sejam eles econômicos, políticos ou axiológicos) presentes na realidade sócio-política é que integram o conceito de constituição⁹⁴.

Na época em que prevaleceu o modelo do Estado de Direito liberal, assentado na ênfase da legalidade e das codificações, sustentado científica e ideologicamente pelo positivismo jurídico (em suas vertentes legalista e normativista), as teorias formais tiveram ampla repercussão e aceitação na prática jurídico-constitucional. A legitimidade do diploma constitucional (assim como de todo o direito da época) é auferida “por um critério que lhe é intrínseco”⁹⁵, próprio da juridicidade formal desprovida de qualquer referência aos princípios norteadores do movimento constitucionalista do século XVIII.

O formalismo constitucional autoriza a existência da “constituição em branco”, ou seja, sem conteúdo ético legitimante⁹⁶. As teorias formais do positivismo legalista e

93 Conferir, por exemplo, BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 170 e ss. e BERCOVOCI, Gilberto. **Desigualdades Regionais, Estado e Constituição**. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 273 e ss.

94 BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 170 e ss.

95 COMPARATO, Fábio Konder. A legitimidade das constituições. In: **Constituição e Democracia**. Estudos em homenagem ao Prof. J.J. Canotilho. Orgs. BONAVIDES, Paulo *et al.* São Paulo: Malheiros, 2006, p. 61.

96 BONAVIDES, Paulo. Op. cit, p. 175.

normativista funcionavam, então, “como elemento de legitimação tanto da submissão da esfera política à econômica, na ordem capitalista, quanto da lógica de funcionamento do Estado totalitário”⁹⁷.

Com o declínio do positivismo jurídico enquanto paradigma predominante, evidenciado no período do segundo pós-guerra e com as transformações operadas nos diversos sistemas constitucionais dos países europeus, as teorias formais cederam espaço à teorias materiais da constituição.

O direito no Estado Democrático e Social adotado neste período é caracterizado por sua materialização, pela regulamentação das mais diversas áreas da vida em sociedade e pela atuação estatal positiva. A constituição é concebida como “ordem geral objetiva do complexo das relações da vida”⁹⁸ de uma comunidade política, nela estão enxertados os postulados da ordem econômica, social e política em formação e vigência naquele momento que também se projetam normativamente para o futuro. Era ao mesmo tempo ser e dever-ser.

Ao contrário de algumas teorias materiais clássicas (como a de Lassale, Schmitt ou Smend), a constituição não perde sua força normativa, é tanto reflexo dos condicionamentos materiais existentes, ou seja, da realidade sócio-política e econômica vigente, como diretiva ou projeto prospectivo de ordenação social⁹⁹.

Atualmente, vivemos a verdadeira antítese em relação ao período do segundo pós-guerra. A falência do Estado Social, o crescente avanço do neoliberalismo com a consequente diminuição da atividade prestacional do Estado, os efeitos da globalização em suas mais diversas dimensões -social, política, ambiental, cultural, econômica- como a fragmentação do poder político, a variabilidade de interesses que permeiam as relações sociais, o reconhecimento das diferenças multiculturais e do pluralismo social e político, contribuem para que a compreensão da constituição como “pacto fundador e legitimador de uma prática racionalmente transformadora”¹⁰⁰ seja vista simplesmente como uma irrealizável utopia da razão moderna emancipatória¹⁰¹.

97 COMPARATO, Fábio Konder. Op. cit., p. 58. No mesmo sentido, SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente**: contra o desperdício da experiência. 6 ed. São Paulo: Cortez, 2007, p. 141.

98 HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, p. 18.

99 HESSE, Konrad. Op. cit., p. 19.

100 CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1389.

101 CANOTILHO, J.J. Gomes. Rever ou Romper com a Constituição Dirigente? Defesa de um

Exsurge, assim, um discurso, com pretensão universalizante, que defende a reformulação do papel do direito no mundo globalizado. O direito não deve ser visto como amplo projeto regulatório, muito menos transformador da realidade, mas sim como instrumento de conformação social, destinado a estabelecer apenas as premissas básicas para a tomada de decisões, negociações e soluções¹⁰². É designado de direito reflexivo que se consubstancia, na lição de Eduardo Faria, numa ordem jurídica flexível que nem delimita diretamente as esferas de ações individuais, coletivas e políticas, nem impõe comportamentos específicos aos agentes sociais, apenas assegura situações que possibilitem a resolução cooperativa e autônoma dos conflitos¹⁰³.

O pressuposto para a defesa de um direito reflexivo é a concepção de que a sociedade contemporânea é ao mesmo tempo altamente complexa e diferenciada¹⁰⁴. Em razão da primeira característica, o direito é afetado em sua capacidade regulatória frente à multiplicidade de interesses, valores e formas de regulação presentes no meio social. Pela segunda, assume-se que os diversos segmentos sociais desenvolvem seus próprios critérios de redução das complexidades que possibilitam a auto-regulação social¹⁰⁵.

Em conseqüência, surgem as teorias reflexivas da constituição. De um modo geral, estas teorias propõem um modelo de constituição que “limita-se a possibilitar a realização do controle jurídico de auto-regulação social e a uma estruturação plural das fontes do direito adequada ao mundo social e econômico neocorporativista”¹⁰⁶. A constituição reflexiva é também constituição processual, já que não assegura posições jurídicas, nem prestações sociais¹⁰⁷.

Em sua vertente autopoietica¹⁰⁸, o constitucionalismo reflexivo propõe a total

constitucionalismo moralmente reflexivo. **Revista dos Tribunais**. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. Ano 4, n. 15, Abr/jun, 1996, p. 7.

102 FARIA, José Eduardo. **O Direito na economia globalizada**. 1 ed, 3 tiragem. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 184.

103 FARIA, José Eduardo. Op. cit., p. 186 e ss.

104 Complexidade no sentido luhmanniano de amplo universo ou “totalidade das possibilidades que se distinguem para a vivência real” (p. 39) e diferenciação como característica interna de cada sistema social que permite “construir para si próprio um ambiente presente em cada ambiente intelectual, de forma que os processo seletivos de elaboração do meio ambiente possam ser orientados por regras e decisões próprias do sistema”(p. 53). LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Trad. Maria da Conceição Corte-Real. Brasília: Universidade de Brasília, 1980.

105 FARIA, José Eduardo. Op. cit., p. 190 e 191.

106 CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1388.

107 CANOTILHO, J.J. Gomes. Op.cit., p. 1388.

108 Em linguagem da teoria dos sistemas, autopoiese é o processo de auto-referência característico de

dessubstancialização da constituição, criticando os excessos regulatórios contidos nos textos constitucionais vigentes. O diploma constitucional não é um projeto ou um plano diretor, mas uma instância autolimitada a estabelecer “processos de informação e mecanismos redutores de interferências entre vários sistema autônomos”¹⁰⁹. Nessa perspectiva, ele deve impedir que critérios valorativos externos, morais ou políticos, interfiram no sistema jurídico¹¹⁰, daí porque se defende uma visão procedimental da constituição. A procedimentalização permitiria, assim, a auto-regulação social, a intermediação dos dissensos e a coexistência da pluralidade política¹¹¹.

Sob pressupostos diversos, mas ainda no sentido de procedimentalização da constituição, situa-se a proposta de Jürgen Habermas. Para o autor, a constituição não pode ser vista como uma ordem jurídica global que impõem antecipadamente específicas formas de vida à sociedade, mas como instrumento que determina “procedimentos políticos, segundo os quais os cidadãos, assumindo seu direito de autodeterminação, podem perseguir cooperativamente o projeto de produzir condições justas de vida”¹¹².

A concepção procedimental da constituição resulta da própria compreensão do autor de que o direito contemporâneo deve assentar-se num paradigma procedimental, o único possível de assegurar, ao mesmo tempo, os dois pressupostos legitimantes da ordem jurídica: a autonomia privada e a autonomia pública dos cidadãos¹¹³. O paradigma formal do Estado Liberal não foi capaz de manter esse equilíbrio à medida que reduziu a garantia da autonomia privada à concessão abstrata de direitos e liberdades individuais, enquanto que o paradigma do Estado Social, buscando garanti-la por meio do aumento da regulamentação social, acabou, por sua vez, diminuindo a participação pública na tomada de decisões coletivas¹¹⁴.

Somente no Estado Democrático, onde “os cidadãos podem efetivamente assumir

sociedades diferenciadas, que possibilita a cada sistema social se desenvolver independente e diferenciadamente uns dos outros, criando suas próprias regras e estratégias de solução de conflitos, conferir. ADEODATO, João Maurício. *Ética e Retórica*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 102.

109 CANOTILHO, J.J. Gomes. Op. cit., p. 1388.

110 NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 99.

111 CANOTILHO, J.J. Gomes. Op. cit., p. 1389.

112 HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre faticidade e validade*. Volume I, 2 ed. Trad. Flávio Beno Siebeneicher. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, p. 325 e 326.

113 HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre faticidade e validade*. Volume II, 2 ed. Trad. Flávio Beno Siebeneicher. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, p. 147.

114 HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre faticidade e validade*. Volume II, 2 ed. Trad. Flávio Beno Siebeneicher. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 146 e ss.

os direitos de participação e de comunicação de cidadãos do Estado” é que se realizará a verdadeira integração entre autonomia privada e pública¹¹⁵.

O direito, nesse contexto, não deve antecipar *a priori* nenhum modelo ideal de sociedade, nem estabelecer uma determinada visão de vida boa, mas assegurar as condições necessárias para uma auto-organização da comunidade política, segundo as quais os cidadãos podem “entender-se entre si para descobrir os seus problemas e o modo de solucioná-los”¹¹⁶. No paradigma procedimental habermasiano, assume relevância para o constituir da auto-organização jurídica comunitária, a efetiva participação da sociedade civil e a construção de uma esfera pública pluralista e inclusiva¹¹⁷.

As condições necessárias para a autolegislação dos cidadãos autônomos abrangem a garantia dos direitos de participação democrática - como liberdade, igualdade e direitos de participação política. Todavia, a legitimidade do direito não se encerra na simples concessão de tais direitos, mas na institucionalização de formas de comunicação e debates públicos, em que a autonomia individual e pública possam efetivamente se manifestar e comprovar¹¹⁸. E isso deverá ser feito através de procedimentos que viabilizem a “formação discursiva da opinião e da vontade dos cidadãos que possuem os mesmos direitos”¹¹⁹.

Desse modo, a atuação da jurisdição constitucional, sob pena de ofensa ao princípio da separação dos poderes e à legitimidade democrática de produção do direito, deve ser restrita à proteção do sistema de direitos que asseguram a autonomia privada e pública, de tal forma que se limite a “examinar os conteúdos de normas controvertidas especialmente no contexto dos pressupostos comunicativos e condições procedimentais do processo de legislação democrática”¹²⁰.

115 HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre faticidade e validade. Volume I, 2 ed. Trad. Flávio Beno Siebeneicher. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 326.

116 HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre faticidade e validade. Volume II, 2 ed. Trad. Flávio Beno Siebeneicher. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, p. 190.

117 HABERMAS, Jürgen. Op. cit., p. 189. A esfera pública consiste numa “rede adequada para a comunicação de conteúdos, tomadas de posição e *opiniões*; nela os fluxos comunicacionais são filtrados e sintetizados a ponto de se condensarem em *opiniões* públicas enfeixadas em temas específicos” (p. 92, grifos do autor), a sociedade civil, por sua vez, é tomada pelo autor como o conjunto de “movimentos, organizações e associações, os quais captam os ecos dos problemas sociais que ressoam nas esferas privadas, condensa-os e os transmitem, a seguir, para a esfera pública política.” (p. 99).

118 HABERMAS, Jürgen. Op. cit., p. 147.

119 HABERMAS, Jürgen. Op. cit., p. 146.

120 HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre faticidade e validade. Volume I, 2 ed. Trad. Flávio Beno Siebeneicher. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 326.

Apesar da concepção procedimental da constituição, a teoria habermasiana não se desvencilha da aproximação entre direito e moral: o direito moderno, apesar de autônomo com relação as instâncias morais, não perde sua pretensão de legitimidade que se baseia nos componentes do princípio moral, que são o discurso racional e assentimento de todos os atingidos pela norma¹²¹. No direito especificamente, o princípio moral corresponde ao princípio da democracia, o que implicará assumir o compromisso com determinados direitos que constituem condições necessárias para o exercício da autonomia pública e privada¹²².

Isso porque na base do pensamento habermasiano está a idéia de que nas sociedades modernas, complexas e diferenciadas, em que as instâncias do direito e moral se autonomizam, desenvolve-se uma espécie de moral universalista - de base intersubjetiva - questionadora de acordos, normas, valores, tradições e dogmas que tem como fundamento de validade das pretensões questionadas e problematizadas a observância do discurso racional, pautado sobre os pressupostos formais da prática comunicativa (clareza de enunciados, sinceridade, liberdade e igualdade entre os participantes)¹²³.

Normas morais válidas são aquelas que são justificadas por meio de um discurso racional. O direito, enquanto “mecanismo de que alivia as sobrecarregadas realizações de entendimento dos agem comunicativamente de tarefas de integração social, sem anular, em princípio, a liberação do espaço de comunicação”¹²⁴, tornar-se-á legítimo na medida que for produzido através de procedimentos racionais. Para Jürgen Habermas, o Estado Democrático de Direito configura o modelo jurídico-político de institucionalização da moral racional¹²⁵.

Um dos problemas das teses de procedimentalização da constituição, além desta funcionar como elemento facilitador de gestão do modelo político econômico vigente (na esteira das teorias formais), é que, ao assumirem pretensão de universalidade na caracterização do perfil do direito e das sociedades contemporâneas, é contrastado com contextos e realidades nas quais os seus pressupostos não estão presentes.

121 GARCÍA AMADO, Juan Antonio. La filosofía del derecho de Jürgen Habermas, Revista **DOXA**, n. 13, 1993, p. 238.

122 HABERMAS, Jürgen. Op. cit., p. 145 e 165.

123 NEVES, Marcelo. **Entre Tênis e Leviatã: uma relação difícil**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 32 e 33.

124 HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre faticidade e validade**. Volume I, 2 ed. Trad. Flávio Beno Siebeneicher. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 60.

125 HABERMAS, Jürgen. **Verdade e Justificação**. Trad. Milton Camargo Mota. São Paulo: Edições Loyola, 2004, p. 56.

Se em sociedades que já atingiram certo nível básico de conquistas na área social, onde se pôde desenvolver uma esfera pública razoavelmente inclusiva e onde a estrutura da organizações ou segmentos sociais se encontram relativamente diferenciados, vislumbra-se uma crescente recepção das teses procedimentalistas, porém o mesmo não se pode afirmar com relação às sociedades periféricas com características totalmente díspares das elencadas acima.

Em que pese o reconhecimento das transformações ocorridas no direito nas sociedades atuais, sobressaltadas nas correntes procedimentais (e sobre as quais ainda discorreremos neste capítulo), a teoria constitucional adequada, nos termos deste trabalho, não poderá dispensar a análise da realidade jurídico-constitucional dos países periféricos que, em certa medida, afastará a aplicação das teorias exclusivamente procedimentais.

1.6. A problemática jurídico-constitucional dos países periféricos

A legitimação procedimental proposta pelo constitucionalismo reflexivo encontra sérios óbices quanto a sua aplicabilidade em países periféricos. Como observa Maurício Adeodato, ao contrário do que ocorre nas sociedades mais desenvolvidas, onde cada subsistema social cria suas próprias regras e estratégias eficientes para a resolução de conflitos, as sociedades periféricas não se apresentam como funcionalmente diferenciadas¹²⁶.

Isso significa que o sistema jurídico não se desenvolverá apenas informado por seu código próprio (lícito/ilícito), mas sofrerá constantes influências dos códigos de outros sistemas sociais, como o econômico, político, religioso, relacional, familiar etc., desfigurando-lhe a identidade e eficiência¹²⁷. Nesse contexto de alopoiese social do direito¹²⁸, “a legalidade como generalização igualitária dos conteúdos jurídicos é deturpada no processo de concretização do direito”¹²⁹.

Destarte, os procedimentos jurídicos e políticos no Estado Democrático de Direito são freqüentemente invadidos por critérios de outros sistemas, como o das relações

126 ADEODATO, João Maurício. *Ética e Retórica*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 102.

127 NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 240.

128 Ou seja, de incapacidade dos subsistemas sociais de se desenvolverem independente e diferenciadamente por suas regras e estratégias próprias, sofrendo sempre a interferência dos códigos uns dos outros. É antítese da autopoiese. Cf. ADEODATO, João Maurício. Op. cit., p. 102.

129 NEVES, Marcelo. Op. cit., p. 240.

pessoais, o familiar ou econômico, o que os tornam incapazes de legitimar as decisões jurídicas com base nos parâmetros generalizadores constitucionais e/ou legais¹³⁰.

Por outro lado, também em sociedades periféricas, não se pode falar na existência de uma esfera pública autônoma, necessária à teoria procedimental habermasiana. Isso porque a ausência de institucionalização generalizada da cidadania, decorrente da falta de concretização dos direitos fundamentais, das profundas desigualdades sócio-econômicas e da exclusão de grande parte da população na participação em procedimentos, obstaculiza a formação da esfera pública autônoma, ao mesmo tempo em que favorece a proliferação de “particularismos difusos” que afetam diretamente a legitimação procedimental habermasiana¹³¹.

O que acontece nas realidades periféricas é a obstrução, pela prática jurídico-política, da concretização generalizada dos preceitos constitucionais. Os diversos tipos de injunções externas - sejam políticas, econômicas, religiosas, familiares, de amizade - na experiência jurídico-constitucional acabam gerando um desequilíbrio social quanto ao usufruto e acesso às normas constitucionais, comprometendo a realização dos postulados emancipatórios do Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, pode-se afirmar com Marcelo Neves que, nas sociedades periféricas instala-se uma subdivisão social em que uns designados de “sobreintegrados” usufruem dos benefícios da ordem jurídica, como do exercício de seus direitos fundamentais e o acesso às suas garantias jurídicas, sem que lhes correspondam às devidas responsabilidades, obrigações e deveres jurídicos, enquanto outros, denominados de “subintegrados” são excluídos das prestações do sistema jurídico estatal e do exercício dos direitos que lhes correspondem, sem contudo, se desvencilharem dos efeitos punitivos e prescritivos das normas jurídicas¹³².

Paralelamente a essa caracterização se relacionará o fato do legalismo e da impunidade verificados nesses sistemas, “enquanto a inflexibilidade legalista dirige-se primariamente aos subintegrados, a impunidade está vinculada ao mundo dos privilégios dos sobreintegrados juridicamente”¹³³. Essas relações de assimetria social impedem que se fale em existência de uma autêntica esfera pública política autônoma, caracterizada pela

130 NEVES, Marcelo. Op. cit., p. 240.

131 NEVES, Marcelo. Op. cit., p. 239.

132 NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 248 e ss.

133 NEVES, Marcelo. Op. cit., p. 255.

inclusão igualitária dos cidadãos que quando muito, se tratará de uma esfera pública restrita a certos grupos e organizações¹³⁴.

Todos esses fatores evidenciam as particularidades do contexto jurídico-constitucional periférico que dificultam a aplicação das teses procedimentalistas apontadas. Além do mais, o constitucionalismo reflexivo e o procedimentalismo habermasiano quando adotados teoricamente em países periféricos, como o Brasil - à medida que nestes não estão presentes o fenômeno da auto-regulação social, nem o desenvolvimento pleno da esfera política autônoma - contribuem ainda mais, para a manutenção e continuidade dos efeitos do chamado constitucionalismo simbólico típico dos sistemas constitucionais nesses contextos.

A constitucionalização simbólica consiste numa espécie de “fachada constitucional” em que é possível manter os ideais emancipatórios do constitucionalismo plasmados apenas em fórmulas textuais sem que, contudo, as realidades política e jurídica sejam direcionadas a uma prática efetivamente concretizadora desses preceitos. Ela serve como instrumento político-ideológico do discurso do poder, ocultando a experiência constitucional realmente existente e os problemas que precisam ser enfrentados para a transformação dessa realidade¹³⁵.

Se em defesa do esvaziamento dos conteúdos constitucionais e sob os pressupostos de que a própria sociedade se auto-organiza e que existe uma participação igualitária dos cidadãos nas questões decisórias dos rumos comunitários, as teses procedimentais inviabilizam a atuação da jurisdição constitucional para além da garantia dos procedimentos democráticos – impedindo a abertura que ao menos em tese se confere à jurisdição constitucional para assegurar a realização dos postulados constitucionais – pode-se asseverar que também contribuem para que a constituição, nas realidades periféricas, mantenha seus efeitos apenas simbólicos. A própria teoria procedimentalista, enfim, assumiria características simbólicas.

Embora a teoria contraposta, qual seja a teoria material ou corrente substancialista da constituição, não escape às críticas da constitucionalização simbólica, já que nas circunstâncias da experiência periférica, também não se observa o condicionamento recíproco entre norma e realidade marcado pela “vontade de constituição”, imprescindível

134 NEVES, Marcelo. Constitucionalização simbólica e desconstitucionalização fática: mudança simbólica da constituição e permanência das estruturas reais de poder. **Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito**, n. 7, Recife, 1995, p. 281.

135 NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 91 e 98.

para sua força normativa¹³⁶, ela tem assento na Constituição brasileira vigente e nos seus mecanismos e garantias possíveis para viabilizar os preceitos constitucionais e, se assumida na prática pelos operadores jurídicos, ao contrário do procedimentalismo, pode resultar na atenuação dos efeitos simbólicos da constitucionalização periférica.

É preciso reconhecer que a problemática da constitucionalização simbólica não comporta soluções simplistas, como se possa apressadamente presumir da assertiva acima. Sua superação só será possível com uma reestruturação global, tanto no âmbito jurídico-político, quanto no âmbito sócio-cultural (onde também não existe uma disposição generalizada para a concretização dos preceitos constitucionais).

Porém, consoante o alerta de Marcelo Neves essa mudança pode ser dificultada se, nesses contextos, onde nem a legalidade e a constitucionalidade se tornaram dominantes, forem implementadas as propostas de desjuridificação ou desconstitucionalização das matérias hoje amplamente previstas nos textos constitucionais. Tais exigências defendidas pelo constitucionalismo procedimental e que são tomadas como forma de ampliar os espaços de cidadania e de respeito ao pluralismo sócio-político e cultural nas sociedades mais desenvolvidas, apresenta-se nos países periféricos, como tendência à desconstitucionalização fática, em que a atividade jurídico-política se distancia do texto constitucional e obsta sua aplicação generalizada¹³⁷.

Aqui, a desjuridificação e/ou desconstitucionalização, surte efeitos contrários aos pretendidos nos países centrais: reduz o espaço da cidadania e favorece “a manutenção de privilégios e desigualdades”¹³⁸. É nessa perspectiva que Marcelo Neves aponta que a solução para a fragmentação constitucional das sociedades periféricas, está sobretudo relacionada à “constitucionalização da realidade jurídica” e à “juridificação das relações políticas”¹³⁹.

Cumprе ressaltar ainda o reconhecimento de Canotilho de que quando se fala em

Direito reflexivo, direito pós-moderno, em direito mite, em direito desregulado, verdadeiramente estamos a passar por uma outra fase que

136 HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, p. 19 e 20.

137 NEVES, Marcelo. Constitucionalização simbólica e desconstitucionalização fática. **Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito**, n. 7, Recife, 1995, p. 279.

138 BERCOVICI, Gilberto. A Constituição Dirigente e a Crise da Teoria da Constituição. In: **Teoria da Constituição**: estudos sobre o lugar da política no direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2003, p. 84.

139 NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 187.

ainda não é possível obter no Brasil. No fundo, estamos a imaginar uma teoria da constituição pós-moderna, em que não existe centro, em que o Estado é um herói local, em que o estado é um herói humilde, em que nós somos já uma parcela de um outro esquema organizativo. Estamos a esquecer que no Brasil a centralidade é ainda do estado de direito democrático e social, que é carta de identidade do próprio país, que são estes direitos, apesar de pouco realizados, que servem como uma espécie de palavra de ordem para a própria luta política.¹⁴⁰

Por isso não se pode olvidar que a ideologia do constitucionalismo plasmada no diploma constitucional positivo ainda preserva seu potencial emancipatório que proporciona a crítica da prática político-jurídica vigente e dá azo ao surgimento de diversos movimentos sociais em prol da realização dos valores constitucionais¹⁴¹.

No âmbito jurídico, impulsionará o desenvolvimento do “constitucionalismo de luta, de oposição e resistência”¹⁴², crítico das propostas teóricas que no contexto político-econômico atual só tendem a favorecer o desmonte do Estado Constitucional nos países periféricos¹⁴³. Daí, a relevância que assume para o contexto brasileiro a teoria material ou substancialista da constituição.

1.7. O neoconstitucionalismo: alternativas à teoria constitucional em tempos de pós-modernidade periférica

O complexo cenário mundial marcado pela fragmentação da sociedade em diversos interesses e valores, pela evidência da multiculturalidade, do pluralismo, pelo enfraquecimento do Estado-Nação e as conseqüentes “desterritorialização da política e despolitização da economia”¹⁴⁴ assim como o surgimento de novos centros de poder fora do alcance do controle político, gerou uma série de perplexidades e questionamentos

140 MARQUES NETO, Agostinho Ramalho [et al.]. **Canotilho e a Constituição Dirigente**. 2 ed. Org. MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. Rio de Janeiro, Renovar, 2005, p. 35.

141 NEVES, Marcelo. Op. cit., p. 188. Como enfatiza Bolzan de Moraes “não podemos abandonar a certeza de que, com os matizes necessários, o constitucionalismo desempenhou/desempenha – talvez por isso mesmo tantos se empenham em desacreditá-lo – se não para o desenvolvimento, para o asseguramento de parâmetros mínimos de vida social democrática.” BOLZAN DE MORAIS, José Luis. Constituição ou barbárie: perspectivas constitucionais. In: **A Constituição Concretizada**. Org. SARLET, Ingo Wolfgang. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 13.

142 BONAVIDES, Paulo. **Do País Constitucional ao País Neocolonial**: A derrubada da Constituição e a recolonização pelo golpe de Estado institucional. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 8 e 9.

143 BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 8.

144 FARIA, José Eduardo. Globalização, Soberania e Direito. In: **Constituição e Democracia**. Org. MAUÉS, Antoni G. Moreira. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 142.

acerca da eficiência do direito moderno enquanto instrumento de solução de conflitos¹⁴⁵.

Aliem-se a essas transformações de ordem fática, as reflexões no âmbito científico e filosófico que também têm influenciado mudanças nos paradigmas jurídicos¹⁴⁶. Os postulados da ciência moderna são reformulados: o que antes era tido como certo, determinado, absoluto, ordenado, necessário, passa a ser visto como incerto, provável, imprevisível, relativo, desordenado, acidental¹⁴⁷. O postulado da neutralidade científica assentado na separação sujeito/objeto é contestado face as teorias que admitem ser impossível conhecer um objeto sem que o sujeito interfira no resultado desse conhecimento¹⁴⁸.

No âmbito filosófico, assinala-se o profundo ceticismo quanto aos princípios informadores da ordem social, com “a instalação do 'caos' ontológico, isto é, ausência de postulados valorativos para toda sociedade, aumentando a incredulidade nas metanarrativas”¹⁴⁹.

Esse modelo de organização social em vigor juntamente com as tendências teóricas e filosóficas críticas do paradigma da modernidade, tem sido designado por alguns autores de pós-modernidade. Na síntese de Cláudia Marques, ela representa:

Uma tentativa de descrever o grande ceticismo, o fim do racionalismo, o vazio teórico, a insegurança jurídica que se observa efetivamente na sociedade, no modelo de Estado, nas formas de economia, na ciência, nos princípios e valores do nosso povo [...].¹⁵⁰

Um dos efeitos negativos da sociedade pós-moderna, segundo Walber Moura, é a presença da dessubstancialização dos parâmetros de sociabilidade e de convivência solidária, o que tende a aumentar potencialmente os conflitos sociais por falta de critérios

145 DINIZ, Antonio Carlos de Almeida. O Direito entre o Moderno e o Pós-moderno: perspectivas e desafios. In: **Perspectivas Atuais da Filosofia do Direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 301 e ss.

146 Paradigmas, na acepção de Thomas Kuhn, são “realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência”. KUHN, Thomas S. **A Estrutura das Revoluções Científicas**. São Paulo: Perspectiva, 1997, p. 13.

147 SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente**: contra o desperdício da experiência. 6 ed. São Paulo: Cortez, 2007, p. 70.

148 SANTOS, Boaventura de Sousa. Op. cit., p. 82.

149 AGRA, Walber de Moura. Pós-modernidade, crise do Estado Social de Direito e crise na legitimação da jurisdição constitucional. In: **Constitucionalismo e Estado**. Orgs. ALMEIDA FILHO, Agassiz e PINTO FILHO, Francisco Bilac Moreira. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 231.

150 MARQUES, Cláudia Lima. A crise científica do Direito na pós-modernidade e seus reflexos na pesquisa. **Arquivos do Ministério da Justiça**, n. 189, 1998, p. 53.

materiais capazes de normatizar as relações e atender à variabilidade de expectativas sociais¹⁵¹.

Nesse aspecto negativo, o discurso pós-moderno aproxima-se do discurso neoliberal, já que ambos “procuram romper com a racionalidade ética e com a dimensão histórica de seus postulados teóricos, assentando-se sobre uma antropologia de interesses e de uma visão fragmentária da sociedade”¹⁵², articulando-se tanto um como outro sem referência a princípios ou a valores.

É por isso que a idéia de constituição como estatuto jurídico de uma comunidade política e projeto de sociabilidade pautado em certos princípios éticos humanitários e transformadores¹⁵³ passa a representar para os críticos pós-modernos mero idealismo incapaz de corresponder à realidade atual das sociedades hipercomplexas e auto-reguladas.

A pós-modernidade, embora seja produto do desenvolvimento do capitalismo nos países centrais, chega à periferia mundial, notadamente sob seus efeitos negativos do neoliberalismo e da dessubstancialização e desregulamentação jurídicas. Nesses contextos, tais efeitos são acentuados haja vista o descumprimento das promessas da modernidade pela ausência de realização do Estado de bem estar social e pela falta de democratização política¹⁵⁴.

Pode-se mesmo afirmar que, nos países periféricos, a pós-modernidade operacionaliza o golpe de Estado institucional, ou seja, a dissolução de fato das instituições do Estado Democrático de Direito ainda que estas permaneçam nominalmente existentes¹⁵⁵ e também agrava o Estado de Necessidade Social¹⁵⁶, uma situação de constante violação aos direitos fundamentais básicos da pessoa humana, a que está submetida a grande

151 AGRA, Walber de Moura. Op. cit., p. 232.

152 ALBUQUERQUE, Newton de Menezes. Neoliberalismo e desconstrução da razão democrática no Estado periférico brasileiro. In: **Diálogos Constitucionais: Direito, Neoliberalismo e Desenvolvimento em Países Periféricos**. Orgs. MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson e LIMA, Martônio Mont'Alverne Barreto. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 388.

153 BOLZAN DE MORAIS, José Luis. Crises do Estado, democracia política e possibilidades de consolidação da proposta constitucional. In: **Diálogos Constitucionais: Direito, Neoliberalismo e Desenvolvimento em Países Periféricos**. Orgs. MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson e LIMA, Martônio Mont'Alverne Barreto. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 261.

154 ALBUQUERQUE, Newton de Menezes. Op. cit., p. 392.

155 BONAVIDES, Paulo. **Do País Constitucional ao País Neocolonial**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 24.

156 Expressão desenvolvida por Graça Gurgel, para quem o Estado de Necessidade Social contrapõe-se ao Estado de Bem Estar e se configura por “lesões ou danos produzidos por ações ou omissões que contrariam as necessidades básicas do homem [...]”. MARQUES GURGEL, Maria da Graça. O Princípio da Proporcionalidade e o intervencionismo estatal: contribuição de um ponto de vista hermenêutico. **Revista da ESMAL**, n. 1, 2002, p. 237.

maioria da população das sociedades periféricas.

Para além do diagnóstico descritivo da pós-modernidade e do levantamento de seus impactos na (des)ordem social contemporânea, vários movimentos e tendência teóricas se apresentam como propostas alternativas à superação do negativismo pós-moderno e de seus efeitos desagregadores do tecido social¹⁵⁷.

Boaventura dos Santos, que se intitula pós-moderno de oposição, propõe o resgate da proposta de emancipação moderna pela revalorização do princípio da comunidade, baseado na democracia, participação e solidariedade¹⁵⁸.

Para Enrique Dussel, em tempos de globalização, exclusão e negação da vida digna a milhares de pessoas, importará uma tomada de posição ética centrada na produção, desenvolvimento e reprodução da vida humana¹⁵⁹. Uma eticidade que, capaz de ultrapassar o ceticismo filosófico pós-moderno, estabelecendo como princípio material a dignidade da pessoa humana, também avance substituindo a subjetividade moderna solipista pela intersubjetividade, como princípio formal de validade das discussões éticas¹⁶⁰, possibilitando o respeito a diversos âmbitos de pluralismo social e o exercício da democracia.

Assevera ainda Walber de Moura que uma das saídas para o enfrentamento das crises provocadas pela pós-modernidade, como a crise do Estado Democrático e Social, deverá passar pela realização efetiva dos direitos fundamentais em todas as suas dimensões¹⁶¹.

É justamente nesse contexto de desagregação social e invasão da lógica econômica sob os demais setores da vida em sociedade que o discurso e a prática constitucionalista de efetivação dos direitos fundamentais e do exercício da democracia assumem relevância entre as alternativas de superação dos feitos negativos da pós-

157 Um registro interessante sobre o nível dos movimentos sociais e da busca por alternativas ao “caos” generalizado nas esferas sociais provocado pela pós-modernidade, consta no relatório do Fórum Mundial das Alternativas, **A Mundialização das Resistências: o estado das lutas 2003**. Org. AMIN, Samir. São Paulo: Cortez, 2003. Trata-se de um manifesto crítico contra o “pensamento único” da irreversibilidade e impotência diante dos fenômenos da globalização e do neoliberalismo com apresentação de propostas concretas que requerem o engajamento em lutas sociais e a tomada de decisões políticas na construção de uma sociabilidade mundial mais humana e solidária.

158 SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente**: contra o desperdício da experiência. 6 ed. São Paulo: Cortez, 2007, p. 75.

159 DUSSEL, Enrique. **Ética da Libertação**: na idade da globalização e da exclusão. 3 ed. Petrópolis: Vozes, 2007, p. 17.

160 DUSSEL, Enrique. Op. cit., p. 63.

161 AGRA, Walber de Moura. Op. cit., p. 251.

modernidade neoliberal¹⁶².

Em tempos de dissolução da teoria constitucional ou de sua reformulação adaptativa às circunstâncias pós-modernas, que ecoam sobretudo das sociedades mais desenvolvidas, destaca-se como contra discurso aos motes de “dessubstancialização da ordem jurídica” e “desconstitucionalização de diversas matérias de regulação social”, o paradigma neoconstitucionalista.

O neoconstitucionalismo diferencia-se do constitucionalismo porque não apenas se refere a determinada ideologia de exercício do poder político e de proteção dos direitos fundamentais, mas também apresenta-se como uma teoria e uma metodologia¹⁶³ características de um novo modelo de direito instituído com a redemocratização dos países europeus continentais e que foi plasmado na fórmula do Estado Constitucional Democrático¹⁶⁴.

As constituições desse período e as que se seguiram, caracterizavam-se pelo amplo elenco de direitos fundamentais e pela inserção de diversos valores como a dignidade da pessoa humana, a solidariedade e justiça social, na forma de princípios jurídicos, os quais passaram a constituir o “*ethos*” democrático¹⁶⁵, ou o conjunto de “*standards* morais”¹⁶⁶ legitimadores da ordem jurídica e da atuação estatal.

A nova configuração do Estado Constitucional, assentado na revalorização da pessoa humana e no sistema de proteção dos direitos fundamentais introduz uma concepção material ao direito que não se coaduna com os reducionismos formais ou procedimentais¹⁶⁷. Por outro lado, o princípio democrático se impõe como legitimante da ordem de domínio e legitimador do exercício político para o que se torna indispensável a existência de procedimentos juridicamente regulados que possibilitem a formação

162 PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. **La universalidad de los derechos humanos y el Estado Constitucional**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia., n. 23, 2002, p. 60.

163 COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. **Revista Isonomía**, n. 16, Abril, 2002, p. 96 e 97.

164 BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. **Revista Interesse Público**, Ano VII, 2005, n. 33, p. 15.

165 DUARTE, Écio Oto Ramos. Neoconstitucionalismo e Positivismo Jurídico: uma introdução ao neoconstitucionalismo e às formas atuais de positivismo jurídico. In: DUARTE, Écio Oto Ramos e POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e Positivismo Jurídico**: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição. São Paulo: Landy, 2006, p. 56.

166 MAIA, Antonio Cavalcanti. As transformações dos sistemas jurídicos contemporâneos: apontamentos acerca do neoconstitucionalismo. **Revista de Direito do Estado**, Ano 2, n. 5, jan/mar 2007, p. 248.

167 BOLZAN DE MORAIS, José Luiz José Luis e STRECK, Lenio Luiz. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**. 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 99.

democrática da vontade popular¹⁶⁸.

O neoconstitucionalismo enquanto teoria propõe-se a descrever esse processo de transformações operadas nos sistemas jurídicos após o incremento das “constituições invasoras” a partir da segunda metade do século passado¹⁶⁹. Nesse aspecto, enfatiza prioritariamente a força normativa da constituição e a conseqüente expansão da jurisdição constitucional assim como o desenvolvimento de uma dogmática específica para a interpretação das normas constitucionais dotadas de grande amplitude semântica e de abertura a postulados morais¹⁷⁰.

O acentuado conteúdo axiológico das constituições, ainda que recepcionados sob a forma de princípios jurídicos, dá origem ao modelo prescritivo de constituição, pelo qual esta é concebida não apenas como norma jurídica superior, mas também como norma axiológica suprema, “desse modo, a Constituição não exige somente o seu respeito, não é somente um vínculo negativo para o legislador, mas também impõe o seu desenvolvimento ou sua declinação positiva”¹⁷¹. Isso significa que mais do que limite e garantia, a constituição passa a representar meta e pauta normativa para a atuação estatal e conformação das relações sociais.

É assim que nos Estados Constitucionais contemporâneos, o discurso ético constitucionalista, pautado pela positivação dos direitos humanos, institucionaliza a moral crítica¹⁷² e contribui para estreitar a relação entre o direito posto e o direito ideal, de tal forma que “a justiça se transforma em um dos elementos de validade do direito positivo”¹⁷³. O que implicará no abandono de alguns postulados positivistas como o conceito meramente descritivo do direito, a tese da neutralidade valorativa e da completa discricionariedade judicial.

Por isso, o neoconstitucionalismo também se apresenta como uma metodologia pós-positivista “que busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto,

168 CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 100.

169 COMANDUCCI, Paolo. Op. cit., p. 97.

170 BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., p. 17.

171 POZZOLO, Susanna. O Neoconstitucionalismo como *último* desafio ao Positivismo Jurídico. In: DUARTE, Écio Oto Ramos e POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e Positivismo Jurídico**: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição. São Paulo: Landy, 2006, p. 56.

172 PULIDO, Carlos Bernal. Refutación y defensa del Neoconstitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel. **Teoría del Neoconstitucionalismo**: ensayos escogidos. Madrid: Editorial Trotta, 2007, p. 302.

173 POZZOLO, Susanna. Op. cit., p. 83.

procura empreender uma leitura moral do direito sem recorrer a categorias metafísicas”¹⁷⁴, assinalando a importância da contenção do arbítrio e voluntarismos judiciais. A abertura do direito à moral requer cada vez mais, no âmbito do Estado Democrático de Direito, que as decisões públicas sejam justificadas racionalmente, possibilitando o debate e o controle intersubjetivo¹⁷⁵.

Ressalte-se ainda que como ideologia ou filosofia política, o paradigma neoconstitucionalista concebe o Estado Constitucional contemporâneo, com sua ênfase na efetivação dos direitos fundamentais e na defesa do regime democrático, como modelo de Estado e de direito justos¹⁷⁶. Daí porque valoriza de forma positiva o processo de constitucionalização abrangente provocado pelo modelo prescritivo de constituição, destacando os mecanismos e garantias para efetivação dos direitos fundamentais e acentuando que a atividade legislativa e judicial deve precipuamente, ser direcionada à concretização e garantia de tais direitos¹⁷⁷.

