

CONSTITUCIONALIZAÇÃO E NEOCONSTITUCIONALISMO: alguns riscos e algumas prevenções¹

Rodolfo Luis Vigo²

RESUMO: No presente trabalho, propomo-nos a analisar criticamente o processo desencadeado na Europa a partir da última guerra mundial, especialmente pela presença gravitante que têm cumprido as novas Constituições no terreno jurídico e também político-institucional. Ao mesmo tempo, resulta forçoso vincular essa inquietante e atual realidade com a chamada teoria neoconstitucionalista que lhe serve de respaldo e desenvolvimento. Ao realizar a análise utilizando centralmente a Europa, fazemos pensando na tradicional e sempre forte influência que desperta o velho continente no nosso. Somos herdeiros daquela cultura e as mudanças que ela vive não nos podem resultar indiferentes.

PALAVRAS-CHAVE: constituição, constitucionalização, neoconstitucionalismo.

Constitutionalization and neoconstitutionalism: some risks and some preventions

ABSTRACT: In this work we intent to critically analyze the process started in Europe since the last world war, specially for the gravitating presence that the new constitutions have accomplished in the law field, as well as in the political-institutional field. At the same time, it is necessary to link this disturbing and contemporary reality with the so-called neoconstitutional theory, which supports and develops it. Performing the analysis using Europe as center, we do so thinking about the traditional and always strong influence that the old continent arises in ours. He are heirs to that culture, and the changes that it sustains can not happen unnoticed.

KEYWORDS: Constitution, constitutionalization, neoconstitutionalism.

1. AS MUDANÇAS NA EUROPA DO SÉCULO XX

A segunda metade do século XX na Europa marca o trânsito do Estado de Direito Legal para o Estado de Direito Constitucional, ou seja, a passagem – no dizer de Ferrajoli – do Estado de Direito “débil” para o Estado de Direito “forte”. Assim, a realidade jurídica europeia se transforma em suas linhas fundamentais, mas, sinteticamente, essas mudanças supõem superar a sinonímia entre lei e direito, que impulsionou o século XIX a partir da revolução francesa, o que foi recepcionada pela

¹ Título original: “Constitucionalización y Neoconstitucionalismo: algunos riesgos y algunas prevenciones”. Conferência proferida em 16.11.2006, no I Congresso da Corte Suprema de Justiça da Colômbia “Presente y Futuro del Recurso de Casación En el Derecho Colombiano y Comparado”. Tradução de Faustino da Rosa Júnior e Marta Marques Ávila. Revisão de Albenir Itaborá Querubini Gonçalves.

² Ministro aposentado da Corte Suprema da Província de Santa Fé (Argentina), Catedrático de Filosofia do Direito na *Universidad Nacional del Litoral* (Santa Fé, Argentina).

primeira vez na lei fundamental de Bonn de 1949, quando se refere àquelas realidades (“lei” e “direito”) como distintas. Precisamente, esse direito que antecede, excede e controla a lei, é o que as novas Constituições reconhecem sob o rótulo - explícito ou implícito – de valores, princípios, fins ou direitos humanos, e, conseqüentemente, rencomenda-se a Tribunais constitucionais que velem para que aquele “higher law” prevaleça sobre todas as tentativas de sua violação através do resto das normas infraconstitucionais. Assim, a Europa deixa de lado a matriz político-jurídica revolucionária, que se respaldava na confiança absoluta da “soberania popular”³ canalizada através de seus representantes legislativos, e se aproxima da matriz inventada do outro lado do Atlântico, que impunha a essa soberania certos limites consagrados na Constituição. Nesse novo marco, os juízes já não podem ficar reduzidos à “boca inanimada da lei”, devendo lhes ser exigido que ao dizerem o direito (*iurisdictio*) também digam o direito constitucional e não somente o legal, ainda que nessa função no lugar de encomendá-la aos juízes ordinários se criam ou “inventam” juízes especiais ou constitucionais, cuja tarefa específica é tornar a Constituição um limite a toda decisão e produção normativa. Esse controle de constitucionalidade jurisdicional não coincide com o que havia previsto e protagonizado Kelsen na primeira parte do século XX, tendo em vista que não se reduz a ser um legislador negativo, reduzido a controlar formas e procedimentos, uma vez que avança sobre o conteúdo material ou substancial das leis, tudo que resulta potencializado ao teor de que os textos constitucionais – apesar das advertências kelsenianas – estão carregados de referências axiológicas.

Assim, aquele cenário jurídico e institucional europeu nas décadas seguintes a Nuremberg termina transformado, pelo que aquela exitosa teoria iuspositivista normativista que se havia forjado ao fio da escola exegética, a escola história, iniciada com Ihering e culminada com Kelsen, a qual havia conseguido controlar a formação dos juristas e a cultura jurídica, entra em desorientação e começa a padecer crescentes conversões e críticas, a partir das cátedras européias com maior prestígio. Nesse processo de mudança da teoria jurídica, os iuspositivistas começam a qualificar seus olhares com adjetivos ou prefixos que suavizem suas convicções, fala-se de iuspositivismos críticos, soft, inclusivos, pós ou neo, e alguns testemunhos resultam de grande impacto para o mundo acadêmico geral, assim o de Radbruch na Alemanha,

³ Sobre a importância da “soberania” na configuração da “constituição dos modernos” e a tensão respectiva entre soberania e constituição, pode consultar: FIORAVANTI, Mauricio. **Constitución: de la antigüedad a nuestros días**. Madri: Ed. Trotta, 2001, p. 71- ss.

denunciando a cumplicidade teórica do iuspositivismo frente ao nazismo; o de Bobbio, com sua teoria funcional na década de 70, deixando para trás as visões estruturais do direito que simbolizava Kelsen; o de Dworkin, quando sucede a Hart em Oxford e declara seu combate ao normativismo em nome do principialismo; o de Perelman, atrevendo-se a incorporar a razão nos problemas valorativos e decisoriais; o de Nino, criticando os modelos epistemológicos de Kelsen, Ross e Bulygin-Alchourron enquanto silenciam a dimensão valorativa do direito; o de Atienza, afirmando sua confiança num certo objetivismo e cognitivismo ético; e os muitos outros.

Porém, nessa quebra de convicções iuspositivistas, a constitucionalização do direito vigente brinda a oportunidade para gerar novas propostas na teoria jurídica que resultem idôneas para explicar as mudanças produzidas e também para respaldá-las e potencializá-las. Muitos iusfilósofos começam a prestar atenção e a refletir sobre essa constitucionalização, gerando um aparato conceitual e crítico que se distancia do iuspositivismo. Também alguns constitucionalistas, sensibilizados pelas mudanças, recorrem a novas visões iusfilosóficas que lhes permitam ler com maior realismo, coerência e consistência sua própria matéria. A constituição transcende aos constitucionalistas e impregna de inquietudes e sugestões a todos os juristas, mas é, em boa medida, a iusfilosofia ou a teoria do direito a perspectiva mais idônea para compreendê-la e operá-la. Desse modo, é possível identificar uma lista de juristas que fazem filosofia ou teoria jurídica com a Constituição, convertendo-la em fundamento de suas teses e no banco de provas das mesmas. Pelas diferenças, especialmente de pressupostos, esses autores que começam a serem adeptos ao “neoconstitucionalismo”, como uma nova teoria do direito, coincidem em respaldar a “constitucionalização” do direito vigente e as conseqüentes derivações que levam a mesma, criticando as limitações, os riscos e os erros que se suporia o Estado de Direito legal ou débil, como sua rígida teoria iuspositivista, que lhe servia de suporte e difusão teórica.

2. A TEORIA E OS AUTORES NEOCONSTITUCIONALISTAS

Certamente que seria muito difícil e de escasso interesse elaborar uma lista muito completa de autores neoconstitucionalistas, no entanto, a doutrina especializada configurou uma lista de autores representativos da mesma. Assim, nesta lista, pacificamente, incluem-se: Alexy, Ferrajoli, Dworkin, Nino e Zagrebelsky; mas

também pensamos que se pode ampliar o âmbito espanhol com autores como Perez Luño, Prieto Sanchís, Peces Barba ou Ollero. De toda maneira, repassaremos, com a autoridade daqueles juristas, algumas dessas típicas teses neoconstitucionalistas.

Por exemplo, Robert Alexy⁴ propôs: (a) que frente à alternativa entre o constitucionalismo e o legalismo (o autor rechaça valores e princípios e somente apela a normas, põe de lado a ponderação e recorre a subsunção na aplicação do direito, reivindica a autonomia do legislador democrático e não aceita a onipresença da Constituição, mas a independência do direito ordinário) corresponde a optar por um constitucionalismo moderado; (b) a presença de princípios no direito junto às normas, assimilando aqueles como os valores, na medida que seu conteúdo é moral e sua forma jurídica; (c) que o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático ou moral; (d) que a aplicação do direito deve estar guiada pela resposta correta para cada caso, como idéia regulativa; (e) o limite da injustiça extrema para que exista o direito; etc.

Entre as afirmações de Luigi Ferrajoli, dignas de serem sublinhadas, parece-nos que podem ser mencionadas: (a) a renúncia à epistemologia kelseniana e à iusfilosofia analítica italiana do pós-guerra, propondo uma ciência jurídica funcional ao paradigma constitucional com um “papel crítico e construtivo” e “descritiva do ser do direito, e prescritiva de seu dever ser jurídico” (FERRAJOLI, 2000, p. 60), comprometendo aos juristas a assumir a responsabilidade cívica e política de superar as antinomias e as lacunas; (b) uma nova noção de validade das normas não circunscrita a análise meramente formal, mas interessada pela “coerência de seus conteúdos com os princípios constitucionais [...] como, por exemplo, o princípio da igualdade ou os direitos fundamentais” (CARBONELL, 2003, p. 18); (c) sua definição dos direitos fundamentais como “todos aqueles direitos subjetivos que correspondem universalmente a todos os seres humanos enquanto dotados do status de pessoas, de cidadãos ou pessoas com capacidade de obrar” (FERRAJOLI, 2001, p. 19-ss.) que as normas de um determinado ordenamento jurídico reconhecem, indicando entre seus traços estruturais a forma universal de imputação e o caráter indisponível e inalienável; (d) sua teoria da justiça dos direitos fundamentais aproximada – “entre iuspositivismo e iusnaturalismo” (FERRAJOLI, 2001, p. 314) – ao fundamento axiológico dos mesmos e identificando “quatro critérios axiológicos, todos esses referidos ao valor da pessoa

⁴ Cfr. VIGO. *La injusticia extrema no es derecho (de Radbruch a Alexy)*. Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires y La Ley, 2004, p. 25-73.

humana entendida como fim e nunca como meio [...] igualdade, democracia, paz e lei do mais fraco” (FERRAJOLI, 2001, p. 315); e (e) a dimensão substancial da democracia que supera a “dimensão política ou formal” em que os direitos fundamentais põem limite ao decidível pela maioria e até pela unanimidade (FERRAJOLI, 1995, p. 864-ss.).

Recuperamos da teoria de Ronald Dworkin (VIGO, 2006) o seguinte: (a) o reconhecimento que no direito estão os princípios dado seu conteúdo, e que por fim excedem ao teste de pedigree ou origem as que pode submeter as normas; (b) esses princípios são definidos como “exigências de justiça, equidade ou outra dimensão da moral” e também podem ser assimilados aos direitos individuais; (c) o juiz Hércules que está em possibilidades de descobrir racionalmente a única resposta correta que tem cada caso jurídico; (d) são os juízes aos que corresponde apelar a “argumentos de princípios”, possibilitando que se levem a sério os direitos individuais e que esses triunfem contra o Estado e os objetivos comunitários; e (e) promover uma imprescritível “leitura moral da Constituição”.

Em Gustavo Zagrebelsky encontramos: (a) que a distinção entre regra e princípios pode ser identificada com a lei e a Constituição, respectivamente; (b) que o iuspositivismo é incompatível com visões ou compreensões de princípios, na medida em que “não seria possível pensar em uma recuperação positivista da temática dos princípios mediante o passo de um positivismo das regras a um positivismo dos princípios” (ZAGREBELSKY, 1995, p. 118); (c) que em tempos de constitucionalismo como os atuais, é propício voltar a prever a *juris* prudência em lugar da ciência *juris* (“em termos aristotélicos, *episteme* frente a *phronesis*; em termos escolásticos, *ratio speculativa* frente a *ratio practica*” (ZAGREBELSKY, 1995, p. 123); (d) o reclamar para as sociedades pluralistas “valores que não têm preço” (ZAGREBELSKY, 1995, p. 126); e (e) o auspício para que o Estado recupere competências de proteção ativa em ordem a determinados princípios de justiça.

Do pensamento de Carlos Nino recuperamos: (a) suas críticas aos modelos epistemológicos prescindem de valores e a concretizar propostas superadoras de *lege ferenda*, como os de Kelsen, Ross e Bulygin-Alchourron (NINO, 1993); (b) o reconhecimento que a justificativa jurídica não é auto-suficiente e, por isso, requer abrir-se a justificativa moral; (c) que os direitos humanos como direitos morais remetem em sua justificativa aos princípios morais da autonomia da pessoa, da inviolabilidade da pessoa e da dignidade da pessoa; (d) a distância entre o ceticismo ético e a democracia

“[...] que não haja uma verdade moral objetiva [...] exclui a justificativa da democracia, ou de qualquer outro arranjo social.”) (NINO, 1983, p. 174); e (e) colocar em dúvida o controle jurisdicional de constitucionalidade de leis ordinárias através de um processo democrático, exceto quando seu objeto é a determinação de se a lei respeita os pressupostos da democracia, quando as leis se fundam em razões perfeitas ou quando a lei afeta negativamente a preservação da prática jurídica moralmente aceitável (NINO, 1997, p. 292).

As teses resenhadas dão condições para reconhecer alguns traços centrais do “neoconstitucionalismo” que terminam impactando em diferentes problemas: (a) o direito deixar de ser um conjunto sistemático de normas autorizativas para compreender valores e princípios disponíveis para as respostas jurídicas dos operadores; (b) na epistemologia jurídica, já não se defende tanto um saber meramente descritivo e sistematizador, senão que se reclama prescrição e valoração; (c) a aplicação deixa de assimilar-se à decisão irracional ou volitiva, como em Kelsen, ou de fácil desentranhamento da solução contida na norma, para requerer da razão prática ponderações e argumentos que a validem ou justifiquem; (d) o direito, em maior ou menor medida, judicializa-se superando a distinção entre criação e aplicação; (e) a validade das normas, incluídas as legais, amplia-se aos conteúdos, especialmente constitucionais que potencializam o papel do Poder Judiciário; (f) reconhece-se uma juridicidade indisponível ou limitadora do direito posto as autoridades; e (g) a distinção contundente entre direito e moral se fragiliza, e o jurista deve enfrentar exigências de moral crítica.

3. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO

Valendo-nos com liberdade de um influente artigo de Riccardo Guastini (GUASTINI, 2003), propomo-nos identificar algumas características que seriam as que permitem reconhecer na atualidade quando um ordenamento jurídico se encontra efetivamente “constitucionalizado”, ou seja, quando o direito vigente nessa sociedade reconheceu à Constituição uma função jurídica peculiar que o torna peculiar e distintivo; o que, por sua vez, impõe que apenas aquelas teorias que aceitam certas teses estarão em possibilidade de compreender a esse novo direito constitucionalizado.

Embora Guastini reconhece até sete requisitos para esse teste da “constitucionalização”, parece-nos que são centralmente quatro:

3.1. A Constitucionalização como norma jurídica superior, ou seja, como “higher law”

Ela não se reduz a ser programa político que limite e estruture o poder do Estado, mas que tem todas as características de uma regra jurídica, ainda que quantitativamente superior; que por estar nesse lugar hierarquicamente superior, logra impor-se a qualquer outra norma de direito vigente que preside. Sendo a Constituição a “norma fundamental”, ela prevalece sobre qualquer outra, por isso é coerentemente “rígida”, dado que não pode ser mudada por nenhum outro poder constituído através das normas que têm competência ordinária para ditá-las. A Constituição pretende uma permanência prolongada e suas mudanças supõem uma justificativa especial, como um tratamento particular. Esse lugar superior impõe a todos os operadores e criadores do direito um conhecimento e respeito apropriado para com a Constituição, por isso, deixa de ser matéria exclusiva de “constitucionalistas” e se converte em campo de atenção de todos os juristas.

3.2. A Constituição carregada de valores ou princípios

As Constituições deixaram para trás aquele modelo chamado por Loewenstein de “utilitário” (LOEWENSTEIN, 1976, p. 211), que previa Kelsen, e optaram por carregar-se de exigências que remetem à moral, enquanto supõem preferências sobre o “bom” ou o valioso, que merecem ser consagradas juridicamente. Certamente, que essas apelações constitucionais ao que “deve ser” nem sempre se rotulam da mesma maneira, e, inclusive, parece prevalecer contemporaneamente a linguagem dos direitos humanos enquanto “reconhecidos”, “inalienáveis” e “universais”. O lugar tradicional onde se encontra a “moralidade constitucional” é, em grande parte, dogmática; mas ela também abunda nos Preâmbulos, e recordemos que em França – talvez o país europeu menos generoso com a constitucionalização – o Conselho Constitucional, em 1971, reconheceu a operacionalidade do conteúdo na Constituição francesa com sua invocação às Declarações de Direitos.

3.3. A Constituição como norma jurídica eficaz

Ainda que se possa compreender referida característica na primeira, pensamos que convém distingui-la, considerando que é possível admitir aquele lugar jurídico privilegiado para a Constituição; porém, provoca-se operacionalidade direta. Com essa característica, apontamos que toda Constituição conta com eficácia, mas além dos distintos modos em que ela possa ser entendida (direta ou indireta), mas o decisivo é que não existem normas constitucionais estritamente programáticas; assim, com esse qualificativo, quer-se falar de normas que não se regem juridicamente, enquanto não exista algum outro poder constituído. Manifestações dessa eficácia direta são as “omissões constitucionais” (CARBONEL, 2003) ou o questionamento a que se submeteu as “questões políticas”, enquanto se pretendiam ficar alheios ao controle da constituição, e também ao reconhecimento crescente de que todos os juízes os são da Constituição e não apenas da lei, pelo fato de que estão obrigados a aplicá-la sem obstáculos formais.

3.4 A Constituição com garantia de controle jurisdicional

Talvez seja este traço que mais aproxima o sistema europeu ao modelo norteamericano, uma vez que são os juízes os encarregados de velar pela prevalência substancial e formal da Constituição. O tribunal que assume essa transcendente função não é um mero legislador negativo segundo o modelo kelseniano, senão que desenvolve um crescente leque de soluções orientadas não apenas para fazer triunfar a Constituição, mas também para buscar manter a norma infraconstitucional; assim, os juízes constitucionais consagram “uma” interpretação da lei que permite conservar sua validade (sentenças interpretativas), agregam-lhe ou o suprimem algo à lei – de modo a salvá-la da invalidade (sentenças aditivas ou abrogatórias parciais), invalidam a lei – mas sem que isso implique automaticamente que se produzam os efeitos conseguintes de maneira imediata, peticionam ao legislador para que reaja modificando a lei questionada (sentenças admonitórias), etc. De todas as maneiras, o Tribunal Constitucional é o poder constituído que tem a última palavra em nome do poder constituinte.

É importante destacar que as notas assinaladas precedentemente, que caracterizam a “constitucionalização” de um ordenamento jurídico, dão-se com intensidade variável, pelo que poderíamos dizer que é um conceito analógico, enquanto admite maior ou menor clareza ou perfeição de sua presença. Inclusive, se existe certa conexão entre elas de maneira que se alimentam e reclamam reciprocamente, também se adverte uma crescente acentuação ou aprofundamento desses traços, a tal ponto que poderia constatar-se certa regra; a teor da qual, uma vez que se inicia o processo de constitucionalização, parecia desatar-se uma certa lógica que conduz a um reforço do mesmo, com certo automatismo, difícil de controlar ou limitar. Como reconhecem os próprios autores neoconstitucionalistas, essa constitucionalização conduz implicitamente uma política constitucional, que lhes corresponde difundir a todas as autoridades e responsáveis institucionais. Assim, Ferrajoli não tem dúvida em concluir que o “constitucionalismo é um programa para o futuro” que deve avançar no sentido de abarcar todos os direitos e não apenas os direitos de liberdade senão também os direitos sociais, controlar tanto aos poderes públicos como aos poderes privados, e ultrapassar o âmbito do direito estatal ao direito internacional. Zagrebelsky também convoca para a construção do constitucionalismo: “o direito constitucional é um conjunto de materiais de construção, mas o edifício concreto não é obra da Constituição enquanto tal senão de uma política constitucional que versa sobre as possíveis combinações de materiais” (ZAGREBELSKY, 1995, p. 13).

4. ALGUNS RISCOS DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO E DO CONSTITUCIONALISMO

Compartilhamos muitas das teses neoconstitucionalistas, mas, no entanto, não podemos deixar de coincidir com autores que alertam sobre a exigência nelas de uma série de perigos potenciais ou já atuais, que, inclusive, chegam a ser visualizados como preocupantes, pelos mesmos impulsores daquele processo. Em outras palavras, há um risco na constitucionalização e nos teóricos neoconstitucionalistas de promover uma espécie de inércia ou ritmo dificilmente controlável que termine convertendo a muitos de seus aspectos vantajosas características, em sinais fortemente negativos e criticáveis. Não se trata de descartar irracionalmente ou nostalgicamente a constitucionalização ou

o neoconstitucionalismo, senão de manter uma atitude crítica para que o remédio não resulte pior que a enfermidade.

Como será demonstrada, a relação que deriva das conseqüências arriscadas ou perigosas, que pode advir da Constitucionalização e do neoconstitucionalismo, poder-se-ia reduzir e elaborar uma lista menos extensa, uma vez que muitas delas poderiam fundirem-se entre si ou estender alguns dos riscos de maneira que absorva a algum outro, no entanto preferimos manter essa certa redundância não apenas por razões pedagógicas senão também pelos matizes que podem assinalar ou sugerir a detalhada ralação que segue.

4.1 Sobreinterpretação da Constituição ou “sobreconstitucionalização”

Já assinalamos que uma das teses próprias da constitucionalização é a eficácia jurídica da totalidade das normas constitucionais que presidem o ordenamento jurídico na resolução dos problemas jurídicos concretos que na vida social vão surgindo. A constitucionalização do ordenamento jurídico implica reconhecer esse “efeito irradiação” (*Ausstrahlungswirkung*) que produz a Constituição e por onde todo o direito fica tingido pela cor da mesma; porém a “sobreinterpretação” consistiria em pretender que estejam na Constituição todas as soluções jurídicas e, por fim, impõe-se sua aplicação, sem que dêem margem para a criação discricionária de outras normas. O próprio Alexy não apenas opta por um “Constitucionalismo moderado”, senão que se encarrega tanto do perigo de uma “infraconstitucionalização” assim como de uma sobreconstitucionalização, e tenta elaborar uma resposta para ambos os erros. Advertimos que esse reconhecimento à possibilidade de inferir todas as respostas jurídicas a partir do texto constitucional amplia-se notavelmente se a apelação a este último inclui o Preâmbulo constitucional com suas típicas apelações a valores e fins; surge daí a compreensível resistência entre os mesmos juristas e os tribunais a reconhecer-lhe uma eficácia jurídica direta. Os temores de que todas as soluções jurídicas estejam na Constituição reflete-se na ironia da acusação que formula Forsthoff de que ela seria “um ovo jurídico originário” e, também, na advertência que projeta Bockenforde, de converter o Estado em jurisdição constitucional se a Constituição deixar de ser um “marco fundamental” e se converte em “uma ordem jurídica fundamental do ente social” (ALEXY, 2003, p. 50-51). Recordamos, assim mesmo, que

o temor não apenas pode-se incrementar a partir da amplitude da matéria constitucional a interpretar, assim como, também, quando vemos um notável enriquecimento de sentenças atípicas, que transitam longe da rígida alternativa clássica de admissão ou rejeição da inconstitucionalidade; exemplifiquemos este ponto com a possibilidade do ditado de sentenças que declaram a “mera inconstitucionalidade” de uma lei, mas que não importa sua automática nulidade, e com as sentenças que suprem as omissões constitucionais nas quais incorre o legislador. Um exemplo destas últimas na jurisprudência constitucional argentina pode ser “Ekmedjian”, em que a maioria da Corte reconhece a vigência do direito à réplica, não obstante que o Pacto de Costa Rica dispunha que ele rege-se-ia nos casos e modos que estabeleceu a lei; e, precisamente, um dos argumentos foi que se tinha esperado mais de sete anos pelo legislador.

4.2 A irrelevância ou o enfraquecimento do Poder Legislativo e a lei

A Revolução francesa trouxe um modelo de Estado e de Direito absolutamente original e inédito, e a tais fins se reconheceu um papel central e configurador ao Poder Legislativo. A obra de Rousseau expressa com eloquência esse papel da lei que “reúne a universalidade da vontade e do objeto” e sua crença na “vontade geral”, permitindo-lhe afirmar: “É somente a Lei a quem os homens devem a justiça e a liberdade. É este órgão salvador da vontade de todos, o que restabelece no direito a igualdade natural”. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 seguirá aquele ensinamento e o único limite à liberdade somente se pode estabelecer pela lei, por isso o artigo 5 reza: “Tudo que não está proibido pela Lei não pode ser impedido e ninguém pode ser forçado a fazer o que a Lei não ordena”. Em 1790 se instaura na França o *référé législatif* como mecanismo que impedia aos juízes a ousadia de interpretar a lei. Napoleão não acabou com esse entusiasmo por criar o novo direito e, para os referidos fins, entre 1804 a 1810 promulgaram-se os Códigos: Civil, Comercial, Penal, Processual Civil e Processual Penal. Beccaria reproduz com fidelidade essas idéias ao delicado campo do direito penal, por isso não apenas rechaça o “perigoso” recurso ao espírito da lei, senão que conclui sem rodeios: “Somente as leis podem decretar as penas dos delitos, e esta autoridade deve residir unicamente no legislador, que representa toda a sociedade unida pelo contrato social.” (BECCARIA, apud CLAVERO, 1997, p. 48). Em síntese, o direito era o conteúdo da lei e esta era o resultado livre e infalível da

vontade geral. Na América Latina os grandes professores e acadêmicos, que se formaram na Europa, não assumiram a juridicidade da Constituição que os constituintes trouxeram do país do norte, e optaram por silenciar ou dissimular sua esquizofrenia e repetir o sistema jurídico legalista, ao invés do constitucional, apreendido no Velho Continente e consagrado em nossos Códigos. É óbvio que no marco do Estado de Direito constitucional entram em crise aquelas teses acerca do papel da lei e de seu órgão produtor, e a esse respeito é justo reconhecer que foi Kelsen um dos que não se entusiasmaravam com as Constituições carregadas de valores indeterminados, dado que criaria o risco de desequilibrar o jogo de poderes a favor do Tribunal Constitucional; por isso, coerentemente propunha um Tribunal Constitucional no âmbito do Poder Legislativo e como um mero legislador negativo. A constitucionalização pode derivar em um novo tipo de Estado que é o Jurisdicional, onde os novos senhores do direito já não são os legisladores, mas sim os juízes constitucionais. Já Bachof, no final da década de 50 falará que a superioridade jurídica do juiz sobre o legislador no momento da realização do direito, e, na atualidade, Alexy sustenta igualmente a preferência pela capacidade argumentativa dialógica judicial frente a alternativa gerada no âmbito legislativo. Essa crise da lei, sobre a qual a Europa acadêmica reflete, tem diversas e amplas expressões, que, inclusive, causam impacto no direito penal, em que as exigências típicas do princípio da legalidade: *lex praevia, scripta, certa e stricta*, encontram exceções que podem refletir-se na sentença condenatória da Corte Constitucional alemã dos “guardiões do Muro de Berlim” e na tese radbruchiana na qual se apóia, de que “a injustiça extrema não é direito”. Na Argentina, a decisão Priebke da Corte Suprema, em que a maioria amplia os tipos penais recorrendo ao *ius cogens*, ou a sentença na causa “Simon”, em que se declaram inconstitucionais as leis de obediência devida e ponto final, são exemplos apropriados daquele enfraquecimento da lei penal.

