



UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO



***JUSTIÇA CONSTITUCIONAL E DIREITOS HUMANOS:
função constituinte do Tribunal Constitucional na proteção
dos direitos humanos***

FREDERICO WILDSON DA SILVA DANTAS

TESE

Recife
2010

FREDERICO WILDSON DA SILVA DANTAS

***JUSTIÇA CONSTITUCIONAL E DIREITOS HUMANOS:
função constituinte do Tribunal Constitucional na proteção
dos direitos humanos***

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife / Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco como requisito parcial para obtenção do grau de Doutor.

Área de concentração: Neoconstitucionalismo.

Linha de pesquisa: Estado e constitucionalização.

Orientador: Prof. Dr. André Pires Rosa.

Recife
2010

Dantas, Frederico Wildson da Silva

Justiça constitucional e direitos humanos: a função constituinte do Tribunal Constitucional na proteção dos direitos humanos / Frederico Wildson da Silva Dantas. – Recife : O Autor, 2010.

239 folhas.

Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco. CCJ. Direito, 2010.

Inclui bibliografia.

1. Direitos humanos - Interpretação desenvolvimentista. 2. Justiça Constitucional - Direitos humanos - Proteção - Constituição. 3. Justiça Constitucional - Tribunal Constitucional. 4. Justiça Constitucional - Sistema brasileiro. 5. Justiça Constitucional - Interpretação judicial da Constituição. 6. Hermenêutica (Direito). 7. Justiça Constitucional - Legitimidade - Democracia - Direitos humanos. 8. Direito Constitucional Comparado. 9. Direitos humanos - Direito Constitucional Internacional. 10. Direitos humanos - Universalismo. 1. Título.

342.7
341.48

CDU (2.ed.)
CDD (22.ed.)

UFPE
BSCCJ2010-004

Frederico Wildson da Silva Dantas

JUSTIÇA CONSTITUCIONAL E DIREITOS HUMANOS: Função

constituente do Tribunal Constitucional na proteção dos direitos humanos

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife / Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco PPGD/UFPE, como requisito parcial para obtenção do grau de Doutor.

Área de concentração : Neoconstitucionalismo

Orientador: Dr. André Vicente Pires Rosa

A banca examinadora composta pelos professores abaixo, sob a presidência do primeiro, submeteu o candidato à defesa, em nível de Doutorado, e o julgou nos seguintes termos:

MENÇÃO GERAL: Aprovado

Professor Dr. **Gustavo Ferreira Santos** (Presidente - UFPE)

Julgamento: Aprovado Assinatura: [Assinatura]

Professor Dr. **Edilson Pereira Nobre Júnior** (1º Examinador externo - UFRN)

Julgamento: Aprovado Assinatura: [Assinatura]

Professor Dr. **Walber de Moura Agra** (2º Examinador externo - UNICAP)

Julgamento: Aprovado Assinatura: [Assinatura]

Professor Dr. **Andreas Joachim Krell** (3º Examinador interno - UFAL)

Julgamento: Aprovado Assinatura: [Assinatura]

Professor Dr. **Sergio Torres Teixeira** (4ª Examinador interno - UFPE)

Julgamento: Aprovado Assinatura: [Assinatura]

Recife, 01 de fevereiro de 2010.

Coordenador Prof. Dr. Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti

Dedico a realização deste Curso a Juliana,
Musa formosa e querida,
Sempre parceira e amiga,
Minha mulher,
Minha vida,
A quem eu amo mais do que ela pode imaginar.

AGRADECIMENTOS

A minha esposa, Juliana, pelo constante incentivo e pela compreensão que me fizeram perseverar no desenvolvimento da pesquisa até sua conclusão.

Ao Prof. Dr. Andreas Krell cujas observações e críticas apresentadas no decorrer do trabalho contribuíram para aperfeiçoá-lo.

Aos amigos Adrualdo Catão e Rosmar Antonni, pelas discussões inteligentes e informadas que facilitaram o trabalho de enfrentar sistematicamente os aspectos filosóficos da pesquisa.

A todos os colegas e amigos que se debruçaram comigo no tema, dedicando tempo e atenção inestimáveis para o amadurecimento das minhas idéias.

Ao meu orientador, prof. André Pires Rosa, sempre compreensivo com minhas falhas e insuficiências.

Aos funcionários da Faculdade de Direito do Recife, na pessoa de Josina de Sá Leitão, sempre anteciosa e gentil, até mesmo quando abusamos de sua imensa boa vontade.

Agradeço de forma especial a meu pai, Francisco Wildo, pelas aulas de processo constitucional do curso de mestrado da UFAL, que me despertaram para o tema, pelo conselho e orientação, e, sobretudo, por ensinar pelo exemplo a exercer a justiça com compaixão, a viver o amor com desprendimento e a buscar o conhecimento com humildade, virtude maior de quem está sempre disposto a aprender.

A transição para o mundo moderno sempre é difícil. Foi difícil para minha avó e para todos os meus parentes do miyé. Também foi assim para mim. Passei do mundo da fé para o mundo da razão – do mundo da clitorectomia e do casamento forçado para o da emancipação sexual. Tendo feito a viagem, sei que um desses mundos é simplesmente melhor do que o outro. Não por causa dos seus dispositivos espalhafatosos, e sim, fundamentalmente, por causa dos seus valores.

Ayaan Hirsi Ali

Não sou nem ateniense, nem grego, mas sim um cidadão do mundo.

Sócrates

DANTAS, Frederico Wildson da Silva. **Justiça Constitucional e direitos humanos: a função constituinte do Tribunal Constitucional na proteção dos direitos humanos.** 2010. 239 f. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas / FDR, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2010.