Nesse quadro paradigmático neoconstitucionalista, onde a constituição é ainda concebida como pacto social em torno de uma sociabilidade solidária e emancipatória, cujos aspectos fundamentais devem permanecer imunes aos casuísmos e contingências do jogo político das maiorias¹⁷⁸, é que se poderá encontrar subsídios para uma teoria constitucional brasileira adequada em tempos de pós-modernidade periférica obstrutiva tanto da fruição generalizada dos direitos fundamentais básicos, quanto da consolidação da democracia.

À luz do neoconstitucionalismo, as dimensões substancial e procedimental da constituição encontram-se em relação de complementaridade e não de oposição. O vetusto debate na doutrina constitucionalista brasileira entre substancialismo e procedimentalismo deve ceder espaço à concepção de que a constituição é tanto pacto sócio-político conformador de um horizonte convivencial segundo valores dominantes numa comunidade política, como processo inacabado, ordem aberta estruturalmente - porque não determina de forma específica decisões concretas a serem tomadas pelo processo político - e

174 BARROSO, Luís Roberto Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. **Revista Interesse Público**, Ano VII, 2005, n. 33, p. 16.

175 DUARTE, Écio Oto Ramos. Op. cit., p. 58.

176 MAIA, Antonio Cavalcanti. As transformações dos sistemas jurídicos contemporâneos: apontamentos acerca do neoconstitucionalismo. **Revista de Direito do Estado**, Ano 2, n. 5, jan/mar 2007, p. 261.

177 COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. **Revista Isonomía**, n. 16, Abril, 2002, p. 100.

178 VIANA, Werneck Luiz [et al]. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 42.

materialmente¹⁷⁹ - em virtude do alto grau de abstração e amplitude semântica de seus preceitos - que depende dos procedimentos democráticos para se concretizar.

E a teoria constitucional brasileira adequada não poderá dispensar a análise dessas duas dimensões constitucionais, seja porque ambas encontram assento no conteúdo da Constituição de 1988, seja em razão da realidade jurídico-constitucional brasileira que revela um déficit de realização tanto da dimensão substancial, quanto da dimensão procedimental da constituição.

179 SCHNEIDER, Hans Peter. **Democracia y Constitución**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 50.

CAPÍTULO II

A DIMENSÃO SUBSTANCIALISTA DA CONSTITUIÇÃO

2.1. Substancialismo *versus* procedimentalismo: os termos da dicotomia

A oposição entre esses dois eixos analíticos foi proposta pela primeira vez na doutrina brasileira por Werneck Viana quando analisava as propostas teóricas de alguns autores acerca do papel da jurisdição constitucional no contexto do Estado Democrático e Social de Direito¹⁸⁰. A discussão doutrinária surge basicamente em razão do cenário institucional em vigor, em que as Constituições, interlocutoras da queda da separação entre Estado e Sociedade, estabelecem além dos instrumentos para a gestão política estatal, metas, finalidades e valores a serem respeitados e perseguidos pelos poderes públicos e pela coletividade.

Assim, de um lado, encontra-se a corrente substancial, cujas concepções teóricas afirmam terem as constituições fixado limites e imposições à atuação política estatal por meio da positivação de ideais de justiça e de metas destinadas a alcançá-los, de forma que as atividades dos órgãos públicos que resultarem em desvios ou mesmo omissões normativas ou fáticas necessárias ao cumprimento da finalidades constitucionais, devem passar pelo crivo do controle de constitucionalidade realizado pela jurisdição constitucional.

As implicações entre direito e política, autorizariam, assim, a “judicialização da política” pela qual o Judiciário, assumindo mais do que as funções de *check and balances* entre os poderes, apresenta-se como guardião e intérprete de uma vontade geral implícita contida nos textos constitucionais e em seus princípios, não sujeita às intempéries da lutas políticas¹⁸¹.

Os substancialistas defendem que os limites constitucionais impostos à regra político-democrática da maioria, contribuem para fortalecer a relação entre constituição e democracia, ao que subjaz uma postura crítica em relação aos desvios da democracia

180 VIANA, Werneck Luiz [et al]. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 24. Conferir também STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica em crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 6 ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2005, p. 40.

181 VIANA, Werneck Luiz. Op. cit., p. 37-38.

representativa e uma valorização da igualdade material e da democracia social. Preconiza-se, então, um papel destacado ao Poder Judiciário na garantia e concretização dos direitos fundamentais, inclusive daqueles direitos prestacionais básicos¹⁸².

No pólo oposto, a corrente procedimentalista critica tanto o fato do intervencionismo constitucional na regulamentação dos diversos âmbitos da vida comunitária como a atuação jurisdicional interventiva que acabam por destituir o campo reservado às deliberações políticas (cidadania ativa) em prol do paternalismo estatal (cidadania passiva)¹⁸³. A autonomia individual e coletiva que deveriam estar na base da adoção desta ou daquela medida para o bem estar social são impedidas de desenvolver-se face a imposição a *priori* de determinadas formas de sociabilidade.

Destarte, as amplas regulações sociais empreendidas pelas constituições contemporâneas, assim como a exigência do cumprimento dos preceitos constitucionais pela via judicial, são vistas como óbices ao exercício da democracia. E a judicialização da política representará, ao seu turno, a dissolução do espaço público democrático¹⁸⁴.

Por isso, a tarefa da jurisdição constitucional não pode ir tão longe de forma a ameaçar a própria legitimidade democrática do direito, devendo seu controle estar restrito a garantia dos procedimentos democráticos e dos direitos fundamentais a eles diretamente relacionados.

Opõem-se, de um lado, uma desconfiança declarada quanto aos resultados da democracia representativa e à capacidade de auto-regulação social justas, em épocas que o valor predominante nas relações sociais é o da eficiência econômica, e de outro, uma confiança generalizada de que os indivíduos sejam capazes de, no embate político cotidiano, deliberar entre si sobre o bem e o justo para a comunidade. Em um pólo, a visão de que o aparato jurídico converge para a transformação da realidade social; no oposto, a idéia de que o direito assegura apenas o espaço político onde as mudanças sociais podem acontecer.

Em que pese as divergências, ambas as teses reconhecem a importância da justiça constitucional nos Estados democráticos e a função que lhe é devida na garantia da autonomia individual e da cidadania¹⁸⁵. Assumem ainda em comum a abertura e indeterminação dos preceitos constitucionais que reclamam concretização posterior, mas

182 STRECK, Lenio Luiz. Op. cit., p. 13.

183 VIANA, Werneck Luiz. Op. cit., p. 23 e ss.

184 STRECK, Lenio Luiz. Op. cit., p. 13.

185 VIANA, Werneck Luiz. Op. cit., p. 24.

divergem, ressalte-se, quanto ao órgão que deverá especificar e executar determinados conteúdos constitucionais¹⁸⁶.

Se já afirmamos a inadequação de uma teoria exclusivamente procedimental no paradigma neoconstitucionalista, também não deixamos de ressaltar a importância da participação cidadã nos procedimentos deliberativos para a consolidação da democracia.

Em verdade, é preciso reconhecer que tanto as teses substancialistas quanto procedimentalistas possuem bons argumentos para a defesa do Estado Democrático de Direito. Em favor do substancialismo, está a defesa peremptória dos direitos fundamentais, a ênfase na democracia social e o reforço à força normativa da Constituição através da atuação abrangente da jurisdição constitucional.

Já o procedimentalismo põe em evidência a legitimação democrática das decisões públicas, a importância dos direitos à participação nos procedimentos, a ampliação da cidadania política ativa, bem como ainda alerta para os perigos dos ativismos judiciais que se assenhoram da lei e da Constituição, pondo em risco as bases da ordem democrática.

Cumpramos ressaltar por outro lado, que também uma e outra corrente, ao priorizarem exclusivamente certos aspectos, ora materiais, ora procedimentais característicos do Estado Democrático de Direito, tornam vulnerável a própria realização deste modelo jurídico-político de convivência social.

Embora seja certo que partidários do substancialismo no Brasil não excluem a importância dos procedimentos para a tomada de decisões político-constitucionais¹⁸⁷, a ênfase na atuação interventiva da justiça constitucional, para o que se recorre à legitimidade democrática material¹⁸⁸ deste órgão para a efetivação dos direitos fundamentais, além de concentrar a discussão da democracia ao seu aspecto social em detrimento do seu aspecto político¹⁸⁹, também não busca desenvolver ou aprofundar fundamentos e critérios que compatibilizem o controle de constitucionalidade com as exigências do regime democrático.

Sendo forçoso reconhecer que o Estado Democrático de Direito não pode

186 HENNIG LEAL, Mônia Clarissa. **Jurisdição Constitucional Aberta**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 95.

187 STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica em crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 6 ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2005, p. 53, nota de rodapé, 74.

188 Sobre a qual trataremos mais adiante ainda neste capítulo.

189 BERCOVICI, Gilberto. Democracia, Inclusão Social e Igualdade. In: **Direito, Estado e Democracia: entre a (in)efetividade e o imaginário social**. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, v. I, n. 4, Porto Alegre, 2006, p. 165.

funcionar sem a justiça constitucional e que dela não se prescinde para colmatar o conteúdo dos direitos fundamentais, a questão principal que se impõe é a de como esse controle e essa atividade de dar sentido aos textos constitucionais pode se realizar sob uma perspectiva democrática¹⁹⁰.

De outro modo, também não se pode categorizar as teses procedimentalistas como absolutamente formais, já que, como no procedimentalismo habermasiano, há um nítido compromisso com direitos e liberdades individuais e políticas, defendendo-se, inclusive, uma atuação pró-ativa da jurisdição constitucional para garanti-los. O problema reside em que, e aqui concordamos com a crítica de Lenio Streck, em idealizar o procedimento como único princípio operacionalizador da democracia, restringindo-se o sentido desta ao seu aspecto político.

Percebe-se, assim, que uma das questões fulcrais que denota a insuficiência da unilateralidade de ambas as teses, refere-se a redução do conceito de democracia a algum de seus aspectos. Consoante a lição de Afonso da Silva, a democracia “não é um mero conceito político abstrato e estático, mas é um processo de afirmação do povo e de garantia dos direitos fundamentais, que o povo vai conquistando no decorrer da história”¹⁹¹.

Está intrinsecamente ligado à forma compartilhada de exercer o poder na convivência social¹⁹². Destina-se a liberar o indivíduo das coações autoritárias, de todas as formas de opressão e dominação, possibilitando-lhe participar do processo de instituição das normas que em diversos âmbitos sociais ele é obrigado a observar¹⁹³.

Na medida em que os diferentes focos de poder vão sendo reconhecidos no processo histórico de desenvolvimento das relações humanas, a liberação democrática pretendida deve, então, incidir sobre todas as suas formas de manifestação, seja do poder político, do poder econômico ou do poder social¹⁹⁴. É nesse sentido que se poderá falar em

190 HENNIG LEAL, Mônia Clarissa. Op. cit., p. 95.

191 SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 130.

192 SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice: O social e o político na pós-modernidade**. 7 ed. Porto: Afrontamento, 1994, p. 271.

193 SANTOS, Boaventura de Sousa. Op. cit., p. 271.

194 SILVA, José Afonso da. Op. cit., p.137. Nas palavras de Georges Burdeau “uma sociedade democrática é, pois, aquela em que se excluem as desigualdades devidas aos azares da vida econômica, em que a fortuna não é uma fonte de poder, em que os trabalhadores estejam ao abrigo da opressão que poderia facilitar sua necessidade de buscar um emprego, em que cada um enfim, possa fazer valer um direito de obter da sociedade uma proteção contra riscos da vida. A democracia social tende, assim, a estabelecer entre os indivíduos uma igualdade de fato que sua liberdade teórica é impotente para assegurar.” BURDEAU, Georges **A democracia**. 3 ed. Publicações Europa-América, 1975, p. 44, citado por SILVA, José Afonso da. Op. cit., p.138.

democracia política, econômica e social¹⁹⁵.

Essa ampla dimensão da democracia, que encontra assento no modelo de Estado democrático brasileiro, evidencia uma inelutável interdependência entre os princípios da liberdade, igualdade (não apenas formal, mas também material) e o princípio democrático. É que, para o exercício partilhado do poder requer-se a consideração de que todos os indivíduos são livres e estão em igualdade de condições para deliberar¹⁹⁶. Por outro lado, sem liberdade, igualdade e democracia são precárias, o poder se concentra nas mãos de alguns (oligarquia ou monocracia) e logo sobressaltam os níveis de desigualdades entre os indivíduos¹⁹⁷.

Sem igualdade, a democracia se converte em apropriação particular do poder que é exercido em benefício de tratamentos desiguais e os privilégios põem em risco o próprio desenvolvimento da democracia e da liberdade. Se falta democracia, a igualdade será o que o grupo dominante impuser e a liberdade perde sua garantia eficaz de que limitações ao seu conteúdo são de origem popular e consensual¹⁹⁸.

Liberdade e igualdade consistem em regras de fundo que estabelecem o conteúdo da ordem jurídica - ou que, na acepção de Luigi Ferrajoli, ditam o que pode ou não pode ser decidido e também o que não pode deixar de ser decidido no Estado de Direito¹⁹⁹-, e democracia reside numa regra de forma, que determina o *modos faciendi*²⁰⁰, ou seja, estabelece quem e como se deve decidir numa comunidade política²⁰¹.

Se se pretende a otimização de cada um desses princípios, será necessário admitir um condicionamento recíproco entre os mesmos²⁰². Como observa Pontes de Miranda a história jurídico-política de implantação desses princípios demonstra o fracasso e a

195 Nesse sentido, Boaventura dos Santos afirma que uma nova teoria da democracia deverá propor a repolitização global das práticas sociais que prevê a ampliação do espaço de cidadania para além do espaço político-estatal, abrangendo o âmbito doméstico, o das relações de produção econômica e o das relações a nível mundial. Cf. SANTOS, Boaventura de Sousa. Op. cit., p. 271.

196 MIRANDA, Pontes de. **Democracia, Liberdade e Igualdade**: os três caminhos. 1 ed. Campinas: Bookseller, 2002, p. 95

197 MIRANDA, Pontes de. Op. cit., p. 184.

198 MIRANDA, Pontes de. Op. cit., p. 184-185.

199 FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón**. Teoría del garantismo penal. Madri: Editorial Trotta, 2000, p. 856 e 864.

200 MIRANDA, Pontes de. Op. cit., p. 145.

201 FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., p. 858.

202 Esse já era o pensamento de Pontes de Miranda na década de quarenta, antes mesmo do surgimento das constituições do segundo pós-guerra que deram início a essa pretensão conciliatória entre tais princípios.

instabilidade dos regimes que se concentraram em um ou apenas dois desses aspectos, em detrimento de algum deles, ressaltando que “sempre que se cancela dois dos lados, o resto cria absolutismo”²⁰³.

A discussão entre procedimentalismo e substancialismo, impondo de certa forma uma alternativa entre os caminhos liberdade, igualdade e democracia, parece não considerar a tentativa do modelo jurídico político vigente em muitos países ocidentais e ocidentalizados, como é o caso do Brasil, de conciliar e equilibrar essas três dimensões.

Nessa perspectiva, há que se rechaçar “o mito da tensão irreconciliável”²⁰⁴ entre direitos fundamentais e democracia que, como já ensinava Pontes de Miranda, serve mais aos interesses egoístas de uma parcela da humanidade, do que de uma impossibilidade teórica e prática de se pensar e realizar simultaneamente, liberdade, igualdade e democracia²⁰⁵.

2.2. A Constituição como ordem jurídica fundamental nas sociedades pluralistas

Temos afirmado na esteira de Konrad Hesse que o que vem a ser uma constituição e qual o seu papel a ser desempenhado numa comunidade política só pode ser determinado tendo em vista uma constituição histórica concreta. O modelo político-constitucional vigente no paradigma neoconstitucionalista aponta para a impossibilidade de se compreender a constituição como mero estatuto organizativo do Estado e de seus órgãos.

Também esse modelo não permite o esgotamento do significado da constituição como instrumento regulatório de procedimentos de decisão e ação política²⁰⁶. Ao contrário, vem ratificar a necessidade de se buscar compreender a constituição e seus preceitos a partir de uma conexão com a “realidade política, econômica, social e cultural que lhe é subjacente e que é uma realidade não apenas de fatos, como ainda de opiniões, ideologias, de posturas políticas, cultura cívica [...]”²⁰⁷. O que somente pode ser feito através de uma teoria material da constituição. E desta se derivam duas concepções fundamentais.

203 MIRANDA, Pontes de. Op. cit., p. 145.

204 STRECK, Lenio Luiz. A concretização de direitos e a validade da tese da constituição dirigente em países de modernidade tardia. In: **Diálogos Constitucionais**: Brasil/Portugal.Orgs. AVELÁS NUNES, António José e MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 320.

205 MIRANDA, Pontes de. Op. cit., p. 103.

206 SCHNEIDER, Hans Peter. **Democracia y Constitución**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 40.

207 MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 353.

A primeira é que a constituição reflete os condicionamentos de uma forma concreta de organização política com seu substrato de concepções sociais, culturais e axiológicas²⁰⁸, que tem por objetivo “unir a pluralidade de interesses, aspirações e modos de comportar-se existente na realidade da vida humana para a atuação e atividade uniforme”²⁰⁹. Dessa forma, é vista como elemento determinado e determinante da realidade histórica subjacente, é espelho, mas também luz²¹⁰. Seu caráter transformador resultará da disposição dos partícipes da vida político-constitucional de orientar suas condutas em conformidade ao que ela ordena e da vontade em concretizá-la.²¹¹

A unidade política a que visa a constituição, não se confunde, porém, com uma unidade substancial, étnica, ideológica ou religiosa, tampouco surge com pressuposto abstrato da entidade estatal, é unidade de ação consentida e aprovada que torna possível a existência de decisões obrigatórias em determinados territórios²¹².

Também não significa a produção de uma concordância geral e harmônica que se evidencia no texto constitucional, nem a eliminação de conflitos, divergências e diferenciações presentes no complexo tecido social. Estes são inevitáveis nas relações humanas e necessários para a adaptação e transformações sociais. É justamente em razão da presença inelutável da conflituosidade na interação social que surge a necessidade de superá-la ou atenuá-la através de ações coordenadas que possibilitem a vida e a convivência humana pacífica²¹³.

A formação da unidade política, na concepção de Konrad Hesse, deve ser vista não como um dado natural, mas como um processo constante de mutação e integração das

208 HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, p. 15.

209 HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federativa da Alemanha**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 29.

210 HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 29.

211 Trata-se da “vontade de Constituição” que se assenta em três fatores: 1) na valorização da ordem constitucional como instrumento eficaz contra a instauração do arbítrio; 2) na compreensão de que a ordem estabelecida não é legitimada apenas por fatos, mas se encontra em constante processo de legitimação e 3) que a sua efetividade depende da atuação humana. Cf. HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, p. 15.

212 HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federativa da Alemanha**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 30.

213 HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federativa da Alemanha**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, p. 30.

relações humanas cooperativas²¹⁴. A constituição encerra a um só tempo, o elemento estático, o de previsibilidade da repetição da conduta humana concorde seus preceitos e o elemento dinâmico, de abertura, atualização das mudanças operadas na realidade social.

A segunda concepção decorrente da teoria material da constituição é que esta também consiste numa “ordem jurídica fundamental da coletividade”²¹⁵. Tal ordem encontra-se associada aos condicionamentos da realidade histórica subjacente, não se tratando de uma ordenação abstrata determinada transcendentemente, muito menos fechada ou estática, no sentido de já concluída²¹⁶. Ao contrário, assim como a unidade política que visa perpetuar, a ordem jurídica fundamental proposta em termos constitucionais também se apresenta como uma tarefa a ser perseguida, como um constante processo de manutenção e aperfeiçoamento, para o qual concorre de forma determinante a atuação humana concreta²¹⁷.

Dessa segunda concepção resultam dois fatores: o primeiro é o reconhecimento de que a constituição é uma ordem aberta, inacabada. O segundo é que ela possui realmente uma força normativa, só que esta não é dada *a priori*, dependerá sempre da articulação e existência de alguns pressupostos como a sua legitimidade material, a sua capacidade de adaptação e captação das mudanças sociais por meio da “abertura constitucional”²¹⁸, a previsão simétrica entre direitos e deveres, a sua realização prática por todos os partícipes da vida constitucional, baixo índice de revisão constitucional e interpretação constitucional submetida ao princípio da máxima efetividade da constituição²¹⁹.

Destarte, o que uma concepção material da constituição encerra, sinteticamente, é 1) que esta enquanto ordem jurídica fundamental da coletividade contém os princípios e diretrizes fundamentais para a atuação política estatal e comunitária, ou seja, é dotada de uma legitimidade material; mas também, e ao mesmo tempo, assegura por meio da sua estrutura aberta 2) a adaptação desta ordem, preservados o cerne de seus princípios fundamentais, às transformações históricas a que a realidade social está sujeita²²⁰.

214 HESSE, Konrad. Op. cit., p. 29.

215 HESSE, Konrad. Op. cit., p. 37.

216 HESSE, Konrad. Op. cit., p. 38.

217 HESSE, Konrad. Op. cit., p. 36.

218 A abertura da constituição pode ser compreendida sob diversos aspectos que serão analisados mais adiante.

219 HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, p. 20 e ss.

220 CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra:

E nisto também reside a dimensão substancial da constituição. Tal concepção nos termos até aqui desenvolvidos de forma alguma poderá confrontar-se ou incompatibilizar-se com o fato do pluralismo e da fragmentação de interesses, concepções e valores característicos das sociedades atuais.

A unidade política a que visa a constituição não pressupõe uma sociedade harmônica, substancialmente homogênea ou alheia a qualquer conflito, como foi ressaltado. Pressupõe notadamente o contrário, a ampla diversidade presente no tecido social. Por outro lado, esta necessita ser coordenada em nível sócio-político para garantir uma convivência pacífica, e uma tal coordenação em que se fixa os critérios básicos orientadores do agir político estatal e social é feita, desde o advento da modernidade, na forma de um diploma constitucional.

O que ele estabelece é sim, apesar da abertura que dele se exige, o que especificamente não pode ficar em aberto, ou seja, um núcleo duro, estável, de princípios diretivos e de procedimentos pelos quais se decidirá o que foi deixado em aberto, ambos protegidos contra os efeitos situacionais das lutas políticas cotidianas e sobre os quais não se pode mais discutir por elevarem-se a ditames e critérios materiais do Estado Democrático de Direito para a resolução dos conflitos sociais²²¹.

Isso significa assumir de antemão alguns pressupostos para a própria preservação do princípio pluralista, tais como: a existência de princípios balizadores da competição pacífica entre os indivíduos e sua aceitação social, a autonomia das diversas organizações sociais, a existência de relativa igualdade material entre os indivíduos e a possibilidade de que as decisões políticas sejam tomadas de forma integrativa evitando divisões irreduzíveis no tecido social²²².

E essa é uma posição que encontra respaldo no diploma constitucional brasileiro que busca conjugar, nas palavras de Afonso da Silva:

[...] a concepção de uma sociedade pluralista com as de uma sociedade livre, justa, fraterna e solidária (art. 3º, I), pois, se o pluralismo é uma concepção liberal, o solidarismo de fundo socialista, aponta para uma realidade humanista de fundo igualitário, que supõe a superação dos conflitos, e, assim, fundamenta a integração social, que evita os

Almedina, 2003, p. 1338.

221 HESSE, Konrad. Op. cit., p. 340.

222 SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 148.

antagonismos irreductíveis que destroem o princípio pluralista.²²³

2.3. A “ordem objetiva de valores” e seus problemas

O fato de a constituição jurídica estar delineada, segundo uma teoria material da constituição, pelo “substrato espiritual” (concepções sociais e axiológicas) integrante de determinada comunidade política, tem conduzido a tese defendida pelos substancialistas de que a constituição consiste numa ordem de valores que conforma a vida política e social e que demanda aplicação em todos os âmbitos do direito.

Com efeito, compreender a constituição em conexão com a realidade social implica considerá-la não apenas como um conjunto de normas positivadas dotadas de superioridade jurídica formal, mas também como reflexo dos condicionamentos fáticos e axiológicos vivenciados no horizonte comunitário. Disso resultam afastadas as concepções unilaterais da constituição que enfatizam ora o aspecto jurídico formal, ora o aspecto sociológico, ora seu aspecto axiológico²²⁴. Trata-se, na lição de Afonso da Silva, de compreender a constituição de forma estrutural em que todas essas dimensões possam integrar um todo²²⁵.

Nessa perspectiva é que se pode afirmar que a constituição é também, além de estatuto normativo que requer um mínimo de eficácia social, uma conexão de sentido informada pelo conjunto de valores fundamentais que ela mesma expressa²²⁶.

A idéia bastante difundida, especialmente em teoria dos direitos fundamentais, da constituição enquanto ordem objetiva de valores transcende a compreensão da assertiva acima ressaltada porque a ela acresce a força vinculante desse sistema valorativo a todos os poderes estatais²²⁷. Normas constitucionais que expressam tais valores, como as de direitos fundamentais, não se tratam apenas de proteção ou garantias individuais no sentido negativo, de limitação ou não interferência do poder estatal na esfera privada, mas se tratam, sobretudo, de imposições finalísticas dotadas de obrigatoriedade para a atuação de

223 SILVA, José Afonso da. Op. cit., p. 148.

224 Embora tais âmbitos possam ser estudados e analisados separadamente. Consultar SILVA, José Afonso da. Op. cit., p. 41.

225 SILVA, José Afonso da. Op. cit., p. 41.

226 SILVA, José Afonso da. Op. cit., p. 40.

227 E em muitos casos vinculam até particulares, como evidencia a discussão da eficácia dos direitos fundamentais entre os particulares. Cf. sobre o assunto, por exemplo, CRUZ, Luiz M. **La Constitución como orden de valores: problemas jurídicos e filosóficos**. Granada: s/e, p. 30 e ss.

todos os poderes do Estado²²⁸.

Em fundamento a essa concepção, o Tribunal Federal Constitucional Alemão, responsável pelo desenvolvimento inicial dessa tese, ainda na década de cinquenta do século passado, afirma ter a nova configuração do modelo jurídico-constitucional vigente naquele país estabelecido, em consonância com o pluralismo democrático que o instituiu, os valores fundamentais para a configuração do Estado que devem ser considerados como intangíveis²²⁹.

Notadamente os direitos fundamentais constituem essa ordem vinculativa e objetiva de valores fundada no livre desenvolvimento comunitário da pessoa humana e de sua dignidade, que tem como principal conseqüência reforçar a eficácia dos direitos fundamentais. Dessa concepção, também resulta a construção teórica da “eficácia irradiante” dos direitos fundamentais sobre todo o ordenamento jurídico que irá influenciar a interpretação e aplicação das leis infraconstitucionais, cuja validade passa a ser aferida também com relação à observância dos valores fundamentais da ordem constitucional²³⁰.

A Corte Constitucional transforma-se, assim, em “guardiã da constituição”, em primeiro defensor da tutela efetiva dos direitos fundamentais, através do esclarecimento de seu conteúdo normativo, de sua relação recíproca e dos pressupostos fundamentais de sua limitação²³¹.

Também em decorrência dessa unidade axiológica subjacente ao texto constitucional, e que se refere ao conteúdo dos direitos fundamentais, elabora-se a idéia de que na interpretação e aplicação de tais direitos, formulados de forma ampla e abstrata, deve-se levar em conta o conteúdo de todos os direitos postos em questão, que muitas vezes se contrapõem, para o que se exige o recurso a uma ponderação de bens e valores de forma a possibilitar uma concretização harmonizadora entre os valores constitucionais²³².

A concepção da ordem objetiva de valores proporciona ainda uma reformulação na doutrina dos direitos fundamentais sociais, pela qual se confere a estes, em se tratando de direitos básicos e essenciais para garantir a sobrevivência digna da pessoa (mínimo

228 CRUZ, Luiz M. **La Constitución como orden de valores: problemas jurídicos e filóficos**. Granada: s/e, p. 15.

229 CRUZ, Luiz M. Op. cit., p. 11.

230 CRUZ, Luiz M. Op. cit., p. 13.

231 CRUZ, Luiz M. Op. cit., p. 18.

232 HENNIG LEAL, Mônia Clarissa. **Jurisdição Constitucional Aberta**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 70-71.

existencial) e nos casos de omissão legislativa ou executiva, a plena justiciabilidade²³³.

Como se vê, todo esse complexo de interpretações e ilações acerca da idéia da constituição como ordem de valores, resultou numa ampliação da competência jurisdicional jamais vista, até então, em sistemas constitucionais romano-germânicos²³⁴, pois como assinala Mônia Leal, quase não há questão que não envolva direitos fundamentais e não caiba a intervenção da jurisdição constitucional²³⁵.

A tese da ordem objetiva de valores, embora tenha sido sedimentada no entendimento da Corte Constitucional Alemã, na doutrina que o seguiu²³⁶ e, posteriormente, tenha sido adotada em sede de teoria dos direitos fundamentais dando origem aos diversos efeitos e dimensões que a estes atualmente se reconhece, tem sido alvo de inúmeras críticas. Faz-se necessário listarmos algumas delas para ao final, fixarmos quais os limites e a importância dessa tese para a configuração da dimensão substancial da constituição.

Para Ingeborg Maus, a transformação da constituição numa ordem de valores e o expansionismo jurisdicional que dela deriva, acabam por inverter a lógica do processo democrático, de garantia de legalidade e de discussão pública acerca de valores e preferências sociais, em prol da “centralização da consciência social na justiça”, transferindo, assim, à justiça constitucional a função de administradora de uma moral pública objetiva, cuja própria existência é questionável em sociedades tão complexas como as atuais²³⁷.

Além do mais, segundo a autora, em se admitindo a remissão à valores e a introdução de ponto de vistas morais que autorizam a técnica da ponderação judicial, estar-se-ia abrindo as portas para a ditadura dos voluntarismos e subjetivismos judiciais²³⁸. Conferir à jurisdição constitucional a tarefa de zelar pelos preceitos morais da coletividade terá ainda o condão de legitimar a atuação desse órgão estatal, imunizando suas decisões

233 Ou seja, a possibilidade de que os mesmos venham a ser exigidos via Poder Judiciário. Conferir ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 2002, p. 499.

234 HENNIG LEAL, Mônia Clarissa. Op. cit., p. 78.

235 HENNIG LEAL, Mônia Clarissa. Op. cit., p. 81.

236 CRUZ, Luiz M. Op. cit., p. 19 e ss.

237 MAUS, Ingeborg. O Judiciário como superego da sociedade – sobre o papel da atividade jurisdicional na “sociedade órfã”. **Anuário dos Cursos de Pós-graduação em Direito**, n. 11, Recife, 2000, p.128.

238 MAUS, Ingeborg. Op. cit., p. 153.

contra quaisquer críticas²³⁹.

Jürgen Habermas critica a confusão, advinda da doutrina da ordem axiológica constitucional, entre valores e normas: os direitos de forma alguma “podem ser assimilados a valores”²⁴⁰, pondera o autor. Isso porque deles se extraem obrigações resultantes de expectativas generalizadas e porque possuem um sentido deontológico que implica numa orientação aplicativa binária: ou são válidos ou são inválidos²⁴¹. Já os valores são expressões de preferências compartilhadas de modo intersubjetivo e são realizados de acordo com um fim²⁴².

Os princípios jurídicos enquanto normas determinam o que deve ser feito de forma universal e incondicional, já os valores informam o que é recomendável em determinada forma de vida. Se os valores não podem informar o que é “bom para todos”, como no caso dos princípios jurídicos, as normas constitucionais com eles não devem ser confundidas²⁴³.

Direitos fundamentais integram o sistema constitucional de normas válidas e não uma ordem de valores fundada num consenso comunitário pela qual se autoriza o Tribunal Constitucional, por meio do recurso à ponderação, subtrair o caráter deontológico das normas constitucionais tornando-as em “bens teleológicos do direito”²⁴⁴.

Compreender dessa forma, seria o mesmo que aceitar o afrouxamento da estrutura deontológica das normas de direitos fundamentais e autorizar a formulação de juízos sentenciários arbitrários e irrefletidos, haja vista a ausência de critérios racionais para balizar o recurso à ponderação²⁴⁵.

Em sentido semelhante direciona-se a crítica de Friedrich Müller, para quem a expressão ordem de valores empregada pela Corte Constitucional Alemã, além de ser juridicamente supérflua, apenas propicia a abertura ao subjetivismo e irracionalismo, o que contraria a exigência do Estado Constitucional Democrático de se formular uma decisão objetivamente controlável no quadro da concretização da constituição e da ordem jurídica

239 MAUS, Ingeborg. Op. cit., p. 134.

240 HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre faticidade e validade. Volume I, 2 ed. Trad. Flávio Beno Siebeneicher. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, p. 315.

241 HABERMAS, Jürgen. Op. cit., p. 316.

242 HABERMAS, Jürgen. Op. cit., p. 316.

243 HABERMAS, Jürgen. Op. cit., p. 318.

244 HABERMAS, Jürgen. Op. cit., p. 320.

245 HABERMAS, Jürgen. Op. cit., p. 321-322.

infraconstitucional²⁴⁶. O conteúdo dos direitos fundamentais pode ser determinado com o recurso à metódica constitucional estruturante, tornando-se inútil e dispensável a remissão à valores ou à ponderação de bens²⁴⁷.

Robert Alexy enfrenta muitas dessas críticas, sintetizando-as em três espécies: 1) críticas de cunho filosófico; 2) críticas de cunho metodológico e 3) críticas de cunho dogmático²⁴⁸. O enfrentamento das objeções à tese da constituição como ordem de valores torna-se indispensável para o autor, porque a mesma em muito se assemelha a teoria dos princípios.

Os princípios são definidos como normas jurídicas que contém um dever ideal e exigem mais do que realmente é possível²⁴⁹. Implicam apenas razões *prima facie* para a formulação de juízos definitivos de deve ser²⁵⁰ e pressupõem um mandamento de otimização, ou seja, que eles devem ser cumpridos na maior medida possível dentro das possibilidades fáticas e jurídicas do caso concreto²⁵¹. Como em nível abstrato não é possível estabelecer relações de precedência entre princípios, dado o princípio da unidade da constituição, cada princípio limita juridicamente o cumprimento de outros, estando os mesmos, assim, sujeitos a uma contradição inerente a sua própria estrutura normativa (lei da colisão)²⁵².

Por isso, os princípios não admitem, no caso de conflitos entre si, e ao contrário do que defende Jürgen Habermas, a resposta do código binário (válido/inválido) tal qual aplicado no conflito entre regras. Por apresentarem uma dimensão de peso, admitem sim uma aplicação gradual, assim como os valores, que os submete à técnica da ponderação no seu momento aplicativo²⁵³. A diferença, então, entre princípios e valores reside apenas no

246 MÜLLER, Friedrich. **Discours de la Méthode Juridique**. Paris: Presses Universitaires de France, 1996, p.89.

247 MÜLLER, Friedrich. Op. cit., p. 89.

248 ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, p. 2002, p. 149.

249 ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 37.

250 ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 2002, p.86.

251 ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 37.

252 ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 2002, p. 91.

253 ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 2002, p. 91.

fato de que os primeiros têm caráter deontológico (determinam o que deve ser) e os últimos possuem caráter axiológico (indicam o que é bom). Em direito se trata do que é devido, mas também e especialmente nas normas de direitos fundamentais, estão refletidos padrões axiológicos²⁵⁴.

Nesse sentido, as objeções à ordem objetiva de valores afetam em boa medida a teoria dos princípios. As críticas do primeiro grupo, de cunho filosófico, são investidas contra a defesa da objetividade em matéria de concepções morais, tal como o faz Ingeborg Maus. Para Robert Alexy, a objetividade dos valores a que se reporta o Tribunal Constitucional não deve ser entendida como referência a uma concepção ontológica dos valores, como formulou Max Scheler, considerando os valores como objetos ou seres com existência própria a cujo conhecimento só se tem acesso por meio da intuição²⁵⁵.

A objetividade deve ser compreendida como possibilidade de fundamentação intersubjetiva desses valores através de um procedimento argumentativo que também pode ser racional²⁵⁶.

Ressalte-se também que a objetividade refere-se primordialmente à inserção de determinadas concepções axiológicas nos próprios textos constitucionais e como observa Mônia Leal, ela “não contempla, em princípio qualquer direito suprapositivo, pois ela não busca no direito natural a sua base, antes, pelo contrário, trata-se de uma operacionalização que se dá dentro do próprio sistema positivo [...]”²⁵⁷.

Em que pese o reconhecimento do pluralismo fático e do antagonismo de valores e interesses que marcam a sociedade de nossa época, não se pode negar a existência de um “ethos político-jurídico”²⁵⁸ contemporâneo forjado ao longo do processo histórico de lutas políticas e conflitos sociais que tem se consubstanciado na defesa dos direitos humanos e na limitação do poder político. Ainda que tendo incorporado dinamicamente outras dimensões e adquirido novos conteúdos, esses dois elementos, como temos afirmado, consistem naquilo que continuamente tem perseguido o constitucionalismo ocidental. E as constituições no paradigma neoconstitucionalista bem acolhem ambos os aspectos na

254 ALEXY, Robert. Op. cit., p. 147.

255 ALEXY, Robert. Op. cit., p. 150-151.

256 ALEXY, Robert. Op. cit., p. 151.

257 LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **Jurisdição Constitucional Aberta**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 68-69.

258 Expressão de Nelson Saldanha para se referir a uma concepção ético-política vigente. Cf. SALDANHA, Nelson. Ethos Político, Direitos e Cidadania. In: **Legitimação dos Direitos Humanos**. Org. TORRES, Ricardo Lobo. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 395.

enfática defesa dos direitos fundamentais e do regime democrático.

Não se pode olvidar que a implementação dos Estados Constitucionais Democráticos se deu sobretudo em contextos recém saídos de ditaduras, marcados por flagrantes violações aos direitos humanos, em que se almejava instaurar formas de sociabilidade mais humanitárias pautadas em valores éticos e políticos, como o respeito à dignidade da pessoa humana, a liberdade, a igualdade entre os indivíduos, a solidariedade, a justiça social e o exercício democrático do poder político. Por isso é que, as constituições, ao incorporarem tais conteúdos, não podem ser consideradas como axiologicamente neutras²⁵⁹.

A objetividade exsurge, assim, dos próprios textos constitucionais que, no paradigma neoconstitucionalista, representam, em seu aspecto axiológico, uma institucionalização dos direitos humanos presentes na moral crítica ocidental²⁶⁰.

Contudo, afirmar que o direito constitucional dos Estados Democráticos contemporâneos encerra em si o ideal do direito justo, encontrando-se legitimado pela ampla proteção que confere aos direitos fundamentais e ao regime democrático²⁶¹, como o faz a ideologia neoconstitucionalista, não significa, como entende Ingeborg Maus, imunizar contra críticas a atuação concreta dos poderes públicos que tenham por base a concretização de quaisquer desses valores constitucionais.

Primeiro porque, enquanto normas principiológicas, tais preceitos expressam um dever ideal e, portanto, determinam o que deve ser em uma medida maior do que realmente se pode efetivar. Seu cumprimento se dá de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas de um contexto situacional e isso exigirá sempre dos órgãos públicos responsáveis por sua concretização, inclusive a jurisdição constitucional, a justificação de suas decisões com base em argumentos racionais que possibilitem o controle público sobre as mesmas.

Segundo, é preciso reconhecer que tanto a indeterminação e amplitude semântica características das normas principiológicas como o fato de as mesmas não raramente albergarem interesses contraditórios²⁶², podem dá azo a decisões injustas e ilegítimas, o que demonstra, por outro lado, como salientam André Tavares e Pedro Buck, “que o

259 CRUZ, Luiz M. **La Constitución como orden de valores: problemas jurídicos e filosóficos**. Granada: s/e, p. 14.

260 PULIDO, Carlos Bernal. Refutación y defensa del Neoconstitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel. **Teoría del Neoconstitucionalismo: ensayos escogidos**. Madrid: Editorial Trotta, 2007, p. 303.

261 CABRAL PINTO, Luzia Marques da Silva. **Os limites do Poder Constituinte e a Legitimidade Material da Constituição**. Coimbra: Coimbra, Stvdia Ivridica 7, 1994, p. 142.

262 CABRAL PINTO, Luzia Marques da Silva. Op. cit., p. 142.

discurso dos direitos fundamentais, ao contrário da crença comum, não é suficiente para evitar a prática de atos espúrios. Tais podem ocorrer inclusive sob a chancela desse discurso.”²⁶³

Tendo em vista esses aspectos pode-se afirmar com Luigi Ferrajoli que a legitimação ético política do direito será sempre imperfeita²⁶⁴, deixando em aberto o canal para críticas. Daí, porque não nos afigura procedente a objeção de Ingeborg Maus quanto ao efeito legitimante *a priori* e acrítico conferido ao Judiciário para atuar em defesa dos valores constitucionais.