4.3 A debilidade da democracia

A democracia, acima de precisões conceituais e históricas, remete ao governo do povo que elege através do sufrágio quem serão seus governantes, os quais ficam sujeitos a periódica revisão popular. Não há dúvidas que o poder mais inequívoca e diretamente democrático é o Legislativo, e que o Poder Judicial é o menos democrático na medida em que em sua eleição não intervém diretamente o povo, que ela se

concretiza entre os que contam com um título profissional específico e que tais designações são vitalícias. Precisamente, em torno desta debilidade democrática dos juízes, encontramos na doutrina constitucional norte-americana o difundido tópico da “dificuldade ou argumento contra majoritário” (Bikel). A experiência norte-americana do governo de Roosevelt com seu enfrentamento com a Corte Suprema de seu país pelo New Deal e sua resolução final, é boa expressão das implicações democráticas da tarefa judicial em temas constitucionais, que alguns identificam com os políticos. A obra de R. Berger de 1977, “Government by Judiciary”, reflete contundentemente o perfil desequilibrante que podem assumir os juízes exercendo o *judicial review*. Nino, além de recordar que não é forçoso que o controle de constitucionalidade se confira a juízes, denuncia o caráter “misterioso” que investe o controle judicial de constitucionalidade. Gargarella (GARGARELLA, 1996), com insistência, tem denunciado a usurpação judicial da vontade popular sobre a roupagem da interpretação constitucional. Desde a lógica do constitucionalismo, a vontade popular e as maiorias circunstanciais que se vão configurando eleitoralmente ficam condicionadas a aceitação e a vontade dos Tribunais constitucionais, que, inclusive, estão autorizados a respaldar-se com a vontade originária dos pais da Constituição sobre as mudanças históricas. Ferrajoli, a partir do neoconstitucionalismo, elaborou sua teoria do garantismo jurídico, que inclui um limite para a regra da maioria, na medida em que existem coisas que ela não pode decidir. Esses novos “senhores do direito” que são os juízes, com seu despreparo profissionalizante e a inamovibilidade em seus cargos, podem chegar a impor uma prevalência aristocrática nos governos estatais. Certamente, a orientação que imponha finalmente a jurisprudência constitucional pode ser tanto de viés conservador como progressista, porém em todo caso ficará determinada pelos próprios desejos e inspirações ideológicas dos juízes e não das decisões populares. Adverte Aragon que no Estado constitucional “a democracia da lei estaria moderada (corrigida) pela aristocracia dos juízes [...] nova *noblesse* de roupão” (ARAGÓN REYES, 2004, p. 158). Em definitivo, a linha da constitucionalização importa mais o que pensa e decidem os juízes do que pensa e decide o povo, e isso implica forçosamente colocar em dúvida a própria democracia.

4.4 Um novo iuspositivismo ideológico constitucional

Na classificação de Bobbio, incluía-se ao iuspositivismo ideológico – enquanto versão que postulava sem discussão o juízo axiológico favorável de toda norma jurídica positiva –, conseqüentemente, que a atitude exigível do operador ou do destinatário do direito devia ser a “dogmática”; enquanto inibição de toda capacidade crítica com relação ao valor implicado infalivelmente naquela. O neoconstitucionalismo encerra o risco de um novo dogmatismo, na medida em que afirma – explícita ou implicitamente – que todo o disposto pelo constituinte é intrínseca e necessariamente bom ou justo; ou ainda melhor, replica as exigências incluídas na exegética “presunção do legislador racional”, mas agora com relação ao texto constitucional e, em conseqüência, conclui que todo o disposto pelo constituinte é claro, coerente, justo, útil, completo, etc. Não parece demasiado difícil e estranho que a matriz exegética, com que se interpretam os Códigos, projete-se à Constituição, e assim se diga que os métodos para isso são os típicos ensinados por Savigny: o literal, o lógico, o sistemático e o histórico. Precisamente Forshoff insistirá nessa visão formalista da Constituição e Chierchia privilegiará o método sistemático na interpretação da mesma. Manifestação desse dogmatismo constitucional pode ser a resistência a reconhecer lacunas, hierarquias ou contradições na Constituição e a postular que ela constitua um “sistema forte”. Aragón fala de “fetichismo constitucional” (ARAGÓN REYES, 2004, p. 167), e isso pode ser uma realidade se a palavra do constituinte assimila-se a uma palavra juridicamente “revelada”. Nessa religião, é claro que seriam os constitucionalistas e os juízes constitucionais, mais especificamente, os encarregados de administrar a palavra e celebrar o culto, no qual devem crer todos os juristas, qualquer que seja a especialidade que tenham. A jurisprudência ou a doutrina constitucional muitas vezes prevêm essa visão fictícia ou irreal sobre a Constituição, que não deixa margem para detectar insuficiência alguma; e, inclusive, o “originalismo” norte-americano em matéria de interpretação constitucional (SCALIA, 1997), ou o patriotismo constitucional de Habermas (HABERMAS, 1991 e 1999), podem dar respaldo a esse novo dogmatismo irracional. Zagrebelsky aludindo a sugestão da “soberania da Constituição” em substituição à “soberania dos Estados” como peça central do direito público europeu, manifesta que “pode ser [...] uma importante novidade, sempre que não se espere que o resultado tenha que ser o mesmo de outro tempo, ou seja, a criação de um novo centro de emanção de força concreta que assegure a unidade política estatal” (ZAGREBELSKY, 1995, p. 13).

4.5. A desnormatização do direito

O neoconstitucionalismo tem insistido e potencializado com proveito teórico toda a carga “principlista” que caracteriza as Constituições contemporâneas. A alternativa que propõe Dworkin, ao “modelo de regras” hartiano, será precisamente um sistema centralmente constituído por “princípios”. Alexy, quando contrapõe o “legalismo” ao “constitucionalismo”, reconhecerá que aquele – diferente deste – enaltece as normas e rechaça princípios e valores. Zagrebelsky, na mesma sintonia, conclui que “distinguir os princípios das regras significa, de um modo geral, distinguir a Constituição da lei”. As normas com sua previsão das hipóteses fáticas e da consequência jurídica respectiva, são desvalorizadas como recurso para o intérprete constitucional frente às possibilidades que conduzem os princípios enquanto direito concentrado; e necessitados de explicitação por meio do juízo criado pelo operador, onde se subsume o fato que se resolve apelando ao princípio em questão. Os princípios definitivamente ampliam a capacidade de resposta jurídica e permitem não apenas entender melhor o que as normas com sua tipicidade dispõem, mas ordená-las e até invalidá-las, na medida em que incorrem em contradição com os princípios dos quais derivam. A presença de “princípios fortes” (VIGO, 2000) remetidos aos direitos fundamentais implica debilitar ou colocar em dúvida as normas, dado que, em definitivo, elas se visualizam como meios para satisfazer aqueles e, coerentemente, sustentam-se; que em caso de contradição, deverão prevalecer os princípios. O entusiasmo pelos princípios apregoado pelo neoconstitucionalismo pode levar a marginalizar as normas, enquanto que se o jurista limita-se a ela saberá menos direito e terá menos capacidade crítica em respeito às mesmas. O processo de desnormatização se revela junto ao de descodificação ou ao de principlização do direito, e todo o texto constitucional é um bom exemplo das possibilidades que oferece um direito que se formula através de princípios. É evidente que o principlismo implica numa mudança radical ou revolucionária em nossos sistemas jurídicos de raízes européias.

4.6. A hipermoralização do direito

A teoria jurídica decimonônica proclamava um rígido jurisdicismo, uma vez que pretendia que o direito somente se explicasse a partir do direito e, conseqüentemente, o jurista não necessitava para cumprir seu ofício de moral, economia ou política. Em particular, essa visão incentivadora de autonomia científica obcecava-se em separar-se da moral, e bastava o quadro clássico tripartido de distinções (autonomia-heteronomia, unilateral-bilateralidade, incoercibilidade-coercibilidade) para lograr esse objetivo. A pureza jurisdicista alcançará um ponto culminante com a proposta científica de Kelsen. É indiscutível que as Constituições contemporâneas carregam-se de princípios e valores, e quando ela jurisdiciza-se uma avalanche de moral introduz-se ao direito. Recordamos que para Dworkin os princípios são “exigências de justiça, equidade ou outra dimensão da moral” e eles estão no direito porque contam com uma validade para que o próprio vigore, resultando desnecessário – como conclui Nino (1985, p. 153) – que alguma fonte de autoridade consagre-o explicitamente. Coerentemente Dworkin propõe ler a Constituição moralmente. Alexy não apenas assimila princípios a valores, mas também reconhece que aqueles têm conteúdo moral e forma jurídica, e essa dimensão moral joga cotidianamente no direito, além de reconhecer o limite excepcional da “injustiça extrema” dentro do requerimento de validade jurídica. O professor de Kiel não tem dúvidas em reconhecer-se não-positivista, defendendo uma conexão conceitual necessária entre direito e moral, propondo no campo da operatividade do direito a tese de que o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático geral. Nino rechaçou aquela “insularidade” do direito. Em sua última obra procura mostrar o

vínculo justificatório que o direito tem ineludivelmente com a moral, o direito não pode ser interpretado se não se recorre, em momentos cruciais dessa tarefa interpretativa, a considerações de índole moral. O reconhecimento dessa última conexão interpretativa entre o direito e a moral implica desqualificar o encobrimento que a dogmática jurídica e outras alternativas de reconstrução teórica [...] fazem da dimensão valorativa de sua empresa teórica (NINO, 1994, p. 128).

A luz dessas propostas típicas do neoconstitucionalismo, que concordam em reconhecer quanta moral há no direito, o alerta que se formula em torno do risco de que a moral fagocite-se ao direito ou que os juristas convertam-se em moralistas, objetivam entender ou operar o direito conforme a constituição, considerando que na moral está o núcleo do direito. Mais além do espaço institucional que supõe direito, ou mesmo na

hora de sua aplicação, torna-se irrelevante ou termina de explicitar-se o teor da moral. Do impossível sonho da pureza Kelseniana e as diferenças contundentes entre o direito e a moral, corre-se o risco de terminar sem distinção nenhuma.

4.7. A renúncia do silogismo dedutivo judicial

A principialização do direito tem suportado uma forte crítica das visões logicistas formais, a partir de autores como Perelman, que reduzem a interpretação jurídica a uma lógica não formal ou material, ou simplesmente retórica; ou, também, das novas teorias argumentativas na operatividade do direito – tão apreciadas pelos neoconstitucionalistas –, que substituem o silogismo pela ponderação racional. Ensina Dworkin que, quando duas normas entram em contradição, a eleição por uma delas supõe a extinção ou a invalidação jurídica da outra, mas quando o intérprete opta por um dos princípios que estão em tensão procurando a sua aplicação, o princípio desprezado para a resolução do caso não fica afetado em sua vigência jurídica e pode o intérprete recorrer a ele em outro caso; porém, precisamente, o intérprete para poder concretizar sua opinião deve pesar os princípios, considerando que eles contam com a “dimensão de peso” (“the dimension of weight or importance”). A peculiaridade clássica da teoria dworkiniana sustenta-se no mandato ao intérprete para que descubra a “única resposta correta” que tem o caso e que está presente no direito vigente. Expressamente, Alexy ocupou-se do modelo de dedução que descarta, por negar o caráter criativo de quem aplica a norma e porque ela muitas vezes não existe para o caso; em outros casos, existe mais de uma norma, às vezes a que está disponível é vaga, e, em outros, o resultado a que levaria a norma é axiologicamente deficitário. Por isso, no campo da interpretação, a proposta de Alexy é “argumentação”, porém não se trata de uma teoria “analítica”, que objetive classificar os argumentos e analisar sua estrutura, mas de uma “teoria normativa que permita pelo menos uma certa valoração da força ou peso dos distintos argumentos e da racionalidade da argumentação jurídica” (ALEXY, 1995, p. 231). Essa teoria do discurso conduz a institucionalização do sistema jurídico e a autoridade do direito positivo, que exige “que se dê prioridade as razões constitucionais sobre as substanciais. No entanto, só se trata de uma prioridade *prima face*. As razões substanciais podem ter tal peso nas causas individuais que prevalecem sobre as constitucionais”. Os princípios Alexyanos são “mandatos de otimização” enquanto

exigem uma realização mais completa possível, segundo “possibilidades fáticas e jurídicas”, por isso, em sua aplicação, necessita-se apelar ao princípio da proporcionalidade e aos seus três sub-princípios: de adequação e de necessidade, referidos as possibilidades fáticas, e o de proporcionalidade no sentido estrito, projetável ao campo das possibilidades jurídicas. É certo que a conversão do direito em uma prática argumentativa não implica forçosamente expulsar do direito à lógica formal e seu silogismo, porém a importância deles se reduz significativamente, pois a atenção desloca-se da “justificação interna” para a “justificação externa”, e o decisivo é encontrar soluções corretas. Os neoconstitucionalistas – como Zagrebelski – retomam os ensinamentos clássicos da prudência e promovem uma forte desconfiança à formalização do direito apegada aos silogismos, dado que o direito deve ajustar-se às peculiaridades do caso e isso supõe a presença de valorações. O entusiasmo argumentativo estendido entre os neoconstitucionalistas pode levar ao esquecimento do silogismo e suas regras, o qual supõe uma marginalização injustificada de estruturas que controlam formalmente o raciocínio, incluído o prudencial ou o retórico.