Outra espécie de crítica que Robert Alexy analisa diz respeito aos aspectos metodológicos. Segundo ele, essas objeções se concentram em dois questionamentos: 1) na impossibilidade da constituição ter estabelecido uma ordem hierárquica entre valores e 2) na ausência de critérios racionais para a prática da ponderação.

Em relação ao primeiro, a crítica é procedente já que a própria estrutura de princípios das normas de direitos fundamentais e outras que veiculam valores constitucionais inviabiliza uma ordenação hierárquica abstrata entre eles. Porém, pode-se estabelecer prioridade *prima facie* para determinados princípios e uma rede de decisões concretas de preferências, daí se poder falar em ordem “branda”, mas não hierárquica²⁶⁵.

Quanto à prática da ponderação, contra a qual se insurgem as mais duras críticas como vimos, Robert Alexy defende que o procedimento ponderativo é passível de controle objetivo e não resulta na admissão de voluntarismos e arbitrariedades na tomada de decisões judiciais.

Segundo a lei da ponderação²⁶⁶, o procedimento pode ser dividido em três etapas; primeiro, deve-se comprovar o grau de não cumprimento ou prejuízo ou restrição de um princípio; a seguir, comprova-se a importância do cumprimento do princípio oposto e depois se comprova se a importância do cumprimento do princípio oposto justifica ou não

263 BUCK, Pedro e TAVARES, André. Direitos Fundamentais e Democracia: complementaridade/contraditoriedade. In: **Direitos Humanos e Democracia**. Coords. Clémerson Merlin Clève *et al.* Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 174.

264 FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón**. Teoría del garantismo penal. Madri: Editorial Trotta, 2000, p. 887.

265 ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 2002, p. 156.

266 “Quanto mais alto é o grau do não-cumprimento ou prejuízo de um princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro.” Cf. ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 111.

cumprimento do outro²⁶⁷.

A crítica de irracionalidade quanto à técnica da ponderação seria procedente se não se pudesse pronunciar argumentos racionais quanto a esses três aspectos, o que de fato não acontece²⁶⁸. É verdade que a ponderação não conduz a um único resultado, nem elimina certa dose de discricionariedade judicial, mas “isso não é o mesmo que afirmar que se trata de método desprovido de parâmetros racionais.”²⁶⁹.

Vários modelos hermenêuticos foram criados pela doutrina constitucionalista para evitar o recurso à ponderação, como a proposta dos limites imanes dos direitos fundamentais, do conceitualismo e da hierarquização²⁷⁰.

Porém, as dificuldades, sejam para especificar o que se encontra ou não dentro dos limites imanes através de uma simples interpretação, seja para construir um determinado conceito para cada direito ou ainda para hierarquizar em ordem de importância os valores constitucionais (em vista do princípio da unidade da constituição) também não afastam, como pensam os críticos da ponderação, os riscos de imposição autoritária desta ou daquela concepção²⁷¹. Com efeito, tais propostas acabam realizando a ponderação de forma velada, dificultando seu controle²⁷².

O reconhecimento da necessidade de utilização da técnica ponderativa em muitos casos difíceis, além de evitar “as tentativas de ilidir colisões por construções de âmbitos de proteção estreitos”²⁷³, proporciona maior forma de controle sobre as decisões²⁷⁴, já que se exige a exposição da argumentação segundo a lei da ponderação, bem como o seu aprimoramento teórico²⁷⁵.

Outra ordem de críticas elencadas por Alexy são as de cunho dogmático. A teoria dos princípios, que incorpora a teoria dos valores, enfraquece a normatividade dos direitos

267 ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 2002, p. 161.

268 ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 111.

269 PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 273.

270 BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 57 e ss.

271 BARCELLOS, Ana Paula de. Op. cit., p. 298-299.

272 BARCELLOS, Ana Paula de. Op. cit., p. 299.

273 ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 66.

274 PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Op. cit., p. 274.

275 BARCELLOS, Ana Paula de. Op. cit., p. 298-299.

fundamentais e afeta a segurança jurídica pela incerteza que gera sobre o que determinam em definitivo as normas de direitos fundamentais²⁷⁶.

Entretanto, pelo modelo misto de Robert Alexy, nem todo direito fundamental está estruturado em princípios. Os direitos fundamentais são tomados em um modelo misto de regras e princípios, assegurando ao mesmo tempo, a previsibilidade (enquanto regras que determinam deveres definitivos) e flexibilidade (enquanto princípios) dos textos constitucionais²⁷⁷.

Também, ao contrário do que assevera Jürgen Habermas, por meio da ponderação a normatividade dos direitos fundamentais não é enfraquecida, mas sim reforçada, já que pela lei da ponderação, quanto maior a intensidade de intervenção nos seus âmbitos, menos autorizada ela estará e menor probabilidade terá de ser permitida, preservando, assim, a força normativa do direito fundamental em questão²⁷⁸.

É verdade que a tese da ordem axiológica presente no texto constitucional, como salienta Konrad Hesse, suscita mais questionamentos do que responde²⁷⁹. De fato, compreender a constituição enquanto ordem de valores poderia obnubilar sua normatividade e a constante referência que o diploma constitucional deve manter com a realidade social concreta e histórica. Daí porque ao invés de falar em ordem de valores, seja mais preciso, na esteira de Robert Alexy, compreender a constituição como um modelo tríplice de princípios, regras e procedimentos²⁸⁰, no qual os primeiros normalmente trazem uma referência explícita a valores.

Destarte, não se trata de expurgar os valores do discurso e das práticas decisórias jurídicas, até porque tal postura teria contra si mesma e a despeito de seus críticos, um argumento de cunho pragmático: a incontestável constatação de que “os sistemas jurídicos contemporâneos são estruturados por meio de normas abertas, que ostentam acentuada dimensão axiológica”²⁸¹ e que por isso “os argumentos morais são elementos

276 ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 2002, p. 170.

277 ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 2002, p. 129.

278 ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 115-116.

279 HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federativa da Alemanha**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 27.

280 Modelo que será melhor analisado no capítulo III. Cf. ALEXY, Robert. Sistema Jurídico, Princípios e Razón Prática. Revista **DOXA**, nº 5, 1998, p. 163.

281 PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Op. cit., p. 121.

inexpurgáveis da hermenêutica constitucional contemporânea.”²⁸².

Por fim, admitir que a constituição encerra uma unidade axiológica de sentido fundada nos princípios fundamentais do Estado Constitucional contemporâneo, há que se reconhecer que tal unidade será sempre concreta e não metafísica, que ela se encontra permanentemente aberta para assimilar as tendências e inclinações sociais em constante mutação, que ela é, sobretudo, pluralista porque acolhe concepções das mais diversas e por vezes contraditórias; enfim, que a harmonização desses valores representará muito mais uma tarefa a ser alcançada do que um dado naturalmente existente²⁸³.

2.4. Funções e Estrutura das Constituições nos Estados Constitucionais Democráticos

Em sua análise à Lei Fundamental de Bonn na Alemanha, Peter Schneider conclui que o significado da constituição não se esgota na regulação de procedimentos de decisões e ações estatais, nem tampouco se confunde com a finalidade de criar uma integração social harmônica, alheia a quaisquer conflitos²⁸⁴.

Ao invés disso, ela consiste num marco jurídico-político que visa proporcionar uma convivência social pacífica, através da consolidação da democracia, da vedação ao arbítrio, da limitação do poder político em prol das liberdades dos indivíduos e da obrigação geral em favor da solidariedade e da justiça social²⁸⁵.

Tais objetivos propostos pela ordem constitucional podem ser vistas como funções que a constituição vem a desempenhar na comunidade política em que é vigente. Desse modo, e com base no conteúdo específico do diploma constitucional alemão, o autor sublinha três funções básicas: a função democrática, a função do Estado de Direito e a função do Estado Social.

A função democrática refere-se ao modo como se dá a formação legítima da vontade política e a tomada de decisões no espaço público. É interposta como barreira aos totalitarismos ideológicos e às pretensões de verdade que por si só prescrevem condutas obrigatoriamente²⁸⁶. Nas palavras de Konrad Hesse, a ordem democrática exclui “[...] a

282 PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Op. cit., p. 121.

283 ANDRADE, José Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 2 ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 103

284 SCHNEIDER, Hans Peter. **Democracia y Constitución**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 40.

285 SCHNEIDER, Hans Peter. Op. cit., p. 41-42.

286 SCHNEIDER, Hans Peter. Op. cit., p. 45.

absolutização de toda pretensão de verdade e ela própria não está obrigada a nenhum ideal religioso ou ideológico determinado²⁸⁷.

Entretanto, ideologicamente neutro não significa vazio de conteúdo, não implica o relativismo da ordem constitucional porque ela também fixa os princípios limitadores do processo político democrático²⁸⁸.

Por outro lado, cabe à constituição a coordenação do poder político estatal, dessa forma, organiza competências, estabelece procedimentos e garante direitos, evitando, assim, o arbítrio estatal e possibilitando o exercício da liberdade. Essa é a função própria do Estado de Direito²⁸⁹.

Há ainda uma outra função da constituição que é a de estabelecer uma obrigação geral em favor da solidariedade e da justiça social, vinculativa ao Estado - no sentido de impor a este o dever de proteção, garantia e prestação de condições sociais mais igualitárias, através da planificação, direção e redistribuição – e também à coletividade, no sentido de consistir em parâmetro para o conteúdo dos direitos individuais, viabilizando o exercício dos mesmos de modo coletivo²⁹⁰.

Todas as três funções constitucionais se encontram conectadas, condicionadas umas pelas outras e se complementam entre si, sendo que a própria constituição apresenta uma estrutura específica que possibilita o cumprimento e a harmonização entre tais objetivos. Ela é, ao mesmo tempo, dinâmica, programática e fragmentária.

A sua estrutura dinâmica diz respeito a sua alterabilidade no tempo, que pode ser remetida tanto à expressa modificação de seu texto, por meio de emendas e no caso tendo sempre resguardados alguns princípios constitucionais fundamentais, quanto à complementação ao seu texto sempre que isto for possível por meio da interpretação²⁹¹.

A estrutura programática se trata da projetividade da constituição cujas normas configuram “um modelo de vida para a comunidade política orientado para o futuro”²⁹², pelo qual se estabelece fins, diretrizes, ideais e metas a serem perseguidos que em sua maioria não estão de todo presentes na realidade.

287 HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federativa da Alemanha**. Trad. Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 137.

288 HESSE, Konrad. Op. cit., p. 138.

289 SCHNEIDER, Hans Peter. Op. cit., p. 44.

290 SCHNEIDER, Hans Peter. Op. cit., p. 46.

291 CHNEIDER, Hans Peter. Op. cit., p. 48.

292 CHNEIDER, Hans Peter. Op. cit., p. 49.

A constituição também tem uma estrutura fragmentária que se refere ao seu caráter aberto, abrangendo três aspectos: 1) o caráter estruturalmente aberto, 2) o caráter materialmente aberto e 3) o caráter funcionalmente aberto.

O primeiro refere-se à incompletude do diploma constitucional. A constituição deixa de regular muitos aspectos da vida em sociedade seja porque determinada regulação não é necessária, seja porque não é possível ou muito difícil uma regulação detalhada, seja porque certas questões devem ficar propositalmente abertas para a livre discussão e configuração políticas²⁹³.

O caráter materialmente aberto é relativo a indeterminação e amplitude semântica das normas constitucionais que necessitam de constante densificação seja pela via legislativa seja pelos procedimentos de aplicação e interpretação do direito no momento da resolução de conflitos concretos.

Já o caráter funcionalmente aberto é evidenciado pelo fato da constituição acolher uma heterogeneidade de interesses e institutos que suscitam freqüentemente conflitos entre si e a necessidade de harmonização²⁹⁴.

Essa noção de abertura da ordem constitucional permite considerá-la como uma obra inacabada, incompleta, não de todo estabelecida, como uma ordem continuamente dependente de concretização e sujeita a interpretações cambiantes. Assim que, a própria concepção material da constituição alia-se a uma “dimensão processual que cotidianamente proporciona a possibilidade de realização dos objetivos nela fixados”²⁹⁵.

Tal análise das funções e estrutura da ordem constitucional se adequam em boa medida às características da Constituição Brasileira em cujos dispositivos incorpora tanto a função democrática - democracia representativa e participativa, pluralismo político (art. 1º), liberdade partidária (art. 1º), quanto a função do Estado de Direito - princípio da separação dos poderes (art. 1º), fixação de competências estatais e de procedimentos (Títulos III e IV), direitos e garantias fundamentais (art. 5º), com também a função do Estado Social - princípio da justiça social, da solidariedade (preâmbulo e art. 1º), elenco de direitos sociais (art. 6º), ordem econômica e social submetidos ao princípio da dignidade pessoa humana e à justiça social (art. 170).

293 HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federativa da Alemanha**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 59.

294 SCHNEIDER, Hans Peter. **Democracia y Constitución**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 50.

295 GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria Processual da Constituição**. São Paulo: Celso Bastos : Instuto Brasileiro de Direito Constitucional, 2000, p. 11.

Também não restam dúvidas de que a Constituição Federal de 1988 apresenta uma estrutura dinâmica, fragmentária e programática nos seu sentido material e funcional. Apenas quanto ao caráter estruturalmente aberto da Constituição Brasileira, por tratar-se de uma constituição dirigente, é que se poderá levantar alguns questionamentos, como discorreremos a seguir.

Por ora, importa salientar que tais considerações impedem que a teoria constitucional adequada à realidade brasileira seja formulada em termos alternativos: ou substancialismo ou procedimentalismo.

2.5. Dirigismo constitucional: desafios à noção de Constituição Aberta

A dimensão substancial da constituição abrange além do conteúdo das normas de direitos fundamentais previstas em seu texto, os princípios materiais fundamentais de organização sócio-política, bem como os fins e tarefas impostas aos poderes públicos²⁹⁶.

Essa abrangência traz à tona a discussão acerca do dirigismo constitucional ou da constituição dirigente – aquela que define fins e objetivos para a atuação do Estado e para convivência em sociedade – tão combatido nos últimos tempos.

Os problemas não surgem tanto quando da simples previsão constitucional finalística ou programática das ações políticas, pois esta parece ser uma característica marcante da constituição democrática e social como já assinalava Peter Schneider, mas sim quando se afirma a vinculação dos poderes estatais ao programa fixado em nível constitucional, cuja omissão ou violação justifica o acionamento judicial, via controle de constitucionalidade.

Porém, as críticas à teoria da constituição dirigente atingem ambos os aspectos. Primeiro, investe-se contra a própria pretensão de ordenação jurídica global da coletividade presente supostamente na teoria material da constituição. E aqui se encontram todos os argumentos lançados pelo constitucionalismo reflexivo ou procedimental, de hiper complexidade, diferenciação e auto-regulação das sociedades contemporâneas.

Contra tal argumentação, como vimos, assumem relevância os fatos de que 1) o modelo jurídico-político neoconstitucionalista, fundado no Estado de Direito material, ainda é vigente e predominante em boa parte dos países em que se defende a procedimentalização constitucional e também 2) a constatação de que muitos de seus

296 BERCOVICI, Gilberto. A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 36, n. 142, abr/jun, 1999, p. 38.

pressupostos teóricos não estão presentes na realidade periférica.

Além disso, cumpre ressaltar certa dose de utopia nas teses procedimentalistas²⁹⁷, de certo modo similar às concepções liberais de mercado e sociedade regulados por “leis naturais”, quando na verdade, o que acontece na prática é a substituição dos valores sociais emancipatórios pela lógica econômica e seu valor da eficiência, à semelhança do que também ocorreu no período do capitalismo liberal e o que, por ironia, o levou ao colapso.

Como bem observa Gilberto Bercovici:

[...]Critica-se a utópica pretensão do Estado e da Constituição de quererem regular a vida social mediante um programa de tarefas e objetivos a serem concretizados de acordo com as determinações constitucionais e em seu lugar, propõe-se, não menos utopicamente, na nossa opinião, que os vários sistemas agirão coordenados pela idéia de 'responsabilidade social'.²⁹⁸

Outra crítica desferida contra o dirigismo constitucional relaciona-se com a sua alegada incompatibilidade com a abertura da constituição à ordem democrática: a planificação constitucional e a vinculação dos poderes que dela deriva têm por efeito um excessivo tolhimento da atuação dinâmica dos processos políticos e do ideal de alternância de metas entre os governos. Contrapõe-se, assim, democracia e planificação.

Essa posição é insustentável por dois fatores. Primeiro porque a democracia não é incompatível com o estabelecimento de fins sócio-políticos pela ordem constitucional; como vimos, democracia e igualdade se complementam e se condicionam, o dirigismo constitucional, enquanto técnica que visa assegurar medidas de compensação e distribuição social densifica o princípio da igualdade e consiste em regra de fundo que se impõe e limita em traços fundamentais a democracia²⁹⁹.

Em segundo lugar, porque a constituição dirigente não pode ser compreendida como uma instância global de regulação da vida comunitária e política. Ela impõe

297 No mesmo sentido cf. STRECK, Lenio Luiz. A permanência do caráter compromissário (e dirigente) da constituição brasileira e o papel da jurisdição constitucional: uma abordagem à luz da hermenêutica filosófica. **Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos**, n. 39, 2003, p. 88.

298 BERCOVICI, Gilberto. Op. cit., p. 41. Um fato que depõe em favor de certa dissimulação das críticas ao constitucionalismo dirigente e social trata-se do próprio projeto de constituição européia que efetivamente instaura um constitucionalismo regional dirigente só que de cunho econômico e neoliberal. Cf. AVELÃS NUNES, António José. Constituição Européia: a constitucionalização do Neoliberalismo. In: **Diálogos Constitucionais: Direito, Neoliberalismo e Desenvolvimento em Países Periféricos**. Orgs. MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson e LIMA, Martônio Mont'Alverne Barreto. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 115.

299 MIRANDA, Pontes de. **Democracia, Liberdade e Igualdade: os três caminhos**. 1 ed. Campinas: Bookseller, 2002, p. 295

diretrizes e fixa metas para ação política na tentativa de otimizar o cumprimento de algumas premissas básicas do Estado Democrático de Direito, mas não a substitui³⁰⁰.

O estabelecimento de fins constitucionais, embora impliquem em certa limitação à discricionariedade política “não tolhe a liberdade do legislador ou a discricionariedade do governo, nem impede a renovação da direção política e a confrontação partidária”³⁰¹, ao contrário, delas dependem para serem implementadas, deixando o espaço para opções políticas necessariamente em aberto.

Ainda que se possa trazer à baila a proximidade da Constituição Federal de 1988 na regulação excessiva de diversas matérias como problemática à noção de abertura constitucional, há que se considerar que muitas dessas regulações, ressalvados os princípios basilares concernentes ao núcleo duro da constituição, não foram subtraídas totalmente da discussão política, permanecendo abertos à modificação por meio de emendas constitucionais.

Por outro lado, também não se deve desconhecer que o efeito decorrente do dirigismo constitucional, que é o de ampliar o controle de constitucionalidade sobre um espaço antes reservado exclusivamente à política, gerou alguns inconvenientes.

O primeiro é que, como pontua Gilberto Bercovici, a teoria da constituição dirigente “acaba entregando a decisão sobre as questões constitucionais ao Judiciário”³⁰², provocando um fechamento jurídico em torno da (in)efetividade dos preceitos constitucionais, em detrimento da dimensão da luta política e do aperfeiçoamento da democracia. A teoria da constituição dirigente acaba por se tornar totalizante, auto concentrada em si mesma, “expurgando o elemento político da dinâmica constitucional”³⁰³.

O segundo inconveniente que de certa forma é decorrente do primeiro, refere-se à questão que fica em aberto ou não satisfatoriamente respondida, no contexto do Estado Democrático de Direito, da legitimação democrática da jurisdição constitucional.

Se a teoria constitucional puder avançar nesses dois aspectos o dirigismo constitucional, não apenas se apresentará como necessário à realidade jurídico-constitucional brasileira, mas também como técnica complementar à força normativa dos

300 BERCOVICI, Gilberto. Op. cit., p. 40.

301 BERCOVICI, Gilberto. Op. cit., p. 40.

302 BERCOVICI, Gilberto. A constituição dirigente e a crise da teoria da constituição. In: **Teoria da Constituição**: Estudos sobre o lugar da política no direito constitucional. BERCOVICI, Gilberto *et al.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 188.

303 BERCOVICI, Gilberto. Op. cit., p. 119.

preceitos constitucionais.

2.6. Os espaços de livre atuação do legislador no modelo integrado de ordenação quadro e ordenação fundamental

Se o dirigismo constitucional, afastadas algumas incompreensões teóricas, não se apresenta como incompatível aos princípios democrático e da separação dos poderes, restará ainda uma questão a ser dirimida: a de que modo especificamente os limites da interferência judicial e dos espaços de conformação do legislador podem ser determinados de forma a manter o equilíbrio entre a normatividade dos princípios constitucionais vinculantes e a necessária liberdade de atuação dos poderes públicos.

Uma proposta de compatibilização nesse sentido, elaborada por Robert Alexy, consiste em se compreender a constituição como um modelo integrado de uma ordem-quadro e uma ordem fundamental, conceitos geralmente contrapostos na doutrina constitucionalista.

Tal proposta fundamenta-se inicialmente em dois pilares: na teoria dos princípios e na dogmática dos espaços.

Pela primeira, decorrerá a compreensão de que as normas constitucionais, inclusive as que prevêem direitos fundamentais, são estruturadas em um modelo misto composto de regras e princípios³⁰⁴.

Princípios são deveres *prima facie* que somente se tornam definitivos após uma ponderação com outros princípios - sejam eles materiais (como as normas de direitos fundamentais) ou formais (como o princípio democrático e o princípio da separação dos poderes) – e de acordo com as possibilidades fáticas do caso em questão. Já as regras obrigam em definitivo o que está ordenado ou proibido e sua aplicação prescinde da técnica ponderativa³⁰⁵.

Um modelo misto composto de regras e princípios, segundo o autor, assegura tanto a vinculação como a flexibilidade das normas constitucionais, impedindo que a força normativa da constituição se dissolva como ocorre quando se considera que muitos dos

304 ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 2002, p. 129.

305 ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 2002, p. 86 e ss.

seus preceitos são *a priori* privados de eficácia e não vinculantes³⁰⁶.

Desse modo, a teoria dos princípios permite:

[...]Levar a sério a constituição sem exigir o impossível. Ela declara as normas não plenamente cumpríveis como princípios, que, contra outros princípios, devem ser ponderados e, assim, estão sob uma 'reserva do possível no sentido daquilo que o indivíduo pode requerer de modo razoável da sociedade'.³⁰⁷

A partir dessa perspectiva também se extrai uma solução para a problemática da vinculabilidade e justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais: tais direitos, enquanto princípios jurídicos, vinculam *prima facie* os poderes públicos e, portanto, não se pode afirmar *a priori* que sejam injusticiáveis. Porém, estes só obrigam uma conduta em definitivo após uma ponderação com princípios materiais e formais contrapostos³⁰⁸.

Nenhum outro princípio constitucional, inclusive os princípios formais da separação dos poderes e da democracia, pode determinar abstratamente a ineficácia dos direitos sociais, pois a resposta acerca de sua vinculação em definitivo e de sua conseqüente justiciabilidade, implica a necessidade de se realizar uma ponderação de acordo com as circunstâncias do caso concreto³⁰⁹.

No caso dos direitos sociais mínimos, ou seja, aqueles referentes ao mínimo existencial, o princípio da liberdade fática e da igualdade material neles contidos, terão sempre um peso maior que os princípios materiais e formais opostos tomados em seu conjunto, ou seja, importarão em deveres definitivos do Estado em realizar determinadas prestações fáticas necessárias ao exercício desses direitos³¹⁰.

Decorre, então, da teoria dos princípios uma primeira conseqüência para atuação da jurisdição constitucional nos limites do princípio da separação dos poderes e da democracia: a intervenção em matéria de direitos sociais será sempre possível em se

306 ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 63. Como observa Alexy essa é uma idéia que acarreta muitas dificuldades, “se algumas normas constitucionais não são levadas a sério, é difícil fundamentar por que outras normas também então devem ser levadas a sério”, o que ameaçaria a normatividade da constituição como um todo (p. 63).

307 ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 69.

308 ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, p. 2002, p. 497.

309 ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, p. 2002, p. 498.

310 ALEXY, Robert. Op. cit., p. 495- 496 e 499.

tratando de exigência relativa ao mínimo existencial sendo que, nos demais casos, uma ponderação com todos os princípios materiais e formais envolvidos, bem como com outros bens coletivos e com os limites da reserva do possível, será sempre exigida³¹¹.

Alega-se, porém, que ainda assim essa concepção resultaria numa demasiada ampliação da competência da jurisdição constitucional e na conseqüente redução da liberdade de conformação legislativa³¹². Mas, para Robert Alexy, essa objeção pode ser contestada por meio de uma dogmática dos espaços. A determinação dos espaços de livre atuação do legislador passará primeiramente pela compreensão da constituição enquanto ordem quadro e como ordem fundamental.

Para Böckenförde, a ampliação da eficácia dos direitos fundamentais para uma dimensão objetiva em acréscimo ao seu caráter subjetivo de direitos de defesa, e sua classificação enquanto princípios jurídicos implicam, em última instância, a passagem do Estado Legislativo para o Estado Jurisdicional³¹³.

Diante de tais efeitos, apenas restaria decidir entre as alternativas teóricas: ou se defende a redução da eficácia dos direitos fundamentais a eficácia dos clássicos direitos de defesa, o que apesar de provocar uma “redução liberal da constituição” reafirmaria a primazia do Estado legislativo; ou, ao contrário, se aceitaria a tese dos direitos fundamentais enquanto princípios jurídicos, de dimensão também objetiva, decidindo-se em favor do Estado Jurisdicional³¹⁴.

O que em verdade se contrapõe é a compreensão da constituição como uma ordem quadro - definida como aquela que estabelece procedimentos e competências estatais sem limitar substancialmente a produção e atuação dos poderes públicos (modelo puramente procedimental) - e como ordenação fundamental – geralmente conceituada como sendo

311 ALEXY, Robert. Op. cit., p. 495 e ss. Nas palavras do autor: “Habrà que considerar que una posición de prestación jurídica está definitivamente garantizada jusfundamentalmente si (1) la exige muy urgentemente el principio de la libertad fáctica y (2) el principio de la división de poderes e el de la democracia (que incluye la competencia presupuestaria del parlamento) al igual que (3) principios materiales opuestos (especialmente aquele que apuntan a la libertad jurídica de otros) son afectados em una medida relativamente reducida a través de la garantía jusfundamental de la posición de prestación jurídica y las decisiones del Tribunal Constitucional que la tomen em cuenta. En todo caso, estas condiciones están satisfechas em el caso de los derechos fundamentales sociales mínimos, es decir, por ejemplo, a un mínimo vital[...]” (p. 495).

312 ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 78.

313 ALEXY, Robert. Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales. **Revista Española de Derecho Constitucional**, Año 22, número 66, setembro/dezembro, 2002, p. 17.

314 ALEXY, Robert. Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales. **Revista Española de Derecho Constitucional**, Año 22, número 66, setembro/dezembro, 2002, p. 17.

aquela que contém mandamentos e proibições materiais que interferem e limitam toda e qualquer competência legislativa (modelo puramente material)³¹⁵.

Essa oposição é para Robert Alexy inaceitável haja vista o modelo de Estado Constitucional Democrático vigente. No primeiro caso, atinge-se diretamente a vinculação do legislador ao conteúdo dos direitos fundamentais: já no segundo, retira-se dele por completo qualquer discricionariedade política que lhe é devida³¹⁶.

Se se adota um conceito de ordem fundamental como sendo aquele em que a constituição decide assuntos fundamentais para a comunidade e que os mesmos também integram o marco de condutas proibidas ou ordenadas para a atuação estatal, fora do qual estaria preservada a margem de livre conformação do legislador, esses dois conceitos ordem quadro e ordem fundamental seriam complementares e não contraditórios nos termos em que propôs Böckenförde³¹⁷.

A partir dessa concepção Alexy afirma que o que não está ordenado ou proibido em definitivo pela constituição encontra-se no espaço de livre atuação do legislativo, que é designado de margem de ação estrutural ou espaço estrutural³¹⁸.

Por outro lado, nem sempre o que a constituição ordena ou proíbe está claramente determinado. Nesses casos, há que se admitir uma outra espécie de margem de ação legislativa que decorre especificamente dos limites em se reconhecer o que a constituição obriga ou proíbe chamado de espaço epistêmico³¹⁹.

O importante a ressaltar em ambos os casos é que somente na análise do caso concreto e após uma ponderação judicial é que se poderá delimitar claramente tais espaços.

Os espaços estruturais podem ser de três tipos: 1) espaço de determinação de finalidades – quando a norma constitucional autoriza a intervenção nos direitos fundamentais deixando em aberto seus fundamentos, ou quando apesar de mencionar estes não ordena a intervenção; 2) o espaço de escolha do meio, quando o conteúdo dos direitos fundamentais consiste em deveres positivos e confere-se ao legislador liberdade de escolher os meios em sua concretização; 3) o espaço de ponderação que existe toda vez que não é possível determinar o que a constituição ordena ou proíbe por meio da

315 ALEXY, Robert. Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales. **Revista Española de Derecho Constitucional**, Año 22, número 66, setembro/dezembro, 2002, p. 19.

316 ALEXY, Robert. Op. cit., p. 20.

317 ALEXY, Robert. Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales. **Revista Española de Derecho Constitucional**, Año 22, número 66, setembro/dezembro, 2002, p. 21.

318 ALEXY, Robert. Op. cit., p. 23.

319 ALEXY, Robert. Op. cit., p. 24.

ponderação. Isso ocorre quando houver um empate entre o grau de importância do princípio que se pretende cumprir e o grau de intervenção do princípio oposto atingido. Nestes casos, a jurisdição constitucional deve se eximir de realizar o controle de constitucionalidade, reconhecendo um livre espaço de ponderação estrutural ao legislador³²⁰.

Em se tratando de espaços epistêmicos, há 1) o espaço de conhecimento empírico, que é quando as premissas empíricas que o legislador toma por base são incertas ou duvidosas. Nestas hipóteses, entram em questão diretamente os princípios formais da separação dos poderes e da democracia: não se poderá exigir que toda conformação legislativa seja fundamentada em premissas certas e verdadeiras, já que caso contrário restaria praticamente inviabilizada a capacidade de atuação do legislativo³²¹.

Porém, nestes casos, além da lei da ponderação material que está na base da ponderação estrutural, valerá uma lei da ponderação epistêmica: quanto mais grave a intervenção em um direito fundamental, mais alto deverá ser o grau de certeza das premissas empíricas apoiadoras dessa intervenção³²². O espaço epistêmico conferido ao legislador será determinado quando houver empate entre o grau de intervenção em um direito fundamental e o grau de incerteza das premissas nas quais se assenta a intervenção.

Existe também o 2) espaço epistêmico normativo, ou margem de ação cognitiva normativa, que se evidencia quando há incerteza quanto as premissas normativas envolvidas na conformação legislativa, isto é, quando há dúvidas sobre os limites do conteúdo material da constituição. Se não há certeza sobre o que a constituição obriga ou proíbe, o que impossibilita a atribuição dos graus de importância e de intervenção nos princípios colidentes, os princípios formais entram em cena exigindo a auto-restrição judicial em prol da liberdade de conformação legislativa³²³.

Destarte, a teoria dos princípios e a dogmática desenvolvida em torno dos espaços de livre atuação do legislador fornecem elementos para a defesa de um modelo constitucional integrado de ordem quadro e ordem fundamental, pelo qual tanto se

320 ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 85

321 ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 90.

322 ALEXY, Robert. Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales. **Revista Española de Derecho Constitucional**, Ano 22, número 66, setembro/dezembro, 2002, p. 55.

323 ALEXY, Robert. Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales. **Revista Española de Derecho Constitucional**, Ano 22, número 66, setembro/dezembro, 2002, p. 62.

estabelece um conteúdo material informativo e também limitativo da atuação dos poderes públicos, como deixa em aberto espaços para atuação democrática dos mesmos.

Há que salientar ainda que a vantagem de um tal modelo está, sobretudo, no reforço à força normativa dos preceitos constitucionais, sem, entretanto, exigir deles o impossível.

2.7. O déficit democrático da legitimação material da Jurisdição Constitucional

Ao lado do desenvolvimento da tese da constituição como ordem objetiva de valores e da força vinculativa dos preceitos programáticos atribuída aos poderes públicos pela constituição dirigente, desdobra-se uma tendência ao “expansionismo” da competência dos tribunais constitucionais e dos demais órgãos judiciais responsáveis pelo controle de constitucionalidade, jamais visto nos sistemas jurídico de origem romano-germânica³²⁴.

Evidência dessa ampliação está nas construções hermenêuticas dos tribunais constitucionais, como a da interpretação conforme a constituição que, em alguns casos pode resvalar numa alteração judicial do ordenamento jurídico, quando da ocasião do proferimento de sentenças manipulativas, pelas quais se substitui, amplia ou reduz o alcance dos preceitos legais, tornando o Poder Judiciário em verdadeiro legislador positivo.

Como quase não há questão que não envolva direitos fundamentais e, tendo em vista a indeterminação do seu conteúdo normativo, para muitos autores, o Judiciário se transforma, ao invés de guardião em “senhor da constituição”.

Também o “gigantismo” judiciário se manifesta nos casos em que a jurisdição constitucional é provocada para interferir no controle das políticas públicas e na concretização dos direitos fundamentais sociais.

A questão que se coloca - sobre até que ponto o judiciário avocando para si todas essas funções não estaria subvertendo o princípio da separação dos poderes e intervindo diretamente na liberdade de conformação do legislador e na discricionariedade política, instrumentos concedidos especificamente a órgãos com representação democrática - tem sido amplamente debatida pela doutrina nacional e alienígena e uma exposição analítica acerca desse debate ultrapassaria os propósitos do nosso trabalho.

O que interessará propriamente à nossa temática é analisar os argumentos que

324 HENNIG LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **Jurisdição Constitucional Aberta**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 78.

uma teoria material lança a respeito da legitimação democrática da jurisdição constitucional e apontar para além destes, suas insuficiências em matéria de atendimento aos pressupostos do Estado Democrático.

A teoria material da constituição afirmará que a atuação da jurisdição constitucional se fundamenta na possibilidade de proteção efetiva dos princípios que limitam, mas ao mesmo tempo asseguram o desenvolvimento do processo democrático³²⁵. Dessa maneira, “a jurisdição constitucional, longe de ser inerentemente antidemocrática e antimajoritária, emerge como um instrumento central para escudar os princípios democráticos e majoritários contra o risco de corrupção.”³²⁶.

Assume-se, assim, uma postura, mais realística e comprovada historicamente, de desconfiança para com os processos políticos legislativos coordenados muitas vezes em torno da satisfação de interesses particulares³²⁷ e não pela racionalidade axiológica e universalista dos parâmetros jurídicos.

A legitimidade democrática do abrangente controle judicial sobre normas e atos dos poderes públicos eleitos, advém, então, de sua própria finalidade que é o de controlar o poder político, evitar o arbítrio, fortalecer a liberdade e igualdade entre os cidadãos e, dessa forma, reforçar a própria democracia³²⁸.

Com isso não se elimina o risco de um ativismo judicial incoseqüente, pois como ressalta Mauro Cappelletti, o “controle judicial, certamente não é um remédio infalível; como proteção de nossas liberdades, muitas vezes pode provar ser incapaz de resistir à tirania”.³²⁹ Todavia, na prática, a intervenção da justiça constitucional tem se revelado muito mais positiva e benéfica à proteção e efetivação dos valores constitucionais, que prejudicial ou negativa a eles³³⁰.

Sob uma outra perspectiva, mas ainda em conexão com os argumentos acima, pode-se afirmar a legitimidade material da jurisdição constitucional. O problema sempre presente nessa questão reside no conceito que se adote acerca da própria democracia. E falar em democracia também implica compreender o sentido do termo “povo”. Com uma

325 CAPPELLETTI, Mauro. Repudiando Montesquieu? A expansão e a legitimidade da “justiça constitucional”. *Revista do Tribunal Regional Federal*, 4ª Região, Porto Alegre, ano 12, n. 40, p. 44.

326 CAPPELLETTI, Mauro. Op. cit., p. 44.

327 ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 53.

328 CAPPELLETTI, Mauro. Op. cit., p. 40.

329 CAPPELLETTI, Mauro. Op. cit., p. 48.

330 CAPPELLETTI, Mauro. Op. cit., p. 49.

extensão do conceito de povo proposto por Friedrich Müller, também é possível justificar democraticamente a atuação da justiça constitucional.

Para o autor, o termo povo pode ser compreendido sob quatro perspectivas: 1) enquanto conjunto de eleitores circunscrito a determinado território, o qual se designa de povo ativo ou ainda em força ativa de instituição das normas³³¹; 2) como instância de atribuição global de legitimidade referente à totalidade dos atingidos pelas decisões políticas e que diante destas as aceitam ou as reprovam³³²; 3) como ícone ou recurso ideológico do poder que de fato não emana do povo ativo nem se dirige ao povo como instância de legitimidade, mas se encontra como justificativa prática do poder-violência, tornando-o inatacável³³³ e ainda 4) a expressão “povo” se refere a todos os destinatários das prestações positivas e negativas do Estado, ou seja, a todos aqueles a quem se destina a proteção dos direitos humanos no território do respectivo Estado³³⁴.

Destarte, a democracia contemporânea não pode se resumir à técnica democracia representativa, pois ela não se manifestará apenas na feitura de normas, mas também no fato de que o seu conteúdo e a sua implementação seja no sentido de atingir ou beneficiar a todos e, estes, assim, possam dar assentimento a elas, afastando-se cada vez mais a utilização ideológica do povo enquanto ícone³³⁵.

A proposta de Friedrich Müller é, então, de considerar a questão da legitimação democrática como um processo e não como uma substância ou um dado estanque consubstanciado em apenas um dos aspectos do conceito de povo³³⁶.

Ela poderá ser formulada em graus: 1) quanto à participação do povo ativo no estabelecimento de normas constitucionais e infraconstitucionais; 2) quanto à incorporação da pretensão de legitimidade no texto constitucional dirigida ao povo enquanto instância de legitimidade; 3) quanto ao procedimento de realização dos preceitos constitucionais e, ainda, quanto à preservação de um núcleo constitucional que investe o povo destinatário em seus direitos³³⁷.

Partindo de tal compreensão pode-se inferir que o controle de constitucionalidade

331 MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?** Trad. Peter Naumann. 3 ed. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 56.

332 MÜLLER, Friedrich. Op. cit., p. 60

333 MÜLLER, Friedrich. Op. cit., p. 72.

334 MÜLLER, Friedrich. Op. cit., p. 77.

335 MÜLLER, Friedrich. Op. cit., p. 77.

336 MÜLLER, Friedrich. Op. cit., p. 107.

337 MÜLLER, Friedrich. Op. cit., p. 108.

realizado pela jurisdição constitucional estaria legitimado na medida em que 1) atua em defesa de normas constitucionais postas pelo povo ativo, 2) quando tais normas obtêm assentimento perante o povo enquanto instância de atribuição de legitimidade, 3) quando atua em defesa do cerne constitucional que atende os direitos do povo enquanto destinatário das prestações negativas e positivas do Estado e ainda 4) na medida em que o procedimento de concretização das normas constitucionais possa se dar na maior medida possível de forma democrática.

Este último aspecto não é considerado pelas correntes substancialistas e é justamente sua ausência da discussão que torna, a nosso ver, a justificativa de legitimidade democrática material da jurisdição constitucional incompleta e insuficiente.

Daí porque salientamos que o substancialismo estaciona onde teria por obrigação seguir adiante. A consecução e realização dos valores constitucionais sejam em qual instância estatal for, exigem necessariamente procedimentos, juridicamente regulados ou não, que assegurem o equilíbrio entre direitos fundamentais e democracia.

CAPÍTULO III - A DIMENSÃO PROCEDIMENTALISTA DA CONSTITUIÇÃO

3.1. A Constituição enquanto processo e a exigência dos procedimentos democráticos

Vimos que a constituição possui uma estrutura fragmentária 1) pelo fato de não regular todos os aspectos da vida social - deixando ampla margem para a discussão e configuração políticas -, 2) pelo caráter indeterminado de muitas de suas normas, em especial as de direitos fundamentais - sempre dependentes de densificações e concretizações - e também 3) porque abriga em seus textos os mais diversos e conflitivos interesses que demandam constantemente uma harmonização prática.

Todas essas características decorrentes da abertura da constituição e da própria dimensão substancialista da constituição, contribuem para se compreender a ordem constitucional também como um processo, ou seja, uma ordem inacabada, cotidianamente dependente da intermediação de procedimentos para realizar-se³³⁸.

Nesse viés, podemos delimitar a dimensão procedimental da constituição em três aspectos. O primeiro reside na idéia de que a constituição se trata de “uma 'obra aberta', cujo sentido é permanentemente construído e reconstruído por seus destinatários”³³⁹, sendo esta própria estrutura exigência do Estado Democrático de Direito que visa possibilitar o equilíbrio entre as funções liberal, social e democrática da constituição.

O segundo é que a constituição possui também a natureza de uma lei processual. Como observa Guerra Filho, as normas processuais se ocupam diretamente com a forma de aplicação e a determinação de condições para que as normas materiais sejam concretamente realizadas³⁴⁰.

A constituição também se ocupa primordialmente em estabelecer esse tipo de normas quando, em virtude de sua função liberal, distribui competências, organiza os poderes estatais, regula procedimentos e fixa as garantias processuais dos direitos fundamentais. Nesse sentido, a constituição, além de assegurar uma regulação material,

338 GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria Processual da Constituição**. São Paulo: Celso Bastos, Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2000, p. 37.

339 GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. 3 ed. São Paulo: Celso Bastos, 2003, p. 23.

340 GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria Processual da Constituição**. São Paulo: Celso Bastos, Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2000, p. 27-28.

também estabelece normas de caráter processual.

O terceiro aspecto consiste em que a realização, concretização, preenchimento e renovação da ordem constitucional requerem a existência de procedimentos - juridicamente regulados (como, por exemplo, os procedimentos legislativo, administrativo, judicial, eleitoral) ou não. Neste último caso, referimo-nos aqueles procedimentos pelos quais se interpreta e se aplica o direito³⁴¹.

Nessa hipótese, a inter-relação entre constituição e procedimento decorrerá da própria estrutura das normas constitucionais (e das normas jurídicas como um todo). Como assevera Jaime Cárdenas, a maior parte dos sistemas jurídicos contemporâneos, contém “por um lado, uma estrutura normativa onde encontramos distintas classes de regras, de princípios e diretrizes e, por outro lado, está constituído por procedimentos, muitos dos quais são discursivos e argumentativos.”³⁴²

É nesse sentido que afirma Robert Alexy ser o sistema jurídico composto não apenas de normas, mas também, necessariamente, de procedimentos. Isso porque, segundo ele, regras e princípios constitucionais não regulam por si mesmos a sua aplicação, nem possibilitam a *priori* a correção das decisões jurídicas³⁴³.

Ainda que haja uma intensa densificação legislativa explicitando o conteúdo das normas constitucionais, instituindo regras e estabelecendo exceções ao alcance dos princípios constitucionais ou ainda que se seja possível a elaboração de uma rede de decisões judiciais que fixem critérios e prioridades *prima facie* de alguns princípios, não se pode determinar uma única resposta correta para inúmeros e diversos casos concretos que envolvem as normas constitucionais³⁴⁴.

Os princípios exigem em larga medida a técnica da ponderação e aplicação das regras, embora em alguns casos se dê por meio de uma subsunção, na maioria das vezes, seja em virtude da indeterminação semântica, ambigüidade ou abertura valorativa, exigirá a transformação do modelo subsuntivo apenas num marco resultante do desenvolvimento de diversas premissas que integrarão o raciocínio jurídico decisório³⁴⁵.

341 GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria Processual da Constituição**. São Paulo: Celso Bastos : Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2000, p. 39.

342 GRACIA, Jaime Cárdenas. **La argumentación com Derecho**. Distrito Federal: Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2006, p. 2.

343 ALEXY, Robert. Sistema Jurídico, Principios e Razón Práctica. Revista **DOXA**, nº 5, 1998, p. 148.

344 ALEXY, Robert. Op. cit., p. 163

345 ALEXY, Robert. Derechos, Razonamiento Jurídico y Discurso Racional. **Revista Isonomía**, n. 1, outubro, 2004, p. 46.

Em razão desses fatores, observa Robert Alexy, faz-se necessário acrescentar ao nível das regras e dos princípios um terceiro nível, o dos procedimentos em sede de argumentação jurídica³⁴⁶. Para isso, torna-se também imprescindível o desenvolvimento de uma teoria da argumentação que forneça critérios para a explicitação de premissas utilizadas na tomada de decisões jurídicas, de forma a possibilitar o controle e a fundamentação racional das mesmas.

Todos esses aspectos que envolvem a dimensão procedimental da constituição devem estar intrinsecamente relacionados com o cumprimento de sua função democrática.

Não apenas para a contenção do arbítrio são instaurados os procedimentos constitucionais, mas também para assegurar o desenvolvimento democrático da ordem constitucional, possibilitando aos indivíduos participarem, direta ou indiretamente, da formação da vontade estatal.

O próprio cumprimento da função do Estado Social constantemente dependente da intermediação dos procedimentos juridicamente regulados implica em colmatação da ordem jurídico-constitucional que também deve ser operacionalizada à luz do princípio democrático.

Assim é que a dimensão procedimentalista da constituição, cuja finalidade precípua é promover e assegurar a própria democracia torna-se elemento essencial para alcance do equilíbrio entre autonomia individual e autonomia pública no contexto do Estado Constitucional Democrático³⁴⁷.

3.2. Democracia e Estado Social sob a perspectiva do *status activus processualis* de Peter Häberle

A integração entre o cumprimento das funções estatais e a necessária intermediação dos procedimentos democráticos põe em discussão novamente a forma específica em se há de buscar um equilíbrio entre a função social e a função democrática da constituição.

Como se sabe, uma das grandes críticas ao Estado Social, desprovido das exigências democráticas, foi justamente a “estatalização prática das liberdades”³⁴⁸ que

346 ALEXY, Robert. Sistema Jurídico, Princípios e Razón Prática. Revista **DOXA**, nº 5, 1998, p. 149.

347 HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre faticidade e validade. Volume I, 2 ed. Trad. Flávio Beno Siebeneicher. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. 326.

348 HÄBERLE, Peter. **Pluralismo y Constitución**. Estudios de Teoría Constitucional de la sociedade

acabou resultando numa restrição considerável tanto da autonomia privada quanto pública³⁴⁹.

Sob o pretexto de estar cumprindo fins sociais igualitários, o Estado avoca para si mesmo um excesso de ingerências no âmbito privado que em certa medida podem reduzir o espaço de desenvolvimento da cidadania ativa.

No Estado Constitucional Democrático, porém, requer-se cada vez mais o alargamento do espaço público de discussões em torno de ações estatais concretizadoras dos direitos fundamentais sociais e a diminuição do âmbito estatal decisório impositivo. De forma que a reserva de lei em matéria de realização do princípio de Estado Social há de ser ampliada para uma reserva de procedimentos³⁵⁰, que assegure por meio de diversos mecanismos procedimentais a participação democrática na determinação das prestações estatais.

Nesse sentido, Peter Häberle afirmará que a melhor forma de conciliar as exigências de um Estado Prestacional com as da democracia pluralista é através de um ponto de vista procedimental acerca dos direitos sociais básicos. Tal ponto de vista consiste em relacionar a exigência de prestações sociais decorrentes do princípio do Estado Social com a necessidade de criação de procedimentos que envolvam todas as partes envolvidas na discussão e na implementação de ações estatais positivas³⁵¹.

Os direitos sociais, normalmente submetidos à reserva de lei de cunho social, passam a exigir também uma reserva de procedimentos, a serem estabelecidos mediante configuração legislativa e de forma prévia à determinação das prestações estatais, que adquire relevância prioritária no Estado Prestacional em virtude do *status activus processualis*³⁵².

Häberle agrega à doutrina dos quatro status de Jellinek a figura do *status activus processualis*. Essa doutrina que vem sendo reformulada e adota no âmbito da teoria dos direitos fundamentais e que contribui para esclarecer as diversas posições do indivíduo frente ao Estado e a estrutura típica de tais direitos, envolve originalmente quatro espécies:

1) o status passivo ou *status subiectionis*, no qual o indivíduo se encontra numa

abierta. Madri: Editorial Tecnos, 2002, p. 206.

349 HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre faticidade e validade. Volume II, 2 ed. Trad. Flávio Beno Siebeneicher. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, p. 146.

350 HÄBERLE, Peter. **Pluralismo y Constitución**. Estudios de Teoría Constitucional de la sociedade abierta. Madri: Editorial Tecnos, 2002, p. 194.

351 HÄBERLE, Peter. Op. cit., p. 198-200.

352 HÄBERLE, Peter. Op. cit., p. 199.

esfera de dever individual, ou seja, na posição de submissão ao Estado; 2) o status negativo ou *status libertatis*, em que o indivíduo se encontra na esfera de liberdade individual ou das ações nem ordenadas nem proibidas legalmente e que desautorizam as interferências e impedimentos estatais; 3) o status positivo ou *status civitatis*, em que o indivíduo possui pretensões positivas frente ao Estado, encontrando-se em posição que lhe confere a capacidade juridicamente protegida para exigir prestações positivas do Estado e o 4) status de cidadania ou *status activus*, no qual é investido o indivíduo quando a ele se outorgam capacidades para participar da formação da vontade estatal³⁵³.

Para Peter Häberle, o *status activus processualis* subsume-se a este último e se configura nos direitos fundamentais de participação em procedimentos de formação da vontade estatal, os quais no âmbito da função prestacional do Estado implicam em autêntica “reserva processual de prestações”³⁵⁴.

Desse modo, os direitos fundamentais sociais, “entendidos como direitos de participação procedimental em matéria de prestações do estado, assim como veículo de participação jurídico-material”³⁵⁵, são vistos em primeira instância sob a ótica do *status activus processualis*, e apenas posteriormente, e como resultado deste, é que vão assumindo as feições de posições positivas perante o Estado.

Nesse aspecto, a reserva de procedimentos consistirá em que o Estado, enquanto promotor de políticas públicas somente poderá atuar em matéria de direitos sociais básicos quando determinados *standards* procedimentais mínimos tiverem sido estabelecidos³⁵⁶.

Os procedimentos prestacionais devem assegurar a comunicação permanente e recíproca entre os interessados, de modo a resolver conflitos de interesses entre os envolvidos e mesmo para discutir decisões já tomadas previamente pelo Estado. Trata-se de uma exigência do *status activus processualis* que busca oferecer uma via de legitimidade democrática à atuação prestacional, segundo o autor, ausente durante o

353 ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2002, p. 249 e ss.

354 HÄBERLE, Peter. Op. cit., p. 194.

355 HÄBERLE, Peter. Op. cit., p. 194.

356 HÄBERLE, Peter. Op. cit., p. 199. É necessário frisar que a exigência de procedimentos a que se refere Häberle não se resume apenas aos procedimentos constitucionais, como o legislativo, administrativo, judicial ou eleitoral, mas requer a implementação legal de diversas novas formas procedimentais que viabilizem a participação dos cidadãos nas decisões em matéria de políticas públicas concretizadoras dos direitos sociais. Isso significa, por exemplo, a ampliação do acesso das associações de classe no assessoramento das prestações estatais, o estabelecimento de uma possível função das mesmas de co-decisão ou de co-gestão administrativa e o incremento de procedimentos prévios à tomada de decisões nos âmbitos administrativos e legais que possibilitem a publicidade e a amplo acesso à discussão por todos os afetados (p. 222-224).

período de planificação do Estado Social, possibilitando, assim, o incremento das funções prestacionais estatais de forma compatível com a cidadania e o pluralismo³⁵⁷.

Tendo por base a lei fundamental vigente em seu país, Peter Häberle acentua que a própria abertura material da cláusula do Estado Social contribui para adoção da proteção procedimental dos direitos sociais básicos³⁵⁸, viabilizando o cumprimento da obrigação geral de solidariedade e de justiça social decorrentes da função social da constituição e preservando tanto a função democrática como a função liberal, esta na medida em que o respeito e proteção ao status negativo, mediante a exigência de procedimentos prévios que permitam a discussão das ingerências estatais na esfera privada³⁵⁹.

Sendo a realização do princípio do Estado Social algo que deve acontecer numa perspectiva procedimental de participação, o autor adverte acerca do perigo de se criar grandes expectativas em torno do estabelecimento de prestações sociais diretamente na constituição, declarando-as como tarefas constitucionais e esperando que as mesmas “algum dia sejam substituto jurídico do que realmente deveria constituir um processo”³⁶⁰.

A construção de tarefas constitucionais no sentido de promover a solidariedade e justiça social e o estabelecimento de direitos subjetivos delas decorrentes não devem partir, segundo o autor, de uma ampliação do direito material constitucional, mas sim desenvolver-se no âmbito do direito processual, que é onde as prestações sociais básicas realmente são produzidas³⁶¹.

Ressaltem-se ainda as críticas de Peter Häberle quanto ao estabelecimento excessivo de tarefas constitucionais de índole prestacional: elas não constituem nenhum seguro de vida em matérias de prestações sociais, já que dependem em grande medida dos programas políticos, de configuração legislativa, bem assim das possibilidades econômicas do Estado³⁶². Tudo o que o juiz constitucional poderá fazer nesta seara será “aplicar pontos de vistas muito concretos e garantir o incremento dos procedimentos em cada caso”³⁶³.

A proposta de Peter Häberle no que diz respeito à impossibilidade de se determinar especificamente direitos básicos a prestações estatais a partir do conteúdo

357 HÄBERLE, Peter. Op. cit., p. 200.

358 HÄBERLE, Peter. Op. cit., p. 203.

359 HÄBERLE, Peter. **Pluralismo y Constitución**. Estudios de Teoría Constitucional de la sociedade abierta. Madri: Editorial Tecnos, 2002, p. 207-208.

360 HÄBERLE, Peter. Op. cit., p. 211.

361 HÄBERLE, Peter. Op. cit., p. 212.

362 HÄBERLE, Peter. Op. cit., p. 212.

363 HÄBERLE, Peter. Op. cit., p. 212.

material da constituição, encontra uma série de dificuldades de aplicação, notadamente, em ordenamentos constitucionais dotados de um amplo elenco desses direitos e de tarefas estatais específicas de prestações nessa área, como é o caso da Constituição Federal de 1988³⁶⁴.

Até mesmo na Alemanha, em cujo diploma constitucional Peter Häberle apóia suas considerações, esses aspectos de sua tese encontram forte oposição. Como assinala Robert Alexy, se se pode ou não determinar de forma específica direitos sociais vinculantes diretamente do texto constitucional, ainda que estes não se encontrem explicitamente formulados, dependerá das razões que se alegam em favor ou contra essa tese³⁶⁵.

Argumenta-se contra apontando a indeterminação de conteúdo dos direitos dos direitos sociais, a impossibilidade de se precisar juridicamente tal conteúdo, a limitação dos meios jurídicos para assegurar tais direitos, a intervenção na competência legislativa, a ofensa ao princípio da democracia e as restrições que tais direitos impõem às liberdades individuais³⁶⁶.

Por outro lado, em favor da possibilidade de se extrair direitos fundamentais prestacionais que vinculam o Estado diretamente do texto constitucional, ressalta-se que os direitos sociais são imprescindíveis ao exercício da liberdade fática e que a imprecisão de seu conteúdo, bem como sua conflituosidade com os demais princípios da ordem constitucional não são características exclusivas dos direitos sociais, mas constituem notas marcantes dos direitos fundamentais como um todo. Os princípios da democracia e da separação dos poderes, por sua vez, também podem ser ponderados e dependendo do grau de importância e de especificidade de conteúdo de determinado direito social, poderão ceder espaço à vinculabilidade e justiciabilidade de tais direitos.³⁶⁷

Os argumentos em favor da adscrição e justiciabilidade dos direitos sociais, para Robert Alexy, desautorizam a afirmação de que ambas são impossíveis *a priori* e contribuem para fortalecer a adequação da teoria dos princípios às normas constitucionais,

364 Cite-se, por exemplo, a vasta regulação em matéria de seguridade social (art. 193 e ss), que fixa princípios e parâmetros específicos para atuação do Estado na área da saúde, previdência e assistência social, assim também os dispositivos concernentes ao direito à educação (art. 205 e ss) que definem de forma pontual critérios para as prestações estatais nesta área, inclusive assegurando expressamente direito subjetivo à educação básica.

365 ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2002, p. 483.

366 ALEXY, Robert. Op. cit., p. 490-493.

367 ALEXY, Robert. Op. cit., p. 495 e ss.

inclusive àquelas definidoras de direitos fundamentais sociais³⁶⁸. Mais uma vez em questão de controle jurisdicional surgirá a necessidade de ponderação.

Ressalvadas tais considerações, pode-se salientar, por outro lado, que a tese da reserva procedimental em matéria de prestações estatais pode e deve ser mantida quando o objetivo é o de otimizar a realização de todas as funções constitucionais.

Não se pode olvidar que em acentuada medida, inclusive nos contextos em que a constituição apresenta um vasto catálogo de direitos sociais, estes são extremamente dependentes de configuração legislativa e que o âmbito reservado à concretização legítima desses direitos pela via da jurisdição constitucional, se observados os pressupostos da teoria dos princípios, restringir-se-á às prestações referentes a garantia do mínimo existencial, as quais com freqüência decorrem de determinações constitucionais específicas e bem delimitadas.

De fato, cabe ao processo político a configuração da maior parte das prestações estatais específicas e, nessa hipótese, o *status activus processualis* proposto por Peter Häberle, ao exigir a reserva procedimental em matéria de realização do Estado Social, tende a promover maior participação dos cidadãos na formação da vontade estatal e, conseqüentemente, a fortalecer a democracia.

Entretanto, como o próprio autor admite algumas dificuldades de implementação efetiva de tal modelo, haja vista a participação popular ainda deficiente em muitas áreas será preciso perseguir continuamente como pressupostos para o desenvolvimento do *status activus processualis*, uma cidadania bem informada e consciente, uma abertura política do Estado Prestacional para a cidadania³⁶⁹ e um controle jurisdicional efetivo quanto ao incremento e respeito das formas procedimentais em matéria de regulação das prestações estatais³⁷⁰.

3.3. A importância dos procedimentos argumentativos no Estado Constitucional Democrático

As relações entre argumentação e direito são antigas e podem ser justificadas sob os mais diversos motivos como 1) o fato do direito consistir numa manifestação cultural

368 ALEXY, Robert. Op. cit., p. 495 .

369 HÄBERLE, Peter. **Pluralismo y Constitución**. Estudios de Teoría Constitucional de la sociedade abierta. Madri: Editorial Tecnos, 2002, p. 201.

370 HÄBERLE, Peter. Op. cit., p. 211-212.

em que as pessoas atuam motivadas por razões; 2) o reconhecimento de que o direito não se resume a uma coleção de axiomas e isso obriga argumentar sobre normas e casos; 3) a incapacidade do direito legislado de resolver os inúmeros problemas práticos e 4) a compreensão de que a própria prática jurídica constitui-se, em essência, de interpretação e argumentação³⁷¹.

Atualmente, sobretudo no contexto democrático e pluralista dos Estados Constitucionais contemporâneos, os procedimentos argumentativos adquiriram uma importância destacada. As práticas argumentativas são vistas como “expressão discursiva da tolerância, do desenvolvimento de uma cultura jurídica e da civilidade de um povo.”³⁷²

A solução de questões públicas relevantes não podem mais ser justificadas apenas com base em argumentos de autoridade, principalmente quando a maioria das normas constitucionais e legais da atualidade possuem uma grande abertura semântica e valorativa que possibilitam não apenas uma, mas várias soluções, obrigando jurídica e democraticamente a autoridade a justificar suas opções³⁷³.

Especificamente no plano das decisões judiciais, a argumentação jurídica desempenhará uma importante função legitimatória, evidenciando uma verdadeira mudança de paradigmas quanto à compreensão e a prática jurídicas, sobre a qual importa tecermos alguns comentários.

Que o direito consiste numa prática argumentativa já o demonstravam os romanos. Numa época em que o predomínio era o da razão prática, o direito, ao mesmo tempo em que se manifesta com “um poder de argumentar e provar”³⁷⁴ a partir de situações fáticas problematizadas, está intrinsecamente relacionado a uma atividade ética: a prudência nos atos de julgar. Nesse sentido, justificar as decisões por meio de recursos argumentativos, além de exigência intrínseca do processo decisório, torna-se o seu próprio critério legitimador. Como assinala Tércio Ferraz Jr., “nestes processos, o juiz, que nem é mágico nem guarda de rituais, torna-se alguém que decide e responde por sua decisão enquanto juiz.”³⁷⁵

Como se sabe, porém, o desenvolvimento posterior da ciência jurídica apontou em

371 Conferir GRACIA, Jaime Cárdenas. **La argumentación com Derecho**. Distrito Federal: Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2006, p. 3-4.

372 GRACIA, Jaime Cárdenas. Op. cit., p. 1.

373 GRACIA, Jaime Cárdenas. Op. cit., p. 4.

374 FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão e dominação**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994, p. 60.

375 FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Op. cit., p. 60.

sentido inverso daquele delineado pela jurisprudência romana. A tendência, desde a dogmática medieval, foi a da crescente abstração e teorização do pensamento jurídico, fenômenos potencializados e reificados pelo movimento cientificista do século XIX. Nesse último cenário, o processo de decisão judicial perde sua dimensão de prudência tão cara aos romanos, para ser concebido como uma atividade mecanicista, na qual o juiz, liberado da carga da argumentação acerca de seus juízos de valor, exerce o papel de mero técnico.

Como acentua Rodolf Vigo, no paradigma dogmático-legalista, predominante até meados do século XX, “não havia espaço nem necessidade do raciocínio justificatório”³⁷⁶. A identificação da atividade judicial como um procedimento silogístico-formal de aplicação da lei ao caso particular, funcionou por si só como doutrina legitimadora das decisões judiciais.

A preocupação teórica com a dimensão argumentativa do direito somente pôde ser retomada num cenário completamente diferente e contestador do paradigma positivista a que se refere Rodolf Vigo. Tal cenário é o do direito contemporâneo que começou a ser construído a partir da segunda metade do século XX impulsionado por um conjunto de fatores de ordem histórica, teórica e filosófica³⁷⁷. Alguns desses fatores podem ser destacados como fundamentais para se sustentar a exigência atual de justificação das decisões judiciais e também para o desenvolvimento dos estudos acerca da argumentação jurídica.

O abandono do conceito positivista do direito contribuiu para uma reaproximação entre direito e moral e um retorno à concepção romana da ciência jurídica como um saber prático. Nesse aspecto, verdades apodíticas já não ocupam o lugar central no discurso jurídico e cedem cada vez mais espaço às verdades construídas intersubjetivamente no seio de uma prática argumentativa.

Por sua vez, o reconhecimento do papel ativo-configurador³⁷⁸ do intérprete na concretização do direito, promovido pela virada hermenêutica no âmbito das ciências humanas, pôs a descoberto que a decisão judicial também é resultado da pré-compreensão do juiz e de valorações adicionais não determinadas previamente nas disposições

376 VIGO, Luis Rodolf. Razonamiento Justificatorio Judicial. Revista **DOXA**, n. 1, 1994, p. 483.

377 BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro: Pós-Modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. In: **A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Org.: BARROSO, Luís Roberto. Rio de Janeiro: Renovar, 2003; p. 1- 48.

378 A expressão é de Kaufmann cf. KAUFMANN, Arthur e HASSEMER, Winfried. **Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 150.

normativas.

A maior liberdade interpretativa requer, por outro lado, como forma de contenção do arbítrio judicial, um maior rigor justificatório. Como afirma Aulis Aarnio, a responsabilidade do juiz de justificar suas decisões consiste na responsabilidade de maximizar o controle público sobre as mesmas³⁷⁹.

Outro fator de grande contribuição para o recrudescimento da temática da argumentação jurídica nas últimas décadas foi o desenvolvimento do neoconstitucionalismo.

O modelo de Constituição assentado na força normativa de seus preceitos e na vinculação das ordens jurídica e estatal aos direitos fundamentais, não apenas promove a abertura do discurso jurídico à moral como proporciona, em certa medida, a politização do Poder Judiciário³⁸⁰, responsável em última instância pela garantia dos preceitos constitucionais.

A eficácia irradiante dos direitos fundamentais por todo o ordenamento jurídico, ou seja, a chamada constitucionalização do direito³⁸¹ provoca, como frisamos anteriormente, alguns efeitos problemáticos para a o equilíbrio da distribuição de competências entre jurisdição constitucional e legislador.

Assim, efeitos como 1) a limitação do conteúdo do direito infraconstitucional, 2) a abertura do sistema jurídico, no sentido de que na maioria da vezes não está definitivamente determinado o que prescrevem as normas constitucionais, tanto em razão da amplitude semântica de seus preceitos como pela estrutura de princípios de suas normas e ainda 3) a inclusão da moral no direito, por conta da positivação de valores através das normas constitucionais principiológicas³⁸², suscitam a questão sobre qual deve ser a medida e o alcance da competência da jurisdição constitucional para determinar, dentro de um sistema aberto a pautas morais, o que em definitivo obriga a Constituição.

379 AARNIO, Aulis. **Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica.** Traducción de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 29.

380 STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso:** constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 116.

381 Como assinala Barroso, “a idéia de constitucionalização do Direito [...] está associada a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o ordenamento jurídico. Os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional.” BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. Revista **Interesse Público**, Ano VII, n. 33, 2005, p. 24.

382 ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales.** Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2002, p. 524-526.

Para Robert Alexy, “a competência do controle do tribunal constitucional depende, pois, sempre essencialmente da segurança com a qual se possa fundamentar a existência de uma posição jusfundamental”³⁸³. A questão da legitimidade da jurisdição constitucional é remetida também à possibilidade de, no âmbito dela, as decisões serem justificadas corretamente.

Todas essas circunstâncias implicam, no Estado Democrático de Direito, a necessidade de se impor à jurisdição constitucional um procedimento justificatório racional que viabilize o controle público de suas decisões.

3.4. A proposta de argumentação jurídica racional de Robert Alexy

Cumprе ressaltar inicialmente que a ênfase dada na proposta de Robert Alexy dirige-se à argumentação jurídica e não à interpretação. A primeira identifica-se com o processo de justificação das valorações interpretativas e proposições normativas utilizadas no discurso jurídico. A segunda integra o momento de descoberta, de eleição das premissas normativas a serem utilizadas na decisão³⁸⁴.

A dicotomia entre contexto de justificação e contexto de descoberta adotada por Alexy permite identificar que, na sua teoria, a preocupação acentuada é com a forma, a estrutura e a apresentação do resultado interpretativo. A diferença entre os conceitos de interpretação como atividade e interpretação como produto³⁸⁵ parece ter sido assimilada no pensamento alexyano quando afirma, por exemplo, que a exigência de justificação interna – apresentação da decisão judicial na forma dedutiva – pode ser compreendida como a forma de apresentação do resultado daquele “processo caracterizado pela metáfora do ir e voltar do equilíbrio” entre o fato e a norma³⁸⁶.

Ainda quando desenvolve o conceito de ponderação, Alexy se concentra em

383 ALEXY, Robert. Op. cit., p. 529.

384 ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. Revisão técnica e introdução à edição brasileira Cláudia Toledo. 2 ed. São Paulo: Landy, 2005, p. 225. Justificação, para Alexy, compreende tanto o fornecer razões para se sustentar uma convicção, asserção ou proposição quanto fornecer razões para esclarecer dúvidas ou combater objeções (p. 58).

385 Esta se refere a uma das ambigüidades do conceito de interpretação que neste trabalho não podem ser melhor desenvolvidas. Conferir sobre o assunto GRACIA, Jaime Cárdenas. Interpretación, aplicación y argumentación. In: __. **La argumentación como derecho**. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2006, p. 7-35 e também PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 34-37.

386 ALEXY, Robert. Op. cit., p. 225.

apresentar formas de argumentos racionais, tal qual na sua fórmula do peso³⁸⁷, deixando a descoberto questões interpretativas³⁸⁸.

É possível manter, no plano conceitual, uma diferenciação entre interpretação – atividade compreensiva – e argumentação – instrumento de natureza dialógica pelo qual se explicita o compreendido com vista à aceitação³⁸⁹. Contudo, na prática jurídica, essas duas realidades se entrecruzam num constante movimento entre uma e outra³⁹⁰. Como afirma Jaime Cárdenas, “a argumentação é o elemento presente na decisão, no juízo interpretativo e na aplicação.”³⁹¹.

A inter-relação entre ambos fica ainda mais nítida quando se acolhe um conceito amplo de interpretação como o de Castanheira Neves: interpretação jurídica consiste no procedimento de determinação normativo-pragmático de um critério jurídico para a solução de um caso concreto³⁹². Numa acepção como essa, argumentação, interpretação e aplicação são inseparáveis.

Na verdade, as visões antinômicas, direito como prática interpretativa versus direito como prática argumentativa, oferecem uma visão apenas parcial da prática jurídica, pois, como na síntese de Camargo, esta envolve ao mesmo tempo o método hermenêutico e a técnica argumentativa³⁹³. Nesse mesmo sentido de integração entre os dois fenômenos, discorre Giuseppe Zacarria sobre o pensamento de Paul Ricoeur “através da argumentação se pode conter os aspectos subjetivos da interpretação, porém a técnica analítica da argumentação não pode prescindir da inovação interpretativa”³⁹⁴.

A ênfase na dimensão argumentativa, apesar de imprescindível no Estado Constitucional Democrático, não esgota o problema da concretização judicial do direito que requer simultaneamente uma teoria hermenêutica.

387 ALEXY, Robert. A fórmula peso. In: ___. **Constitucionalismo Discursivo**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 131-146.

388 No sentido de que a ponderação não se confunde com interpretação, mas trata-se de uma técnica de decisão, consultar PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Op. cit., p. 267.

389 CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e Argumentação: uma contribuição para o estudo do direito**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 22.

390 ZACARRIA, Giuseppe. Explicar y comprender: em torno de la filosofía del derecho de Paul Ricoeur. Revista **DOXA**, n. 22, 1999, p. 640.

391 GRACIA, Jaime Cárdenas. **La argumentación como derecho**. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2006, p. 201.

392 NEVES, Castanheira. **Metodologia Jurídica: problemas fundamentais**. Coimbra: Coimbra, 1993, p. 142, no mesmo sentido, PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Op. cit., p. 37.

393 CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. Op. cit., p. 22.

394 ZACARRIA, Giuseppe. Op. cit., p. 640.

Feitas essas considerações preliminares, passamos ao cerne da proposta do autor.

As constatações de insuficiência do método jurídico tradicional (lógico-dedutivo)³⁹⁵ na aplicação do direito e o reconhecimento da presença necessária dos juízos de valor na tomada de decisões judiciais, não implicam, para Robert Alexy, em aceitar que “há um campo livre para convicções morais subjetivas ou dos aplicadores. Tal conclusão só seria necessária se não existisse em absoluto a possibilidade de objetivar essas valorações”³⁹⁶.

Da resposta a questão se e em que medida a justificação de juízos morais pode ser realizada de maneira racional dependerá a afirmação de cientificidade do direito e a legitimidade da solução de conflitos sociais por meio de decisões judiciais, cujas valorações subjacentes não foram legitimadas em processo representativo democrático³⁹⁷.

Três propostas de objetivação são, no entanto, rejeitadas: 1) as valorações judiciais podem ser justificadas simplesmente através da referência aos valores vigentes em uma comunidade ou 2) ao sistema de valoração do ordenamento jurídico ou ainda 3) com o recurso à ordem objetiva dos valores, seja de natureza constitucional ou supra-positiva.

Na primeira hipótese, não há como determinar com precisão quais são esses valores e sempre haverá espaço para valores divergentes; na segunda, enfrenta-se a dificuldade de que um tal sistema não oferecer nenhum critério fixo de valoração, já que às normas subjazem valores diferentes e muitas vezes entram em conflito e, ainda que se recorra à terceira hipótese, não será possível deduzir enunciados específicos para embasar uma decisão³⁹⁸.

Todos esses argumentos, segundo o autor, podem ser utilizados numa fundamentação, mas não serão suficientes para qualificá-la de racional. Para isso, será preciso estabelecer um procedimento que determine exatamente as “formas e regras segundas os quais esses podem e devem entrar na fundamentação de uma decisão.”³⁹⁹.

395 Que a decisão jurídica, na maioria dos casos não se segue de uma operação lógica entre normas vigentes e enunciados fáticos decorre: 1) da ambigüidade da linguagem jurídica; 2) da possibilidade de conflitos entre normas; 3) da ausência de normas para resolver certos casos e 4) da possibilidade de se decidir contra o conteúdo literal de um enunciado normativo (p. 33). Cf. ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. Revisão técnica e introdução à edição brasileira Cláudia Toledo. 2 ed. São Paulo: Landy, 2005.

396 ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. 2 ed. São Paulo: Landy, 2005, p. 40.

397 ALEXY, Robert. Op.cit., p. 39.

398 ALEXY, Robert. Op. cit., p. 41-43.

399 ALEXY, Robert. Op. cit., p. 42.

3.4.1. A possibilidade de justificação racional dos juízos morais

Porém, ao admitir que convicções de conteúdo moral possam integrar valorações subjacentes à tomada de decisões judiciais, Robert Alexy depara-se com duas questões filosóficas amplamente discutidas: se os juízos morais podem ser justificados racionalmente e se há critérios para indicar se uma justificação⁴⁰⁰ é correta ou não.

Existem duas formas de se alcançar um acordo sobre uma questão prática (aquela que envolve juízos de valor ou de dever): comprovando e fundamentando ou persuadindo e influenciando. A persuasão, influência e propaganda só podem ser explicadas psicologicamente. A questão central será determinar se a comprovação e fundamentação desses juízos morais são possíveis.

Tal afirmação não está isenta da crítica de se resvalar no famoso “trilema de Münchhausen”: justificar uma proposição normativa implicará ou numa fundamentação *ad infinitum*, ou numa decisão arbitrária para se interromper o regresso ao infinito ou no estabelecimento do círculo lógico vicioso para evitar ambas as hipóteses anteriores. Alexy acredita que a saída do referido trilema está na introdução de regras que evitem a “exigência de fundamentação de cada proposição através de outra proposição”⁴⁰¹ num discurso moral.

A existência dessas regras, por sua vez, decorre dos pressupostos adotados a partir da teoria dos atos de fala de John Austin: “falar uma língua é uma atividade governada por regras”⁴⁰² e para cada ato de fala subjazem pretensões implícitas de intelegibilidade, sinceridade, verdade e correção⁴⁰³. De acordo com a concepção habermasiana dos atos de fala, as pretensões intelegibilidade e sinceridade são condições de possibilidade para todo tipo de comunicação, enquanto às pretensões de verdade e correção dizem respeito, respectivamente, às afirmações (atos de fala constatativos) e às ordens, propostas e promessas (atos de fala regulativos)⁴⁰⁴. Tais pretensões conduzem à obrigação de

400 Para Alexy, justificação e fundamentação são tratadas como sinônimos e ambos significam apresentar razões para a comprovação de uma afirmação. Cf. ALEXY, Robert. Op. cit., p. 58, nota de rodapé 3.

401 ALEXY, Robert. Op. cit., p. 183.

402 ALEXY, Robert. Op. cit., p. 79.

403 ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. 2 ed. São Paulo: Landy, 2005, p. 124.

404 ALEXY, Robert. Op. cit., p. 124. Alexy reformula a classificação habermasiana dos atos de fala, para incluir as proposições normativas entre os atos de fala normativos nos quais se confundem as pretensões de verdade e correção (p. 126). Embora tais aspectos não possam ser desenvolvidos neste trabalho, servem ao menos para ressaltar que as expressões verdade, correção e também racionalidade da argumentação se entrelaçam no pensamento alexyano. A conexão entre correção e racionalidade

fundamentar as proposições, no caso de serem questionadas, daí a idéia de que a justificação moral deve se dar de forma discursiva.

Os discursos são, segundo Robert Alexy, “um conjunto de ações interconectadas nos quais se comprovam a verdade ou correções das proposições. Os discursos em que se tratam da correção das proposições normativas são discursos práticos.”⁴⁰⁵

Na busca dos critérios de correção dos juízos morais, exercerá grande influência a teoria do discurso habermasiana. Robert Alexy se utilizará do conceito de verdade consensual de Jürgen Habermas para afastar a tese de que as proposições normativas não são suscetíveis de verdade. De acordo com aquela visão, o conceito aristotélico de verdade como correspondência entre a proposição e a realidade a que se refere é substituído pela definição de verdade como sendo o acordo potencial de todos os envolvidos sobre a pretensão dos atos de fala constatativos⁴⁰⁶.

Reconhecendo a problemática de tal conceito de verdade, admite: “o acordo de todos é intangível” e “mesmo que todos pudessem expressar sua opinião, um acordo ocasional não poderia servir com critério de verdade, já que ele poderia, por exemplo, basear-se em um erro ou coerção”⁴⁰⁷. No entanto, admite que a própria teoria habermasiana não defende que qualquer consenso seja apto a constituir o critério de verdade, apenas o será o consenso fundado (fundamentado) dentro de uma estrutura discursiva (situação ideal de fala) em que haja plena liberdade entre os participantes, ausência de coação e simetria de oportunidades. Na prática, tais circunstâncias não podem ser realizadas plenamente, o que torna o consenso fundado apenas uma idéia reguladora, critério de crítica dos discursos reais⁴⁰⁸.

Ainda que assumindo todas essas premissas habermasianas, Alexy ressalta que as condições da situação ideal de fala não são critérios suficientes para se aferir a correção das proposições normativas⁴⁰⁹. E nisto residirá a diferença fundamental entre os dois

perpassa toda obra e pode ser evidenciada em passagens como “A explicação do conceito de argumentação jurídica racional se dá nesta investigação mediante a descrição de uma série de regras e formas que devem ser adotadas para satisfazer a pretensão que nela se formula. Se uma discussão corresponde a essas regras e formas, o resultado alcançado pode ser designado como correto” (p. 280). Nesse mesmo sentido, cf. TOLEDO, Cláudia. Introdução à edição brasileira. In: ALEXY, Robert. Op. cit., p. 17.

405 ALEXY, Robert. Op.cit., p. 183.

406 ALEXY, Robert. Op.cit., p. 121.

407 ALEXY, Robert. Op. cit., p. 127.

408 ALEXY, Robert. Op. cit., p. 136.

409 ALEXY, Robert. Op. cit., p. 149.

autores: para Alexy, o conceito consensual de verdade deve se estendido a um conceito de verdade procedimental, que além do consenso fundado a ser atingido baixo condições ideais de fala (regras da razão), abrange outros tipos de regras que regem o discurso prático geral.

Neste ponto, surge a indagação de como justificar a existência de todas essas regras. As denominadas regras da razão estariam justificadas pela fundamentação pragmática-transcendental, segundo a qual as condições ideais de fala consistem em condições de possibilidade de comunicação lingüística, decorrem da capacidade do homem de fazer afirmações e fundamentações⁴¹⁰.

Ele apresenta ainda três outras formas de fundamentação: a técnica, que considera a exigência de certas regras do discurso como meio de atingir determinados fins, a empírica, que se baseia na existência de regras faticamente observadas para a sua justificação e a definitória, pela qual simplesmente se apresenta um sistema de regras sem justificá-las⁴¹¹. Aponta que todas, apesar de indicar também suas debilidades, contêm aspectos importantes e, embora não o mencione expressamente, seu sistema de regras recorrerá aos quatro tipos de fundamentação.

O catálogo explícito de regras e formas de argumentos do discurso prático geral consiste, sumariamente, em 1) regras fundamentais: não-contradição, sinceridade do falante, universalidade na utilização de predicados (um predicado usado para um objeto A, deve ser utilizado para outro objeto semelhante a A em aspectos relevantes) e clareza conceitual; 2) regras da razão: exigência de fundamentar tudo o que for pedido, abertura do discurso para quaisquer afirmações e manifestações, liberdade dos participantes, igualdade para expressar opiniões e interdição de coação; 3) regras sobre a carga de argumentação: como a obrigatoriedade de fundamentar o tratamento desigual e um argumento em caso de contra-argumento; 4) formas de argumentos: apresentação de dois modelos argumentativos básicos – argumento que se baseia numa regra pressuposta válida e um estado de coisas por ela promovido e argumento com base nas conseqüências desta regra -, obrigatoriedade de fundamentar a regra pressuposta e apresentação de regras de prioridade que indicam a preferência de certas regras para o caso de estarem em discussão regras diferentes; e 5)

410 ALEXY, Robert. Op. cit., p. 188-189. A designação pragmática-transcendental é oriunda da teoria do discurso de Karl-Otto Appel: “pragmática porque parte da própria prática do homem, no caso, de sua práxis comunicativa; transcendental porque pretende tematizar condições de possibilidade de tal práxis.” OLIVEIRA, Manfredo de Araújo de. **Ética e Racionalidade Moderna**. São Paulo: Loyola, 1993, p. 62.