4.8. A renúncia da ciência jurídica

O modelo de ciência jurídica que se promoveu no século XIX, e que encontrará sua matriz definitiva nos ensinamentos do Círculo de Viena, precisou como seu objeto descrever e sistematizar o direito positivo vigente, excluindo as tentações não científicas de valorar ou propor soluções jurídicas de *lege ferenda*. Já recordamos que Nino denunciou com força a esterilidade deste modelo científico que seguiram Kelsen, Ross ou Alchourrón-Bulygin, e propõe admitir na visão epistemeológica as dimensões axiológicas ou críticas. O saber jurídico consistente com as teses neoconstitucionais encontra seu melhor lugar na perspectiva iusfilosófica ou no âmbito da aplicação ou determinação racional do direito para os casos concretos. O juiz e filósofo Hércules, proposto por Dworkin, constitui-se no melhor paradigma para conhecer o direito, e os restantes neoconstitucionalistas também privilegiam o ponto de vista interno na hora do conhecimento integral e correto do direito. Um propósito cognocitivo reduzido a descrever “objetiva e exatamente” o direito positivo, como pretendeu a teoria pura kelseniana, não deixava lugar para visões propriamente iusfilosóficas ou tampouco deixava muito espaço a esta disciplina, na teoria científica de Ross, reduzida a “precisar

a linguagem da ciência jurídica” (VIGO, 2006). O momento aplicador ou interpretativo do direito, entendido como mero ato de vontade – segundo Kelsen –, ou fruto da ideologia irracional – em Ross –, é outro dos tópicos que combateram os neoconstitucionalistas, elaborando a bandeira da razão prática argumentativa capaz de encontrar a “única resposta correta” (Dworkin) ou apostar na “única resposta correta como idéia regulativa” (Alexy). Zagrebelsky formula explicitamente a contraposição da *scientia juris* com a *juris prudentia*, a primeira como racionalidade formal, a segunda como racionalidade material, ou seja, orientada aos conteúdos. Em termos aristotélicos, *episteme* frente à *phronesis*; em termos escolásticos, *ratio speculativa* frente à *ratio practica*. Enquanto o critério que preside as primeiras é a oposição qualitativa verdadeiro-falso, tudo-nada, o que preside as segundas é uma progressão quantitativa que vai do menos ao mais apropriado, do menos ao mais oportuno, do menos ao mais adequado e produtivo” (ZAGREBELSKY, 1993, p. 123). No mesmo sentido, Ferrajoli também não concordou com aquele tipo de ciência jurídica neutra e descritiva, e promove uma ciência ativa, crítica e promotora de mudanças. A partir da perspectiva epistemológica promovida pelo neoconstitucionalismo, restou muito pouco daquele modelo de saber definido no Círculo de Viena e, conseqüentemente, impõe-se ao jurista um trabalho de elucidação de valores, funções ou finalidades, que requer o trânsito pela filosofia jurídica, que se torna inescindivelmente e genericamente prática; mas, além disso, exige do jurista propostas de mudança e reforma, que implicam colocá-lo racionalmente no âmbito da criação do direito. O risco é que todo o demasiado esforço por sistematizar e descrever o direito positivo vigente, que caracterizou nossos grandes mestres universitários, fique desprezado como um saber carente de interesse cognitivo jurídico. Mesmo que não haja a adesão ao reduativismo cientificista, não resta dúvidas que a ciência jurídica é uma abordagem necessária e possível para conhecer o direito e, precisamente, o neoconstitucionalismo com sua preocupação principialista; e pela equidade ou justiça do caso pode gerar rechaço ou distanciamento a esse nível não-ético.

4.9. A perda da segurança jurídica

Este valor tão tipicamente decimonônico desaparece ou se dilui fortemente nas teorias neoconstitucionalistas, na medida em que elas optam privilegiadamente pela

equidade ou justiça. É certo que Kelsen também criticou a segurança jurídica, mas o fundamento era o decisionismo volitivo ou irracional, pelo qual transitava a resolução jurídica. No neoconstitucionalismo há uma aposta muito confiada na razão prática do operador do direito, capaz de operar com os princípios e valores em tensão e buscar a correta solução que exige cada caso. Alexy, mais adiante, rechaça o nome da segurança jurídica a um eventual direito constituído apenas por princípios, e promove também a presença de regras; não desanima em subscrever a fórmula radbruchiana da “injustiça extrema não é direito” e, conseqüentemente, adere à possibilidade de que certas normas – incluídas as constitucionais – que cumpriram todas as exigências formais previstas no sistema jurídico vigente não logram nascer o direito. A presença necessária no direito, deste limite para o direito positivo, explica que não há problemas de retroatividade das leis no caso da legislação nazista ou das que autorizavam a matar os guardiões do muro de Berlim; considerando que estas regras, por sua “injustiça extrema”, não chegaram a nascer não obstante sua consagração formal. A razão prática “neoconstitucionalista” está em condições de ponderar ou valorar e encontrar ou confiar em alcançar a melhor resposta para cada caso; por isso, a possibilidade de regular antecipadamente a solução que tem cada caso é esquecer a presença dos princípios indeterminados e o que fornecem os casos ao conteúdo das normas. A pretensão própria da segurança jurídica de conhecer antecipadamente as conseqüências que podem derivar-se dos comportamentos que realizamos no teor das normas vigentes, condiciona-se a que elas não superem o umbral da injustiça extrema; porque, em tal hipótese, aplicá-las implica assumir um “risco” (Alexy), que consiste na possibilidade de que nos torne responsável juridicamente com posterioridade, e também à possibilidade de obter plurais e diversas respostas a partir de distintos princípios jurídicos. Uma boa prova de até onde impera hoje na cultura judicial a necessidade de buscar soluções justas em cada caso pode ser o art. 43 do Estatuto do Juiz Ibero americano aprovado pelas 22 Cortes Supremas da Ibero América. Se diz que os juízes “sem prejuízo de respeito à legalidade estrita deverão resolver os casos com equidade procurando temperar com critérios de equidade as conseqüências pessoais, familiares ou sociais desfavoráveis”. Podemos coincidir em não reduzir a axiologia jurídica à segurança jurídica⁵, porém nos parece quase uma renúncia

⁵ Cfr. VIGO. Aproximaciones a la seguridad jurídica. Em: **Derechos y Libertades**. Madrid: Universidad Carlos III de España, Año III, n. 6, fev., 1998.

às conquistas da modernidade suprimir diretamente esse valor e confiar dogmaticamente na razão justa do julgador, ainda que ele seja o constitucional.

4.10. A jurisprudência como única fonte do direito

“O transbordamento das fontes de direito” denunciado por Perez Luño (PEREZ LUÑO, 1993) é posto em relevo e também promovido na jurisprudência constitucional. Se na Constituição está todo o direito, o melhor “Boletim Oficial” que garante a publicidade do direito e sua proibição de alegar a ignorância converte-se nessa jurisprudência constitucional; desse modo, as restantes fontes são apenas projetos de direito vigente condicionado a confirmação ou correção que lhe formulem os juízes constitucionais. Em sintonia com as teses da constitucionalização do ordenamento jurídico, as sentenças constitucionais estão crescendo em variedade e audácia, deixando muito atrás a proposta kelseniana do “legislador negativo”. Assim – recordamos mais uma vez – que é possível encontrar sentenças que dão a única interpretação constitucional possível para a impugnada lei, que o agregam ou suprimem texto à lei, que o reclamam ao Legislador mudanças no conteúdo ou diretamente sua derrogação, que distinguem entre declaração de inconstitucionalidade e nulidade, que conferem prazos para a vigência de uma lei logo que houver sido declarada inconstitucional, ou que não declara a inconstitucionalidade tendo em consideração às conseqüências econômicas ou sociais que podem acarretar essa declaração, etc. A conclusão da escola da jurisprudência sociológica norte americana, de que o direito é o que os juízes dizem que é, já não está tão longe do direito europeu continental. Inclusive autores como Arnio reformulam a definição de fontes do direito como “toda razão que pode ser usada como base justificatória da interpretação” (ARNIO, 1991, p. 123), o que reforça o risco de reducionismo jurisprudencial, na medida em que o direito ou suas fontes assimilam aos argumentos que justificam as decisões judiciais válidas. A doutrina constitucional norte-americana que postula uma “constituição vivente” (*living constitution*) implica em reconhecer na jurisprudência constitucional o que ela vem sendo no ritmo dos tempos e mudanças geracionais. “Se aplicar o direito é descobri-lo”, na perspectiva da hermenêutica de Kaufmann, soa coerente a visão lacunosa que Larenz tem do sistema jurídico, na proporção de que cada caso conta com uma especificidade que descarta a ilusão de uma prévia resposta completa e claramente dada. A tarefa do jurista se sintetiza em encontrar respostas corretas justificadas argumentativamente, com a

advertência que fora daquelas soluções necessárias ou as racionalmente impossíveis, fica um amplo espaço para aquelas simplesmente possíveis. A partir dessa perspectiva, Andrés Ollero, preocupado com os iusnaturalistas, que pensam com um modelo que põe em paralelo ao direito natural, convoca-os a “desdramatizar o positivismo jurídico” e, inclusive, atreve-se a postular certo “iusnaturalismo inclusivo”, porque, definitivamente, o direito, sem mais, é algo concreto e histórico, enquanto que a lei é uma medida abstrata e supra-histórica (TASSARA, 1996, p. 306, e 2007, p. 315-ss). Neste marco teórico, parece previsível que os juristas se dediquem a estudar o direito jurisprudencial e a constatar em que medida o caso que os convoca guarda analogia com alguns casos já resolvidos. Também aqui podemos advertir que pelo caminho da constitucionalização podemos estar produzindo sub-repticiamente uma verdadeira revolução jurídica e política no Estado de Direito que a Europa construiu e nós herdamos.

4.11. A supressão ou o enfraquecimento do Estado

O iuspositivismo decimonônico encontrou no Estado soberano um apoio decisivo para sua teoria, e, em particular, as constituições nacionais foram as pedras basilares por excelência, desde a qual se forjaram e se expressavam os Estados. A assimilação kelseniana do Estado à ordem jurídica total vem a inscrever-se em sintonia com aquela visão dos direitos positivos adstrito a determinados Estados nacionais. No entanto, é evidente o processo crescente de globalização ou fortalecimento do direito, que surge além de suas fronteiras e que não pede autorização expressa a nenhum órgão para sua entrada em vigência, ou que, inclusive, corrija as decisões jurídicas geradas na interpretação final da Constituição nacional. Ferrajoli

perguntando-se sobre o futuro do Estado de Direito entende que um dos desafios

é o dirigido à dimensão constitucional do Estado de Direito pela perda da soberania dos Estados pelo deslocamento das fontes de Direito fora de seus confins e pelo conseqüente enfraquecimento do papel garantista das Constituições nacionais. Frente a estes processos, a única alternativa ao ocaso do Estado de Direito é a promoção de uma integração jurídica e institucional, complemento da integração econômica e política, hoje já irreversível e, portanto, o desenvolvimento de um constitucionalismo sem Estado, à altura dos novos espaços, já não estatais mas supraestatais, aos que se deslocou o poder e as decisões: por um lado, um constitucionalismo europeu e, por outro, um constitucionalismo internacional, idôneos para limitar o absolutismo dos novos poderes (FERRAJOLI, 2003, p. 24).

O “direito constitucional comum europeu”, integrado por “um conjunto de princípios constitucionais particulares que resultam comuns aos diferentes Estados nacionais europeus, tanto se foram positivados como se não”, tem em Peter Haberle um decidido impulsor, complementando-o com seu método interpretativo “comparativo” orientado a descobrir a matriz comum européia (HABERLE, 2003). Essa quebra tão visível dos Estados ao ritmo de globalização e integração se reflete no eloqüente dado de que 80% do direito vigente nos Estados europeus provêm de órgãos comunitários; e no nosso continente, ao menos em matéria de direitos humanos, é claro que a última palavra jurídica já não as tem nossas Cortes Supremas, mas a Corte Interamericana de Direitos Humanos; e dessa jurisprudência, cabe interpretar os textos constitucionais nessa matéria. A idéia da soberania centrada em Bodin na “*potestas legibus solutus*” resulta resistida claramente pelo neoconstitucionalismo, por isso Ferrajoli impugna a noção de soberania e apresenta três questões a sua proposta de um constitucionalismo global: 1) a ausência de garantias judiciais no nível internacional; 2) a mudança de lugar das respectivas garantias constitucionais como conseqüência do enfraquecimento da soberania estatal; e 3) a possibilidade de um direito de asilo como contrapeso da concepção estadista dos direitos humanos derivada da cidadania. Zagrebelsky formula que nos Estados pluralistas atuais “antes que de soberania da Constituição seria mais adequado falar de Constituição sem soberano”. Foram aparecendo como uma conseqüência lógica do constitucionalismo, constituições supranacionais ou transnacionais, com Tribunais respectivos, com competência para decidir a última palavra jurídica. A crise da supremacia da Constituição é o fortalecimento das Constituições regionais ou comunitárias, mas isto pode ser perigoso nas relações internacionais, na medida em que possibilite a prevalência dos Estados poderosos.

4.12. A absorção do direito de toda a ética social

O pluralismo é um dado das sociedades contemporâneas e isso acarreta um politeísmo axiológico ou a perda de valores comuns. O risco é que garanta-se que não haja espaço para outra ética social que não a consagrada pelo direito, e em especial aquela consagrada pela Constituição. Esse juridicismo ético implica reclamar-lhe demasiado ao direito e aos juristas, pois a experiência confirma que para que funcione o direito, e se logre o “bem viver social”, é necessário consolidar nos comportamentos sociais voluntários valores que se orientem ao mais integral respeito e cooperação. É

ingênuo pretender que as normas jurídicas sejam respeitadas apenas pela ameaça da coerção, por isso, inclusive para a maior eficácia jurídica, requer-se uma educação cidadã, que contribua com consenso ao mesmo direito. Portanto, se bem o direito é um instrumento poderoso para a vida social, requer-se a colaboração da ética social ou aplicada a ponto tal que se logre que esta chegue e seja aceita; seguramente, tornar-se-á menos importante o papel do direito. Este é um mínimo ético e tem basicamente por objeto as condutas mais transcendentais para a vida social possíveis de serem impostas coercitivamente, mas a ética ao buscar excelência ou máximas reclama não apenas que cumpramos as condutas jurídicas, com intenção de acordo; senão que ademais pretende outras condutas mais exigentes que ao direito não o corresponde nem pode prescrever. A tarefa do direito é procurar “bons cidadãos”, enquanto que a moral busca “boas pessoas”. Diz Habermas perigosamente que a moral já não flutua fora do direito, senão “emigra ao interior do direito positivo” (HABERMAS, 1991, p. 168), e então o risco é de que a moral permitida seja aquela consagrada pela Constituição, ou seja, uma espécie de juridicismo ético onde os problemas éticos se resolvem através de normas jurídicas ou órgãos com competência jurígena. Pietro Sanchís encarrega-se de que alguns neoconstitucionalistas vêm na Constituição “o compendio da moral pública da modernidade” (PRIETO SANCHÍS, 2003, p. 105). Assim, bastaria que se ditasse uma norma constitucional que fixe uma opinião ética para que esta, e apenas essa, fique respeitada juridicamente, e, por fim, quem opine o contrário assuma o risco da ilegalidade, ou, melhor dito, da antijuridicidade. As opções morais podem ficar nas mãos do direito, ou da Constituição e seus intérpretes, o qual pode implicar uma grave afetação à liberdade cidadã, em lugar da uniformidade axiológica constitucional ou do “nacionalismo cívico”. (Rawls)

4.13. O hiper-realismo jurídico

A constitucionalização, ao “rematerializar” o direito impregnando-o de valores e moral, custa-lhe digerir aquelas respostas jurídicas que somente se apóiem em valores formais e que são fontes, muitas vezes, de injustiça ou incompreensão para o cidadão comum alheio às formas, mas preocupado por respostas justas substancialmente. Em sintonia com o neoconstitucionalismo, é provável que os juristas busquem enfraquecer ou superar todo o capítulo de ficções ou presunções, enquanto são criações ou mentiras

consagradas pelo direito, mas carentes de apoio na realidade. Um exemplo paradigmático do que dizemos é a presunção *iure et iure*, que o direito é conhecido logo ao ser publicado, respeito do qual se levantam críticas muito fortes reclamando um direito mais humano e realista. Seguramente, a Constituição possibilita variedade de argumentos para pôr em crise aquela presunção e outras consagradas em nossos clássicos Códigos, que se orientam a brindar respostas gerais e previsíveis, evitando que o direito caia num casuismo judicial. A lei, com seu propósito generalizador, impõe soluções que chegam a ser irracionais ou dogmáticas em certos casos e, precisamente, o neoconstitucionalismo pode converter-se num chamado inflexível e intransigente com respostas que não superem o teste de realismo ou de razoabilidade intrínseco a toda Constituição axiologizada. Enquanto nossos Estados de Direito legal se forjaram e se consolidaram com presunções, como a presunção do conhecimento da lei publicada, aos que os respectivos juízes ordinários aplicavam sem demasiados reparos teóricos, os juízes constitucionais mobilizados pela equidade e pela justiça, tão intimamente exaltadas pelas Constituições, foram sensíveis a esse chamado da realidade. Bom exemplo do que dizemos pode ser o da Corte Constitucional Italiana, quando, pela sentença nº. 364/1988, arquivou a “ignorância *legis*” em matéria penal.