411 ALEXY, Robert. Op. cit., p. 184-188.

regras de fundamentação: quem afirma que uma proposição normativa tem validade para a satisfação de todos deve aceitar as conseqüências desta para si, as conseqüências de tal regra devem ser aceitas por cada um (consenso no sentido habermasiano), exigência de comprovação crítica das convicções morais e respeito à possibilidade de realização prática da proposição que se fundamenta e 6) regras de transição: as que permitem em qualquer momento a passagem para outro tipo de discurso (teórico ou empírico, de análise da linguagem)⁴¹².

Embora a observância dessas regras assegure a racionalidade da argumentação, Alexy reconhece que o discurso prático tem seus limites: não garante a obtenção de um consenso fático em cada questão, haja vista o caráter ideal de algumas regras (regras da razão), que apenas podem ser cumpridas de forma aproximada e não assegura um resultado único e definitivo, primeiro, porque não determina quais as concepções normativas de que se deve partir numa argumentação, segundo, porque só existe um pequeno número de juízos de valor que estão excluídos do discurso (juízos que infrinjam regras da razão como liberdade e igualdade), deixando um amplo espaço para o discursivamente possível⁴¹³.

Esses condicionamentos do discurso prático demonstram, segundo o autor, que nem sempre será possível alcançar por meio dele decisões vinculantes que solucionem conflitos sociais, daí a necessidade do direito⁴¹⁴, regulando tanto o estabelecimento de normas quanto sua aplicação coercitiva. Todavia, ressalta, “a necessidade do direito não significa a despedida da racionalidade discursiva.”⁴¹⁵.

3.4.2. O discurso jurídico como caso especial do discurso prático geral

As discussões jurídicas envolvem questões práticas porque se referem (não apenas, mas também) à fundamentação de enunciados normativos (o que está proibido,

412 ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. 2 ed. São Paulo: Landy, 2005, p. 191-198.

413 ALEXY, Robert. Op.cit., p. 207. Cf também sobre os limites da teoria do discurso prático: ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 27.

414 Nas palavras do autor: “Se há sostenido a menudo que el carácter ideal de la teoría del discurso implica la necesidad del derecho. Com relación a muchos conflictos sociales, no es tolerable que permanezcan sin resolver hasta que sea alcanzado un consenso unánime em uma discusión ilimitada. Esto hace necesario el recurso a un procedimiento jurídico, como, por ejemplo la legislación y la jurisdicción.” ALEXY, Robert. Justicia como corrección. Revista **DOXA**, nº 26, 2003, p. 167.

415 ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 20.

permitido e ordenado)⁴¹⁶. Por envolver a justificação de juízos normativos, a argumentação jurídica também suscita a pretensão de correção, ou seja, a pretensão de que a fundamentação apresentada seja tida como correta/racional⁴¹⁷. Tal pretensão se verifica porque é inerente, como regra lingüística, às afirmações sobre juízos de dever (e também de valor) que envolvem as discussões jurídicas.

Entretanto, a pretensão de correção da argumentação jurídica diferencia-se daquela da argumentação prática geral porque ela se dirige não apenas à obtenção da fundamentação racional de uma proposição qualquer, mas à fundamentação racional de uma proposição normativa dentro do contexto jurídico vigente⁴¹⁸.

Pode-se questionar se a pretensão de correção é necessariamente cumprida nas decisões judiciais, já que aquele que decide pode não estar comprometido pessoal e intencionalmente com ela. Segundo Robert Alexy, “as pretensões ligadas aos atos de fala não dependem dos desejos do falante, mas sim das regras que estão na base dos atos de fala.”⁴¹⁹. O fato de que a pretensão de correção esteja necessariamente unida às decisões judiciais não significa que ela será necessariamente cumprida ou satisfeita. Para aferir a correção fática de uma decisão, isto é, se a pretensão de correção foi cumprida, deve-se recorrer às regras do discurso racional⁴²⁰.

Outro argumento levantado pelo autor para sustentar sua tese de que a argumentação jurídica é um caso especial de argumentação prática é de que, apesar de algumas limitações, as discussões jurídicas não perdem o seu caráter discursivo. Embora

416 ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 211.

417 ALEXY, Robert. Op. cit., p. 19.

418 ALEXY, Robert. ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. 2 ed. São Paulo: Landy, 2005, p. 212.

419 ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. 2 ed. São Paulo: Landy, 2005, p. 141.

420 O autor introduz, posteriormente, uma diferenciação importante entre a formulação da pretensão de correção e sua satisfação: o sistema jurídico, para ser considerado com tal, deve formular necessariamente a pretensão de correção, mas o fato de não satisfazê-la de fato, não implicará em perda de seu caráter jurídico, apenas em sua deficiência. Também as normas jurídicas isoladas e das decisões judiciais, formulam necessariamente a pretensão de correção, mas nem sempre a cumprem. Porém, pode acontecer que nelas não se formule a pretensão de correção e isso acontecerá quando houver sua negação explícita (a norma ou a sentença declara expressamente sua injustiça). Nesse caso, referidas normas jurídicas e decisões judiciais, não perderão seu caráter jurídico se prolatadas no marco de um sistema jurídico que formula tal pretensão por causa da sua vinculação institucional. (cf. ALEXY, Robert e BULYGIN, Eugenio. **La pretensión de corrección del derecho**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001, p. 66-69.) Ressalta ainda que a não satisfação da pretensão de correção, nas duas hipóteses, encontrará o limite de juridicidade no argumento de justiça: sistema jurídico, normas isoladas ou decisões judiciais perdem seu caráter jurídico quando a injustiça que veiculam atinge uma medida insuportável.(cf. ALEXY, Robert. **El concepto y la validez del derecho**. Barcelona: Gedisa Editorial, 2004, p. 45)

sujeita a uma série de condicionamentos como à vinculação à lei, à consideração dos precedentes, à sistematização dogmática e às regras processuais, no caso das decisões judiciais⁴²¹, a argumentação jurídica porque contém a pretensão de correção, implica a obrigatoriedade de fundamentação através do discurso.

Sendo o discurso jurídico um caso especial do discurso prático deve ser dirigido por regras específicas⁴²². Embora tenha se referido a diversos tipos de discussões jurídicas, Alexy se detém na elaboração de critérios para determinar a racionalidade da justificação de uma decisão jurídica⁴²³. Referida justificação divide-se em interna e externa.

Na justificação interna, exige-se que a decisão decorra logicamente das premissas invocadas na fundamentação, estabelecendo-se regras como; forma silogística da decisão, exigência de apresentação de pelo menos uma norma universal e de que a decisão decorra dela juntamente com outras premissas, exigência de que, se houver dúvida na formulação das premissas, deve-se introduzir uma regra que decida a questão.

A formulação dessas regras pode levar a incompreensões, como alerta Alexy. Com a exigência de dedutibilidade lógica não se está defendendo que “a fundamentação jurídica somente consista na dedução a partir de normas previamente dadas”⁴²⁴, pois em muitos casos, será necessário uma série de premissas não deduzidas da lei e, em outros, “a norma com que se começa nem sequer é de direito positivo”⁴²⁵.

O que se pretende com as regras de justificação interna é notadamente a explicitação dessas premissas que não raro, permanecem ocultas. Elas são exigências dos postulados de igualdade formal, justiça (também formal) e segurança jurídica e funcionam como parâmetros para identificar e criticar erros na escolha das premissas⁴²⁶. Percebe-se que Alexy não desconhece o caráter entimemático⁴²⁷ da argumentação jurídica no âmbito

421 ALEXY, Robert. Op. cit., p. 46.

422 Isso não afasta a vigência daquelas regras de caráter geral no discurso jurídico, apenas serão limitadas em alguns aspectos por conta dos condicionamentos da argumentação jurídica, como, por exemplo, a regra fundamental de abertura do discurso, de que qualquer assunto em qualquer momento poderá ser introduzido no discurso, o que de forma alguma pode-se aplicar às discussões no âmbito do processo judicial.

423 ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. 2 ed. São Paulo: Landy, 2005, p. 217.

424 ALEXY, Robert. Op. cit., p. 224.

425 ALEXY, Robert. Op. cit., p. 224.

426 ALEXY, Robert. Op. cit., p. 224 e 226.

427 O entimema é uma espécie de argumento em que são encobertas algumas das premissas ou a conclusão e que por isso não pode ser considerado um silogismo lógico, mas apenas retórico. Como assinala Atienza o argumento entimemático pode torna-se dedutivo com a introdução das premissas ocultas, ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teorias da argumentação jurídica. Trad. Maria Cristina

empírico. Exatamente por reconhecer que nas decisões judiciais muitas premissas são omitidas, é que ele propõe (em âmbito normativo) a apresentação explícita das mesmas para possibilitar o seu controle racional.

Outra confusão seria entender que a forma da justificação interna não considera o “ir e vir” no processo de interpretação entre norma e fato. Segundo Alexy, o aprofundamento das questões interpretativas dos fatos acontecerá por meio da justificação externa quando se deverão fundamentar as premissas apresentadas na justificação interna. Por isso, considera que as regras da justificação interna podem ser concebidas como a forma de apresentação ou o resultado daquele processo interpretativo⁴²⁸.

A justificação externa compreende a busca pela correção das premissas utilizadas na justificação interna. Abrange regras e formas de:

1) interpretação: que consistem em formas de argumentos de interpretação semântica, genética (histórica) e teleológica e regras como a necessidade de saturação de toda forma de argumento que houver entre os cânones – o que significa a explicitação de todas as premissas pertencentes a esta forma; regra de prevalência dos argumentos decorrentes de interpretação literal ou histórica sobre os demais cânones que pode ser afastada caso se apresente motivos racionais (que podem ser justificados) para a prevalência de outro cânone; regra que estabelece o uso da ponderação para determinar qual forma de argumento deve prevalecer no caso de conduzirem a resultados diferentes⁴²⁹;

2) argumentos dogmáticos: se for possível utilizar argumentos dogmáticos deve-se fazê-lo, se um argumento dogmático for questionado deve-se apresentar pelos menos um argumento prático geral. Isso porque apesar da possibilidade de apresentar outros argumentos dogmáticos, pode-se chegar ao ponto desses não mais existirem e, assim, será necessário o recurso a um argumento prático do tipo geral. Há também regras de comprovação dos argumentos dogmáticos, como a exigência de não contradição com

Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2006, p. 36. Segundo Adeodato, “nos países subdesenvolvidos, essas normas implícitas não apenas são pressupostas como evidentes, mas também ficam indeterminadas, prestando-se a manipulação.” ADEODATO, João Maurício. **Ética e Retórica**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 262. Neste ponto, a exigência de justificação interna de Alexy pode ser de grande utilidade. Conferir também sobre o entimema judicial, SOBOTA, Katharina. Não Mencione a norma! **Anuário dos Cursos de Pós-graduação em Direito**, Recife-Pe, nº 7, 1995, p. 251-273.

428 ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. 2 ed. São Paulo: Landy, 2005, p. 225.

429 ALEXY, Robert. Op. cit., p. 242. Como ressalta Alexy, “A exigência de saturação assegura a racionalidade do uso de cânones. Isso exclui a simples afirmação de que um determinado argumento pode ser o resultado de uma interpretação literal, histórica ou finalista da norma. Sempre é necessário apresentar premissas empíricas ou normativas, cuja verdade ou correção pode ser objeto de novas discussões a qualquer momento.” (p. 240.)

outros enunciados já aceitos e não questionados⁴³⁰;

3) uso dos precedentes: são regras decorrentes da exigência de universalidade dos predicados (regras fundamentais) e consistem no dever de citar precedentes quando possível e na obrigatoriedade de fundamentação quando se decidir se afastar de um precedente⁴³¹.

4) formas de argumentos específicos: estabelecem formas para argumentos por analogia, a contrário, *a fortiori*, e *ad absurdum*, e a regra de saturação (apresentação das premissas que levaram a formulação desses argumentos) quando forem utilizados⁴³².

5) argumentos práticos: seguem as formas e regras gerais da argumentação prática. São necessários na saturação das formas de argumentos, na justificação e comprovação dos argumentos dogmáticos, na justificação da escolha na forma de argumento que tem conseqüências diversas, na fundamentação direta das premissas da justificação interna⁴³³.

6) argumentos empíricos: embora tenha incluído esse tipo de argumento, Alexy não estabelece nenhuma regra específica, deixando em aberto a justificação dos juízos empíricos⁴³⁴.

A teoria da argumentação jurídica como caso especial do discurso prático, não conduz da mesma forma que este, à segurança definitiva do resultado. Se se pretender a obtenção de critérios que assegurem tanto a correção quanto a certeza absolutas do resultado de um decisão, a teoria da argumentação não será adequada.

O discurso jurídico racional possui as mesmas debilidades do discurso prático geral: não determina os pontos de partida da argumentação, não orienta todos os passos a serem seguidos e, em alguns aspectos, só poderá ser cumprido de forma aproximada, o que o torna um ideal regulatório⁴³⁵.

430 ALEXY, Robert. Op. cit., p. 267.

431 ALEXY, Robert. Op. cit., p. 297.

432 ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. 2 ed. São Paulo: Landy, 2005, p. 268.

433 ALEXY, Robert. Op. cit., p. 273.

434 Aliás, esse é um aspecto bastante criticado nas teorias da argumentação jurídica, de forma geral, porque deixa de fora, por exemplo, a análise das valorações das provas. Ver quanto ao assunto, notadamente NETTEL, Laura Ana. La distinción entre contexto de descubrimiento y de justificación y la racionalidad de la decisión judicial. **Revista Isonomía**, nº 5, octubre 1996, p. 109-117.

435 ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 28.

3.4.3. A argumentação jusfundamental

O discurso jusfundamental - ou seja, aquele realizado no âmbito da interpretação e aplicação das normas de direitos fundamentais - apresenta algumas particularidades, principalmente porque não está limitado pela lei ordinária, mas pelas disposições constitucionais dotadas de grande amplitude semântica. Determinar em que sentido a argumentação jusfundamental pode se dar de forma racional, implicará uma reformulação dos condicionamentos específicos do discurso jurídico, quais sejam, a lei, os precedentes e à dogmática. Será preciso, então, definir o que significa no plano da argumentação jusfundamental a sujeição à “lei”, aos precedentes e à dogmática⁴³⁶.

Se não se pode afirmar que a argumentação jusfundamental esteja sujeita à legislação ordinária, em virtude da supremacia normativa dos preceitos constitucionais, por outro lado, não se pode negar que o próprio texto constitucional vincula o processo justificatório das decisões que envolvem direitos fundamentais. A expressão sujeição à lei deve ser entendida no sentido da sujeição da argumentação jusfundamental ao texto e a vontade do legislador constituinte. Isso significa, sobretudo, à sujeição às regras e formas de interpretação semântica e de interpretação genética (histórica)⁴³⁷.

Tendo em vista que a estrutura das disposições constitucionais é semanticamente aberta e que o resultado da interpretação subjetivo-teleológica raramente é unívoco, Alexy reconhece que a força dos argumentos semânticos e genéticos para obrigar o resultado por eles exigido é limitada. Porém, isso não significa que essa força não exista: se o texto exige determinada interpretação esse é um argumento muito forte a favor desta interpretação e para afastá-lo, “as razões em favor da solução contrária ao texto têm que ter um peso tal que, desde o ponto de vista da Constituição, justifique um distanciamento do seu texto.”⁴³⁸. Da mesma forma com os argumentos genéticos, se existirem.

Assim, o texto e a gênese vinculam a argumentação jusfundamental porque têm a seu favor a carga da argumentação, ou seja, para não segui-los, requer-se a formulação de outros argumentos mais fortes.

436 ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2002, p. 533.

437 ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2002, p. 533. As formas de argumentos interpretativos e as regras de prioridade para o seu uso, referem-se aos métodos clássicos de interpretação. O autor contesta a concepção segundo a qual tais métodos não exerçam nenhum papel na interpretação constitucional (p. 534).

438 ALEXY, Robert. Op. cit., p. 534.

Nesse aspecto, pode-se falar de uma certa aproximação da teoria alexyana a premissa hermenêutica de que o texto da norma deve ser respeitado e tem sempre algo a nos dizer no processo de compreensão⁴³⁹. Jane dos Reis ressalta que:

O texto desempenha papel relevante na limitação da liberdade interpretativa. O texto não é apenas o ponto de partida da interpretação: associado ao imperativo de fundamentação das decisões judiciais, torna-se peça fundamental na constrição do arbítrio no processo hermenêutico.⁴⁴⁰

Assim, a exigência de sujeição da argumentação jusfundamental ao texto da Constituição, exigência esta que é feita no plano epistemológico, ou seja, de explicitação do compreendido⁴⁴¹, coaduna-se com o postulado hermenêutico de que o texto não é mero enunciado lingüístico e deve ser respeitado em sua objetividade.

O segundo elemento que constitui a base da argumentação jusfundamental é a sujeição aos precedentes da Corte Constitucional. O autor refere-se à força geral dos precedentes independentemente da força jurídica vinculante que lhe venha a ser determinada pela Constituição ou demais preceitos legais.

Tal força decorre dos postulados da universalidade dos predicados, uma das regras do discurso prático, que por sua vez também é decorrente do princípio da justiça formal (tratar de igual maneira o igual)⁴⁴², da segurança jurídica, da proteção de confiança, de descarga da fundamentação e da estabilidade jurídica⁴⁴³.

As regras sobre o uso dos precedentes, anteriormente mencionadas, têm validade para a argumentação jusfundamental: dever de citar os precedentes, sempre que houver e dever de fundamentar sempre que se decida se afastar de um precedente.

A sujeição da argumentação jusfundamental aos precedentes do Tribunal Constitucional não resulta no “engessamento” ou padronização do processo justificatório

439 STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 205.

440 PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 46. No mesmo sentido, Adeodato: “o texto limita a concretização e não permite decidir em qualquer direção, como querem as diversas formas de decisionismos”. ADEODATO, João Mauricio. Jurisdição constitucional à brasileira: situação e limites. In: __. **Constitucionalizando Direitos**: 15 anos da Constituição Brasileira de 1988. Org. SCAFF, Fernando Facury. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 84.

441 Conforme STRECK, Lenio Luiz. Op. cit., p. 221.

442 ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. 2 ed. São Paulo: Landy, 2005, p. 265.

443 ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2002, p. 537.

das decisões no âmbito dos direitos fundamentais, pois, como ressalta Alexy:

Por mais densa que seja a rede de regras de decisão, os novos casos sempre apresentam novas características que podem ser utilizadas como razão para uma diferenciação. Ademais, como precedentes, as regras de decisão possuem somente uma força *prima facie*. Pode-se renunciar a uma regra de decisão se se aduzem razões suficientes para isso.⁴⁴⁴

Para se concluir pela possibilidade de se exercer um controle da racionalidade da argumentação jusfundamental, será preciso ainda estabelecer a sua sujeição à dogmática constitucional⁴⁴⁵. Nesse caso, a dogmática deve corresponder às teorias materiais dos direitos fundamentais⁴⁴⁶.

Alexy não se limita a afirmar que a justificação decisória jusfundamental deve tomar como base uma teoria qualquer acerca dos direitos fundamentais - como seria de se esperar em razão do caráter procedimental da sua teoria - mas ele mesmo se propõe a apontar o que seria uma teoria materialmente adequada.

Pontua, assim, três espécies de teoria material: aquelas que elegem apenas um princípio como fundamental - como a teoria liberal ou burguesa dos direitos fundamentais, a teoria do Estado Social e a teoria institucional – aquelas que consideram os direitos fundamentais como princípios de igual hierarquia e outras que tentam criar uma certa ordem de precedência entre eles⁴⁴⁷.

Teorias unilaterais sofrem a objeção de consistirem em visões particularistas da Constituição, pois sempre caberá o questionamento se apenas aquele princípio eleito é o único a ter expressão no texto constitucional e em que medida não seria arbitrária a escolha em face dos demais direitos constitucionais.

A segunda teoria que, conforme o autor, é a adotada pelo Tribunal Constitucional Alemão, foi alvo das críticas de Bockenförde: se se pode recorrer a vários princípios e

444 ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2002, p. 539.

445 A inclusão da dogmática como um dos limites a que está sujeito a argumentação jurídica geral justifica-se pelas funções que a mesma desempenha no discurso jurídico: função de estabilização, de descarga da fundamentação, função técnica de operacionalização de conceitos, função de controle, de consistência e de progresso da ciência do direito. Para um maior desenvolvimento, cf. ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. 2 ed. São Paulo: Landy, 2005, p. 258 e ss.

446 ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 2002, p. 540.

447 ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2002, p. 546.

considerá-los igualmente como fundamentais, eles não seriam mais que meros *topos* argumentativos que, a depender das circunstâncias, se poderiam lançar mão⁴⁴⁸.

Alexy refuta tais críticas aduzindo três argumentos: 1) os princípios não são meros *topoi*, pois não é possível decidir arbitrariamente pela sua aplicação ou não. O processo de ponderação implica no dever de justificar a intervenção, restrição e não-incidência de um princípio constitucional; 2) é possível estabelecer uma ordem de prioridade *prima facie* entre os princípios constitucionais, mas ainda assim 3) não se pode esperar muito de uma teoria material dos direitos fundamentais⁴⁴⁹.

A concepção alexyana de uma teoria material dos direitos fundamentais consiste em conferir prioridade *prima facie* aos princípios da liberdade e da igualdade⁴⁵⁰:

Com o direito à liberdade e à igualdade está fundamentado o núcleo de direitos fundamentais. Todos os outros direitos fundamentais são, ou casos especiais de ambos ou meios necessários para a produção e asseguramento de uma medida suficiente de liberdade e igualdade. O último vale, por exemplo, para o direito a um mínimo existencial.⁴⁵¹

O próprio autor refuta uma série de objeções formuladas contra um tal conceito: as prioridades *prima facie* só valem nos casos de confronto com princípios diversos, não existem para o conflito dos dois princípios entre si ou de titulares diferentes do mesmo princípio; as prioridades *prima facie* são meios para se encontrar a resposta correta, de acordo com a Constituição, quando duas soluções forem procedimentalmente corretas; elas não contradizem o princípio da unidade da Constituição, pois são apenas regras de solução para o caso de empate argumentativo; não promovem a defesa exacerbada do liberalismo, já que não está excluído o afastamento de tais princípios quando se puder apresentar razões mais fortes para adotar outra solução e, por fim, deve-se admitir que as prioridades *prima facie* não determinam nenhuma pauta material específica, apenas estruturam a argumentação apoiada em princípios, tendo, portanto, um caráter formal⁴⁵².

448 ALEXY, Robert. Op. cit., p. 548.

449 ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2002, p. 546.

450 ALEXY, Robert. Op. cit., p. 549. Os conceitos de direito à liberdade e à igualdade, no pensamento alexyano não têm feições exclusivamente negativas de direitos de defesa, mas também se fundamenta direitos sociais prestacionais a partir da dimensão positiva ou material que é conferida a tais princípios (p. 406 e ss.).

451 ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 34.

452 ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios

Por isso, não se deve esperar que uma teoria material dos direitos fundamentais ofereça definitivamente uma resposta correta para cada caso, “o único que se pode exigir dela é que estruture a argumentação jusfundamental de uma maneira materialmente aceitável na maior medida possível.”⁴⁵³.

Com isso, embora não se possa afirmar que a teoria alexyana tenha sofrido um processo de materialização, não há dúvidas de que o conceito de argumentação jusfundamental vinculada a uma teoria material de direitos fundamentais, introduz um critério de controle sobre os elementos materiais da justificação das decisões judiciais.

Cumprido salientar, entretanto, que a argumentação jusfundamental mantém, ainda com a sujeição a uma teoria material, as mesmas limitações da argumentação jurídica geral: não conduz à segurança definitiva do resultado. O que se requer, por fim, é que no âmbito da justiça constitucional as decisões sejam “justificadas e criticadas em um discurso jusfundamental racional”⁴⁵⁴.

3.4.4. Principais Críticas contra a Teoria da Argumentação Jurídica de Robert Alexy

As críticas à teoria da argumentação alexyana atingem desde as premissas da teoria do discurso, passando pela tese do caso especial, até o caráter ideológico de determinadas posições⁴⁵⁵. Algumas delas foram respondidas pelo próprio autor que elaborou um posfácio para sua obra principal especificamente para combater as objeções trazidas pelos seus críticos. Outras, segundo o nosso entendimento podem ser mitigadas com uma análise mais detalhada das posições do autor. Há, porém, algumas, que a teoria da argumentação de Alexy realmente não oferece respostas, o que implicará decidir-se por uma reformulação, complementação ou mesmo rejeição da referida teoria.

Questiona-se, preliminarmente, se a estrutura discursiva é realmente necessária para a fundamentação das questões práticas, já que esta pode se dar monologicamente. Aduz-se contra isso dois argumentos: primeiro, em toda fundamentação há a possibilidade

Constitucionales, 2002, p. 551.

453 ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2002, p. 552.

454 ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2002, p. 554.

455 Para uma crítica geral acerca da teoria alexyana, conferir principalmente: ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teorias da argumentação jurídica. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2006, p. 183 e ss.

de modificação das ponderações e interpretações sobre o conteúdo do que se está tentando justificar, segundo, tais conteúdos não podem ser determinados em forma de monólogo, pois isso implicaria o desrespeito à autonomia da vontade dos indivíduos⁴⁵⁶.

Como ressalta Jürgen Habermas:

Não há reflexão que não se deixe reconstruir como um discurso interno. A atitude reflexiva com relação aos proferimentos próprios efetua-se segundo um modelo de atitude que outros participantes assumem em relação à validade problemática de seus proferimentos.⁴⁵⁷

Cabe ainda à teoria do discurso responder se o critério de racionalidade discursiva não é excessivamente excludente tendo em vista que desconsidera outros critérios de racionalidade, como a teleológica. Para Manuel Atienza, uma teoria da argumentação jurídica deve envolver também critérios de racionalidade instrumental e estratégica⁴⁵⁸.

Outro ponto de crítica refere-se à correção procedimental dos juízos morais: uma norma será correta se for resultado de um procedimento argumentativo racional, ou seja, se for resultado de um discurso racional⁴⁵⁹.

Arthur Kaufman indaga como o discurso racional produz a verdade ou correção de algo, se não tem por base esse algo⁴⁶⁰. Mas essa é uma questão que só pode ser resolvida com um debate acerca do conceito de verdade. Não obstante, não se poderá negar que um conceito formal de correção terá um âmbito muito limitado: a observância das regras do discurso não conduz a um único resultado, ao contrário, pode assegurar a racionalidade de diversas soluções, inclusive contraditórias.

Como adverte Manuel Atienza, nos casos difíceis, tal critério seria insuficiente já que várias soluções podem ser aprovadas no teste de racionalidade⁴⁶¹ e, acrescenta, uma teoria da argumentação jurídica deve “necessariamente incorporar conteúdos de natureza

456 ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. 2 ed. São Paulo: Landy, 2005, p. 296-297.

457 HABERMAS, Jürgen. **Verdade e Justificação**. Trad. Milton Camargo Mota. São Paulo: Edições Loyola, 2004, p.100. Por isso, Alexy não afasta a possibilidade de existência de discursos internos (idéia que ele não desenvolve) que consistem em “reflexões de uma pessoa em que se levam em conta os possíveis argumentos contrários dos oponentes imaginados” ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. 2 ed. São Paulo: Landy, 2005, p. 183, nota de rodapé 11.

458 ATIENZA, Manuel. Op. cit., p. 209.

459 ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 25.

460 KAUFMANN, Arthur e HASSEMER, Winfried. **Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 199.

461 ATIENZA, Manuel. Op. cit., p. 223.

política e moral”⁴⁶². O que somente pode ser feito a partir de uma moral conteudística e não apenas procedimental tal como a proposta de Robert Alexy.

Outra objeção refere-se ao caráter ideal do discurso: de que adianta a afirmação que a observância do procedimento discursivo torna os enunciados normativos corretos se há regras que, na prática, não podem se cumpridas?

Como mencionamos, as regras da razão se relacionam com uma situação ideal de fala que nos discursos reais só pode ser observada de forma aproximada. Tal aspecto faz com que Alexy considere o discurso racional como idéia reguladora. Isso não significa sua inutilidade prática, pois constitui critério para a crítica das fundamentações não-rationais. A correção nos discursos reais é relativa, pois “não conduz à segurança, mas sim a exclusão da simples opinião e decisão”⁴⁶³

Manuel Atienza critica a fundamentação que Alexy apresenta para a validade universal das regras da razão. No seu posfácio, Alexy afirma que adota a fundamentação pragmática-transcendental, mas que a esta deve ser acrescida a premissa empírica de que deve haver um elevado número de pessoas que desejem realizar o discurso de forma não estratégica⁴⁶⁴.

Se a fundamentação é pragmática-transcendental já implica que as regras da razão são tidas como o *a priori* da linguagem humana, não se justificaria, então, a introdução de uma premissa empírica para reforçá-la⁴⁶⁵. A relutância de Alexy em prosseguir apenas com a aquela fundamentação decorre da consideração de que se na prática todas as pessoas agissem estrategicamente (voltadas para o êxito e não para o consenso) ela não teria nenhum valor⁴⁶⁶.

Também se questiona que a argumentação jurídica seja um caso especial de argumentação prática. Se ela se encontra limitada pela lei, precedentes, pela dogmática e regras processuais, no caso das decisões judiciais, como insistir que o discurso jurídico consiste num caso especial do discurso prático? Na defesa da tese do caso especial, Alexy alega que a argumentação jurídica não perde seu caráter discursivo porque se refere a questões práticas e suscitam a pretensão de correção.

462 ATIENZA, Manuel. Op. cit., p. 223

463 ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. 2 ed. São Paulo: Landy, 2005, p. 301.

464 ALEXY, Robert. Op. cit., p. 304.

465 ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teorias da argumentação jurídica. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2006, p.194.

466 ALEXY, Robert. Op. cit., p. 303.

A pretensão de correção no discurso jurídico é questionada em dois aspectos. Primeiro, se ela corresponde à necessidade de fundamentação racional no contexto do direito vigente, pressupõe a racionalidade das normas e evita a “questão de o que significa argumentar juridicamente a partir de normas que se consideram injustas”⁴⁶⁷. Contudo, essa questão não é desconhecida por Alexy. Ele propõe que a pretensão de correção no direito abrange tanto a racionalidade da fundamentação no marco do ordenamento vigente, quanto a exigência de que o direito válido seja racional e justo⁴⁶⁸.

Segundo, se um juiz decide com base numa lei injusta ou irracional e se a decisão ainda assim é juridicamente válida, não se pode falar em cumprimento da pretensão de correção. Conforme já salientamos, para Robert Alexy, a necessidade dessa pretensão não depende que ela seja cumprida de fato. A exigência de fundamentação racional faz com que o discurso jurídico seja uma espécie de discurso prático (ainda que sob certas condições limitadoras), o fato de que a pretensão de correção não foi cumprida só indica que a decisão não foi fundamentada de forma correta⁴⁶⁹.

Uma das críticas mais contundentes contra a teoria da argumentação de Robert Alexy refere-se à consideração de que a argumentação empreendida no processo judicial não tem caráter discursivo. As condições limitadoras do processo fazem com que muitas regras do discurso racional sejam desrespeitadas como: tempo limitado, ausência de simetria, obrigatoriedade do réu em participar do processo (espécie de coação), ausência de sinceridade (o réu não está obrigado a falar sempre a verdade) e a freqüente motivação das partes em obter uma decisão que lhes seja mais vantajosa e não tanto correta e racional⁴⁷⁰.

Segundo o autor, tais limitações levaram Jürgen Habermas a conceber o processo como ação estratégica – voltada para o êxito, para a satisfação de interesses particulares – e não comunicativa – voltada para o consenso⁴⁷¹.

Ainda assim pode-se insistir no caráter discursivo da argumentação processual alegando que a exigência de fundamentação não é apenas condição para o êxito (argumenta-se apenas para obter a decisão que pessoalmente lhe seja satisfatória), mas é condição do jogo, ou seja, a própria estrutura do processo exige que se aduzam argumentos

467 ATIENZA, Manuel. Op. Cit., p. 198.

468 ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. 2 ed. São Paulo: Landy, 2005, p. 313.

469 ALEXY, Robert. Op. cit., p. 304.

470 CALEXY, Robert. Op. cit., p. 313 e ATIENZA, Manuel. Op. cit., p. 199.

471 ALEXY, Robert. Op. cit., p. 216.

que aspirem à correção⁴⁷². E acrescenta, as próprias regras processuais oferecem “uma oportunidade suficiente para alcançar o resultado que também se alcançaria sob condições ideais.”⁴⁷³

Manuel Atienza acusa ainda a teoria de Alexy de cumprir uma função ideológica de justificação do Estado Constitucional e Democrático de Direito e de algumas instituições do direito moderno. Aponta alguns aspectos que o evidenciam: 1) ênfase descritiva (e não normativa) no estabelecimento de algumas regras específicas do discurso jurídico, reforçando regras tradicionais do método jurídico; 2) valorização acentuada da dogmática; 3) idealização do processo e 4) introdução da moral no conceito de direito⁴⁷⁴.

As três primeiras objeções podem ser refutadas com certa facilidade: Se é verdade que Alexy se concentra nos métodos tradicionais, como a utilização dos cânones interpretativos (que ainda são constantemente utilizados no discurso jurídico), também é verdade que ele estabelece formas de argumentos para que os mesmos sejam utilizados e a exigência de fundamentação de todas as premissas. Além disso, a regra de ponderação entre os pesos dos argumentos foi posteriormente desenvolvida e aplicada especialmente para a resolução de conflitos entre de direitos fundamentais e em nada se assemelha à metodologia tradicional.

Por outro lado, também se deve reconhecer que o fato de que as regras e formas de argumentos interpretativos se referirem, em sua maioria, aos métodos tradicionais da interpretação, reforça o que dissemos anteriormente acerca das insuficiências da teoria da argumentação jurídica para a concretização das normas jurídicas e da necessidade de, especialmente, no âmbito das normas constitucionais, formular-se uma hermenêutica constitucional específica.

A inclusão da dogmática como limite do discurso jurídico decorre do reconhecimento das funções que ela exerce no direito como um todo: função de estabilização, de progresso científico, de descarga de fundamentação nas deliberações de juízes e tribunais quanto a enunciados aceitos, função técnica de fornecer conceitos gerais, função de controle e função heurística de fornecimento de modelo de soluções⁴⁷⁵. Ademais, a estrutura do discurso permite sempre o questionamento de enunciados

472 IALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. 2 ed. São Paulo: Landy, 2005, p. 314.

473 ALEXY, Robert. Op. cit., p. 277.

474 ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teorias da argumentação jurídica. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2006, p. 204.

475 ALEXY, Robert. Op. cit., p. 216.

dogmáticos, que por sua vez deverão ser fundamentados.

A crítica quanto à idealização do processo pode ser mitigada quando Alexy reconhece que um exame empírico dos diversos tipos de processos judiciais poderá denunciar a existência de diversas estruturas irracionais⁴⁷⁶.

Porém, a última crítica de Manuel Atienza há de ser analisada com cautela. A conexão entre direito e moral proposta por Robert Alexy não implica, segundo o próprio autor, uma conexão forte no sentido de se afirmar que todo direito é sempre moralmente correto⁴⁷⁷. Implica sim que todo direito (sistema jurídico, normas e decisões judiciais) formula necessariamente a pretensão de correção moral, embora nem sempre de fato a cumpra. Isso não conduz a conexão do direito com determinada moral concreta designada como correta, mas à idéia que o direito pode ser justificado moralmente⁴⁷⁸.

Outro ponto a salientar é que a pretensão de correção necessariamente formulada pelo direito deve ser entendida sob o ponto de vista interno, ou seja, pela ótica da parte oficial que impõe o direito⁴⁷⁹. Do fato desta pretensão ser formulada no sistema jurídico, não se infere necessariamente uma obediência cidadã cega ao direito posto, o que deixa em aberto o espaço para crítica ético-política do sistema jurídico, das normas e decisões que não satisfaçam o conteúdo de determinada moral crítica⁴⁸⁰. Sob essa perspectiva, não se poderia afirmar que a conexão entre direito e moral conduz diretamente à justificação ideológica de qualquer direito positivo, inclusive dos absolutamente injustos.

Por outro lado, não se pode negar que os pressupostos da teoria do discurso prático e da teoria do discurso em geral como o fundamento das regras da razão numa prática humana comunicativa, decorrente da evolução de uma moral pós-convencional e a necessidade de que o direito possibilite essa prática, institucionalizando-a, apontam para uma justificação discursiva do Estado Constitucional Democrático.

A moral, nesse caso, não atua apenas como instância legitimadora, mas como fundamento do próprio direito⁴⁸¹. E nesse sentido, assiste razão a Manuel Atienza quando afirma que tal teoria cumpre uma função ideológica específica: a de justificação do Estado

476 ALEXY, Robert. Op. cit., p. 216, nota de rodapé 22.

477 ALEXY, Robert. **El concepto y la validez del derecho**. Barcelona: Gedisa Editorial, 2004, p. 83.

478 ALEXY, Robert. Op. cit., p. 84.

479 VALDÉS, Ernesto Garzón. Algo más acerca de la relación entre derecho y moral. **Revista DOXA**, n. 8, 1990, p. 122.

480 VALDÉS, Ernesto Garzón. Op. cit., p. 127.

481 GARCIA AMADO, Juan Antonio. La filosofía del derecho de Jürgen Habermas. **Revista DOXA**, n. 13, 1993, p. 237.

Democrático de Direito. E isso pode ser constatado nas palavras do próprio autor:

O decretado e o eficaz formam o lado fático e institucional do direito, o correto, a sua dimensão ideal ou discursiva. Minha tese é que um conceito adequado, somente então, pode nascer, quando ambos os lados são enlaçados. Esse enlace pode somente dar bom resultado em uma teoria ampla do sistema jurídico. Uma tal teoria é a teoria do discurso do estado constitucional democrático⁴⁸².

Todavia, o problema reside, a nosso ver, não tanto na justificação moral que a teoria do discurso prático propõe ao Estado Democrático de Direito, mas em saber se nesse contexto se justifica a adoção de uma teoria da argumentação jurídica baseada na teoria do discurso prático como a de Robert Alexy.

Em um tal cenário, onde as disposições constitucionais representam a própria institucionalização dos valores presentes da moral crítica, como a dos direitos humanos, não se pode ir muito longe negando a abertura do discurso jurídico à moral. O significado dos conceitos implícitos nos direitos fundamentais como liberdade, igualdade, dignidade, honra, não pode simplesmente ser encontrado com base em regras lingüísticas que determinam objetivamente seu uso numa comunidade de falantes, mas dependerá, sobretudo, daquelas concepções advindas da moral crítica e do discurso prático geral⁴⁸³.

De outro modo, também se exige no Estado Democrático de Direito que os procedimentos de interpretação e aplicação do direito proporcionem maior abertura democrática possível viabilizando a participação de todos os envolvidos nas decisões dos órgãos estatais e, principalmente, que tais decisões sejam justificadas de modo argumentativo para possibilitar seu controle público.

A proposta de argumentação jurídica racional de Robert Alexy, na medida em que pode ser vista como modelo procedimental de abertura democrática (pense-se nas regras do discurso prático) e também como uma tentativa de fornecer critérios para que as decisões judiciais possam ser avaliadas criticamente, encontrará - enquanto teoria normativa e ressalvadas aquelas críticas que apontamos como procedentes - plena validade no contexto do Estado Democrático de Direito.

482 ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 20.

483 PULIDO, Carlos Bernal. Refutación y Defensa del Neocostitucionalismo. In: **Teoría del Neoconstitucionalismo**. Madrid: Editorial Trotta, 2007, p. 302-303.

3.5. A legitimação procedimental da Jurisdição Constitucional: a “Jurisdição Constitucional Aberta”

Temos defendido, acostados nas lições de Friedrich Müller, que a legitimação da jurisdição constitucional deve ser vista como um processo, algo que se realiza em graus e que envolve tanto aspectos materiais justificadores do controle jurisdicional quanto procedimentais, ou seja, quanto à forma em que esse controle é exercido.

É importante ressaltar que em se considerando a existência da jurisdição constitucional como indispensável para a preservação e efetividade dos preceitos constitucionais e a sua inegável atuação orientada axiologicamente em virtude de pautas constitucionais abertas à moral, a discussão sobre sua legitimidade não pode estar concentrada apenas na imposição de limites a sua competência, mas deve alcançar, sobretudo, o modo pelo qual essa competência é exercida⁴⁸⁴.