4.14. O direito assistemático ou aporético

A ciência jurídica moderna proposta por Savigny reclamou centralmente um direito normativo fortemente sistêmico, capaz de: (a) definir com clareza seus limites ou unidade; (b) em que a hierarquia normativa está consagrada; (c) que inclua todas as respostas jurídicas necessárias para a resolução dos casos a apresentar-se; (d) sem antinomias ou facilmente solucionáveis aquelas que eventualmente puderem aparecer; e (e) que resulte econômico ou sem redundâncias normativas. Esse sonho sistêmico alcançou uma notável perfeição teórica com Kelsen e sua exitosa pirâmide. O neoconstitucionalismo se preocupa em encontrar a melhor resposta jurídica para cada caso, apelando, para isso, aos indeterminados valores, princípios ou direitos fundamentais, e, por fim, não subscreve suas tentativas de sistemas apriorísticos ou fortes, que suponham respostas não ajustadas ao problema jurídico. Em definitivo, é uma teoria que tem fácil sintonia com as visões débeis ou abertas dos sistemas (Canaris), uma vez que o que se privilegia é o problema e sua solução, a partir da qual é

possível que fique delineado uma perspectiva sistêmica modesta de todo o direito, mas que, no entanto, sofrerá todas as modificações que imponham os outros casos. O juiz Hércules dwokiniano, quando enfrenta o problema, deve enfrentar a sobre-humana tarefa de reconstrução ordenadora do direito gerado ao longo do tempo em sua sociedade, procurando que triunfem os princípios e ocultando (“omitindo”) aquelas soluções que resultem incoerentes. Os princípios alexyanos resistem a uma ordem apriorística e requerem ser ponderados em cada caso. Os princípios estão em colisões e não há soluções fixas nem pontos de equilíbrio (Zagrebelky), porque o decisivo será o caso. Assim, a força de neoconstitucionalismo e, conseqüentemente, de prudência, princípios e equidade, pode diluir-se totalmente àquela visão ordenada do direito vigente estimulada desde nossos âmbitos acadêmicos e profissionais, ficando o direito vigente perigosamente reduzido a um somatório de soluções jurisprudenciais paralelas idôneas para resolver casos análogos.

4.15. A concretização inconstitucional de “reformas” constitucionais

As Constituições rígidas contemporâneas incluem formas ou procedimentos pré-estabelecidos especiais que as resguardam de “reformas” desenhadas pelo poderes constituídos, mas contrárias ou não aceitas pelo poder constituinte. Não há dúvida de que o caminho da interpretação constitucional é muito apto e fácil para o seu desenvolvimento e a introdução de mudanças na Constituição, deixando de lado o procedimento previsto para tais fins. Inclusive, a linha interpretativa do “não-originalismo” norte-americano destaca aquele direito que tem cada geração de se dar sua própria Constituição, o que se facilita se é que “a Constituição é o que os juízes dizem que é”. A distinção dwokiniana entre conceito e concepções evidentemente é muito difícil de ser projetada em concreto, e oferece a alternativa de possibilitar que o intérprete não somente imponha sua concepção, a não ser que esta se choque no mesmo conceito em jogo. As teorias procedimentalistas, ao contemplar exigências formais que preservem a racionalidade dos resultados interpretativos, brindam um caminho generoso para as mudanças substanciais na Constituição. É muito perigosa a idéia prevista por certa doutrina norte-americana, de que a Corte é uma espécie de poder constituinte permanente, o que possibilita que a Constituição se torne algo vivo e que cada geração tenha a melhor Constituição. Com certeza, o intérprete conhece e recorre a um grande

repertório de meios para que sua tarefa fique coberta por um legítimo manto da interpretação; porém, na medida em que se aprofunda na observação sutil ou não-dogmática poderão descobrir-se freqüentes alterações criativas e não meramente interpretativas. Essas possibilidades incrementam-se se o intérprete constitucional fica habilitado para suprir lacunas constitucionais ou declarar inconstitucionais certas normas constitucionais.

4.16. A politização do Poder Judiciário

Os poderes jurisdicionais estabelecidos no marco do Estado de Direito legal são compostos por profissionais do direito, aos quais se exige conhecer o direito estabelecido, além de diferentes e terminantes incompatibilidades com a atividade política. Se for certo que a Constituição encerra “mundos constitucionalmente possíveis”, como assinala Zagrebelsky, é muito importante quem tem o poder de eleger e impor entre essas alternativas. Daí que se afirma que uma Corte Constitucional é algo demasiado transcendente, como para deixar-la em mãos de “burocratas forenses” (Vanossi), e se pretende que seus membros tenham visão de Estado. As interferências e critérios de afinidade políticas na eleição dos juízes constitucionais se toleram e se justificam, e, inclusive, chega-se a prever que se façam explícitas as orientações políticas dos juízes, como para que no tribunal fique refletido o pluralismo da vida social e política. Esse marco encontra sintonia com um processo crescente e cada vez mais visível da chamada judicialização da política, que torna mais suspeita ou transparente as lealdades ou simpatias políticas. Se for verdade então, que os juízes e a política se encontram pelo desejado pela Constituição, o modelo do juiz cético e profissional se enfraquece e deixa de ser atrativo pela Constitucionalização do direito vigente. Alguns doutrinadores chegam a requerer que o juiz justifique suas forçosas afinidades políticas para, desse modo, evitar surpresas e garantir integridade nos processos de seleção. Acima de observações acadêmicas, o que cabe perguntar-se é o que pensa o cidadão comum a respeito de juízes que fazem explícitas suas preferências políticas.

4.17. O Poder Judiciário como Poder Administrador

O protagonismo judicial não somente pode afetar o Poder Legislativo, mas também alcançar outro poder do Estado, ou seja, o Poder Executivo. Li, em algum autor, uma conclusão que em parte se pretendia descritiva, mas que, ao mesmo tempo, traduzia certa previsão; ela expressava que o século XIX foi o do Poder Legislativo, o século XX o do Poder Executivo, e o XXI seria o do Poder Judiciário. Acima de prognósticos, é evidente que é possível ler na Constituição requerimentos ou modos de atuação do Poder Executivo e, conseqüentemente, não é ilógico que se imponham ao mesmo certos deveres ou proibições. Isso, muito mais, quando se adverte a crise das chamadas “questões políticas” isentas do controle jurisdicional, e aumenta a pressão para que se satisfaçam os chamados direitos humanos econômicos, sociais e culturais.

Cada vez mais decidem-se, judicialmente, problemas que tem a ver com o manejo do Pressuposto ou com o próprio do Poder Administrador, e o cidadão ou o servidor público sabe que aos fins de lograr que se respeitem seus direitos ou se satisfaçam suas pretensões conta com instâncias judiciais cada vez mais independentes. Inclusive, em muitos países de nossa região, existe uma opinião pública que supõe que os melhores juízes são aqueles que ditam sentenças contra o Executivo, o qual pode gerar uma tentação de protagonismo judicial capaz de condenar aos governantes em definitivo, ainda que tenham razão. Em definitivo, o neoconstitucionalismo pode promover juízes que, em nome da Constituição, substituam ou imponham ao Administrador critérios que propriamente não são os aconselháveis a partir do ponto de vista do bem comum.

4.18. Etnocentrismo cultural

A Constituição erigiu-se no Ocidente num signo de civilização, inclusive a mesma fórmula do Estado de Direito Constitucional ou Estado de Direito Forte encerra um evidente juízo de valor, uma vez que o governo do direito é muito superior ou preferível ao governo dos homens (“*Rule of law not of men*”). E, se a Constituição contém os valores básicos da vida social, não cabem dúvidas que ela não somente transmite uma forma de governo, mas sim, e especialmente, uma certa cultura (Carbonell). A mensagem que a opinião pública compartilha é que um Estado sem constituição, ao modo das vigentes na Europa ou nos Estados Unidos, é um Estado à margem do progresso e do futuro. O risco evidente dessa expansão, de um certo tipo de

Constituição e constitucionalização, é o de suprimir outras culturas alheias à tradição ocidental, ou seja, o perigo de que aquela se converta em arma predileta para praticar – consciente ou inconsciente – um inequívoco etnocentrismo cultural. A Constituição que se difunde é a inventada pelo Ocidente e, por fim, o Ocidente pretende impor-se acima de qualquer outra variável de organização social e política. Assim, o neoconstitucionalismo, não obstante ser uma teoria que responde a um certo contexto histórico e geográfico, pode chegar a transformar-se num modelo imperial a ser seguido por todos os povos que busquem a civilização e não a barbárie. Os constitucionalistas promovem como método interpretativo de suas constituições o “comparativo”, de maneira que devem estimular-se as opções que melhor se conciliem com o direito constitucional dos povos, com melhor qualidade constitucional. Também os constitucionalistas, ao preverem processos regionais ou mundiais de constitucionalização, obviamente que têm presente seus modelos constitucionais e culturais.

5. ALGUMAS PREVENÇÕES FRENTE AOS RISCOS ASSINALADOS

Já adiantamos que a precedente relação de riscos, implícitos na lógica da constitucionalização e do neoconstitucionalismo, não tem o propósito de estimular a volta ao Estado de Direito legal, pelo contrário, cremos naquele processo “descoberto” pela Europa na segunda metade do século, e, inclusive, nossa própria prática profissional, como juízes constitucionais, corrobora o firme propósito de que prevaleça a Constituição. Porém, de qualquer maneira, interessa-nos preservar o modelo democrático constitucional e estamos convencidos que não é bom para a sociedade nem para o direito que algum poder prevaleça descontroladamente sobre os outros, por isso é que nossa intenção é simplesmente sublinhar alguns potenciais riscos que se pode concretizar se nos deixarmos arrastar irracionalmente numa lógica inercial implantada em nome da Constituição. É que nossos âmbitos acadêmicos se mantêm em suas práticas habituais, e não resulta fácil obter que as alterem prestando atenção a novas realidades que exigem outras observações e lugares. Torna-se urgente que, em primeiro lugar, nossos professores – ainda que também todos os atores sociais – reajam frente à realidade aos fins de descrevê-la, mas também valorizá-la e procurar orientar seu melhor desenvolvimento. Parte da responsabilidade acadêmica incluir essa tarefa prévia

e orientadora, e, para isso, não podemos descuidar do direito vivo e seguir ensinando que o direito se reduz a normas que se explicam com as mesmas teorias que se usaram no século XIX. A partir dessa perspectiva, propomo-nos a continuação, indicar alguns remédios ou terapias, que podem e devem assumir todos os que têm responsabilidade social para controlar ou superar os riscos assinalados. Trata-se também de uma lista que poderíamos ter simplificado, mas que mantemos numa versão redundante em razão da variedade de destinatários e da importância da questão. Evidente que aqui, como no ponto anterior, a ordem indicada dos itens não implica em importância, ainda que eles tenham distinta relevância.

5.1. Melhor técnica legislativa

García de Enterría constata que “a legislação atual tende à ocasionalidade e à confusão” (GARCÍA DE ENTERRIA, 1997, p. 91), e Díez-Picazo, além da inflação legislativa, denuncia: “São, ademais, como todos sabemos muito bem, leis editadas em ocasiões, muito concretas para responder a estímulos e problemas cotidianos [...]. São leis feitas depressa, com escassa técnica legislativa, das quais se pode dizer que não têm um ontem e que não têm um amanhã” (DÍEZ-PICAZO, 1997, 216).

Zagrebelky não duvida em concluir: “a época atual vem marcada pela ‘pulverização’ do direito legislativo, ocasionada pela multiplicação de leis de caráter sectário e temporal” (ZAGREBELSKY, 1995, p. 37). Em 1984, Manuel Atienza, um tanto categoricamente, concluía que havia que ajudar a construir “uma teoria e técnica da legislação da que, hoje por hoje, se carece” (ATIENZA, 1984, p. 9); a racionalidade integral do legislador seguramente restringirá as margens do intérprete, mas, para isso, torna-se urgente trabalhá-la e ordená-la em suas dimensões: lingüística, jurídico-formal, pragmática, teleológica e ética. Em definitivo, há absoluta coincidência sobre a “crise da lei”⁶ que, genericamente, tem a ver com a mudança de poder que supõe o novo paradigma do Estado Social e que, pontualmente, abarca: a falta de funcionalidade da lei processual, leis que não procuram fins gerais, senão concretos, leis com “objetos múltiplos”, leis de “partidos políticos”, leis instáveis, leis contraditórias, etc.

⁶ Para um panorama amplo e atualizado pode consultar: CÓRDOBA, Gema Marcilla. **Racionalidad legislativa: crisis de la ley y una nueva ciencia de la legislación**. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005.

O constitucionalismo impõe adotar uma racionalidade que compartilham legisladores, juízes, doutrinadores e governantes em geral. O modelo de lei que surge da França, e que tão paradigmática e extremamente expusera Rosseau, é uma ficção que se apoiava no dogma de um legislador racional, que não necessitava justificar-se, uma vez que não tinha a possibilidade de equivocar-se; mas, precisamente, a presença da constituição rematerializada, como a da jurisprudência constitucional, requer uma melhor técnica legislativa. O simples e conhecido exemplo antes aludido da evidente despreocupação pela técnica legislativa constitui o recurso de “derrogar toda disposição que se oponha” à lei sancionada, o qual mais que resolver o problema o transfere a outro momento e a outros responsáveis.

5.2. Leis mais modestas

A partir da perspectiva do dogmatismo exigido ao jurista e a proibição de discricionariedade para o juiz, a lei garantidora da segurança jurídica devia estar constituída por regras que serviriam de premissa maior para o juízo subsuntivo judicial. No entanto, a riqueza dos casos e a presença de princípios e valores constitucionais que não contam com pressupostos fáticos nem hierarquias apriorísticas destroem, por inviável, aquela pretensão de automatismo judicial. Por isso, para proporcionar uma segurança jurídica possível e evitar soluções que, em certos casos, tornem-se grosseiramente desvalorizadas, requer-se de leis mais modestas, que não deixem livres aos critérios do julgador a solução que se lhe ocorra; senão que estabeleçam margens para o mesmo, de modo a não perturbar, que o direito responda efetivamente ao bem ou interesse de todo homem. Resulta assim, irreal e axiologicamente perigosa, a sanção de Códigos com mais de quatro mil artigos, que pretendiam conter a totalidade das soluções a todos os casos a se apresentar, e, inclusive, o paradoxo inexorável dessas leis, tão “seguras”, era que finalmente aparecia um caso que racionalmente exigia seu distanciamento e era principalmente uma Corte Suprema a encarregada de “violá-las” em nome de valores ou princípios que facilmente despertavam adesão cidadã. Por isso, requer-se de leis principialistas que, de algum modo, completem a indeterminação do constituinte, mas não com a intenção de fechar toda a determinação judicial, senão de fixar-lhe limites a mesma. A título de exemplo, recorramos a uma da jurisprudência argentina em torno do transplante de órgãos entre irmãos, que, segundo a lei, exigia 18

anos do doador; porém, chegou um caso no qual somente restavam dois ou três meses para cobrir esse requisito legal, e, então, a alternativa absurda era dizer ao doador que suportasse a perda do irmão em nome da salvação do rigor legal, pelo que a Corte Suprema, logo depois de constatar a liberdade psicológica do doador, autorizou a doação. Assim, o melhor não era uma lei que desse uma solução inequívoca antecipada para todos os casos ou que autorizasse ao juiz fazer o que quisesse, senão aquela que convalidasse os pedidos de doação de órgão, uma vez que se haja confirmado a liberdade real do doador.

5.3. Mais argumentação justificatória na produção abalizada das normas

A cultura jurídica do século XIX prescreveu em seus Códigos Civis o modo que devia proceder o juiz, quando aplicava uma lei, e, concretamente, estabelecia certos métodos interpretativos – gramatical, lógico, histórico e sistemático – que garantiriam o “desentranhamento do sentido das normas”. Ditas técnicas eram instrumentos para fazer prevalecer a vontade do legislador por parte do juiz, que nada criava para o direito.

Assim, a teoria interpretativa vigente transmitia uma aparente simplicidade e facilidade, mas pecava em uma grande dose de ingenuidade e irreabilidade. Precisamente na segunda metade do século XX e, sobretudo, nas três últimas décadas, um dos capítulos da iusfilosofia que mais cresceu, em quantidade e qualidade, foi todo o tema da argumentação, que, em boa medida, coincide com o velho tema da interpretação. Recordemos que Tarello elabora uma lista de argumentos que alcança aos 15, enquanto que Perelman os reduz a 13. Mais ainda, alguns autores (Dworkin, Atienza, etc.) chegam a propor um conceito interpretativo do direito ou a reduzir o direito a uma “prática argumentativa”, é que em boa medida o direito foi inventado para resolver problemas jurídicos, e o decisivo é a justificação racional que transmite essas soluções. Validade jurídica remete, em última instância, à justificação racional, ou seja, a requerer da resposta jurídica que conte com os argumentos suficientes que a respalde. Assim, autores como Arnio, quando propõe um novo conceito de “fontes de direito” que se assimila a esses argumentos justificatórios utilizados pelos juízes. Alexy propõe uma “teoria da argumentação jurídica” que contém 28 exigências orientadas a assegurar procedimentalmente a racionalidade da resposta. Nesse marco de preocupação pela justificação racional das decisões judiciais, cabe destacar o esforço voltado em torno da

“epistemologia judicial fática” (Taruffo, Gascón Abellán, etc.), um tema que, por força do normativismo, a teoria interpretativa tradicional havia ignorado. Todos esses aportes destinados a dotar de racionalidade a decisão jurídica autoritária não se reduzem ao juiz, senão que pretendem se estender a toda a autoridade, inclusive a legal, porque desse modo o ordenado ganhará em firmeza e poderá pretender aceitação racional voluntária. É oportuno destacar que a invocação de princípios não é sinônimo de arbitrariedade, nem de imprevisibilidade; pelo contrário, um trabalho apropriado de esclarecimento e uso dos mesmos pode brindar apropriada e antecipada determinação (Prieto Sanchís, Moreso, Ollero, García Enterría, etc). Em síntese, requer-se que a cultura jurídica – especialmente a acadêmica e a judicial – assumam com seriedade o tema da argumentação e lhe preste a atenção que se merece, porém, não repetindo ensinamentos superados, mas enriquecendo-a com a variedade de propostas que a doutrina oferece na atualidade.

5.4. Mais estudo e controle sobre a jurisprudência

Se os juízes criam direito, é evidente que se pretendo conhecer o direito devo conhecer o direito que segue depois da lei. O direito é uma obra coletiva que positivamente origina o constituinte, mas concluem os juízes, por isso uma cultura jurídica assimilada à cultura da lei ignorará o direito integral. Essa exigência impõe que nossas universidades estabeleçam currículos onde se estude não somente a lei, mas também a jurisprudência, que é outro modo – muito mais realista – de estudar a mesma lei, enquanto se vê ela em movimento ou em sua complexa capacidade resolutória. E esse estudo ou análise da jurisprudência apela não somente à nacional, mas também à supranacional ou comunitária. Recordemos que, segundo os ensinamentos da hermenêutica, a norma sem o caso está incompleta e os fatos que são resultados por essa norma são integrativos da mesma, a ponto que para conhecê-la totalmente resulta necessário apelar a seu texto normativo e aos casos. Assim, por exemplo, se limito-me a conhecer o texto da lei que regula a caducidade de instância e ignoro quais são os atos aos que lhes reconhece ou não capacidade impulsora do processo, posso concluir que ainda não conheço toda lei. Essa atenção que pretendemos, especialmente de nossas universidades, em torno da jurisprudência permitirá não só conhecer a todo o direito, senão também possibilitará valorá-la e reclamar a responsabilidade dos juízes pelo que “fazem” com o direito ao declará-lo. É um fato evidente que encontramos distintas

linhas jurisprudenciais ou votos em maioria ou minoria dentro do mesmo tribunal, pelo que se torna urgente que se estudem criticamente essas decisões como para enriquecê-las e prever retificações ou seguimentos justificados.

5.5. Sistemas jurídicos flexíveis

A idéia de sistemas jurídicos fortes onde era possível estabelecer a unidade, completude, hierarquia, coerência e economia de cada um deles, de uma maneira clara e definitiva, é, à luz da realidade jurídica, uma ficção manifesta. O ordenamento jurídico – denuncia Zagrebelsky – tornou-se um “problema”, uma vez que “são o resultado de uma multiplicidade de fontes que é, por sua vez, expressão de uma pluralidade de ordenamentos menores que vivem à sombra do estatal e nem sempre aceitam pacificamente uma posição de segundo plano” (ZAGREBELSKY, 1995, p. 38). Um modo de refletir essa crise dos sistemas “fortes” é apelar à presença de “princípios”, na medida em que estes resistem; por exemplo, à pretensão de hierarquias apriorísticas ou estão disponíveis para os operadores numa indeterminada e grande variedade de casos. Porém, apesar desta conclusão, não parece apropriado que renunciemos a essa alternativa em favor do sistema, mas sim o que se impõe é procurar o mais completo sistema jurídico possível, com a consciência que aquele “forte” não é alcançável. Parece desnecessário nos deter a justificar a pretensão de ordenar o material jurídico atento aos evidentes benefícios que traria, sobretudo em comparação com a alternativa da desordem de viés material. De qualquer maneira, esse nobre objetivo do sistema deve ser formulado de maneira modesta no sentido de que somente será possível um sistema “débil”, “poroso” ou “aberto”, na medida em que, necessariamente, não impedirá que ingresse ao mesmo, diretamente, material jurídico proveniente de fora do mesmo. Inclusive esse sistema previsível só poderia elaborar-se a partir do momento final do direito, ou seja, a partir da jurisprudência, onde se poderão ler os critérios de ordenação do material que se vão confirmando ou retificando. É de bom grado a responsabilidade dos doutrinadores e operadores do direito não seguir propondo sistemas irreconhecíveis na realidade, mas sim elaborar os melhores ordenamentos possíveis do material jurídico, atento a que isso redundará no melhor e mais correto uso do mesmo. Juízes sem a guia de nenhum sistema é fonte de maior discricionariedade e mais difícil controle.

5.6. Mais cultura constitucional

O direito constitucional na formação tradicional de nossos estudantes de direito é um ramo a mais, inclusive não é daquelas das que goza do maior prestígio, pois entre elas habitualmente se encontra o direito privado. Por outra parte, aqueles cursos geralmente privilegiam a parte orgânica da Constituição e lhe prestam escassa atenção à parte dogmática. Ademais, aos fins de completar a visão acadêmica desvalorizada do direito constitucional, haveria que recordar os golpes militares que brotaram pela América Latina e que implicaram um obstáculo central, no que diz respeito a forjar consciência constitucional. É que, definitivamente, e como destacamos anteriormente, predominava uma cultura jurídica esquizofrênica que, de fato, não podia negar o papel que a mesma Constituição destinou-se, seguindo o modelo norte-americano; na prática, a vida acadêmica e a cultura jurídica viva se inspiravam no Estado de Direito legal. Um exemplo dessa desatenção à Constituição poderia ser o escasso interesse que despertava a interpretação constitucional, respeito da qual se tentava reproduzir o que se ensinava em matéria de interpretação da lei. Definitivamente, nossas sociedades, mas, principalmente, nossos profissionais do direito, careciam de uma verdadeira cultura constitucional que advertisse a especificidade, a transcendência e a complexidade da Carta Magna. Pontualmente, Zaffaroni constata na América Latina um “tremendo descuido da teoria política e constitucional do Poder Judiciário” (ZAFFARONI, 2004, p. 114), não obstante ao decisionismo político e constitucional do problema. É óbvio que o trânsito do Estado de Direito Legal ao Estado de Direito Constitucional supõe uma nova cultura jurídica, e, para isso, torna-se imprescindível romper inércias e encontrar novas referências. Essa nova cultura jurídica deve se encarregar de problemas inéditos ou escassamente estudados, tais como: (a) o referente a determinar o conteúdo de valores, princípios ou direitos humanos; (b) o reconhecer os distintos tipos de regras ou normas contidas na constituição e como se opera cada uma delas; (c) o identificar os distintos tipos de sentenças constitucionais e a estrutura das mesmas; (d) estabelecer com alguma clareza a zona de reserva dos diferentes poderes do Estado; (e) reconhecer a finalidade e limites do controle constitucional; etc.

5.7. Mais filosofia jurídica

O modelo dogmático de cultura jurídica reduz a gnoseologia jurídica à ciência, e esta se limitava a descrever, sistematizar e interpretar o direito positivo segundo os métodos clássicos. O jurista por excelência era aquele que se limitava a memorizar ou repetir a lei sem introduzir perspectivas críticas ou valorativas. De algum modo, o que se estimulava era que se dominara com esse alcance alguns dos ramos do direito, isto é, fizera-se um especialista no direito civil, no direito penal, no direito do trabalho, no direito administrativo, etc.; mas o que corresponde advertir é que não pode dominar um adjetivo ignorando ao substantivo, ou seja, antes de chegar a ser um especialista se requer apropriar-se de alguma noção do direito, porque é evidente que a caracterização que um faça do direito a seco determinará o alcance que logo terá esta especialização. No entanto, nossas universidades em benefício da ciência descritiva e asséptica, condenaram a filosofia do direito a um papel absolutamente marginal e irrelevante. Daí as esquizofrenias estendidas de autores que se declaravam iusnaturalistas, mas logo explicavam sua disciplina codificada de maneira absolutamente iuspositivista. O que se requer é voltar à filosofia jurídica como um saber necessário a fim de compreender a todo o direito e operá-lo com coerência, integralidade e racionalidade. Precisamente, Ferrajoli destina à ciência jurídica um papel crítico e normativo, uma vez que deve procurar completar as lacunas e resolver antinomias, mas para isso deve superar a visão descritiva da típica ciência jurídica que predominou em nossas Faculdades de Direito. É evidente que alguns setores e perguntas suscitadas pelo direito vigente requerem respostas da filosofia jurídica: pensemos, por exemplo: (a) o campo objetivo ou relativo, racional ou irracional dos valores, a injustiça extrema ou a equidade; (b) sobre se o saber jurídico é teórico ou prático e, por fim, o método que há que se seguir para alcançá-lo; (c) em que consiste interpretar ou aplicar o direito; (d) o rol exaustivo ou enunciativo das fontes do direito; (e) se há ou não um sistema jurídico; (f) o conceito sistêmico ou metasistêmico da validade jurídica de uma norma; (g) as regras que regulam o silogismo dedutivo; etc. Já advertia Nino sobre a escassa relevância desse modelo iuspositivista de ciência jurídica privada, que se limitava a indicar o direito vigente, mas que devia abster-se de fazer valorações ou propostas de *lege ferenda*. Essas respostas e muitas outras, que requer da iusfilosofia, são decisivas na hora de interpretar e aplicar o direito em geral e a Constituição em particular. Não se trata de renunciar a ciência, mas sim de completá-la e integrá-la aos demais tipos de saberes jurídicos,

especialmente àquele encarregado de explicar que é o direito e quais são suas funções ou fins.