A restrição material ao controle de constitucionalidade realizado pelo Poder Judiciário que é imposta pelas teses procedimentalistas, torna-se inaceitável porque, além de contribuir para o enfraquecimento da força normativa dos preceitos constitucionais, não considera todos os fortes argumentos levantados em defesa da legitimidade material da jurisdição constitucional para atuar em defesa da ordem democrática, sendo esta entendida não apenas como resultado da produção normativa do povo ativo, mas também, aquela que se dirige ao povo enquanto instância de legitimação e enquanto destinatário das prestações civilizatórias do Estado⁴⁸⁵.

A dimensão procedimentalista da constituição até aqui esboçada requer primordialmente, e ao contrário das teses procedimentalistas, não a restrição do âmbito do controle da justiça constitucional sobre os atos dos demais poderes, mas que o exercício desse controle seja compatível com os princípios da democracia pluralista e participativa.

Desse modo, podemos falar em legitimação procedimental, não excludente, nem antagonica à legitimação material da jurisdição constitucional, mas complementar a esta e também necessária à composição do conceito dinâmico e gradativo de legitimidade democrática proposto por Friedrich Müller⁴⁸⁶.

484 LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **Jurisdição Constitucional Aberta**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 203.

485 Cf. MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?** Trad. Peter Naumann. 3 ed. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 56

486 Desenvolvido anteriormente no tópico 2.7. do capítulo II.

Por legitimação procedimental deve-se entender à abertura da jurisdição constitucional a procedimentos institucionalizados ou não, que promovam a ampla participação dos cidadãos na tomada de decisões em sede de controle de constitucionalidade. Tal abertura, como propõe Mônia Leal, abrange dois aspectos: um de ordem externa ou institucional e outro de ordem interna ou de abertura argumentativa⁴⁸⁷.

O primeiro diz respeito à ampliação da idéia da “sociedade aberta dos intérpretes da constituição” de forma a alcançar de fato o nível institucional, ou seja, que o processo constitucional através de mecanismos específicos, proporcione “uma real e efetiva possibilidade de exercício das prerrogativas resultantes da abertura interpretativa.”⁴⁸⁸

A tese da sociedade aberta dos intérpretes da constituição formulada por Peter Häberle, consiste basicamente em considerar a interpretação constitucional, em sentido amplo, como um processo público aberto e inclusivo, em contínua formação para o qual colaboram todas as forças em potencial da comunidade política⁴⁸⁹, tais como os órgãos estatais, partes e terceiros envolvidos nos processos judiciais e administrativos, pareceristas, técnicos, peritos, associações de classe, partidos políticos, opinião pública etc.⁴⁹⁰.

A interpretação constitucional em sentido estrito realizada pelos intérpretes oficiais se encontra em constante conexão com esse material interpretativo advindo dessas outras esferas públicas e, sob o ponto de vista normativo, exigir-se-á que ela se realize de forma que “se leve em conta, interpretativamente, os interesses daqueles que não participam do processo (interesses não representados e não representáveis).”⁴⁹¹.

Essa concepção implicará em importantes conseqüências, não apenas para a hermenêutica constitucional – que deve se tornar mais elástica e ampliativa na consideração dos mais diversos pontos de vista interpretativos -, mas também para a elaboração e desenvolvimento dos processos constitucionais. Segundo Peter Häberle, nesse âmbito processual, deverão “ser desenvolvidas novas formas de participação das potências públicas pluralistas enquanto intérpretes em sentido amplo da Constituição. O direito

487 HENNIG LEAL, Mônia Clarissa. Op. cit. p. 205.

488 HENNIG LEAL, Mônia Clarissa. Op. cit. p. 204.

489 HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 30 e ss.

490 HÄBERLE, Peter. Op. cit., p. 20 e ss.

491 HÄBERLE, Peter. Op. cit., p. 46.

processual constitucional torna-se parte do direito de participação democrática.”⁴⁹² Sendo possível afirmar sob essa perspectiva que a intensidade do controle judicial ou da sua legitimação democrática será determinada de acordo com as possíveis formas de participação⁴⁹³.

É justamente nesse sentido que Mônia Leal, aplicando a teoria de Peter Häberle, desenvolve seu conceito de jurisdição constitucional aberta, que em um primeiro aspecto irá se caracterizar pela existência de mecanismos processuais efetivos de participação cidadã nas decisões judiciais.

Entre tais mecanismos se destacam, segundo a autora, a implementação do controle difuso de constitucionalidade, a ampliação do rol dos legitimados ativos para a interposição das ações constitucionais específicas e a adoção da Ação Constitucional Popular, possibilitando a qualquer cidadão o questionamento direto de temas que envolvam conteúdos constitucionais⁴⁹⁴.

O segundo aspecto que caracteriza a jurisdição constitucional aberta se relaciona com “uma abertura dos canais internos do poder Judiciário para com a comunidade e para com os argumentos trazidos para dentro do processo”⁴⁹⁵, o que tem como pressupostos tanto a disposição para se considerar a interpretação constitucional enquanto processo público aberto e inclusivo, quanto a elaboração de espaços argumentativos que proporcionem o diálogo e a discussão dentro do próprio processo judicial. E isso implica a adoção de um modelo de interpretação e argumentação jurídica que viabilize tal abertura.

Daí porque no Estado Democrático de Direito exigir-se que os procedimentos de interpretação e aplicação do direito se realizem numa perspectiva democrática,

492 HÄBERLE, Peter. Op. cit., p. 48.

493 HÄBERLE, Peter. Op. cit., p. 46.

494 HENNIG LEAL, Mônia Clarissa. **Jurisdição Constitucional Aberta**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 204. Destaque-se, ainda em contribuição à abertura democrática da jurisdição constitucional, a figura do *amicus curiae* instituída pela Lei 9.868/99 (que regula o processo do controle de constitucionalidade concentrado no Brasil) e regulamentada pela Emenda Regimental do STF nº. 15 (artigo 131º do parágrafo 3º do Regimento Interno do STF). Como pontua Gustavo Binbenojm “*Amicus curiae* é o “amigo da Corte”, aquele que lhe presta informações sobre matéria de fato e de direito, objeto da controvérsia. Sua função é chamar a atenção dos julgadores para alguma matéria que poderia, de outra forma, escapar-lhe ao conhecimento. Um memorial de *amicus curiae* é produzido, assim, por quem não é parte no processo, com vistas a auxiliar a Corte para que esta possa proferir uma decisão acertada, ou com vistas a sustentar determinada tese jurídica em defesa de interesses públicos ou privados de terceiros, que serão indiretamente afetados pelo desfecho da questão.” Cf. BINENBOJM, Gustavo. A dimensão do *amicus curiae* no processo constitucional brasileiro. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Número 1 – janeiro/fevereiro/março de 2005, Salvador, disponível em: www.direitodoestado.com/revista/REDE-1-JANEIRO-2005-GUSTAVO%20BINENBOJM.pdf, acesso em 25/02/2008.

495 HENNIG LEAL, Mônia Clarissa. Op. cit. p. 205.

possibilitando, assim, uma maior participação possível de todos os interessados nos deslinde das questões jurídico-constitucionais⁴⁹⁶.

Robert Alexy fala, inclusive, na possibilidade de se considerar uma representação argumentativa do povo por parte da jurisdição constitucional sempre que dentro de uma classe ampla de casos, as “sentenças sobre a intensidade de intervenções podem ser apoiadas sobre argumentos, que, todos que aceitam a constituição, reconhecem como bons ou pelo menos, plausíveis”⁴⁹⁷.

A consolidação da representação argumentativa dependerá, então, da observância de duas condições principais: a existência de argumentos válidos ou corretos nas decisões da jurisdição constitucional bem como a existência de um número suficiente de cidadãos capazes de apoiar e aceitar tais argumentos como corretos⁴⁹⁸.

Todo esse amplo espectro de condições legitimadoras, tem por objetivo incorporar à jurisdição constitucional “uma esfera radicalmente democrática, constituindo-a como um espaço privilegiado de exercício da cidadania, compreendida esta última, como não poderia deixar de ser, numa perspectiva ativa e participativa.”⁴⁹⁹.

Por outro lado, também a noção de jurisdição constitucional aberta contribui para assentar o entendimento de que a questão da legitimidade democrática da jurisdição constitucional, não pode ser resolvida em termos dicotômicos ou alternativos, entre legitimidade material ou procedimental, muito menos deverá ser colocada de uma forma estática, pela qual se poderia afirmar em definitivo que a atuação da justiça constitucional está legitimada tendo por base este ou aquele conteúdo ou esta ou aquela forma, mas sim em termos dinâmicos ou gradativos: quanto mais “aberta” a jurisdição constitucional, maior será o seu grau de legitimidade democrática.

O que põe também esta questão em termos de tarefa a ser realizada tanto em nível externo ou institucional - de implementação dos mecanismos procedimentais - como em nível interno ou argumentativo – verificado efetivamente na prática decisória dos órgãos do Poder Judiciário.

496 HÄBERLE, Peter. Op. cit., p. 36.

497 ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 165.

498 ALEXY, Robert. Op. cit., p. 165.

499 HENNIG LEAL, Mônia Clarissa Hennig. Op. cit. p. 206.

CAPÍTULO IV - A TEORIA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA: DA DICOTOMIA À COMPLEMENTARIDADE

4.1. A integração das dimensões substancialista e procedimentalista na Constituição Federal de 1988

Tendo em vista um determinado paradigma jurídico-político vigente em muitos países ocidentais e ocidentalizados, que é o do Estado Constitucional Democrático, temos afirmado que a análise da estrutura e das funções constitucionais, assim como de todos os desdobramentos decorrentes da necessidade de se alcançar um equilíbrio ou ponto ótimo de realização entre tais funções, apontam para as insuficiências teóricas das teses que sobrelevam ora o aspecto material ora o procedimental da constituição, enfatizando, muitas vezes, de forma acentuada um em detrimento do outro.

Se no âmbito da fixação das características gerais deste modelo constitucional ao qual temos nos referido, é possível reconhecer que existem certos traços típicos, de validade universal, encontrados nos diplomas constitucionais histórico-concretos, que convergem para a harmonização entre a garantia e a efetivação dos direitos fundamentais – não apenas em sua perspectiva liberal, mas também social e coletiva – e o desenvolvimento do regime democrático; no plano de cada ordem jurídica, porém, as propostas de integração devem ser formuladas com cautela, respeitando-se tanto as particularidades da constituição de um Estado como a realidade político-social deste.

De um modo geral, assinalamos que a constituição inserida no paradigma neoconstitucionalista apresenta tanto uma dimensão substancial quanto procedimental e que ambas, mas do que simplesmente existentes de forma dissociadas, complementam-se e se implicam. Porém, resta ainda analisar em medida específica tal modelo de integração adequa-se ao cenário jurídico-constitucional brasileiro.

Em primeiro lugar, cumpre investigarmos o contexto institucional vigente face os elementos apontados como integrantes da dimensão substancialista e procedimentalista da constituição. Posteriormente, apontaremos alguns fatores característicos da prática jurídico-política no país que, por indicarem um déficit de inefetividade do modelo constitucional vigente, revelam mais do que a possibilidade, a necessidade de que a teoria constitucional brasileira seja voltada para a consecução e desenvolvimento dessas duas

dimensões.

Se a Constituição Federal de 1988 comporta uma dimensão substancialista tal como delineada anteriormente, importa identificar se 1) ela apresenta os elementos de legitimidade material da ordem constitucional e se 2) tal ordem possui uma estrutura aberta.

Quanto aos aspectos de legitimidade material, não se pode negar, até mesmo pela breve leitura do texto constitucional, a existência de inúmeros dispositivos que evidenciam a disposição do constituinte brasileiro (ao menos daqueles pertencentes a ala progressista vencedora)⁵⁰⁰, em fixar parâmetros materiais para a atuação do poder político e para a convivência solidária em sociedade.

De forma significativa, no preâmbulo estão estabelecidos os “valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos”, dentre eles a liberdade, igualdade, a justiça, segurança, o bem-estar, os direitos sociais e individuais.

Tais valores se encontram positivados no corpo do texto constitucional e consistirão no fundamento ético da ordem jurídica brasileira. Estão explicitados notadamente no Título I (arts. 1º, 2º e 3º) que institui os fundamentos e objetivos da República Federativa do Brasil, - dentre eles, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, o pluralismo político, a democracia representativa e participativa, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária – no Título II (arts. 5º a 16) com a extensa previsão dos direitos fundamentais e também nos Títulos VII (art. 170) e VIII (art. 193), que estabelecem os fundamentos da ordem econômica e social – como, por exemplo, os princípios de valorização do trabalho humano, da existência digna, da justiça social, do bem-estar e da função social da propriedade.

A adoção do regime jurídico-político do Estado Democrático de Direito evidencia a tentativa de instaurar o “Estado de justiça material”⁵⁰¹, em que a democracia se realiza como um processo de convivência social, livre, justo e fraterno, de forma participativa e pluralista, cujo objetivo consiste em liberar a pessoa humana das diversas formas de opressão social⁵⁰².

A “Constituição Cidadã”, tal como foi designada desde a época de sua

500 Cf. CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva**. Elementos de Filosofia Constitucional Contemporânea. 3 ed., Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2004, p. 41.

501 SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 122.

502 SILVA, José Afonso da. Op. cit., p. 123.

promulgação, apresenta, sem dúvida, uma dimensão comunitária⁵⁰³ que lhe confere legitimidade e instaura um núcleo conteudístico de princípios materiais balizadores do agir político e social.

Tais princípios, que também abrangem o elenco de tarefas impositivas ao Estado para a concretização dos direitos fundamentais e dos objetivos fundamentais representam, assim, “fundamentação substantiva para os atos do poder público afirmando-se como parâmetro material, diretivo e inspirador dos mesmos[...]”⁵⁰⁴.

A presença incontestável desse aspecto da dimensão substancialista na Constituição de 1988, que a torna “paradigma ético-jurídico da sociedade e do poder”⁵⁰⁵, afasta a possibilidade de se compreendê-la apenas como programa de governo, no qual o conteúdo de seus dispositivos não passam de recomendações ou de conselhos para a prática política.

A necessidade de se afirmar a supremacia da constituição e sua força normativa, característica dos aportes teóricos do neoconstitucionalismo, impõe que a nenhuma norma constitucional seja retirada por completo sua eficácia jurídica e também que, através da interpretação, seja conferida a maior efetividade possível ou a ótima concretização dos preceitos constitucionais.

E nisto residirá uma das principais teses substancialistas, a nosso ver acertada: a da vinculação dos poderes públicos “aos ditames da materialidade da Constituição”⁵⁰⁶. Se se quiser evitar as dificuldades em se justificar porque apenas algumas normas constitucionais devem ser levadas a sério⁵⁰⁷, correndo-se o risco de tornar o diploma constitucional numa “constituição normativa na parte que toca os interesses das classes hegemônicas e uma constituição nominal na parte que toca os interesses das classes que

503 Conforme Gisele Citadino, apresentam essa característica as constituições que estabelecem 1) um fundamento ético do ordenamento jurídico, 2) uma ampla previsão dos direitos fundamentais e de institutos processuais que viabilizam o controle das ações e omissões dos poderes públicos e ainda 3) a criação de uma Corte Suprema como órgão de caráter político. Cf. CITADINO, Gisele. Op. cit., p. 43.

504 BOLZAN DE MORAIS, José Luiz. Constituição ou barbárie: perspectivas constitucionais. In: **A Constituição Concretizada**. Org. SARLET, Ingo Wolfgang. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p.19.

505 BOLZAN DE MORAIS, José Luiz. Op. cit., p. 21.

506 STRECK, Lenio Luiz. A concretização de direitos e a validade da tese da constituição dirigente em países de modernidade tardia. In: **Diálogos Constitucionais: Brasil/Portugal**. Orgs. AVELÂS NUNES, António José e MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 334.

507 Conferir a respeito ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 63.

buscam emancipação”⁵⁰⁸, há que se admitir ao menos *a priori*, a plena vinculabilidade dos poderes públicos a todos os preceitos constitucionais.

Desse modo, pode-se afirmar que a busca pela efetivação da constituição, além de política, tornar-se-á também jurídica no sentido de se elaborar um arcabouço teórico e prático que viabilize o cumprimento do seu conteúdo normativo em caso de violação ou omissão dos poderes públicos, para o que se impõe também delimitar a medida dessa vinculação material compatível com os postulados do Estado Democrático pluralista.

Isso significa de certa forma admitir ainda a validade da tese da constituição dirigente para o caso brasileiro, apesar das críticas desferidas contra esse modelo advindas principalmente de contextos bastante diferenciados da realidade política e institucional brasileira. A tese da constituição dirigente, considerada retrógrada pelo discurso neoliberal globalizante de complexidade e autonomia dos diversos segmentos sociais para se auto-regularem, pode sim alcançar plena atualidade no contexto brasileiro⁵⁰⁹, na medida em que, afastando-se algumas incompreensões a seu respeito, for possível compatibilizá-la com a idéia de abertura constitucional necessária ao desenvolvimento da ordem democrática.

Já afirmamos que o dirigismo constitucional não implica a substituição da política e que, apesar da vinculabilidade que ela impõe ao legislador, não lhe retira, mas apenas limita a parâmetros básicos, sua liberdade de conformação legislativa.

Trata-se, então, de acordo com Robert Alexy, de entender a constituição, ao mesmo tempo, enquanto ordenação fundamental, porque ela determina conteúdos essenciais a serem observados no exercício do poder político, os quais este não poderá transpor, violar, nem mesmo se omitir, e enquanto ordem quadro, porque fora daquele âmbito, sempre haverá espaços em que as normas constitucionais não obrigam nem proíbem definitivamente a atividade política, deixando o espaço livre para sua atuação.

Essa proposta não prescinde do controle judicial da atividade legislativa e

508 CLÈVE, Clemerson. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: RT, 1995, p. 209 e 210, citado por STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica em crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 6 ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2005, p. 50.

509 Nesse sentido, Lenio Streck defende que “o preenchimento do *déficit* resultante do histórico descumprimento das promessas da modernidade pode ser considerado, no plano de uma Teoria da Constituição constitucionalmente adequada[...] a países periféricos, ou, mais especificamente, de *uma Teoria da Constituição Dirigente Adequada aos Países de Modernidade Tardia (TCDAPMT)*, como conteúdo compromissório mínimo a constar no texto constitucional, bem como os correspondentes mecanismos de acesso à jurisdição constitucional e de participação democrática.” STRECK, Lenio Luiz. A permanência do caráter compromissário (e dirigente) da constituição brasileira e o papel da jurisdição constitucional: uma abordagem à luz da hermenêutica filosófica. **Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos**, n. 39, 2003, p. 90, grifos do autor.

administrativa à luz do princípio da proporcionalidade e em especial do seu terceiro cânone, o exame da proporcionalidade em sentido estrito ou a ponderação, mas ressalta que é justamente o resultado desse momento ponderativo, dentro de uma dogmática dos espaços, que poderá implicar a restrição do controle jurisdicional em prol do princípio da separação dos poderes e do princípio democrático.

Dentro dessa concepção impõe-se também o reconhecimento de que as normas constitucionais não estão estruturadas apenas na forma de regras, mas também e principalmente sob a forma de princípios. E isso incluirá as normas relativas aos direitos fundamentais sociais e muitas outras normas designadas de programáticas que visam concretizar tais direitos prescrevendo tarefas impositivas ao poder público, as quais, enquanto princípios obrigam *prima facie* todos os poderes estatais.

A teoria dos princípios e a dogmática dos espaços, reforçam, assim, a normatividade da constituição dirigente - em especial tratando-se da garantia de realização de direitos sociais básicos relativos ao mínimo existencial e em matéria de controle judicial das políticas públicas para assegurar tais direitos - sem, no entanto, exigir dela o impossível.

Fora do âmbito das condições mínimas de existência digna, a imposição definitiva, por via judicial, de direitos a prestações fáticas em face do Estado, exigirá o recurso à técnica da ponderação que nesses casos envolverá um complexo de princípios opostos, tanto materiais quanto formais, com também deverá enfrentar os condicionamentos de ordem econômica dos governos. O que de certa forma evidencia os limites do dirigismo constitucional dentro do Estado democrático de Direito.

Reconhecer tal limitação importa em não creditar todo o esforço de efetivação dos dispositivos constitucionais a simples adoção de uma teoria constitucional dirigente. Cabe aqui o alerta de Gilberto Bercovici acerca das conseqüências de tal redução em teoria constitucional, como a ausência de discussão e elaboração de mecanismos teóricos capazes de resgatar o exercício do poder político democrático e a concentração temática em torno da realização das normas constitucionais pela via da jurisdição constitucional⁵¹⁰.

Mas como implementar a ampliação da cidadania política no contexto de uma constituição dirigente? A nosso ver, essa é uma questão que somente pode ser respondida no marco da dimensão procedimentalista da Constituição Federal que abrangerá não

510 BERCOVICCI, Gilberto. Democracia, Inclusão Social e Igualdade. In: **Direito, Estado e Democracia:** entre a (in)efetividade e o imaginário social. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, v. I, n. 4, Porto Alegre, 2006, p. 165.

apenas a observância dos procedimentos previstos no próprio texto constitucional, mas também, como exigência do princípio da democracia participativa e pluralista (art. 1º), a implementação de outros mecanismos procedimentais, institucionalizados ou não, que viabilizem a ampliação da participação popular na tomada de decisões públicas.

Como assinala apropriadamente Paulo Bonavides, o Estado Social que se quer efetivar no paradigma democrático há de ser o Estado Social da sociedade e não do Estado, onde este “avulta menos e a sociedade mais”⁵¹¹. E acrescenta, a democracia contemporânea consistirá, mais do que um regime político, em um direito fundamental de quarta geração pelo que se assegura o “primado do controle popular em todos os níveis, graus e instâncias básicas onde se exerce a autoridade de quem governa.”⁵¹². E para que esse direito seja exercido de forma plena e desembaraçada, será indispensável colocar à disposição da cidadania mecanismos de participação e de controle efetivos⁵¹³.

Nesse sentido e considerando que a concepção de constituição dirigente - num modelo integrado de ordenação fundamental e ordenação quadro - não pretende regular a totalidade da vida social, deixando sempre em aberto um amplo espaço à configuração legislativa para concretizar direitos sociais e implementar políticas públicas assecuratórias dos mesmos, é que exercerá um importante papel a figura do *status activus processualis* de Peter Häberle.

Ao estabelecer, ao lado da reserva de lei, uma reserva de lei procedimental em matéria de realização dos imperativos do Estado Prestacional, a tese de Peter Häberle além de estender a democracia política para além de sua forma representativa, atenua os efeitos autoritários da planificação estatal ocorrida na primeira fase de institucionalização do Estado Social.

Contudo, o *status activus processualis* deve ser admitido aqui com todas as ressalvas feitas anteriormente com relação às possibilidades de se reconhecer direitos prestacionais específicos a partir do conteúdo material da constituição, notadamente tendo-se em vista a Constituição Brasileira riquíssima no elenco de direitos fundamentais sociais e na fixação de tarefas estatais para efetivá-los⁵¹⁴.

511 BONAVIDES, Paulo. O Estado Social e sua evolução rumo à democracia participativa. In: MEZZARROBA, Orides (Org). **Humanismo Latino e Estado no Brasil**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2003, p. 27.

512 BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. 5 ed, rev. e amp. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 486.

513 BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 481.

514 Basta verificarmos, por exemplo, o sistema de seguridade social (art. 193 e ss.) e os dispositivos acerca do direito à educação (art. 205 e ss.).

Fora do âmbito especificamente regulado ou proibido pela constituição, porém, faz-se necessário introduzir-se a reserva procedimental, ao lado da reserva de lei, visando assegurar a participação de todos os afetados em procedimentos prévios e de discussão acerca das políticas públicas a serem implementadas na esfera do Estado Social, o que, não só é plenamente compatível com a ordem constitucional vigente como também consiste numa exigência da democracia participativa e pluralista nela prevista.

Ressaltem-se, ainda nesse contexto, os mecanismos de participação direta na formação da vontade estatal instituídos no art.14 da Constituição Federal como o plebiscito e referendo que, embora reconhecidamente esquecidos na prática política brasileira, representam a intenção do legislador constituinte brasileiro em conferir uma nova dimensão ao exercício da democracia no país. Tais institutos poderiam também, no âmbito da fixação das prestações sociais públicas, conferir maior grau de legitimidade democrática ao desenvolvimento do Estado Social⁵¹⁵.

Das considerações expostas até aqui, podemos sintetizar o seguinte: a Constituição brasileira possui uma dimensão substancialista, caracterizada tanto pela legitimidade material – proposta em seus preceitos – quanto pela sua estrutura aberta. Seguimos falando em abertura da Constituição, apesar de admitirmos a presença do dirigismo constitucional porque este não implica em ordenação global e exaustiva das relações sociais e, fora do âmbito do definitivamente estabelecido pelos preceitos constitucionais, o Estado Social há de ser implementado à luz dos direitos de participação política decorrentes do *status activus processualis* que requer a introdução da reserva de procedimentos a serem estabelecidos por lei.

A Constituição de 1988 também possui uma dimensão procedimentalista consubstanciada, por um lado, nas exigências do princípio da democracia participativa e pluralista de implementação de procedimentos para a tomada de decisões públicas que promovam a maior participação popular possível e assegurem a convivência social pacífica apesar do antagonismo de interesses e formas de vida.

Por outro lado, deve-se acrescentar que a dimensão procedimentalista da Constituição brasileira também decorre de dois outros fatores. O primeiro deles reside no fato de ela apresenta uma estrutura materialmente aberta, para o que se requer a

515 Nesse ponto, é importante frisar que a depender do grau de manipulação das massas, a finalidade de tais institutos pode ser completamente descaracterizada e “se tal vier acontecer, ainda que a consulta seja imediata, não haverá, em verdade, democracia direta.” Cf. BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. 5 ed, rev. e amp. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 486.

intermediação de procedimentos democráticos, ainda que não institucionalizados, de interpretação e aplicação das normas constitucionais dotadas de um alto grau de indeterminação. O segundo consiste em que ela também assume uma forma de lei processual, ao estabelecer o estatuto organizativo do Estado, fixando competências, regulando procedimentos e criando mecanismos processuais de garantia de seus preceitos⁵¹⁶.

Tendo em vista tais aspectos, podemos afirmar que o contexto jurídico-constitucional vigente no país, também apresenta uma dimensão substancialista e procedimentalista que se implicam reciprocamente e devem ser integradas no sentido de garantir a efetiva otimização dos pressupostos do Estado Democrático de Direito.

4.2. O *déficit* substancial e procedimental na realidade jurídico-constitucional brasileira

A integração entre as dimensões substancialista e procedimentalista que se pôde inferir teoricamente a partir da estrutura e das funções da Constituição de 1988 se tornará ainda mais relevante e necessária no plano da prática jurídico-constitucional brasileira, onde se verifica um *déficit* não apenas de um desses aspectos, mas de ambos.

Como reconhece Lenio Streck, referindo-se às práticas jurídico-políticas predominantes no país em relação ao debate presente na doutrina constitucionalista nacional, “no Brasil, nenhuma das duas teses (procedimentalismo e substancialismo) é perceptível.”⁵¹⁷

Isso se deve ao fato de que a Constituição Federal, apesar dos seus quase vinte anos de vigência, padece do vício crônico de inefetividade da maioria de seus preceitos. O que há, nas palavras de Marcelo Neves, é uma verdadeira “ausência generalizada de orientação das expectativas normativas conforme as determinações da constituição”⁵¹⁸, ou seja, uma insuficiente concretização da ordem constitucional que a torna, cada vez mais e acentuadamente, um símbolo necessário à retórica legitimante do poder⁵¹⁹.

516 Conferir notadamente os Títulos III e IV da Constituição Federal.

517 STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica em crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 6 ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2005, p. 51.

518 NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 92.

519 NEVES, Marcelo. Op. cit., p. 179. A utilização do discurso constitucional como instrumento retórico-legitimante dos governos em face de uma realidade muito aquém de expressar o disposto nos textos constitucionais trata-se de uma prática constante no cenário político-constitucional brasileiro que pode,

Em um estudo sobre as características do constitucionalismo na América Latina, Garzón Valdéz assinala a função quase metafísica ou mitológica que a constituição sempre desempenhou nos países dessa região, pródigos em discursos constitucionais emancipatórios (como a Constituição Mexicana de 1917, a Argentina de 1916) dos quais se utilizam os governos e partidos políticos como “expressão de uma forte vontade política aparentemente disposta a mudar a realidade.”⁵²⁰.

No caso da Constituição brasileira de 1988, podemos identificar que desde a sua gênese, ela carrega duas funções simbólicas⁵²¹: 1) a de representar um compromisso dilatatório em torno do cumprimento das normas constitucionais, o qual é adiado para um futuro incerto – que foi resultado da ausência de um pacto ideológico acerca do conteúdo da constituição e de seu caráter compromissário⁵²² e 2) a de funcionar como álibi para a aceitação social do exercício poder político, na tentativa de evitar a responsabilização direta dos poderes públicos quanto à tomada de decisões em épocas de crises políticas, econômicas, institucionais ou em períodos de acentuada insatisfação popular⁵²³.

Nessas situações, demonstra-se uma aparente disposição dos governos em solucionar os problemas sociais através de propostas de alteração nos textos constitucionais, sem que, contudo, tenham de enfrentar as suas verdadeiras causas através de ações políticas concretas e efetivas⁵²⁴. A utilização da constituição como álibi tem o

inclusive, ser verificada em todas as constituições já existentes no país. Conferir sobre esse aspecto a análise de NEVES, Marcelo. Op. cit., p. 177 e ss.

520 VALDÉZ, Ernesto Garzón. Derecho y Democracia em América Latina. **Revista Isonomía**, n. 14, Abril, 2001, p. 56.

521 Sobre as funções simbólicas da constituição traçamos algumas considerações no início deste trabalho (ver capítulo I, 1.6). Para maior desenvolvimento consultar NEVES, Marcelo. Op. cit.

522 CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva**. Elementos de Filosofia Constitucional Contemporânea. 3 ed., Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2004, p. 34. Registra a autora o embate entre “conservadores” e “progressistas” durante o processo constituinte de 88 que, embora tenha resultado na vitória destes últimos - representada pelo acatamento nos textos constitucionais de suas reivindicações - , pôs em evidência a convicção dos conservadores de que os preceitos materiais e valorativos previstos na constituição, não passavam de uma fórmula retórica impraticável, pela qual se adia para um futuro remoto a verdadeira solução dos conflitos sociais subjacentes (p. 41 e 42).

523 Garzón Valdéz relata um diálogo reconstruído por um escritor argentino entre um governador de uma província desse país e o seu ministro de governo, numa época de crise política que demonstra uma típica situação em que se utiliza a constituição como álibi:

“-Por favor Ministro, prepáreme un proyecto declarando la necesidad de la reforma de la Constitución.

- Pero...si nosotros no la aplicamos Gobernador...-repuso sinceramente extrañado el Ministro-militar.

- Eso es otra cosa. Yo necesito un bueno argumento contra los opositores que me acusan de despreocuparme de las cuestiones institucionales y legales.” Cf. VALDÉZ, Ernesto Garzón. Op. cit., p. 56-57.

524 NEVES, Marcelo. Op. cit., p. 38 e 39 e p. 54.

objetivo de “imunizar o sistema político contra outras alternativas, desempenhando uma função ideológica”⁵²⁵.

Associada ao fenômeno do constitucionalismo simbólico verifica-se na realidade brasileira uma tendência à desconstitucionalização fática, como já nos referimos anteriormente, típica da situação jurídico-constitucional dos países periféricos, onde “a práxis dos órgãos estatais é orientada não apenas a 'socavar' a constituição (evasão ou desvio de finalidade), mas também, no sentido de violá-la contínua e casuisticamente.”⁵²⁶

Os diversos fatores que desorientam a prática política e jurídica segundo os critérios constitucionais generalizantes – como a forte presença das relações de amizade ou parentesco, a prevalência dos interesses políticos ou econômicos envolvidos, a corrupção, a impunidade – acabam por tornar a concretização constitucional excludente e restrita, criando relações de “sub” e “sobrecidadania”⁵²⁷.

O que se verifica, então, a partir desse contexto de inefetividade constitucional, é um *déficit* tanto de realização dos direitos fundamentais e princípios materiais básicos da ordem constitucional como de efetivação da democracia.

No âmbito político, a institucionalização do Estado Social - que ocorreu de forma distorcida através da apropriação privada do Estado - , ao invés de promover o bem-estar geral da sociedade, contribuiu, ao contrário, para acentuar ainda mais as desigualdades sociais existentes no país ⁵²⁸, o que tem obstado não apenas o exercício de direitos sociais básicos, mas também dos direitos individuais deles dependentes em sua sua dimensão material (e não apenas formal), como o direito à vida digna, à liberdade fática, à igualdade, à segurança como também os direitos de participação política.

Também a democracia, reduzida na prática à caótica experiência da democracia representativa no Brasil⁵²⁹, encontra-se fragilizada em face da cultura do “decretismo”, ou seja, da inflação de medidas provisórias, que subverte a legitimidade constitucional da produção de normas, concentrando essa competência nas mãos do Executivo. E aqui vale

525 NEVES, Marcelo. Op. cit., p. 40.

526 NEVES, Marcelo. Op. cit., p. 54.

527 NEVES, Marcelo. Op. cit., p. 175.

528 Consoante análise de Lenio Streck e Bolzan de Moraes “O Estado interventor-desenvolvimentista-regulador, que deveria fazer essa função social, foi – especialmente no Brasil – pródigo (somente) para com as elites, enfim, para as camadas médio-superiores da sociedade, que se apropriaram/aproveitaram de tudo desse Estado, privatizando-o, dividindo/lotando com o capital internacional, os monopólios e os oligopólios da economia [...]”. STRECK, Lenio e BOLZAN DE MORAIS, José Luis. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**. 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 75-76.

529 BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. 5 ed, rev. e amp. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 486.

mencionar a situação a que se refere Paulo Bonavides de golpe de Estado institucional e de democracia delegativa sublinhada por Lenio Streck e Bolzan de Moraes, ambos vivenciados na realidade política brasileira.

A democracia delegativa consiste num regime de transição entre o autoritarismo e a democracia consolidada. Nesse regime, o presidente eleito, não propriamente em razão de um programa de governo, mas em função de sua figura pessoal, recebe autorização para governar o país como bem lhe parecer e de acordo com as possibilidades das relações de poder existentes, encarnando o papel de “fiador da nação”, que se encontra acima dos interesses e conflitos partidários⁵³⁰.

Após as eleições, os cidadãos assistem de forma passiva essa figura paternal ou messiânica dirigir os rumos da nação, expressando, assim, o nítido caráter individualista e hobbesiano da democracia delegativa. Também lhe é característico o fenômeno do “decretismo” presidencial que termina por alijar os partidos políticos e o Congresso Nacional das decisões políticas mais importantes para o país⁵³¹.

No âmbito jurídico, o tão discutido ativismo judicial em defesa da efetivação dos direitos fundamentais e do controle de constitucionalidade da atuação política dos demais poderes, desenvolvido no sentido de assegurar a supremacia do conteúdo material da constituição, manifesta-se, na prática jurisdicional brasileira como um “ativismo às avessas” ou ativismo negativo⁵³², nas palavras de Lenio Streck, que consiste na postura reiterada de auto restrição da justiça constitucional, diferentemente do que aconteceu nos tribunais constitucionais europeus e do que impõe uma teoria substancialista à jurisdição constitucional⁵³³.

Observa ainda Lenio Streck que tal posição do Judiciário brasileiro é resultante de uma experiência jurídica ainda bem distante da normatividade constitucional onde tanto a jurisdição quanto a dogmática se desenvolvem num contexto de baixa constitucionalidade. E aponta alguns fatores de ordem histórica, cultural e teórica que também contribuem para a configuração desse quadro na prática jurídico-constitucional brasileira, como 1) a

530 STRECK, Lenio e BOLZAN DE MORAIS, José Luis. Op. cit., p. 109.

531 STRECK, Lenio e BOLZAN DE MORAIS, José Luis. Op. cit., p. 110-11.

532 STRECK, Lenio Luiz. Reflexões hermenêuticas acerca do papel (dirigente) da Constituição do Brasil e os (velhos) obstáculos à concretização dos direitos fundamentais/sociais. In: **Direitos Fundamentais e Democracia**. Coords. CLÈVE, Clémerson Marlín *et al.* Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 391.

533 Para conferir uma série de casos que denotam a postura de *self restraint* da jurisdição constitucional brasileira, consultar STRECK, Lenio Luiz. A atualidade do debate da crise paradigmática do direito e a resistência positivista ao neoconstitucionalismo. **Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos**, v. 40, n. 45, jan/jun. 2006, p. 257-290.

histórica falta de autonomia do Supremo Tribunal Federal desde a Proclamação da República; 2) a previsão tardia do controle concentrado de constitucionalidade (em 1965); 3) a recente adoção do modelo de Estado Democrático de Direito; 4) a cultura jurídica individualista preponderante na dogmática brasileira a qual se encontra despreparada para enfrentar as novas demandas contemporâneas e 5) a resistência positivista legalista ao contexto principiológico das normas constitucionais e aos novos parâmetros de hermenêutica jurídica⁵³⁴.

Esses últimos fatores não repercutem apenas no *déficit* de realização da dimensão substancialista da constituição, mas também da procedimentalista, visto que impedem o desenvolvimento da abertura democrática da jurisdição constitucional em seu aspecto interno, isto é, não se permite nem a introdução nem a implementação de novos conceitos e aportes teóricos como a necessidade de ampliação da interpretação constitucional no sentido de compreendê-la como um processo público e includente - em que as decisões dos intérpretes oficiais devem ter em conta as interpretações advindas da esfera pública -, bem como a necessidade de se justificar racionalmente as decisões judiciais, levando-se em consideração o maior número possível de argumentos e os critérios do discurso jurídico e do discurso prático em geral.

O *déficit* de realização do conteúdo normativo da constituição e o precário desenvolvimento dos procedimentos democráticos em sede de atuação jurídica e política, apontam para a defesa de uma teoria constitucional brasileira voltada tanto para a efetivação dos direitos e princípios fundamentais da ordem constitucional quanto para a implementação de procedimentos que ampliem a cidadania política. Assim, ao invés de dicotomia ou contraposição entre “substancialismo” e “procedimentalismo”, a teoria da constituição adequada à realidade brasileira implicará a complementaridade entre as dimensões substancialista e procedimentalista da Constituição de 1988.

Nesse sentido é que podemos afirmar que a teoria da constituição dirigente e a vinculação do legislador que dela decorre ainda são necessárias ao contexto institucional brasileiro. Consoante advertência de Canotilho, as constituições dirigentes “devem continuar a existir enquanto forem úteis, enquanto forem historicamente necessárias.”⁵³⁵.

Assumir a tese da constituição dirigente, reiteramos, não significa defender a

534 STRECK, Lenio Luiz. Reflexões hermenêuticas acerca do papel (dirigente) da Constituição do Brasil e os (velhos) obstáculos à concretização dos direitos fundamentais/sociais. In: **Direitos Fundamentais e Democracia**. Coords. CLÈVE, Clémerson Marlín *et al.* Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 391-392.

535 NETO, Agostinho Ramalho Marques [*et al.*]. **Canotilho e a Constituição Dirigente**. 2 ed. Org. MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. Rio de Janeiro, Renovar, 2005, p. 39.

planificação estatal das liberdades, nem o pleno controle judicial sobre a atividade política dos demais poderes públicos, mas propugnar pela abertura democrática da ordem constitucional assegurando-se um núcleo material básico diretivo e vinculativo da atuação do Estado.

Acreditamos que para isso, o dirigismo constitucional e a vinculação do legislador aos ditames materiais da constituição devem ser compreendidos em conjunto com a teoria dos princípios e a dogmática dos espaços, as quais em grande medida contribuem para levar a sério a normatividade dos preceitos constitucionais, especialmente as normas definidoras de direitos fundamentais sociais sem, contudo, exigir o impossível dos mecanismos judiciais de controle.

Nesse contexto, tornar-se-á imperativo o controle judicial em matéria de concretização das condições mínimas de existência digna⁵³⁶, como a exigência prestações estatais básicas na área da saúde, educação, alimentação, moradia e vestuário, não se justificando a postura de *self restraint* adotada pela jurisdição constitucional brasileira notadamente em sede de controle de constitucionalidade realizado pelo Supremo Tribunal Federal, em relação a essa matéria.

Por outro lado, haveria que se admitir que, em relação à fixação, por parte do Judiciário, de prestações estatais em definitivo fora desse âmbito (ou seja, do mínimo existencial) restaria sempre a obrigatoriedade de ponderação com todos os outros princípios envolvidos, materiais e formais assim como de considerar os limites e as possibilidades econômicas de cada governo. Em um mesmo sentido se poderia avançar em relação à concretização judicial das políticas públicas concernentes ao mínimo existencial e aquelas que se situam fora desse âmbito.