5.8. Reformulação dos poderes do Estado

O modelo de Estado herdado do século XIX partia da base dos três poderes que, centralmente, definia-se em torno da lei, uma vez que o Legislativo a criava, o Executivo a executava ou colocava em prática e o Judiciário a aplicava aos casos. No entanto, passou muita água embaixo da ponte, não só porque desde sempre cada um cumpre funções que, por definição, são de outro Poder (por exemplo, o Judiciário e o Legislativo é óbvio, administram, ou o Executivo e o Legislativo cumprem algumas tarefas tipicamente jurisdicionais, e também, tanto o Executivo como o Judiciário ditam normas de alcance geral que não executam leis, senão porque alguns desses poderes cresceram notavelmente (por exemplo, o Executivo durante o século XX) gerando administrações indiretas, descentralizadas ou mistas e porque, ademais, estão aparecendo órgãos ou poderes que, estranha ou paradoxalmente, são chamados de extra-poderes (por exemplo, Conselhos da Magistratura, Procuradores Gerais, Defensores do Povo, Tribunais Constitucionais, etc.), ao que tem que somar os órgãos ou poderes comunitários, regionais, supranacionais ou internacionais a partir da crise da noção tradicional de soberania. O inquietante e distorcido panorama atual do Estado revela uma realidade que pouca relação guarda com a dos clássicos manuais de Direito ou Ciência Política, com os que, todavia, são ensinados em nossas faculdades. Indo especificamente ao tema que nos convoca, pensamos que há muitas perguntas que devem se incorporar à agenda política e que resultam de enorme importância; só a fim de mencionar algumas delas, recordamos: (a) é possível – como já se estabeleceu em alguns Estados – que a partir da declaração de inconstitucionalidade de uma lei possa o Poder Legislativo insistir em sua constitucionalidade através de uma maioria qualificada, ou cinco juízes sobre quatro, podem falar em nome da Constituição com mais autoridade que 2/3 ou 3/4 de um Parlamento? (b) cabe insistir em declarações de inconstitucionalidade para o caso ou há que lhe reconhecer sempre efeito *erga omnes*? (c) deve se confeccionar uma lista de atos ou decisões dos outros poderes que estão subtraídos do controle constitucional? (d) é melhor, em termos de equilíbrio institucional um controle de constitucionalidade em abstrato e *a priori*? (e) deve se

suprimir o recurso de amparo (Habermas) ou se restringir substancialmente? (f) cabe manter o Poder Judiciário com sua Corte Suprema e, por outro lado, o Tribunal Constitucional? (g) controle de constitucionalidade difuso ou concentrado? (h) é possível manter a existência de juízes que não podem aplicar a Constituição? (i) é real a distinção entre lei e Constituição? (j) frente à crise atual do recurso de cassação, como reformá-lo? (k) cabe manter os Conselhos da Magistratura com as funções atuais? (l) a possibilidade que a Corte se possa dirigir às Comissões parlamentares requerendo-lhes que expliquem as razões da falta de legislação? (Nino); (m) controle democrático – *referendum* – de declarações de inconstitucionalidade de uma lei? (Carrió); etc. Apesar da relevância das perguntas indicadas e de muitas outras, é visível a escassa atenção que se lhe presta por parte daquelas autoridades e daqueles acadêmicos que devem se dedicar ao debate para terminar formulando as reformas que sejam necessárias aos fins de configurar instituições que favoreçam o funcionamento apropriado do Estado. Nosso tempo é daqueles que requerem audácia, imaginação e realismo, mas, no entanto, e desgraçadamente, predomina a inércia, a comodidade e a ficção.

5.9. Mais ética profissional na função pública

A discricionariedade é constitutiva da tarefa do governante e o poder com que conta é uma forte tentação se não é acompanhada de certa consciência ética. Por isso, desde campos muito diferentes, hoje se volta a insistir na ética aplicada e profissional; é que se, como diz a sabedoria popular, “feita a lei, feita a armadilha”, cabe apostar não tanto ou só no direito, mas sim procurar eleger autoridades que, além de terem temor ao direito, procurem a excelência permanente em suas funções. A proposta ou imagem montesquiana do juiz como “ser inanimado” é eloqüente do que se pretendia dos juízes, mas a realidade da jurisprudência revela a discricionariedade que acompanham a todos os juízes e, especialmente, aqueles que são a última palavra. Por isso, hoje se reflete em particular sobre o perfil do juiz, ou seja, que idoneidades lhe exigimos; e está claro que não basta exigir que saiba o direito, porque se tem hábitos próprios de corrupto ou de irresponsável é quase mais perigoso, uma vez que vai contar com mais alternativas para eleger. Entre as novas idoneidades judiciais insiste-se com a “ética”, ou seja, procura-se eleger àqueles que têm visíveis normas habituais de condutas, que são as próprias de um juiz. Evidente que são os outros que podem julgar sobre nossa “qualidade ética”, na

medida em que constata em nossos comportamentos as notas de responsável, razoável, sincero, valente, transparente, esforçado, etc.; ou, pelo contrário, advertem que somos irresponsável, irrazoável, prepotente, covarde, desleal, acomodado, etc. Autores como Atienza (2001), falam explicitamente de virtudes ou o garantismo de Ferrajoli, (1995) depende, em última instância, da “deontologia judicial”. A partir dessa lógica, estão aparecendo em nossas sociedades Códigos de Ética Judicial, que, além das exigências jurídicas, pretendem convencer intimamente ao juiz para que não só seja de um certo modo, senão que esforce por aparecer assim aos olhos da sociedade, a que não tem porque suportar alguém a quem lhe deu poder e lhe paga um salário, mas que não lhe inspira confiança. Também começam a se delinear para aqueles que são candidatos a juízes, procedimentos destinados a corroborar hábitos ou atitudes éticas assumidas nos espaços sociais aos que concorrem, e então, por exemplo, se procura saber como trata aqueles que trabalham para ele, como se comporta com seus colegas na Faculdade ou na Ordem dos Advogados, quanto respeito à lei tem observado habitualmente na via pública ou em matéria de impostos, o que opinam seus vizinhos ou as autoridades do colégio de seus filhos, quanto compromisso em associações intermediárias tem, como respeita as regras que regulam as atividades no clube ao qual frequenta, quem estão dispostos a avaliá-lo eticamente em uma audiência pública, etc. Esses Códigos que resultam alheios a nossa tradição legalista, pretendem ser um chamado ao compromisso íntimo dos juízes para que, nestes tempos de crise de autoridade, procurem ganhar a confiança cidadã, não fazendo nada daquilo que possa perturbar ou suprimir. É óbvio que ninguém está obrigado a ser juiz, mas se aceita, deve assumi-lo com seus benefícios e restrições. Onde há poder e discricionariedade importa a opinião daqueles que ficarão submetidos a essas decisões e, em especial, que tenham confiança na eticidade de suas condutas. Recordemos que a Cúpula Judicial Ibero-americana, que integra as 23 Cortes Supremas da Ibero-América, em 2006, aprovou o Código Modelo de Ética Judicial para Ibero-América, que tive a honra de redigir junto com Manuel Atienza, e, em 13 princípios éticos, tentou-se delinear aquele compromisso com a excelência ou com máximas que hoje pretende a sociedade de seus juízes.

5.10. Mais e melhor capacitação judicial

Na visão do século XIX, para ser juiz somente se requeria de uma determinada idade e certos anos de exercício da profissão de advogado. Com o título se acreditava que sabia o direito e isso era o único que se devia buscar num juiz. Assim, já faz uns vinte e dois anos que nos convertemos em um juiz, simplesmente porque tínhamos a idade e os anos de exercício e, no outro dia, tínhamos que iniciar a ditar sentenças sem que ninguém nos explicasse absolutamente nada da tarefa judicial. É óbvio que o bacharelado em direito pode ser exercido de distintas maneiras, e uma delas é precisamente a judicial, ou seja, alguém que é posto pela sociedade com autoridade para que, como terceiro imparcial e em atitude dialógica, diga racionalmente a partir de todo o direito vigente a solução justa para o caso. Este ofício, como qualquer outro, requer de hábitos e métodos próprios, que, genericamente, poderíamos reconhecer como “prudencial-retórico”, na medida em que deve contar o juiz com a capacidade racional e razoável que lhe permita argumentar e contra-argumentar, a partir dos pedidos das partes e suas respectivas razões, e deve fazê-lo persuasivamente, em respeito ao caso que deve resolver. A importância e a especificidade da capacitação judicial foi recebida no Estatuto do Juiz Ibero-Americano aprovado pela Cúpula Judicial Ibero-Americana em 2001, e aí se contempla a “obrigatoriedade” e a “permanência” da mesma, além de se prever a possibilidade de impô-la como uma espécie de sanção. Não há dúvidas de que não necessitamos converter o juiz em professor, nem tampouco devemos reproduzir na capacitação judicial o que se ensina em nossas Faculdades de Direito, nem como se faz, pois o que se pretende é que alguém adquira os modos de operar com o direito em face dos casos concretos.

Essa lógica academicista promove explícita ou implicitamente um tipo de sentenças “eruditas” e “quilométricas”, onde abundam referências e discursos que tentam manifestar quanta informação tem o juiz, ainda que muitas vezes ela resulte obscura, redundante, incoerente ou irrelevante para o caso. Porém, não somente deve-se ensinar ao juiz a cumprir seu ofício decisório, mas também se deve provê-lo de conhecimentos vinculados com sua função “gerencial”, pois é claro que o juiz administrará de algum modo certos recursos materiais e humanos, deve organizar o tempo e o trabalho, determinar as funções com base nas possibilidades pessoais que oferecem seus empregados, saber como deve exercer seu poder disciplinador, etc. Por outro lado, é importante como ferramenta de “política judicial” que os Poderes Judiciários tenham o controle ainda que se possam somar outros setores da vida

profissional – sobre os Centros de Capacitação Judicial, e que os cursos se oferecidos respondam as necessidades efetivas de seus integrantes.

5.11. Melhor publicação do direito vigente

Quase todos os Códigos Civis herdados da França contemplam em seus primeiros livros uma norma que estabelece onde se publicarão as leis e desde quando regerão, sem que possa se admitir como escusa para seu descumprimento a ignorância das mesmas. Essa presunção *iure et iure* não somente enfrenta problemas muito sérios em si mesma, mas também encobre grandes dificuldades; mas, sobretudo, nos parece que contribuiu para não tomar consciência da importância e da complexidade que encerra a indispensável publicidade de todo o direito que se pretende obrigar ao destinatário. Evidente que é o âmbito dos Poderes Executivo e Judiciário, onde está mais patente aquela despreocupação por oferecer a possibilidade do conhecimento oportuno e fácil das normas que impõe deveres ou proibições. Assim, Resoluções provenientes da Administração central ou descentralizada de enorme importância contam com um mais que deficitário canal de publicidade, a jurisprudência muitas vezes está livre do esforço comercial privado sua efetiva difusão; o âmbito do direito internacional ou supra-nacional, é quase esotérico ao que atendem certos privilegiados; não fica claro doutrinariamente como se registra o conhecimento de um costume jurídico; os Municípios e as Comunas não revelam grande preocupação pela publicidade de suas Ordenanças ou normas jurídicas, etc. Uma sociedade cada vez mais madura e democrática será menos tolerante com o ocultamento ou com as dificuldades que se lhe põe na hora de pretender conhecer seus direitos e deveres. Já, a filosofia jurídica clássica reconhecia como a causa formal da lei sua promulgação, dado que não se pode pretender que obrigue e acarrete sanções o descumprimento daquilo que os destinatários não podem conhecer ou só logram superando grandes dificuldades ou obstáculos. Os meios informáticos oferecem hoje um meio poderoso e fácil para fazer circular informação, e, por isso, é imprescindível que o tema da publicidade de todo o direito vigente, e não só da lei, seja assumido com a importância que se merece.

5.12. Uma cultura jurídica premial

Chamou a atenção Bobbio (VIGO, 2006) que o direito tradicional recorre exclusivamente à sanção negativa que lhe faz padecer um dano ao que descumpriu a norma jurídica. Assim, os juristas se acostumam a efetuar uma observação com vistas a descobrir quais condutas infringiram a lei para impor ao infrator a pena respectiva. Por isso, o mestre italiano propôs recuperar para o direito uma função preventiva e recompensatória que alente o cumprimento voluntário através de benefícios ou prêmios. Uma sociedade não só deve contar com cárceres ou sanções para os que conspiram contra a convivência e harmonia social, mas deve alentar as boas condutas sociais através de modelos ou paradigmas que se constituem dignos de reconhecimento social. É importante promover esta pedagogia que recorre a pôr em relevo ou destacar aqueles que, em seus respectivos âmbitos profissionais, encarnaram a excelência no serviço. A filosofia política clássica ensinava que o prêmio para o bom governante era a amizade (o respeito ou reconhecimento) dos cidadãos, por isso, nos parece também importante para o campo das profissões jurídicas começar com essa galeria dos que merecem o apreço cidadão pelo que tem feito ao longo de sua vida.

No mundo anglo-saxão, sempre mais próximo ao pensamento clássico ou pré-revolucionário, está mais estendido por em relevo mediante reconhecimentos *ad hoc* àqueles que, nos diversos âmbitos da vida social ou profissional, têm-se destacado e que podem ser exemplos a imitar-se; assim, atrevem-se a propor a lista dos dez melhores juízes na história dos Estados Unidos. Em suma, em nossas sociedades descrentes da autoridade e atentas a tudo o que merece reprovação e crítica é importante que recupere a confiança na mesma, e a esse respeito à técnica recompensatória é apropriada, evidentemente, na medida em que ela se instrumentalize de maneira transparente e participativa.

5.13. *Self restraint judicial*

De mil maneiras os teóricos em geral e os constitucionalistas em particular, especialmente do mundo anglo-saxão, insistem sobre a importância do autocontrole daqueles que exercem o controle jurisdicional de constitucionalidade. Trata-se de um conceito eminentemente operativo, ainda que difícil de precisar, mas que, no entanto, gerou uma grande quantidade de reflexão e debate, e que sobre o qual é de todas as maneiras importantes que os juízes o tenham em conta como uma peça chave de sua

função. Assim, elementos importantes neste terreno do *self restraint* são, por exemplo: (a) que valor tem o precedente sobre opiniões pessoais e quando se procede a sua mudança? (b) a distinção entre argumento “obiter” e considerando propriamente dito; (c) quando o legislador optou por uma interpretação tolerada pela Constituição ainda que não seja a melhor a juízo do controlador? (d) o que significa que a declaração de inconstitucionalidade é a *ultima ratio*? etc. Somos conscientes que muitas destas perguntas estão implícitas em outras das prevenções já dadas, mas tendo em vista que o *self restraint* tem uma entidade própria na interpretação constitucional, optamos por este tratamento diferenciado. A construção do *self restraint* tem sido recebida pela jurisprudência europeia (ESCRIBANO, 1992, p. 115), e parece que a “autolimitação judicial não é, pois, uma sorte de componente subjetivo e estranho adicionado a essência da constituição, mas ao exigido por razão da específica estrutura normativa da Constituição” (SCHNEIDER, 1987, p. 75). Sem dúvida a constituição traz discricionariedade, porém, por sua vez, numa sociedade democrática ela exige, por um lado, “uma maior responsabilidade na decisão” (PIETRO SANCHÍS, 1991, p.177), que se traduzirá, basicamente, numa apropriada argumentação racional, e, por outro, reclama a incrementação de controles suficientes. Portanto, uma consciência do autocontrole é muito importante e transcendente para a tarefa jurisprudencial; por isso os juízes devem ter a oportunidade de refletir e discutir a respeito, confrontando opiniões a partir – especialmente – da jurisprudência constitucional nacional e comparada.

5.14. O pluralismo e seus limites

No marco de uma sociedade democrática e pluralista, evidente que cabem distintas cosmovisões; mais ainda, isso é um signo de vitalidade e riqueza a existência dessa variedade de perspectivas. Neste ponto, importa promover políticas que promovam espaços de diálogo racional, onde as possibilidades que oferecem os meios de comunicação social resultam de enorme importância. Ensinam, a respeito, as éticas do diálogo, que deve se dar não somente liberdade, sinceridade e pretensão de veracidade entre os interlocutores, mas também especialmente igualdade; e a experiência confirma que onde se clausura irracionalmente a porta à racionalidade se abre uma janela para que entre a reação irracional. Todavia, o problema é que, acerca

dos limites desse pluralismo, ou seja, se há alguns pontos de vista que resultam intoleráveis. Precisamente, Ernesto Garzón Valdes refletiu sobre esses limites chegando a sustentar: “A tolerância indiscriminada, a tolerância pura, sem limitações, a tolerância de toda forma de vida, termina negando-se a si mesma e, em sua versão mais radical, equivale à eliminação de toda regulação do comportamento humano. Por isso, convém distinguir entre a tolerância sensata e a insensata” (GARZÓN VALDÉS, 2001, p.16), e uma das chaves desta distinção que permite reconhecer a legitimidade moral de uma forma de vida é que ela respeite e garanta a todos os indivíduos que pratiquem a possibilidade de satisfazer seus interesses primários, ou seja, os que estão vinculados com suas necessidades primárias básicas, pois o problema, em termos da estrutura jurídica, é encontrar formas de participação e de inter-relação aberta que permita a cada comunidade o acesso aos benefícios da sociedade nacional, e, para isso, o ponto de partida é o reconhecimento dos direitos fundamentais. O problema do pluralismo e da tolerância é de uma crescente importância e, atenta ao papel que desempenha os Tribunais Constitucionais nessa matéria, resulta imprescindível incorporá-lo a sua agenda, inclusive resultando procedente a vinculação da integração dos mesmos em relação a esse pluralismo social.

5.15. A recuperação do Estado e suas competências

Nos ritmos de mudança do tempo, temos vivido em nosso continente, na década de 90, uma assimilação do Estado à corrupção, à ineficiência, ao totalitarismo e à desnecessariedade; inclusive existem usinas que, por motivos de interesses e sem íntimo convencimento racional mantém aquela proposta com pretensões de uma verdade revelada apelando às “mãos invisíveis” do mercado, capazes de gerar a mais perfeita ordem. Evidente que é legítima a opção de alentar um Estado mínimo e procurar com as armas da democracia a instalação do mesmo, com o respectivo desmantelamento do anterior. Mais adiante, e a experiência latino-americana confirma, muitos dos vícios que, ideologicamente, atribuem-se ao Estado, explica-se por razões contingentes, culturais ou pessoais, mas não resulta algo necessário nem forçoso como o demonstram outras experiências comparadas. Em sintonia com a filosofia clássica, John Finnis⁷ não duvida em insistir que “o caso central de direito e de sistema jurídico é o direito e o

⁷ Confira meu livro: VIGO. *El iusnaturalismo actual (de M. Villey a J. Finnis)*. México: Fontamara, 2003.

sistema jurídico de uma comunidade completa”, ou seja, do que chamamos Estados, na medida que comunidade política que pretende ser completa e auto-suficiente, procurando “assegurar o conjunto total de condições materiais e de outro tipo, incluindo formas de colaboração, que tenda a favorecer, facilitar e fomentar que cada indivíduo faça realidade seu desenvolvimento pessoal”. O professor de Oxford inclui entre as exigências da razoabilidade prática as exigências do bem comum e, precisamente, para resolver os problemas de interação e coordenação numa comunidade, não há mais que duas alternativas: unanimidade ou autoridade (o intercâmbio de promessas é uma variável da unanimidade); por isso a perspectiva finnissiana reivindica a autoridade como “um bem”, na medida em que ela se requer, não só por egoísmo, malícia ou incompetência, mas sim, inclusive, quando “maior é a inteligência e a habilidade dos membros de um grupo”. Insiste Nino em identificar o direito como uma prática coletiva destinada a cumprir “duas funções sociais primárias: superar conflitos e facilitar a cooperação” (VIGO, 2003). Alexy, logo depois de reconhecer uma preferência *prima facie* dos direitos individuais sobre os bens coletivos, abre a possibilidade de uma conclusão inversa frente ao suposto de maiores razões a favor desses últimos. “Nem Estado abstencionista nem mera subsidiariedade do Estado” – conclui Zagrebelsky (1995, p. 99) – para propor o compromisso do Estado na realização dos princípios de justiça frente à capacidade agressiva dos direitos-vontade, especialmente no campo dos direitos econômicos e bens sociais como a vida, a saúde e o meio ambiente. Em definitivo, um Estado que se nega a ser mero espectador na distribuição de bens sociais e defina uma estratégia político-institucional nos remete também a uma discussão que deve enquadrar-se no âmbito da mesma Constituição como uma decisão fundamental. A experiência norte-americana entre Roosevelt e a Suprema Corte, por causa do *New Deal*, é um bom antecedente dessa dimensão ineludivelmente política que tem o controle jurisdicional de constitucionalidade.

CONCLUSÃO

Interessa-nos insistir que estamos decididamente a favor do Estado de Direito Constitucional, mas não podemos silenciar que o processo desencadeado pelo mesmo nos gera diversas inquietudes, que pensamos resultar imprescindível prestar atenção, de

forma a procurar seu controle, introduzindo as mudanças ou retificações que estimamos apropriadas.

Coincidimos com aqueles que falam de uma profunda crise e, por fim, de uma etapa fundacional em muitas instituições, ainda que recusemos dogmáticas cronofóbicas ou cronolatrias, e suspeitamos dos rótulos fáceis. Parece-nos advertir, por momentos, uma inércia carregada de automatismo e irracionalidade, que nunca será boa conselheira, além de implicar uma falta de responsabilidade profissional daqueles que têm o compromisso social de velar pelas melhores instituições.

A experiência européia e a nossa na América Latina pode ser uma fonte muito importante para essa análise crítica e comprometida. Os autores neoconstitucionalistas são uma referência forçosa naquele debate. Em todos os casos o caminho é um debate racional pensando com a maior sinceridade possível no melhor para a sociedade a qual devemos os que têm responsabilidade acadêmica e judicial.

BIBLIOGRAFIA:

ALEXY, Robert. La argumentación jurídica como discurso racional. Em: **La crisis del derecho y sus alternativas**. Madri: Consejo General del Poder Judicial, 1995.

ALEXY, Robert. **Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

ARAGÓN REYES, Manuel. El juez ordinario entre legalidad y constitucionalidad. Em: **Jueces y Derecho**. Compiladores Miguel Carbonell-Héctor Fix-Fierro-Rodolfo Vázquez. México: Editorial Porrúa-Universidad Nacional Autónoma de México, 2004.

ARNIO, Aulis. **Lo racional como razonable**. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

ATIENZA, Manuel. **Contribución a una teoría de la legislación**. Madri: Civitas, 1984.

ATIENZA, Manuel. **Cuestiones judiciales**. México: Ed. Fontamara, 2001.

BECCARIA, Cesare. **Tratado de los delitos y de las penas**, cit. por Bartolomé Clavero. Imperio de la ley, regla del derecho y tónica de constitución. Em: **La vinculación del juez a la ley**. Madrid: Universidad Autónoma de Madrid, 1997.

CARBONEL, Miguel (coord.). **En busca de las normas ausentes (ensayo sobre la inconstitucionalidad por omisión)**. México: Universidad Nacional Autónoma do México, 2003.

CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. Madri: Ed.Trotta, 2003.

CÓRDOBA, Gema Marcilla. **Racionalidad legislativa: crisis de la ley y una nueva ciencia de la legislación**. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005.

DÍEZ-PICAZO, Luis. La justicia y el sistema de fuentes del derecho. Em: **La vinculación del juez a la ley**. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, 1997.

ESCRIBANO, F. De Borga López-Jurado. La formulación de criterios de interpretación de la constitución en la doctrina alemana: parámetros de admisibilidad. **Revista Española de Derecho Constitucional**, ano 121, n. 34, 1992.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón**. Madrid: Ed. Trotta, 1995.

FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del Estado de Derecho em **Neoconstitucionalismo(s)**. Edição de Miguel Carbonell. Madri: Ed. Trotta, 2003.

FERRAJOLI, Luigi. **El garantismo y la filosofía del derecho**. Bogotá: Universidad de Externado de Colombia, 2000.

FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Edição de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello. Madri: Ed. Trotta, 2001.

FIORAVANTI, Mauricio. **Constitución: de la antigüedad a nuestros días**. Madri: Ed. Trotta, 2001.

GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo. La democracia y el lugar de la ley. Em: **La vinculación del juez a la ley**. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, 1997.

GARGARELLA, Roberto. **La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial**. Barcelona: Ariel, 1996.

GARZÓN VALDÉS, Ernesto. **Cinco confusiones acerca de la relevancia moral de la diversidad cultural**. Santa Fé: Universidad Nacional del Litoral, 2001.

GUASTINI, Riccardo. La constitucionalización del ordenamiento jurídico. Em: **Neoconstitucionalismo(s)**. Edição de Miguel Carbonell. Madri: Trotta, 2003.

HABERLE, Peter. **El Estado Constitucional**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.

HABERMAS, J. ¿Cómo es posible la legitimidad por vía de legalidad? Em: **Escritos sobre moralidad y eticidad**. Barcelona: Paidós, 1991.

HABERMAS, J. **La inclusión del otro. Estudios de Teoría Política**. Barcelona: Paidós, 1999.

HABERMAS, J. **La necesidad de la revisión de la izquierda**. Madri: Tecnos, 1991.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**, Barcelona: Ariel, 1976.

NINO, Carlos Santiago. **Derecho, Moral y Política**. Barcelona: Ariel, 1994.

NINO, Carlos Santiago. **La validez del derecho**. Buenos Aires: Astrea, 1985.

NINO, Carlos. **Algunos modelos metodológicos de ciencia jurídica**. México: Ed. Fontamara, 1993.

NINO, Carlos. La concepción de Alf Ross sobre los juicios de justicia. **Anuario de Filosofía Jurídica y Social**, n. 3. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1983.

NINO, Carlos. **La constitución de la democracia deliberativa**. Barcelona: Gedisa, 1997.

PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. **El desbordamiento de las fuentes del derecho**. Sevilla: Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia, 1993.

PIETRO SANCHÍS, Luis. Notas sobre la interpretación constitucional. **Revista del Centro de Estudios Constitucionales**, n. 9, 1991.

PRIETO SANCHÍS, Luis. **Justicia constitucional y derechos fundamentales**. Madrid: Trotta, 2003.

SCALIA, Antonin. **A matter of interpretation**. New Jersey: Princeton University Press, 1997.

SCHNEIDER, Juan. Continencia judicial y estructura normativa abierta del derecho constitucional. Em: **División de Poderes e Interpretación**. Madrid: Tecnos, 1987.

TASSARA, Andrés Ollero. **¿Tiene razón el derecho?** Congreso dos Deputados, Madrid, 1996.

TASSARA, Andrés Ollero. **Derechos Humanos (entre la moral y el derecho)**. Universidad Nacional Autónoma de México, 2007.

VIGO. Aproximaciones a la seguridad jurídica. Em: **Derechos y Libertades**. Madrid: Universidad Carlos III de España, Año III, n. 6, fev., 1998.

VIGO. **El iusnaturalismo actual**: de M. Villey a J. Finnis. México: Fontamara, 2003.

VIGO. **La injusticia extrema no es derecho (de Radbruch a Alexy)**. Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires e La Ley, 2004.

VIGO. **Los principios jurídicos**. Buenos Aires: Depalma, 2000.

VIGO. **Perspectivas iusfilosóficas contemporâneas**. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2006.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Dimensión política de un poder judicial democrático. Em: **Jueces y Derecho**. Compiladores M. Carbonell-H.Fix Fierro-Rodolfo Vázquez. México: Ed. Porrúa-Universidad Nacional Autónoma de México, 2004.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. Madri: Trotta, 1995.