Por outro lado, também a teoria da constituição dirigente brasileira poderá promover uma abertura à ordem democrática se, a partir do princípio da democracia participativa prevista no texto constitucional e dos direitos fundamentais de participação política dele decorrente, se impuser no país, 1) uma reserva de procedimentos em matéria de colmatação legislativa do Estado Social, abrindo espaço tanto para a discussão pública

536 Vale lembrar que, em linhas gerais, o direito ao mínimo vital consiste no direito subjetivo definitivo de exigir do Estado prestações que atendam às condições básicas para uma existência digna. Há um consenso doutrinário de que essas condições mínimas dizem respeito ao atendimento básico em saúde, o acesso à alimentação básica e vestuário (assistência social), bem como a garantia da educação fundamental e de moradia. Consultar ALEXY, Robert. Op. cit., p. 495; BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**: O princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 298; e KRELL, Andreas Joachim. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha**: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 63.

acerca da regulamentação de certas matérias mais polêmicas na área social quanto para a aprovação ou rejeição popular através de institutos como o referendo e o plebiscito.

Nesse ponto, haveríamos que responder a uma parcela mais cética da doutrina constitucionalista brasileira que se opõe a toda tentativa de se criar mecanismos que envolvam a participação efetiva dos cidadãos alegando a restrita esfera pública, a manipulação midiática e ausência dos pressupostos materiais básicos que impedem a integração política de grande parcela da população brasileira⁵³⁷.

Se não se pode ter grandes ilusões acerca da democracia deliberativa no país, em razão de tais fatores como inclusive já salientamos no início deste trabalho, também não se pode ignorar que o próprio contexto de ampla inefetividade constitucional proporciona o surgimento de movimentos sociais, grupos e associações em prol da implementação dos valores substantivos da constituição que, engajados na luta política, integram a formação de uma esfera pública pluralista, embora limitada, capaz de se articular com êxito nos procedimentos democráticos⁵³⁸.

Além do mais, deve-se ter em vista que a não realização efetiva da democracia política não pode ser debitada unicamente à ausência de democracia social, mas também à falta de mecanismos institucionais que possibilitem essa participação.

Com respeito a esses aspectos, vale a pena registrar a percuciente observação de Martonio Mont'Alverne:

Não há como se ter ilusões: ou o constitucionalismo brasileiro moderno decide optar pela alternativa de reconhecer o papel da sociedade na construção de um Estado não-patrimonializado, mas universalista, apto a reconhecer a vontade coletiva nacional e popular; ou estaremos apenas desempenhando o papel de descritores de grandes salvaçãoes nacionais, em nome de um Estado que se recusa a inserir a radical antidesigualdade no universo de suas prioridades transformadoras, trilhando um caminho essencialmente diverso do que foi previsto pela vontade constituinte de 87/88.⁵³⁹

537 Como frisa Martonio Mont'Alverne, “no constitucionalismo brasileiro enxerga-se muito pouco a esperança de que a força dos atores sociais possa funcionar como motor da atualização constitucional. Conseqüentemente, a certeza de que dos órgãos do Estado depende a aferição da força normativa da Constituição federal de 1988 conduziu a maior parte da produção constitucionalista a legitimar a judicialização da política, ressaltando sua importância – muito mais até do que aquela da sociedade e, por exemplo, seus partidos políticos, sindicatos, organizações dos excluídos [...]”. LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. O constitucionalismo brasileiro ou de como a crítica deficiente ignora a consolidação da Democracia. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica: (Neo)Constitucionalismo. Ontem, os códigos; hoje, as constituições.** Vol. 1, n. 2, Porto Alegre, 2004, p. 333.

538 NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica.** São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 189.

539 LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. Op. cit., p. 337.

O que, todavia, não se pode defender é que, tendo em vista os problemas de constitucionalismo simbólico e desconstitucionalização fática que assolam a realidade jurídico-política brasileira, a proposta procedimentalista seja a adequada. Por isso, não concordamos com posições que, salientando a falta de patriotismo republicano ou de cultura cívica no Brasil, justificam a adoção dessa tese, como faz Gisele Cittadino.

Aduz a autora que a idéia de identidade ético-comunitária não se aplica ao contexto brasileiro fragmentado pelo pluralismo social, político e cultural⁵⁴⁰. Chega a afirmar que as teses substancialistas desconsideram o caráter perverso das divisões sociais que decorrem do amplo leque de interesses conflitantes presentes no tecido social brasileiro⁵⁴¹.

O pluralismo político, cultural e social, como vimos não constitui óbice a uma concepção material da constituição. Esta, enquanto ordenação fundamental da coletividade, visa a promoção da unidade política sem, no entanto, pressupor uma harmonia ou congruência social pré-existente. A unidade política consiste numa tarefa a ser efetivada de acordo com o grau da “vontade de constituição” presente entre os diversos partícipes da vida constitucional.

A desconsideração perversa de um pluralismo social existente em nosso país é, a nosso ver, realizada, ao contrário, por uma teoria constitucional exclusivamente procedimentalista que não tem um forte compromisso com a realização dos preceitos constitucionais que asseguram condições mínimas para uma existência social digna e que constituem pressupostos concretos, possibilitadores do exercício da autonomia privada e pública.

Nesse aspecto e tendo em vista que grande parte da população brasileira continua vivendo muito abaixo dos limites mínimos da existência digna, encontrando-se alijada do exercício do extenso rol de direitos fundamentais básicos previstos constitucionalmente, é que havemos de concordar com Lenio Streck, que a elaboração de uma teoria constitucional adequada à realidade brasileira não poderá prescindir de um projeto de dimensão social onde a primazia ainda seja a “de proceder à inclusão social [...] e o resgate das promessas da modernidade, exsurgente na refundação da sociedade proveniente do

540 CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva**. Elementos de Filosofia Constitucional Contemporânea. 3 ed., Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2004, p. 229.

541 CITTADINO, Gisele. Op. cit., p. 230.

processo constituinte.”⁵⁴².

Ainda que admitindo as limitações de uma tal teoria da Constituição no contexto peculiar da organização política e cultural brasileira, há que se assentar que a contribuição jurídica, tanto em nível de regime constitucional vigente como em nível teórico, à solução da problemática do constitucionalismo simbólico no Brasil, requer a defesa da constitucionalização (e também da legalização) – e não desconstitucionalização ou desregulamentação⁵⁴³ - das relações sócio-políticas no país, para o que a nosso ver, contribui a teoria constitucional assentada em ambas as dimensões do Estado Democrático de Direito.

4.3. Os reflexos da cultura jurídica brasileira na prática jurisdicional: entre formalismos e casuísmos

Muitos dos fatores que envolvem a problemática do constitucionalismo simbólico e da desconstitucionalização fática na realidade jurídica e política brasileira - os quais, aliás, não se tratam de fenômenos relativos apenas à vigência da Constituição de 1988, mas que estão indelevelmente associados às experiências constitucionais anteriores – deitam suas raízes em aspectos culturais, frutos da herança colonial portuguesa que influenciaram profundamente tanto a formação do sistema jurídico, como o modo dos operadores, juristas e cidadãos lideram com ele e de orientarem suas condutas.

Fatores como o patrimonialismo, clientelismo, corrupção, burocracia irracionalizada, tradição da ilegalidade propagada pela cultura do “jeitinho” brasileiro, impunidade, formalismo e legalismo que marcam o sistema jurídico e o ensino de direito no país⁵⁴⁴, a predominância da prática judicial casuística⁵⁴⁵, dentre outros, certamente contribuem para aumentar a distância entre os textos constitucionais e a realidade política e social brasileira.

Aliás, como assinala Keith Rosenn, é também característica marcante da cultura

542 STRECK, Lenio Luiz. A permanência do caráter compromissário (e dirigente) da constituição brasileira e o papel da jurisdição constitucional: uma abordagem à luz da hermenêutica filosófica. **Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos**, n. 39, 2003, p. 88.

543 NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 258.

544 KEITH, Rosenn. **O Jeito na Cultura Jurídica Brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 51 e ss.

545 ADEODATO, João Maurício. Jurisdição Constitucional à brasileira. In: **Constitucionalizando Direitos: 15 anos da Constituição Brasileira de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 96.

jurídica brasileira, legada da tradição romana e portuguesa, a manutenção desse dualismo existente entre “um modelo de direito como ideal e outro modelo de direito como um sistema prático”⁵⁴⁶, facilmente constatável nos dias atuais pelo grau de inefetividade dos dispositivos constitucionais.

No âmbito da jurisdição constitucional, a influência de alguns desses fatores se constitui em verdadeiro bloqueio à realização judicial dos preceitos constitucionais, refletindo-se tanto na falta de concretização dos direitos fundamentais em virtude do “ativismo judicial negativo” predominante na atuação conservadora do Supremo Tribunal Federal, quanto no baixo grau de legitimidade procedimental da justiça constitucional brasileira.

Nesse sentido, cumpre analisar em que medida tais fatores se refletem na prática jurisdicional e como a idéia de jurisdição constitucional aberta poderia contribuir para neutralizar seus efeitos.

4.3.1. A necessidade de “abertura” da Jurisdição Constitucional

Dos fatores acima elencados, os mais facilmente constatáveis na prática jurisdicional brasileira são o formalismo e o casuísmo judicial. O primeiro é assumido enquanto concepção teórica herdada do positivismo legalista dominante na dogmática jurídica nacional e o segundo como estratégia de atuação concreta do Judiciário que dificulta o estabelecimento de critérios de decisão e a unificação da jurisprudência, especialmente no âmbito da jurisdição constitucional⁵⁴⁷.

O formalismo na cultura jurídica brasileira se manifesta em diversos âmbitos: no próprio sistema legal por meio da previsão não raramente excessiva de formalidades para assegurar a validade de muitos atos jurídicos, no desenvolvimento da dogmática e também na tradição do ensino jurídico no país⁵⁴⁸, sendo que estes últimos repercutiram diretamente na configuração da práxis jurisdicional conservadora que ainda é predominante no Judiciário brasileiro.

O formalismo na ciência e na educação jurídicas se apresenta como a importância exacerbada conferida à exegese dos textos legais e à aplicação dedutivista destes aos fatos

546 KEITH, Rosenn. Op. cit., p. 20.

547 ADEODATO, João Maurício. Op. cit., p. 95-96.

548 KEITH, Rosenn. Op. cit., p. 60.

concretos. A dogmática preocupa-se enfaticamente com o estudo pormenorizado do amplo material legislativo com a finalidade de abstrair dele os princípios e conceitos básicos para a elaboração de um sistema coerente. Como todo esse processo se desenrola com o auxílio (apenas aparentemente) da lógica formal dedutivista, não se cogita de fatos que não sejam os exclusivamente jurídicos, já que os mesmos afastariam o cientista do direito “de sua busca de princípios abstratos e da verdadeira natureza das instituições legais”⁵⁴⁹.

A tarefa do operador do direito e notadamente do juiz, não seria, então, nada além da aplicação silogística de tais conceitos dogmáticos nos casos em que se demandasse um maior esforço interpretativo ou nas hipóteses menos complexas, caberia a simples subsunção do preceito normativo ao caso concreto⁵⁵⁰.

Uma tal concepção, na medida em que vincula a atividade científica do direito ao exclusivo exame das normas gerais vigentes, provocou tanto na dogmática como nas academias de ensino jurídico do país um verdadeiro “alienamento” acerca das questões sociais, políticas ou econômicas subjacentes à elaboração de tais normas, distanciando, inclusive, esses dois campos das preocupações acerca da observância dessas normas na realidade social⁵⁵¹.

Os reflexos dessa formação jurídica na práxis judicial, aliados a outros postulados positivistas, como a certeza e a segurança jurídicas, a previsibilidade, o mito da neutralidade do juiz e o dogma da separação dos poderes, contribuíram para firmar o caráter conservador do Judiciário brasileiro e seu progressivo distanciamento da realidade social⁵⁵².

Com todo esse aparato teórico foi possível instrumentalizar o direito à consecução e manutenção da ordem capitalista liberal⁵⁵³ e sedimentar a cultura jurídica brasileira como extremamente positivista e privatista⁵⁵⁴. Não há como negar, assim, que “o formalismo tecnicista que foi sendo construído ao longo de décadas inegavelmente esqueceu-se do substrato social do direito e do Estado.”⁵⁵⁵.

549 KEITH, Rosenn. Op. cit., p. 62-63.

550 PORTANOVA, Rui. **Motivações Ideológicas da Sentença**. 5 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 32.

551 KEITH, Rosenn. Op. cit., p. 63.

552 PORTANOVA, Rui. Op. cit., p. 70-72.

553 Cf. PORTANOVA, Rui. Op. cit., p. 55.

554 CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva**. Elementos de Filosofia Constitucional Contemporânea. 3 ed., Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2004, p. 30.

555 STRECK, Lenio Luiz. Reflexões hermenêuticas acerca do papel (dirigente) da Constituição do Brasil e

Ocorre que há algum tempo, essa visão do direito encontra-se em flagrante descompasso com a complexidade dos problemas sociais contemporâneos - cada vez mais caracterizados pela metaindividualidade – e também com a própria ordem jurídica vigente repleta de normas principiológicas, dotadas de grande amplitude semântica e de conceitos jurídicos indeterminados, ambos abertos inclusive a valorações morais.

Como resultado desta dessintonia, ressalte-se a notória incapacidade do Judiciário brasileiro em lidar com essa nova realidade social e jurídica vigente, que o impede de oferecer respostas satisfatórias às demandas sociais por meio da tutela jurisdicional, provocando uma crescente perda de confiança e um aumento do descrédito da população para com a Justiça⁵⁵⁶.

Por outro lado, para acentuar ainda mais esse quadro de crise de legitimidade que enfrenta o Judiciário brasileiro, há que salientar ainda o fato de que, ao lado do formalismo jurídico, enquanto concepção teórica predominante, a práxis judicial também se apresenta como casuística, especialmente em sede de jurisdição constitucional.

Note-se que há, em princípio, como assinala Maurício Adeodato, uma contradição entre a concepção formalista e o casuismo na prática jurisdicional⁵⁵⁷. Porém, na verdade, ambos integram a dialética esdrúxula presente na cultura jurídica brasileira: a distância entre o que se defende no plano normativo abstrato e a realidade vivenciada pelos cidadãos e pelas autoridades. Os postulados do positivismo legalista, como o formalismo na aplicação do direito e a neutralidade do intérprete, justamente porque não implicam em um maior esforço justificatório das premissas integrantes da decisão, acabam, muitas vezes, por favorecer os casuísmos na atividade judicial.

É claro que há de se considerar saudável e até exigível a presença das diversidades de parâmetros utilizados nos julgados quando estes envolvem casos semelhantes. Isso faz parte da dinâmica da concretização da norma tendo em vista as particularidades das circunstâncias fáticas presentes, o que não exime o julgador de justificar esse distanciamento do precedente, apresentando razões pelas quais se afasta de um entendimento já assentado em tribunais superiores⁵⁵⁸.

os (velhos) obstáculos à concretização dos direitos fundamentais/sociais. In: **Direitos Fundamentais e Democracia**. Coords. CLÈVE, Clémerson Marlín *et al.* Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 397.

556 PORTANOVA, Rui. *Op. cit.*, p. 73.

557 ADEODATO, João Maurício. *Jurisdição Constitucional à brasileira*. In: **Constitucionalizando Direitos: 15 anos da Constituição Brasileira de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 76.

558 Conforme as regras dos precedentes formuladas pela teoria da argumentação jurídica de R. Alexy, cf. capítulo III, 3.4.2.

Contudo, no contexto “em que as fundamentações têm variado a ponto de ser difícil seguir um parâmetro vetor de qualquer racionalidade para a unificação da jurisprudência geral, aí incluída a jurisdição constitucional”⁵⁵⁹, o fenômeno do casuismo alcança um grau de generalização atentatório aos ditames do Estado Democrático de Direito.

Diante de tais fatores, torna-se evidente a progressiva perda de legitimidade, tanto material, como procedimental, da jurisdição constitucional brasileira. E nesse aspecto, a implementação externa (institucional) e interna da jurisdição constitucional aberta poderá influir no resgate da legitimidade do Poder Judiciário no país.

A abertura da interpretação constitucional pressupõe que as normas constitucionais estão em constante processo de concretização, não como acabadas ou reificadas em seu textos, no qual o juiz exerce um papel ativo-configurador. Pressupõe uma hermenêutica constitucional específica - voltada para a máxima efetividade dos preceitos constitucionais - e também mais ampliativa, no sentido de que os intérpretes oficiais devem levar em conta as interpretações desenvolvidas na esfera pública, ou a interpretação em sentido lato.

No âmbito da abertura interna argumentativa, requer-se o conhecimento dos parâmetros e critérios da técnica da ponderação tão necessária no trato com princípios constitucionais e, de um modo geral, exige-se um maior rigor justificatório na fundamentação das decisões judiciais de forma a viabilizar o seu controle público e, conseqüentemente, sua aprovação popular ou não.

A jurisdição constitucional aberta enquanto integrante de uma proposta intermediária entre formalismo e casuismo, ou entre objetivismo e subjetivismo, traduz uma concepção na qual “os limites da atividade judicial não residem apenas nas virtudes pessoais do juiz, mas, sim, na sujeição às regras do discurso prático em geral e na concordância com os princípios e valores substantivos previstos no direito”⁵⁶⁰. E sob essa perspectiva a abertura da jurisdição constitucional em muito poderá contribuir para atenuar os efeitos deslegitimantes dos formalismos e casuismos ainda predominantes na experiência judicial brasileira.

Cumprе ressalvar, todavia, que o alcance da efetiva supremacia da Constituição Federal na atividade corrente do Judiciário brasileiro dependerá, sobretudo, da capacidade

559 ADEODATO, João Maurício. Op. cit., p. 96.

560 STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 236-237.

dos juristas e operadores do direito em compreenderem a mudança de paradigma no horizonte jurídico implementada desde o advento do neoconstitucionalismo⁵⁶¹.

Somente a partir desse “choque hermenêutico”, em que se confronta o senso comum teórico proposto pela dogmática positivista, legalista e liberal com o novo modelo de direito assentado em normas principiológicas, reguladoras muitas vezes de valores sociais, de interesses coletivos e difusos, é que se poderá operacionalizar todo o aporte teórico elaborado pelo neoconstitucionalismo e, desta forma, assegurar maior efetividade, ao menos no limite do que é possível se realizar no âmbito jurídico, às normas e valores constitucionais.

4.3.2. O papel e os limites da teoria da argumentação jurídica em países periféricos

Ainda nesse contexto de formalismos e casuísmos típico da atuação jurisdicional brasileira, cumpre ressaltar o papel da teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy que, consoante a noção de jurisdição constitucional aberta, pode contribuir para legitimar democrática e procedimentalmente a atuação do Poder Judiciário.

Como vimos, a teoria alexyana reconhece a abertura do sistema jurídico à moral provocada pela nova configuração das constituições no paradigma neoconstitucionalista, sem contudo, admitir o irracionalismo e o voluntarismo em sede das decisões jurídicas. Segundo o autor, os juízos morais podem ser justificados racionalmente segundo as regras do discurso prático geral, do qual decorre a argumentação jurídica e também a argumentação jusfundamental.

Notadamente em países periféricos, onde se verifica a abertura do sistema jurídico às interferências dos códigos dos mais diversos sistemas sociais e em especial, no Brasil, cujas práticas alternativas ao direito estatal denotam, entre outras, a cultura da inconstitucionalidade e da ilegalidade, é que a teoria da argumentação jurídica contribui, fornecendo critérios que, em certa medida, limitam o arbítrio, o subjetivismo e os particularismos.

Nesse aspecto, vale lembrar algumas dessas estratégias extralegais desenvolvidas nas sociedades periféricas como alternativa de decisão de conflitos⁵⁶², às quais também se refere Maurício Adeodato tendo em vista o caso brasileiro, como: 1) a constante

561 STRECK, Lenio Luiz. Op. cit., p. 237.

562 ADEODATO, João Maurício. *Ética e Retórica*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 122.

excepcionalização das normas gerais com vista ao alcance de interesses determinados; 2) a ficção da isonomia na aplicação da lei; 3) o subsistema das boas relações que substitui a burocracia legal-racional pela troca de favores; 4) a cultura do “jeito” que influencia nas adaptações manipulatórias das norma jurídicas ao caso concreto; 5) a corrupção quase institucionalizada; 6) a ineficácia da lei que impede até mesmo de se afirmar que no Brasil algum dia se teve uma tradição legalista e a 7) ficção da hierarquia da ordem jurídica em flagrantes violação aos preceitos constitucionais e legais⁵⁶³.

Pode-se imaginar o impacto produzido aos alicerces do Estado Democrático de Direito, quando aliamos a todos esses problemas histórico-culturais brasileiros as premissas do direito constitucional contemporâneo, como a liberdade criativa do intérprete face às normas de conteúdo aberto à moral e o amplo espaço concedido para as ponderações judiciais.

Uma decisão que já se tornou clássica pela sua repercussão no meio acadêmico e na doutrina constitucionalista, denota bem o grau de descompromisso de alguns integrantes da magistratura brasileira para com a exigência de justificação das decisões judiciais no Estado Democrático de Direito, bem como a falta de percepção acerca de sua importância na aferição da legitimidade da atividade jurisdicional. Trata-se da decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, na qual o Ministro Humberto Gomes de Barros assim se manifesta:

Não me importa o que pensam os doutrinadores. Enquanto for Ministro do Superior Tribunal de Justiça, assumo a autoridade da minha jurisdição. O pensamento daqueles que não são Ministros deste Tribunal importa como orientação. A eles, porém, não me submeto. Interessa conhecer a doutrina de Barbosa Moreira ou Athos Carneiro. Decido, porém, conforme minha consciência. Precisamos estabelecer nossa autonomia intelectual, para que este Tribunal seja respeitado. É preciso consolidar o entendimento de que os Srs. Ministros Francisco Peçanha Martins e Humberto Gomes de Barros decidem assim, porque pensam assim. E o STJ decide assim, porque a maioria de seus integrantes pensa como esses Ministros. Esse é o pensamento do Superior Tribunal de Justiça, e a doutrina que se amolda a ele. É fundamental expressarmos o que somos. Ninguém nos dá lições. Não somos aprendizes de ninguém. Quando viemos para este Tribunal, corajosamente assumimos a declaração de que temos notável saber jurídico - uma imposição da Constituição Federal. Pode não ser verdade. Em relação a mim, certamente, não é, mas, para efeitos constitucionais, minha investidura obriga-me a pensar que assim seja.⁵⁶⁴

563 ADEODATO, João Maurício. Op. cit., p. 124-134.

564 AgRg nos Embargos de divergência em RESP No 279.889 – AL , 2001/0154059-3, publicado DJ 07/04/2003.

Desconsidera o Ministro, dentre outras coisas, a função que a dogmática exerce para a operacionalização do sistema jurídico como um todo e a importância de se justificar o afastamento dos argumentos dogmáticos na tomada das decisões judiciais. Também demonstra que o magistrado ainda não se apercebeu, assim como boa parte do Judiciário brasileiro, que “o paradigma do Estado Democrático de Direito está assentado na intersubjetividade.”⁵⁶⁵.

O catálogo explícito de regras e formas de argumentos fornecidos pela teoria da argumentação jurídica, justamente nesses casos, pode ser um forte instrumento na construção de decisionismos e arbitrariedades. Especificamente em relação ao problema da jurisdição constitucional brasileira que, como relata Maurício Adeodato, tem sido casuística, é que a teoria da argumentação jurídica poderá ser mais eficaz.

Pode-se questionar, porém, à semelhança do que fizemos com a teoria procedimentalista de Jürgen Habermas, a aplicabilidade de uma teoria da argumentação jurídica, assentada no discurso prático geral, especialmente em países periféricos onde desigualdades sociais profundas inviabilizam o exercício de direitos materiais básicos como liberdade e igualdade, pressupostos da teoria do discurso⁵⁶⁶.

Todavia, o diferencial da teoria alexyana é que ela é voltada precipuamente para a justificação das decisões judiciais. Ao contrário de Jürgen Habermas, Alexy considera o discurso jurídico como um caso especial do discurso prático e a atividade judicial como uma atividade de fundamentação de normas, não apenas de aplicação⁵⁶⁷.

Ao primar pelo controle racional das decisões judiciais, defendendo tal controle inclusive no âmbito da argumentação jusfundamental, a teoria alexyana não retira a legitimidade da jurisdição constitucional para a garantia, em última instância, dos preceitos constitucionais substantivos, incluindo aí a concretização dos direitos fundamentais sociais⁵⁶⁸.

565 STRECK, Lenio Luiz. A atualidade do debate da crise paradigmática do direito e a resistência positivista ao neoconstitucionalismo. **Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos**, v. 40, n. 45, jan/jun. 2006, p. 271.

566 ADEODATO, João Maurício. Op. cit., p. 108-109.

567 ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 40.

568 Diversamente do procedimentalismo habermasiano que, como vimos, defende uma atuação restrita da justiça constitucional referente apenas a garantia dos direitos que viabilizem a participação nos procedimentos constitucionais. HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre faticidade e validade. Volume I, e ed. Trad. Flávio Beno Siebeneicher. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, p. 325 e 326. Além disso, Habermas também condena a prática da ponderação judicial, cf. ALEXY, Robert. Op.

E em países de modernidade tardia, consoante as lições de Lenio Streck, a postura interventiva da jurisdição constitucional, especialmente no tocante à realização dos direitos sociais básicos, consiste no último recurso para viabilizar a efetivação desses direitos frente às omissões constantes dos poderes públicos responsáveis⁵⁶⁹. A teoria dos princípios e a dogmáticas dos espaços, as quais exigem, sobretudo, os postulados da teoria da argumentação jurídica, desenvolvem-se justamente no sentido de ampliar e legitimar a atuação da justiça constitucional na proteção do núcleo contedústico da constituição, reforçando, assim, a normatividade de seus preceitos.

É no paradigma do Estado Democrático de Direito, em que deve predominar a intersubjetividade - especialmente no espaço público – e o respeito à autonomia da pessoa humana, que a teoria alexyana mantém, no plano normativo, sua validade.

Considerando esses aspectos, pode-se afirmar que a teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy, pode sim oferecer uma contribuição relevante para a exigência de justificação das decisões judiciais também nos países periféricos. Aliás, segundo Cláudia Toledo, “é pela observância de critérios e objetivação de metas que podem tais Estados se pautar para a consecução de ideais de institucionalização da democracia”⁵⁷⁰.

O que é importante ressaltar, todavia, é que os postulados de uma moral procedimentalista assumidos na teoria alexyana se tornam insuficientes, tanto para se aferir a correção das decisões no âmbito dos princípios constitucionais materiais – já que, como adverte Manuel Atienza, nos casos difíceis, várias soluções podem ser aprovadas no teste da correção procedimental⁵⁷¹-, como para a elaboração de uma teoria constitucional voltada para a defesa e efetivação do compromisso ético-material estabelecido no próprio texto da Constituição brasileira de 1988.

E nesse aspecto, vale lembrar as críticas que empreendemos contra as teorias procedimentalistas no contexto de pós-modernidade periférica e seus efeitos desagregadores na implementação dos postulados constitucionalistas emancipatórios.

No marco do excludente processo de globalização econômica, em que à imensa

cit., p. 108.

569 STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 116.

570 TOLEDO, Cláudia. Introdução à edição brasileira da obra de ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. Revisão técnica e introdução à edição brasileira Cláudia Toledo. 2 ed. São Paulo: Landy, 2005, p. 15.

571 ATIENZA, Manuel. Op. Cit., p. 223.

maioria da população mundial (e periférica) é negada uma existência digna, torna-se premente a adoção de uma “ética da vida” fundada materialmente na defesa da vida humana (concreta) com dignidade⁵⁷².

Nesse sentido, situa-se a proposta da Ética da Libertação de Enrique Dussel, que apenas em linha gerais podemos nos referir aqui⁵⁷³. O princípio ético-material citado - que fundamenta a “obrigação de produzir, reproduzir e desenvolver a vida humana concreta de cada sujeito em comunidade”⁵⁷⁴ e fixa o parâmetro “desde onde a racionalidade humana estabelece critérios de verdade prática e de verdade teórica para a ação”⁵⁷⁵ -, consiste em apenas um dos seis princípios que compõem a “arquitetônica” da ética da Libertação.

Para Enrique Dussel, a construção da eticidade ou a determinação do “bem” (do sujeito, da norma, do ato, da instituição, do poder) não pode assentar-se em um único fundamento (seja ele material ou procedimental), tal como proposto pela tradição da filosofia do Ocidente⁵⁷⁶.

Por isso, ao princípio ético-material (ou da verdade-material), ele acrescentará o princípio ético-formal, que consiste na obrigação de que os conteúdos necessários à vida obtenham validade por meio do princípio do discurso prático⁵⁷⁷. Isso significa primeiro, reconhecer os postulados da moral procedimental como critérios de validade e, segundo, admitir a insuficiência da ética material para construção do “bem”, pois “sem o cumprimento da norma básica da moral formal, as decisões éticas não ganham 'validade'

572 DUSSEL, Enrique. **Ética da Libertação**: na idade da globalização e da exclusão. 3 ed. Petrópolis: Vozes, 2007, p. 17.

573 Segundo o autor, a ética da libertação é elaborado a partir de um contexto específico “As éticas filosóficas mais em moda, as *standards* e até as que têm algum sentido crítico, com pretensão de serem pós-convencionais, são éticas de minorias (claro que de minorias hegemônicas dominantes, as que têm os recursos a palavra, os argumentos, o capital, os exércitos), que, freqüentemente, podem *cinicamente* ignorar as vítimas, os dominados e afetados-excluídos das “mesas de negociação” do sistema vigente, das comunidades de comunicação dominantes; vítimas sem direitos humanos promulgados, não percebidos pelos *ethos* de autenticidade e sob impacto da coação legal e com pretensão de legitimidade.” DUSSEL, Enrique. Op. cit., p. 16.

574 DUSSEL, Enrique. Op. Cit., p. 93. Como ressalta Dussel, tal princípio “realiza-se através das culturas, motivando-as por dentro, assim como aos valores ou às diversas maneiras de cumprir a vida 'boa', a felicidade, etc.”. Celso Ludwig esclarece que “o termo material tem o sentido de conteúdo e contrasta com o termo formal. Portanto material é o termo mais simples, indeterminado e abstrato para identificar os mais diversos conteúdos necessários, úteis, interessantes e prazerosos da vida humana de cada um dos diferentes sujeitos, pertencentes às mais diversas culturas.” LUDWIG, Celso Luiz. *Filosofia e Filosofia do Direito. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica: A filosofia do direito e a filosofia no direito*, v.1, n. 5, Porto Alegre, 2007, p. 77.

575 LUDWIG, Celso Luiz. Op. cit., p. 78.

576 Como acontece, por exemplo, no utilitarismo, na ética comunitária, nas éticas formais liberais, na ética do discurso cf. DUSSEL, Enrique. Op. cit., p. 12 e também LUDWIG, Celso Luiz. Op. cit., p. 76.

577 DUSSEL, Enrique. Op. cit., p. 203.

comunitária, universal: poderiam ser fruto de egoísmo, solipismo ou autoritarismo violento.”⁵⁷⁸.

Nesse ponto, Enrique Dussel introduz a diferença entre verdade e validade, o que o distinguirá da proposta da teoria do discurso que defende uma concepção consensual ou procedimental (no caso de Alexy) de verdade. O conceito desta se refere à realidade, a um conteúdo material que envolve os aspectos de produção, reprodução e desenvolvimento da vida humana, que é elaborado “a partir de uma posição subjetiva monológica, mas sempre constitutivamente comunitária”⁵⁷⁹. Já a validade diz respeito à aceitabilidade dos outros participantes da comunidade daquilo que é considerado como verdadeiro⁵⁸⁰. Naquela, exercita-se a racionalidade material, na segunda a discursiva.

Em tal distinção, evita-se o isolamento do princípio formal do discurso para aferir legitimidade ou correção (do ato, norma, decisão, instituição ou do exercício do poder) apenas pela observância do procedimento, pois como frisa Celso Ludwig:

O procedimento para alcançar legitimidade necessita estar referido aos necessários conteúdos do princípio material. A anterioridade da comunidade de vida - anterioridade material – ante a validade discursivo formal requer a validade de conteúdos determinados, dialeticamente entre *verdade e validade*.⁵⁸¹

Entretanto, a esses dois princípios também deve ser acrescentado um outro nível de racionalidade, a estratégico-instrumental. Isso porque, nem tudo o que é verdadeiro materialmente e válido de modo intersubjetivo, é humanamente possível. O autor introduz, então, o princípio da factibilidade ética que consiste no dever de implementar os conteúdos necessários à defesa da vida humana, devidamente validados pela comunidade, que estejam dentro das possibilidades fáticas existentes, ou seja, que sejam possíveis de se realizarem em face dos condicionamentos econômicos e tecnológicos disponíveis na

578 DUSSEL, Enrique. Op. Cit., p. 203.

579 Ou seja, tem como referência a realidade compartilhada com os outros na comunidade de vida, porque esta realidade não existe independente da linguagem. Cf. DUSSEL, Enrique. Op. cit., p. 205.

580 DUSSEL, Enrique. **Ética da Libertação**: na idade da globalização e da exclusão. 3 ed. Petrópolis: Vozes, 2007, p. 205. Em suas palavras, “a verdade é o fruto do processo monológico (ou comunitário) de se 'referir' ao real a partir da intersubjetividade (o enunciado tem assim a pretensão de verdade); a validade é o fruto do processo de procurar que seja aceito intersubjetivamente aquilo que se considera monologicamente (ou comunitariamente) como verdadeiro (o enunciado tem assim a pretensão de validade).” (p. 206).

581 LUDWIG, Celso Luiz. Op. cit., p.79.

comunidade⁵⁸².

Os três princípios assinalados constituem o que o autor designa de fundamento da ética, da formação do “bem” socialmente vigente. Contudo, observa que todo sistema ético vigente ou positivo produz exclusões, “são as vítimas não intencionais do 'bem'.”⁵⁸³ Por isso, torna-se necessário introduzir princípios que viabilizem o exercício da razão ético-crítica.

O primeiro, o princípio crítico ético-material, é formulado a partir da constatação da vida humana negada no contexto da eticidade vigente que promove exclusões e a impossibilidade de se reproduzir e desenvolver a vida humana digna para muitas pessoas⁵⁸⁴. Consiste no dever ético de criticar o sistema, ato, norma ou instituição pelo qual se nega a possibilidade de existência digna.

A ética crítica também considera que a participação em discursos de validade dos conteúdos materialmente necessários à vida humana podem ser excludentes na prática, impedindo que muitas pessoas deles possam participar. O momento da crítica formal surge com a denúncia das exclusões materiais e procedimentais provocadas pelo sistema de eticidade hegemônica e pelo anúncio de propostas e alternativas validadas em discursos advindos da comunidade de “vítimas”⁵⁸⁵. O princípio crítico formal consistirá, assim, no dever de participar e também de promover a participação de parcelas da população excluídas em procedimentos discursivos de forma a fundamentar a validade crítica de novos acordos e propostas emancipatórias⁵⁸⁶.

Mas tais propostas devem ainda ser faticamente possíveis, o que exige o momento

582 DUSSEL, Enrique. Op. cit., p. 265. Como ressalta o autor “nas éticas pensadas a partir do 'centro capitalista' (também no 'capitalismo tardio') as normas decididas podem obviamente efetuar-se, porque os atuantes têm capacidade tecnológica e econômica de realizá-las. Pelo contrário, no mundo do capitalismo periférico, muitas normas adequadas, fundadas material e formalmente, não são 'factíveis': por subdesenvolvimento tecnológico, por incapacidade econômica (devido à transferência estrutural de valor para o centro do sistema), por falta de autonomia política (dada a situação neocolonial), etc.” (p. 265).

583 De acordo com Celso Ludwig, “toda ação humana produz ou poderá produzir efeitos negativos não intencionais. Essa é a parte negativa produzida pelas pretensões de verdade, validade e factibilidade vigentes (e por certo hegemônicas), e que afeta a vida de cada sujeito e de cada comunidade. Nessa situação – a existência maciça de vítimas em todo o mundo – os consensos vigentes passam a ser vistos como ilegítimos, porque são a não-verdade, a não-validade e não-factibilidade da vida para as vítimas. Vítimas na idade da globalização e da exclusão”. LUDWIG, Celso Luiz. Op. cit., p. 81.

584 “O mal se descobre pela inversão sofrida pelo sistema de eticidade vigente, estabelecido ou pelas normas, ações, instituições, etc, que, apesar de pretenderem cumprir os princípios éticos para fazer o bem, causam, não obstante, vítimas.” Cf. DUSSEL, Enrique. Op. cit., p. 377.

585 DUSSEL, Enrique. Op. cit., p. 470-471.

586 LUDWIG, Celso Luiz. *Filosofia e Filosofia do Direito*. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**: A filosofia do direito e a filosofia no direito, v.1, n. 5, Porto Alegre, 2007, p. 87.

crítico, desenvolvido a partir da racionalidade instrumental e estratégica, de desconstrução da factibilidade vigente (que tornou impossível a efetivação da existência digna à muitas pessoas) e de implementação de ações, programas e projetos concretos, capazes de operacionalizar a transformação das normas, atos, instituições, sistemas de eticidade que causam a negatividade material - impedindo em alguma aspecto a reprodução da vida humana – e a negatividade discursivo-formal, pela qual se exclui a participação das “vítimas”⁵⁸⁷.

Trata-se, então, de introduzir-se o princípio da factibilidade crítica ou o princípio da libertação que consiste no dever de libertar a “vítima” por meio de uma transformação factível e da construção de novas normas, ou ações ou instituições que possibilitem essas pessoas excluídas viver com dignidade, sendo participantes iguais e plenos⁵⁸⁸.

A ética dusseliana assume importância nesse trabalho pelo seu referencial crítico e sua adequação específica ao cenário periférico mundial. Ademais, ela se assenta na integração dos postulados filosóficos da verdade material, validade formal e factibilidade, necessários à compreensão da teoria constitucionalmente adequada à realidade brasileira.

Como propõe Aurélio Marrafon, os princípios da ética da libertação “podem se transformar em categorias úteis para uma teoria jurídico-constitucional crítica na matriz de pensamento pós-positivista”⁵⁸⁹, especialmente por viabilizar uma compatibilização entre a defesa da implementação do mínimo existencial, a validade procedimental das normas jurídicas e decisões judiciais e os limites do cumprimento no âmbito jurídico do conteúdo material da constituição⁵⁹⁰.

4.4. Para além do Direito e da Democracia: a espera de um sentimento constitucional

Se, por um lado, a adoção de uma teoria constitucional assentada na integração dos postulados substanciais e procedimentais da fórmula jurídico-política do Estado Democrático de Direito pode contribuir para atenuar alguns dos efeitos do constitucionalismo simbólico no Brasil, por outro, há que se ressaltar as limitações de tal

587 DUSSEL, Enrique. Op. Cit., p. 565.

588 DUSSEL, Enrique. Op. Cit., p. 564-574.

589 MARRAFON, Marco Aurélio. Para além do consenso: Dussel e a possibilidade de uma fundamentação ética para a teoria crítica do direito constitucional. In: **Diálogos Constitucionais**: Brasil/Portugal. Orgs. AVELÁS NUNES, António José e MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 413.

590 MARRAFON, Marco Aurélio. Op. cit., p. 413.

teoria.

O complexo problema de inefetividade do modelo constitucional vigente no país não poderá de forma alguma ser deslindado apenas a partir de uma teoria constitucional. Uuma solução nesse sentido, reiteramos, exigiria uma transformação social em plano estrutural com incidência política, cultural e ética.

Por mais que a teoria defendida neste trabalho possa ser ajustada ao contexto constitucional vigente e necessária à prática jurídico-política brasileira, não se pode esperar demasiado dela, da mesma forma que não se pode esperar revoluções sociais de uma constituição dirigente, nem a força normativa dos preceitos constitucionais somente a partir de seu texto.

Como bem esclarece Konrad Hesse, a implementação fática de uma constituição dependerá diretamente da disposição dos partícipes da vida constitucional em concretizá-la, de orientar suas condutas conforme seus ditames, ou seja, dependerá do grau da “vontade de Constituição” existente na comunidade política⁵⁹¹.

Além dos problemas relativos à tradição do pensamento jurídico e ao caráter conservador do Poder Judiciário no país que acentuam a baixa normatividade constitucional, a força normativa da Constituição de 1988 é também fragilizada porque, não apenas no âmbito da prática política ou da esfera da ação dos órgãos públicos oficiais, mas também na interação cotidiana entre os indivíduos e na relação destes com o Estado, os preceitos constitucionais são constantemente descumpridos. A prática sócio-política que se desenvolve em relações de “subcidadania” e “sobrecidadania”⁵⁹² não é, de forma generalizada, orientada pelos ditames da Lei Maior.

Os valores constitucionais fundantes do pacto político proposto na Constituição, encontram resistência de concretização quando contrastados com as características da sociedade brasileira, marcada culturalmente pelo individualismo exacerbado, pela ausência de senso cívico e pela precária idéia de solidariedade – restrita ao círculo de familiares e amigos⁵⁹³.

No contexto em que as condutas sociais são orientadas majoritariamente pelos valores relativos à personalidade - sendo estes, no entanto, moldado conforme o espaço

591 HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, p. 19.

592 Cf. NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 184.

593 HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 26 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 39.

doméstico -, sedimenta-se uma concepção social em que cada indivíduo se afirma “ante os seus semelhantes indiferente à lei geral, onde esta contrarie suas afinidades emotivas, e atento apenas ao que o distingue dos demais, do resto do mundo.”⁵⁹⁴.

Essa forte tendência em ressaltar as particularidades e interesses individuais em detrimento de ideais coletivos, assim como a resistência para se deixar prevalecer uma forma de ordenação impessoal e mecânica sobre a dinâmica das relações orientadas por vínculos comunais (de parentesco e de amizade), resultaram na incapacidade da sociedade brasileira de se organizar de forma espontânea em torno de um projeto sócio-político em comum. O modelo de organização política predominante é do tipo artificial, mantido por “uma força exterior que nos tempos modernos, encontrou uma das suas formas características nas ditaduras militares.”⁵⁹⁵.

Um exemplo bastante ilustrativo dessa fragmentação de interesses sociais típica da (des)organização política brasileira pode ser visto na composição da constituinte de 1988, dividida pelo embate entre progressistas e conservadores⁵⁹⁶.

Tendo em vista essas circunstâncias, o projeto de unidade política em torno do desenvolvimento da dignidade da pessoa humana, da justiça social, da solidariedade, da igualdade e liberdade fáticas assegurados razoavelmente a todos, a que se refere a Constituição Federal não é capaz de atrair adesão social interna suficiente a ponto de instituir-se generalizadamente um “sentimento constitucional”⁵⁹⁷e, por conseguinte, uma

594 HOLANDA, Sérgio Buarque de. Op. cit., p. 155.

595 HOLANDA, Sérgio Buarque de. Op. cit., p. 38. “É curioso notar-se que os movimentos aparentemente reformadores, no Brasil, partiram quase sempre de cima para baixo: foram de inspiração intelectual [...]. Nossa independência, as conquistas liberais que fizemos durante o decurso de nossa evolução política vieram quase sempre de surpresa; a grande massa do povo recebeu-as com displicência, ou hostilidade. Não emanavam de uma predisposição espiritual e motiva particular, de uma concepção de vida bem definida e específica, que tivesse chegado à maturidade plena.” (p. 160).

596 Sobre o desenvolvimento dos trabalhos e acerca da composição da Constituinte de 1988, consultar a interessante pesquisa de CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva**. Elementos de Filosofia Constitucional Contemporânea. 3 ed., Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2004, p. 44-60. Como ressalta a autora o confronto entre os dois grupos foi identificado ainda no início da Comissão Afonso Arinos pela imprensa: “o primeiro, majoritário, denominado de ‘conservador’, era integrado por ‘ideólogos de direita’ - qualificação também dada pela imprensa – e por empresários; o segundo, denominado de ‘progressista’, era composto por juristas, professores e jornalistas.” (p. 33, nota rodapé, n. 57). Em fase posterior do processo constituinte, a ala conservadora e majoritária cria o *Centrão* formado pela maioria dos partidos de direita (p. 46, nota 74).

597 “[...] o sentimento constitucional consiste na adesão interna às normas e instituições fundamentais de um país, experimentada com intensidade mais ou menos consciente porque estima-se (sem que seja necessário um conhecimento exato das suas peculiaridades e funcionamento) que são boas e convenientes para a integração, manutenção e desenvolvimento de uma justa convivência.” cf. VERDÚ, Pablo Lucas. **O Sentimento Constitucional**: aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política. Trad. Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 75, destaque do próprio autor.

“vontade de Constituição”.

Tratando da realidade democrática nos países da América Latina, Garzón Valdéz afirma que a solução para os problemas de mitologia jurídico-política do Estado Democrático de Direito nesses países, deverá passar pelo enfrentamento de duas questões iniciais: 1) a adoção de um ponto de vista interno com relação às normas constitucionais, que significa a aceitação das mesmas por razões morais, ou seja, porque elas são consideradas justas, exigindo-se seu cumprimento, ainda que alguns casos seja preciso renunciar a vantagens pessoais - situação ainda ausente em boa parte da sociedade latino-americana e 2) a criação de uma sociedade homogênea no sentido de que cada um possa ter acesso à satisfação de suas necessidades básicas, o que põe em questão a exigência inarredável de realização do Estado Prestacional ao menos no âmbito dos direitos sociais mínimos⁵⁹⁸.

A primeira questão implica, sobretudo, uma tomada de postura ética capaz de solapar o culto ao individualismo marcante nessas sociedades, pela valorização do social e do coletivo, proporcionando uma abertura para “o outro” e seu sofrimento⁵⁹⁹, para o reconhecimento de que “a dignidade individual de cada um reside no direito a igual consideração e respeito”⁶⁰⁰ e não na idéia de dignidade meritória – aquela que só tem que a merece, seja por sua posição, por sua fortuna ou por sua parentela⁶⁰¹.

Requer também uma mudança de “mentalidade” cívica assentada na revogação da “velha ordem colonial e patriarcal, com todas as suas conseqüências morais, sociais e políticas que ela acarretou e continua a acarretar”⁶⁰². Como já advertia Buarque de Holanda ainda na década de 30, a implantação da democracia no país:

[...] só será efetivamente possível entre nós, quando tenha sido vencida a

598 VALDÉZ, Ernesto Garzón. Derecho y Democracia em América Latina. **Revista Isonomía**, n. 14, Abril, 2001, p. 58-59.

599 DUSSEL, Enrique. DUSSEL, Enrique. **Ética da Libertação**: na idade da globalização e da exclusão. 3 ed. Petrópolis: Vozes, 2007, p. 375.

600 VALDÉZ, Ernesto Garzón. Op. cit., p. 60.

601 DAMATTA, Roberto. **Carnavais, Malandros e Heróis**. Para uma Sociologia do Dilema Brasileiro. 6 ed. São Paulo: Rocco, 1997, p. 206. Referindo-se a presença da figura dos “medalhães” na realidade social brasileira, o autor assinala que vivemos “numa sociedade de *gentes*, de *peessoas que se lavam*, de *brancos*, de *boa gente*, de *medalhães*, em oposição às *gentinhas*, ao *zé-povinho*, à *arraia-miúda*, à *gentalha*, à *massa*: numa palavra, aos impuros em geral. Temos, então, um sistema geral de classificação em que as pessoas são marcadas por categorias extensivas, de modo binário. De um lado, os superiores; de outro, os inferiores.” (p. 204, grifos no original).

602 HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 26 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 180.

antítese liberalismo-caudilhismo. Essa vitória nunca se consumará enquanto não se liquidem, por sua vez, os fundamentos personalistas e por menos que o pareçam aristocráticos, onde ainda assenta nossa vida social [...]⁶⁰³.

Garzón Valdez reconhece as dificuldades da realização de ambas as condições num contexto cultural e sócio-político que impera nas sociedades latino-americanas, mas assevera não haver outro caminho se quisermos trabalhar na construção de uma sociedade mais justa e solidária tal como prescrevem os textos constitucionais⁶⁰⁴.

Cumprir ainda observar que o que se disse acerca do distanciamento entre a prática sócio-política e os parâmetros constitucionais deve ser entendido em termos de generalidade e não de totalidade; pois, embora não sejam plenamente efetivas, “as constituições latino-americanas, têm impacto, social e jurídico incontestável”⁶⁰⁵.

Por isso, não se pode olvidar a presença entre nós de uma “resistência constitucional” a que se refere Paulo Bonavides e que não está restrita ao meio acadêmico, mas também envolve parcela considerável da população brasileira⁶⁰⁶.

Nesse sentido, cabe a ressalva de Marcelo Neves que:

Enquanto não estão presentes 'regras do silêncio' democráticas nem ditatoriais, o contexto de constitucionalização simbólica proporciona o surgimento de movimentos e organizações sociais envolvidos criticamente na realização dos valores proclamados solenemente no texto constitucional e, portanto, envolvidos na luta política pela ampliação da cidadania.⁶⁰⁷

O problema é que ainda não foi possível generalizar-se um sentimento constitucional e uma vontade de Constituição, a ponto de reverter a baixa normatividade constitucional na orientação da prática sócio-política brasileira. E nesse aspecto a teoria da constituição deve admitir que o progresso constitucional de uma comunidade política

603 HOLANDA, Sérgio Buarque de. Op. cit., p. 180.

604 VALDÉZ, Ernesto Garzón. Op. cit., p. 62-63.

605 BERCOVICI, Gilberto. Teoria do Estado e Teoria da Constituição na Periferia do Capitalismo: breves indagações críticas. In: **Diálogos Constitucionais**: Brasil/Portugal. Orgs. AVELÁS NUNES, António José e MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 288.

606 Há também “nesse País uma parcela de forças nacionais, arregimentadas em entidades da sociedade civil, congregando sacerdotes, estudantes, funcionários de classe média e trabalhadores sindicalizados, dispostos a batalhar por um novo pacto de participação que transfira amanhã das oligarquias para a Sociedade o controle do poder.” BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. 5 ed, rev. e amp. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 489.

607 NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 188-189.

somente se tornará autêntico e efetivo quando “formos *conscientes* de que ele só pode ser realizado por um grande número de grupos e cidadãos”⁶⁰⁸.

608 VERDÚ, Pablo Lucas. Op. cit., p. 137.

CONCLUSÃO

A teoria da constituição, em virtude da diversidade de indagações e de problemas que lhe são propostos, os quais dela exigem respostas adequadas às peculiaridades de cada ordenamento constitucional vigente, só poderá ser desenvolvida no marco de um modelo histórico-concreto de constituição.

As contingências históricas que delimitam tal desenvolvimento da teoria constitucional convivem, porém, dialeticamente, com as continuidades temáticas identificadas ao longo da formação do discurso constitucionalista e de sua implementação em modelos jurídico-políticos concretos.

A permanência desses elementos básicos, que foram compreendidos neste trabalho não de forma estática, mas em constante adaptação às mudanças históricas ocorridas na dinâmica da vida em sociedade, consubstancia o núcleo universal do constitucionalismo do Ocidente, representado pela proteção dos direitos fundamentais e pela limitação do poder político, sendo esta última atualmente concebida como a defesa intransigente do regime democrático.

As relações e as tensões entre ambos os pólos característicos do constitucionalismo ocidental (e também do ocidentalizado) hão de ser acolhidas, determinadas e ajustadas por cada modelo constitucional específico.

É possível, assim, falarmos não em uma teoria constitucional geral, mas de várias teorias da constituição, adequadas à realidade de cada Estado. Nesse sentido, defendemos a adoção de uma teoria constitucionalmente adequada ao contexto jurídico-político brasileiro, assim como tem sido proposto por um importante segmento da doutrina constitucionalista nacional.

Contudo, a teoria constitucional adequada à realidade brasileira não pode ser posta em termos de dicotomia entre visões substancialistas e procedimentalistas.

Teorias acentuadamente substancialistas tendem a enfatizar em demasiado a realização da democracia social, especialmente pelas vias e instrumentos jurídicos, em detrimento dos aspectos da democracia política que também precisam ser implementados no país.

Além disso, teorias desse viés não chegam a concentrar esforços no sentido de ampliar a cidadania política e de propor parâmetros para a tomada das decisões judiciais

que viabilizem, sobretudo no âmbito da jurisdição constitucional, a abertura democrática do exercício do poder jurisdicional do Estado, o que só pode ser feito através da intermediação de diversos mecanismos procedimentais, sejam eles institucionalizados ou não.

Por outro lado, as teses exclusivamente procedimentalistas, partem de pressupostos - como a existência de diferenciação dos sistemas sociais (ou seja, de auto-regulação social) ou ainda o pleno desenvolvimento de uma esfera pública includente e autônoma - notadamente ausentes na realidade jurídico-constitucional periférica.

Os postulados da teoria do constitucionalismo reflexivo ou do procedimentalismo habermasiano, como a defesa da constituição enquanto instrumento de regulação de procedimentos democráticos, assim como o da atuação restrita da jurisdição constitucional à proteção dos direitos relativos a democracia liberalizante – ameaçam a efetivação dos ideais emancipatórios do constitucionalismo, não apenas em países periféricos, mas também em países mais desenvolvidos por conta do agigantamento contemporâneo do código econômico sobre as demais relações sociais em escala mundial.

Porém, no contexto das sociedades periféricas, os efeitos provocados pelo distanciamento institucionalizado entre as normas constitucionais e a realidade, são ainda mais intensos e devastadores, no sentido de excluir grandes massas do acesso à existência física, social, intelectual e econômica digna, e agravar ainda mais as exclusões e as desigualdades sociais típicas dessas sociedades.

Ademais, o modelo jurídico-constitucional vigente em muitos países centrais e também periféricos ainda é o do Estado Constitucional Democrático que institui um Estado de Direito Material ou Estado de Justiça, incompatível com os postulados exclusivamente procedimentalistas.

Ambas as dimensões, substancial e procedimental, fazem parte da estrutura desse modelo e a integração necessária entre elas torna-se indispensável para o cumprimento das funções constitucionais típicas dos ordenamentos inseridos no paradigma neoconstitucionalista, quais sejam, a função democrática, de promoção da unidade política através do desenvolvimento dos procedimentos democráticos; a função liberal, de proteção de liberdades e contenção do arbítrio estatal e a função social, de realização dos postulados de solidariedade e justiça social por meio da institucionalização do Estado Social.

A dimensão substancialista da constituição reside em dois aspectos: 1) na existência de um conteúdo normativo referente a valores básicos que orientam o agir político, jurídico e social comunitário, conferindo legitimidade material à ordem

constitucional e, ao mesmo tempo, configurando parâmetros de legitimação das atividades dos poderes públicos e 2) na abertura estrutural, material e funcional da constituição que possibilita a um só tempo sua permanência e mutabilidade.

Como vimos, a própria abertura da ordem constitucional, decorrente de sua dimensão substancialista, implicará a compreensão da constituição como uma “obra aberta”, constantemente dependente da intermediação de procedimentos para realizar-se. A sua dimensão procedimentalista é, destarte, também uma exigência de contínua concretização dos preceitos materiais constitucionais.

Também não se pode negar o caráter de lei processual da constituição tendo em vista que ela estabelece a organização política do Estado, fixando competências, regulando procedimentos e institutos processuais de garantia dos seus dispositivos e dos direitos fundamentais. A constituição é, assim, tanto ordem jurídica fundamental da coletividade como um estatuto organizativo do poder.

Nesses fatores reside a dimensão procedimentalista da constituição que visa, sobretudo, efetivar os postulados da função constitucional da democracia política, ampliando os seus espaços para além do modelo representativo. A dimensão procedimentalista alcança, não apenas a observância dos procedimentos constitucionais nela previstos, mas também a exigência de implementação de mecanismos procedimentais, institucionalizados ou não que potencializem a participação dos cidadãos nas discussões e tomadas de decisões públicas.

Por isso é que, no paradigma democrático, a realização do Estado Social não pode ser compreendida à margem da participação dos cidadãos, para o que se impõem uma reserva de procedimentos, ao lado da reserva legal, para a colmatação das políticas públicas e da determinação de direitos subjetivos relativos a consecução das finalidades do Estado Prestacional, em nível infraconstitucional.

Também exige no âmbito da jurisdição constitucional uma abertura democrática tanto em nível institucional, de criação de institutos e formas procedimentais que promovam a participação dos cidadãos nos processos constitucionais, como em nível interno da prática decisória, através da interpretação ampliativa que leva à consideração dos mais diversos pontos de vistas interpretativos advindos da esfera pública e por meio da exigência de justificação racional das premissas decisórias.

Nesse aspecto, a legitimação da jurisdição constitucional, nos termos desenvolvidos no trabalho, seria aferida de forma dinâmica ou em graus, para os quais concorreriam tantos elementos de ordem material - como a atuação em defesa das

prestações civilizatórias do estado, ou seja, da efetivação dos direitos fundamentais, inclusive dos direitos sociais básicos -, como de ordem procedimental - relativos a existência e eficácia dos procedimentos em nível institucional, como o controle difuso de constitucionalidade, ação popular constitucional, ampliação do rol dos legitimados para propor as ações de controle direto, a previsão de mecanismos processuais que possibilitem a participação dos cidadãos ou de associações interessadas ou especialistas nas questões discutidas nos processos constitucionais (por exemplo, a figura do *amicus curiae*), como também em nível interno, relativos a incorporação dos postulados da nova hermenêutica constitucional pluralista e da observância dos critérios do discurso jurídico e do discurso prático na prática decisória dos juízes constitucionais.

Tanto a dimensão substancialista quanto a procedimentalista encontra assento no modelo constitucional brasileiro. Em especial quanto ao caráter dirigente da Constituição de 1988, foi preciso tecer algumas considerações para torná-la compatível com a exigência de abertura democrática da ordem constitucional.

Como afirmamos, o dirigismo constitucional não implica a substituição da liberdade legislativa ou política, conferida constitucionalmente pelos princípios da separação dos poderes e da democracia, pela judicialização ampla das questões políticas.

Significa que a constituição fixa um marco material de fundamentos básicos os quais a atividade dos poderes públicos não pode transpor ou mesmo se omitir em realizá-lo, fora do qual sempre haverá uma margem inegável e imprescindível de livre conformação da ordem constitucional concedida aos poderes legitimados.

Nesse ponto, consideramos que o dirigismo constitucional pode ser compreendido a partir da concepção, proposta por Robert Alexy, da constituição enquanto ordem fundamental e ordem quadro. Por meio da dogmática dos espaços e da teoria dos princípios estende-se a força vinculante dos preceitos constitucionais sem, contudo, exigir-se demasiado do seu cumprimento judicial.

Por outro lado, notadamente no espaço de liberdade conformativa dos poderes políticos, requer-se, tendo em vista os ditames da democracia participativa acolhida no texto constitucional, a proteção do *status activus processualis*, através da introdução da reserva de procedimentos em matéria de determinação das prestações sociais do Estado Social, bem assim a utilização dos institutos de democracia participativa como o referendo e plebiscito, previstos na Constituição de 1988, especialmente nos casos que suscitem ampla controvérsia e alcançam maior repercussão social.

Se plano do modelo constitucional vigente é possível fundamentar a necessária

integração entre as dimensões substancial e procedimental da constituição, a análise da realidade jurídica, política e social brasileira ressaltará ainda mais a importância da adoção de uma teoria constitucional voltada para a implementação de ambas as dimensões constitucionais.

Problemas relativos ao não cumprimento dos postulados básicos do Estado Social, de democracia delegativa, da cultura jurídica brasileira extremamente formalista e da predominante prática jurisdicional casuística denunciam um *déficit* de realização tanto da dimensão substancialista quanto procedimentalista da Constituição Federal de 1988.

Torna-se, assim, imprescindível a defesa de uma teoria constitucional ainda dirigente para o contexto brasileiro que, ao lado da dogmática dos espaços e da teoria dos princípios, exige e autoriza de forma definitiva a concretização judicial dos direitos sociais básicos referentes ao mínimo existencial, contra a qual não poderão ser opostos os princípios formais como o da separação dos poderes e da democracia ou ainda os condicionamentos da reserva do possível.

Todavia, fora do âmbito das prestações sociais mínimas, tal teoria requer para a imposição judicial de um direito subjetivo a prestação face o Estado a utilização da técnica ponderativa e a conseguinte avaliação dos graus interventivos em todos os princípios materiais e formais envolvidos, assim como a consideração das possibilidades econômica dos governos para implementar a medida determinada em nível jurisdicional.

Por outro lado, diante da prática jurisdicional brasileira ainda predominantemente formalista e casuística, impõe-se também a defesa da abertura democrática da jurisdição constitucional, construída a partir de um novo paradigma da hermenêutica constitucional e da argumentação jurídica.

Destarte, a teoria constitucional adequada a realidade brasileira, passará, então, da dicotomia entre substancialismo e procedimentalismo, para a complementaridade entre as dimensões substanciais e procedimentais da Constituição de 1988.

O que não significa, contudo, conciliar ambas as teses contrapostas da doutrina constitucionalista brasileira, haja vista os pressupostos inconciliáveis dos quais partem seus defensores, mas trata-se sim, de afirmar que a unilateralidade de ambas as teses não corresponde aos ditames do Estado Democrático de Direito – que alberga tanto aspectos substanciais quanto procedimentais – nem às necessidades da realidade jurídico-política brasileira deficitária tanto em um como em outro aspecto.

Entretanto, ressaltamos que, embora a teoria constitucional adequada ao contexto brasileiro possa contribuir para atenuar os efeitos do constitucionalismo simbólico no país,

especialmente porque viabiliza instrumentos para a efetivação dos preceitos constitucionais pela via judicial, em caso de omissão ou violação dos mesmos por parte dos poderes públicos responsáveis e porque também possibilita a ampliação da cidadania política, ela não pode perder sua referência à realidade sócio-política predominante no país e, assim, reconhecer seus limites.

A problemática do constitucionalismo simbólico que está na base da inefetividade dos dispositivos constitucionais no Brasil, envolve de forma generalizada, não apenas a prática política desviante ou violadora dos agentes públicos com relação aos dispositivos constitucionais, mas também a conduta dos cidadãos no seu agir cotidiano e nas suas relações com o Estado. Por isso, podemos afirmar que a Constituição Federal, com seu projeto de justiça social, de solidariedade e de efetivação dos direitos humanos em suas diversas dimensões, ainda não alcançou uma adesão social interna a ponto de generalizar-se um “sentimento constitucional” e conseqüentemente uma “vontade de constituição”.

Se é certo que em tal contexto, apenas uma reformulação estrutural das bases sociais, culturais, políticas e éticas poderia afastar os problemas crônicos de inefetividade constitucional da realidade brasileira, havemos que insistir, na esteira de Garzon Valdéz, que um dos passos a serem tomados nessa direção passa pelo enfrentamento da resistência interna de boa parte das sociedades latino-americanas para aderirem moralmente às normas constitucionais porque elas representam um modelo de convivência sócio-político justo, ainda que o seu cumprimento implique renúncia à obtenção de vantagens pessoais.

E nesse passo, uma moral procedimental não pode contribuir muito. Apenas no marco de uma ética fundada na exigência de proteção da vida humana digna, na defesa da ampliação dos espaços públicos democráticos, na implementação fática dos conteúdos necessários à existência com dignidade, assim também assentada no compromisso para com o outro, para com aquele que tem sua vida negada e sua participação excluída, no sentido de se buscar alternativas concretas para o acesso generalizado às condições de vida digna, é que as sociedades periféricas, mormente a brasileira, podem encontrar o caminho para a eficácia social plena (ou ao menos em nível generalizado) da ordem constitucional.

A Constituição ainda é um repositório de ideais emancipatórios, cumpre defendê-la num movimento de “resistência” constitucional, tanto acadêmica como popular. E a defesa de uma teoria constitucionalmente adequada a nossa realidade caminha nesse sentido.

REFERÊNCIAS

AARNIO, Aulis. **Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica.** Traducción de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

ABELLÁN, Ángel-Manuel. A problemática do Estado de Bem-Estar como fenômeno internacional. In: **Constitucionalismo e Estado.** Orgs. ALMEIDA FILHO, Agassiz e PINTO FILHO, Francisco Bilac Moreira. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

ADEODATO, João Maurício. Jurisdição constitucional à brasileira: situação e limites. In: **Constitucionalizando Direitos: 15 anos da Constituição Brasileira de 1988.** Org. SCAFF, Fernando Facury. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

____. **Ética e Retórica.** São Paulo: Saraiva, 2002.

AGRA, Walber de Moura. Pós-modernidade, crise do Estado Social de Direito e crise na legitimação da jurisdição constitucional. In: **Constitucionalismo e Estado.** Orgs. ALMEIDA FILHO, Agassiz e PINTO FILHO, Francisco Bilac Moreira. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

ALBUQUERQUE, Newton de Menezes. Neoliberalismo e desconstrução da razão democrática no Estado periférico brasileiro. In: **Diálogos Constitucionais: Direito, Neoliberalismo e Desenvolvimento em Países Periféricos.** Orgs. MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson e LIMA, Martônio Mont'Alverne Barreto. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo.** Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

____. Sistema Jurídico, Princípios e Razón Prática. **Revista DOXA**, nº. 5, 1998, p. 139-151.

____. Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales. **Revista Española de Derecho Constitucional**, Año 22, número 66, setembro/dezembro, 2002, p. 13-64.

____. **Teoria da argumentação jurídica:** a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. Revisão técnica e introdução à edição brasileira Cláudia Toledo. 2 ed. São Paulo: Landy Editora, 2005.

____. e BULYGIN, Eugenio. **La pretensión de corrección del derecho.** Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001.

____. **Teoría de los Derechos Fundamentales.** Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 2002.

____. **El concepto y la validez del derecho.** Barcelona: Gedisa Editorial, 2004.

ALMEIDA FILHO, Agassiz. Constituição e Passado Constitucional: Rupturas ou

continuidade dos paradigmas liberais? In: **Constitucionalismo e Estado**. Orgs. ALMEIDA FILHO, Agassiz e PINTO FILHO, Francisco Bilac Moreira. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

____. **Fundamentos do direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

ANDERSON, Perry. Balanço do Neoliberalismo. In: **Pós-neoliberalismo: As políticas sociais e o Estado Democrático**. Orgs. GENTILI, Pablo e SADER, Emir. 6 ed. São Paulo: Paz e Terra, 2003.

ANDRADE, José Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 2 ed. Coimbra: Almedina, 2002.

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito: teorias da argumentação jurídica**. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy Editora, 2006.

AVELÃS NUNES, António José. Constituição Européia: a constitucionalização do Neoliberalismo. In: **Diálogos Constitucionais: Direito, Neoliberalismo e Desenvolvimento em Países Periféricos**. Orgs. MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson e LIMA, Martônio Mont'Alverne Barreto. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

____. **Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro: Pós-Modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. In: **A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Org.: BARROSO, Luís Roberto. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

____. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. Revista **Interesse Público**, Ano VII, n. 33, 2005, p. 13-54.

BERCOVICI, Gilberto. A Constituição de 1988 e a Teoria da Constituição. In: **Constituição Federal: 15 anos - mutação e evolução**. Orgs. TAVARES, André Ramos *et al.* Rio de Janeiro: Editora Método, 2003.

____. **Desigualdades Regionais, Estado e Constituição**. São Paulo: Max Limonad, 2003.

____. A Constituição Dirigente e a Crise da Teoria da Constituição. In: **Teoria da Constituição: estudos sobre o lugar da política no direito constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2003.

____. Democracia, Inclusão Social e Igualdade. In: **Direito, Estado e Democracia: entre a (in)efetividade e o imaginário social**. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, v. I, n. 4, Porto Alegre, 2006, p. 165-183.

____. Teoria do Estado e Teoria da Constituição na Periferia do Capitalismo: breves indagações críticas. In: **Diálogos Constitucionais: Brasil/Portugal**. Orgs. AVELÃS NUNES, António José e MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. Rio de Janeiro:

Renovar, 2004.

____. A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 36, n 142, abr/jun, 1999, p. 35-51.

BINENBOJM, Gustavo. A dimensão do *amicus curiae* no processo constitucional brasileiro. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Número 1 – janeiro/fevereiro/março de 2005, Salvador, disponível em: www.direitodoestado.com/revista/REDE-1-JANEIRO-2005-GUSTAVO%20BINENBOJM.pdf, acesso em 25/02/08.

BOLZAN DE MORAIS, José Luis. Crises do Estado, democracia política e possibilidades de consolidação da proposta constitucional. In: **Diálogos Constitucionais: Direito, Neoliberalismo e Desenvolvimento em Países Periféricos**. Orgs. MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson e LIMA, Martônio Mont'Alverne Barreto. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

____. Constituição ou barbárie: perspectivas constitucionais. In: **A Constituição Concretizada**.Org. SARLET, Ingo Wolfgang. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

____e STRECK, Lenio Luiz. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**. 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

____. **Do País Constitucional ao País Neocolonial: A derrubada da Constituição e a recolonização pelo golpe de Estado institucional**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

____. **Teoria do Estado**. 5 ed, rev. e amp. São Paulo: Malheiros, 2004.

____. O Estado Social e sua evolução rumo à democracia participativa. In: MEZZARROBA, Orides (Org). **Humanismo Latino e Estado no Brasil**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2003.

BUCK, Pedro e TAVARES, André. Direitos Fundamentais e Democracia: complementaridade/contraditoriedade. In: **Direitos Humanos e Democracia**. Coords. Clèmerson Merlin Clève *et al.* Rio de Janeiro: Forense, 2007.

CABRAL PINTO, Luzia Marques da Silva. **Os limites do Poder Constituinte e a Legitimidade Material da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, Studia Ivridica 7, 1994.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e Argumentação: uma contribuição para o estudo do direito**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.

____. Rever ou Romper com a Constituição Dirigente? Defesa de um constitucionalismo moralmente reflexivo. **Revista dos Tribunais**. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. Ano 4, n.15, Abr/jun, 1996, p. 7-17.

CAPPELLETTI, Mauro. Repudiando Montesquieu? A expansão e a legitimidade da “justiça constitucional”. **Revista do Tribunal Regional Federal**, 4ª Região, Porto Alegre, ano 12, n. 40, 2001, p.15-49.

CARDUCCI, Michele. O Constitucionalismo como categoria de centro. In: **Constitucionalismo e Estado**. Orgs. ALMEIDA FILHO, Agassiz e PINTO FILHO, Francisco Bilac Moreira. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

CASTRO DE LIMA, Abili Lázaro. Globalização Econômica e Crise dos Estados Nacionais. In: **Repensando a Teoria do Estado**. Org. FONSECA, Ricardo Marcelo. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva**. Elementos de Filosofia Constitucional Contemporânea. 3 ed., Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2004.

COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: um análise metateórica. **Revista Isonomía**, n. 16, Abril 2002, p. 89-111 .

COMPARATO, Fábio Konder. A legitimidade das constituições. In: **Constituição e Democracia**. Estudos em homenagem ao Prof. J.J.Canotilho. Orgs. BONAVIDES, Paulo *et al.* São Paulo: Malheiros, 2006.

CRUZ, Luiz M. **La Constitución como orden de valores: problemas jurídicos e jurídicos**. Granada: s/e, p. 30 e ss.

DAMATTA, Roberto. **Carnavais, Malandros e Heróis**. Para uma Sociologia do Dilema Brasileiro. 6 ed. São Paulo: Editora Rocco, 1997.

DINIZ, Antonio Carlos de Almeida. O Direito entre o Moderno e o Pós-moderno: perspectivas e desafios. In: **Perspectivas Atuais da Filosofia do Direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

DUARTE, Écio Oto Ramos. Neoconstitucionalismo e Positivismo Jurídico: uma introdução ao neoconstitucionalismo e às formas atuais de positivismo jurídico. In: DUARTE, Écio Oto Ramos e POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e Positivismo Jurídico**: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição. São Paulo: Landy Editora, 2006.

DUSSEL, Enrique. **Ética da Libertação**: na idade da globalização e da exclusão. 3 ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2007.

FARIA, José Eduardo. Globalização, Soberania e Direito. In: **Constituição e Democracia**. Org. MAUÉS, Antoni G. Moreira. São Paulo: Max Limonad, 2001.

_____. **O Direito na economia globalizada**. 1 ed., 3 tiragem. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. Globalização, Soberania e Direito. In: **Constituição e Democracia**. Org. MAUÉS, Antoni G. Moreira. São Paulo: Max Limonad, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón**. Teoría del garantismo penal. Madri: Editorial Trotta, 2000.

FERRAZ JR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão e dominação. 2 ed. São Paulo: Atlas, 1994.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio. La filosofía del derecho de Jürgen Habermas, **Revista DOXA**, n. 13, 1993, p. 235-258.

GARCÍA, Pedro de Vega. Mundialização e Direito Constitucional: A crise do princípio democrático no constitucionalismo atual. In: **Constitucionalismo e Estado**. Orgs. ALMEIDA FILHO, Agassiz e PINTO FILHO, Francisco Bilac Moreira. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

GRACIA, Jaime Cárdenas. **La argumentación com Derecho**. Distrito Federal: Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2006.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria Processual da Constituição**. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instuto Brasileiro de Direito Constitucional, 2000.

_____. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. 3 ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2003.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre faticidade e validade. Volume Ie II, e ed. Trad. Flávio Beno Siebeneicher. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

_____. **Verdade e Justificação**. Trad. Milton Camargo Mota. São Paulo: Edições Loyola, 2004.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

_____. **Pluralismo y Constitución**. Estudios de Teoría Constitucional de la sociedade abierta. Madri: Editorial Tecnos, 2002.

HELLER, Herman. **Teoria do Estado**. Trad. Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Editora Mestre Jou, 1968.

HENNING LEAL, Mônia Clarissa. **Jurisdição Constitucional Aberta**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federativa da Alemanha**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

_____. **A Força Normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

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

KAUFMANN, Arthur e HASSEMER, Winfried. **Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

KEITH, Rosenn. **O Jeito na Cultura Jurídica Brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

KRELL, Andreas Joachim. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha**: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

KUHN, Thomas S. **A Estrutura das Revoluções Científicas**. São Paulo: Editora Perspectiva, 1997.

LASSALLE, Ferdinand. **Qué es una Constitución?**. Barcelona: Editorial Ariel, 1994.

LIMA, Martônio Mont'Alverne Barreto. Idealismo e efetividade constitucional: a impossibilidade da realização da Constituição sem a política. In: **Diálogos Constitucionais: Direito, Neoliberalismo e Desenvolvimento em Países Periféricos**. Orgs. MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson e LIMA, Martônio Mont'Alverne Barreto. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. O constitucionalismo brasileiro ou de como a crítica deficiente ignora a consolidação da Democracia. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica: (Neo)Constitucionalismo**. Ontem, os códigos; hoje, as constituições. vol. 1, n. 2, Porto Alegre, 2004, p.329-338.

LUDWIG, Celso Luiz. Filosofia e Filosofia do Direito. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica: A filosofia do direito e a filosofia no direito**, v.1, n. 5, Porto Alegre, 2007.

LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Trad. Maria da Conceição Corte-Real. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980.

LUÑO, Antonio-Enrique Perez. **La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002.

MAIA, Antonio Cavalcanti. As transformações dos sistemas jurídicos contemporâneos: apontamentos acerca do neoconstitucionalismo. **Revista de Direito do Estado**, Ano 2, n. 5, jan/mar 2007, p.243-265.

MARQUES, Cláudia Lima. A crise científica do Direito na pós-modernidade e seus reflexos na pesquisa. **Arquivos do Ministério da Justiça**, n.189, 1998.

MARQUES GURGEL, Maria da Graça. O Princípio da Proporcionalidade e o intervencionismo estatal: contribuição de um ponto de vista hermenêutico. **Revista da ESMAL**, n. 1, 2002, p.217-241.

MARRAFON, Marco Aurélio. Para além do consenso: Dussel e a possibilidade de uma fundamentação ética para a teoria crítica do direito constitucional. In:**Diálogos Constitucionais: Brasil/Portugal**. Orgs. AVELÃS NUNES, António José e MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

MAUS, Ingeborg. O Judiciário como superego da sociedade – sobre o papel da atividade jurisdicional na “sociedade órfã”. **Anuário dos Cursos de Pós-graduação em Direito**, n.11, Recife, 2000, p. 125-156.

MELLO, Cláudio Ari. **Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

- MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- MIRANDA, Pontes de. **Democracia, Liberdade e Igualdade: os três caminhos**. 1 ed. Campinas: Bookseller, 2002.
- MÜLLER, Friedrich. **Discours de la Méthode Juridique**. Paris: Presses Universitaires de France, 1996.
- _____. **Quem é o povo?** Trad. Peter Naumann. 3 ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.
- NETO, Agostinho Ramalho Marques [et al.]. **Canotilho e a Constituição Dirigente**. 2 ed. Org. MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. Rio de Janeiro, Renovar, 2005.
- NETTO, João Paulo. Repensando o balanço do Neoliberalismo. In: **Pós-neoliberalismo: As políticas sociais e o Estado Democrático**. Orgs. GENTILI, Pablo e SADER, Emir. 6 ed. São Paulo: Paz e Terra, 2003.
- NEVES, Castanheira. **Metodologia Jurídica: problemas fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.
- NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- _____. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- _____. Constitucionalização simbólica e desconstitucionalização fática: mudança simbólica da constituição e permanência das estruturas reais de poder. **Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito**, n. 7, Recife, 1995.
- NETTEL, Laura Ana. La distinción entre contexto de descubrimiento y de justificación y la racionalidad de la decisión judicial. **Revista Isonomía**, nº 5, octubre 1996, p. 108-117.
- NINO, Carlos Santiago. **La democracia deliberativa**. Barcelona: Editorial Gedisa, 2003.
- OLIVEIRA, Manfredo de Araújo de. **Ética e Racionalidade Moderna**. São Paulo: Loyola, 1993.
- PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. **La universalidad de los derechos humanos y el Estado Constitucional**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia., n. 23, 2002.
- PORTANOVA, Rui. **Motivações Ideológicas da Sentença**. 5 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- PULIDO, Carlos Bernal. Refutación y defensa del Neoconstitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel. **Teoría del Neoconstitucionalismo: ensayos escogidos**. Madrid: Editorial Trotta, 2007.
- RICOEUR, Paul. **Interpretação e Ideologias**. 3 ed. Trad. Hilton Japiassu. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1988.
- SALDANHA, Nelson. **Formação da Teoria Constitucional**. 2 ed., atual. e ampliada. Rio

de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. *Ethos Político*, Direitos e Cidadania. In: **Legitimação dos Direitos Humanos**. Org. TORRES, Ricardo Lobo. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente**: contra o desperdício da experiência. 6 ed. São Paulo: Cortez, 2007.

_____. **Pela mão de Alice**: O social e o político na pós-modernidade. 7 ed. Porto: Afrontamento, 1994.

SCHNEIDER, Hans Peter. **Democracia y Constitución**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

SOBOTA, Katharina. Não Mencione a norma! **Anuário dos Cursos de Pós-graduação em Direito**, Recife-Pe, nº 7, 1995, p. 251-273.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica em crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 6 ed. Porto Alegre: Livraria do advogado Editora, 2005.

_____. **Verdade e Consenso**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. A permanência do caráter compromissário (e dirigente) da constituição brasileira e o papel da jurisdição constitucional: uma abordagem à luz da hermenêutica filosófica. **Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos**, n. 39, 2003, p. 75-119.

_____. A concretização de direitos e a validade da tese da constituição dirigente em países de modernidade tardia. In: **Diálogos Constitucionais**: Brasil/Portugal. Orgs. AVELÃS NUNES, António José e MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____. A atualidade do debate da crise paradigmática do direito e a resistência positivista ao neoconstitucionalismo. **Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos**, v. 40, n. 45, jan/jun. 2006, p. 257-290.

_____. Reflexões hermenêuticas acerca do papel (dirigente) da Constituição do Brasil e os (velhos) obstáculos à concretização dos direitos fundamentais/sociais. In: **Direitos Fundamentais e Democracia**. Coords. CLÈVE, Clémerson Marlín *et al.* Rio de Janeiro: Forense, 2007.

VALDÉZ, Ernesto Garzón. Derecho y Democracia em América Latina. **Revista Isonomía**, n. 14, Abril, 2001, p.33-63.

VERDÚ, Pablo Lucas. **O Sentimento Constitucional**: aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política. Trad. Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

VIANA, Werneck Luiz [*et al.*]. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VIGO, Luis Rodolf. Razonamiento Justificatorio Judicial. **Revista DOXA**, n. 1, 1994, p. 483-499.

WOLKMER, Antonio Carlos. A Função da Crítica no Redimensionamento da Filosofia Jurídica Atual. **Revista Crítica Jurídica**, n. 22, jul/dez, 2003, p.173-183.

ZACARRIA, Giuseppe. Explicar y comprender: em torno de la filosofía del derecho de Paul Ricouer. **Revista DOXA**, n. 22, 1999.