RESUMO:

A tese analisa a atuação criadora da Justiça Constitucional na proteção de direitos humanos, que ocasiona mudanças informais na Constituição. Problematizam-se as premissas teóricas da Justiça Constitucional a partir da crítica de que a interpretação judicial da Constituição, ao invés de constituir atividade eminentemente intelectual e cognitiva, importa criação de normas jurídicas, por meio do processo hermenêutico de concretização. Examinam-se os fundamentos e limites da atuação da Justiça Constitucional em um regime democrático, a partir dos argumentos das principais correntes teóricas sobre o assunto, com destaque para a Nova Hermenêutica constitucional. Adota-se uma visão substancialista da teoria da Constituição, a partir do paradigma do neoconstitucionalismo segundo o qual a ordem jurídica está histórica e culturalmente vinculada a valores substanciais determinantes de sua própria juridicidade, com a elevação da dignidade da pessoa humana como pressuposto ineliminável e determinante do Estado Constitucional de Direito. Demonstra-se que o Tribunal Constitucional exerce uma função constituinte de atualizar e redefinir o conteúdo da Constituição, sobretudo no que diz respeito aos direitos humanos, modalidade de poder constituinte difuso que ocasiona mudanças informais na Constituição, por meio de processos oblíquos que não alteram o seu texto. Sustenta-se que essa função constituinte, quando aplicada à proteção de direitos humanos, legitima-se em princípios inerentes a um constitucionalismo comum em nível mundial, cujos parâmetros podem ser aferidos com o emprego do Direito Constitucional Comparado e a partir das normas de Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Palavras-chaves: Justiça Constitucional; direitos humanos; neoconstitucionalismo.

DANTAS, Frederico Wildson da Silva. **Judicial review and human rights: the constituent function of the Constitutional Court in protecting human rights.** 2010. 239 p. Doctoral Thesis (PhD of Law) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas / FDR, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2010.

ABSTRACT:

The thesis analyses the judicial review's creative activity into the protection of human rights, which brings Constitution's informal changes. The theoretical bases of judicial review are problematized facing the critics that the judicial interpretation of the Constitution, instead of being mainly intellectual and cognitive activity, makes law through the hermeneutics concretization process. The bases and limits of the judicial review's operation in a democratic system are examined targeting the main theoretical lines, specially the New Constitutional Hermeneutics. A substantially view of the Constitution Theory is adopted using the neoconstitutionalism paradigm, which claims that Law is historically and culturally connected to determinant and substantial values of its own power and extension, rising the human being dignity as a strong and non abolishing pillar of the Constitutional State. It is shown that the Constitutional Court operates an updating redefining the Constitution's contents, specially towards the human rights, representing a diffuse modality of constitutional power that offers Constitution's informal changes, nevertheless its oblique process does not change the Constitutional text. It's praised that this constituent function, when applied to the human rights protection, legitimates itself in worldwide constitutional principles, which parameters can be profiled by the Human Rights International Law, as well as by the study of Comparative Law.

Keywords: Judicial review; human rights; neoconstitutionalism.

DANTAS, Frederico Wildson da Silva. **Giustizia costituzionale e diritti umani**: la funzione costituyente della Corte Costituzionale a difesa dei diritti umani. 2010. 239 p. Tesi (Dottorato in Diritto) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas / FDR, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2010.

RIASSUNTO:

La tesi analizza l'azione creatrice della Giustizia Costituzionale a difesa dei diritti umani, portando così cambiamenti informali alla Costituzione. Si mettono in dubbio le premesse teoriche della Giustizia Costituzionale partendo dalla critica che dice che l'interpretazione, da parte del giudiziario, della Costituzione, non si configura come una attività meramente intellettuale e conoscitiva, ma porta alla creazione di norme giuridiche attraverso il processo ermeneutico di concretizzazione. Si esaminano le basi e i limiti dell'azione della Giustizia Costituzionale in un regime democratico, partendo dagli argomenti delle principali correnti teoriche, particolare attenzione è data alla Nuova Ermeneutica costituzionale. Si abbraccia una visione sostanzialistica della teoria della Costituzione, partendo dal paradigma pos positivista, secondo il quale, l'ordine giuridico è storicamente e culturalmente vincolato a valori sostanziali i quali determinano la loro propria giuridicità, elevando la dignità umana a presupposto determinante e intransigibile dello Stato Costituzionale di Diritto. Si dimostra che la Corte Costituzionale svolge una funzione costituyente, d'attualizzare e ridefinire il contenuto della Costituzione, un potere costituyente diffuso che apporta cambiamenti informali alla Costituzione, attraverso processi obliqui che non ne modificano il testo. Si sostiene che questa funzione paracostituyente, quando è applicata a difesa dei diritti fondamentali si basa su principi inerenti a un costituzionalismo comune a livello mondiale, i cui possono essere stimati con l'uso del Diritto Comparato e delle norme di Diritto Internazionale dei Diritti Umani.

Parole chiave: Giustizia Costituzionale; diritti umani; Pos Positivismo.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
PRIMEIRA PARTE	
DA JUSTIÇA CONSTITUCIONAL: FUNDAMENTOS TEÓRICOS	
1. Formação da teoria da Justiça Constitucional	21
1.1 Do constitucionalismo antigo ao constitucionalismo moderno	21
1.2 Pressupostos teóricos da Justiça Constitucional.....	27
1.3 O guardião da Constituição	35
1.4 Justiça Constitucional e Tribunal Constitucional	42
1.5 Modelos de Justiça Constitucional	45
1.6 Sistema brasileiro de Justiça Constitucional	54
2. Justiça Constitucional e interpretação judicial da Constituição	62
2.1 A interpretação constitucional como problema.....	62
2.2 Criação judicial do Direito e o mito do legislador negativo.....	68
2.3 Ideologia da interpretação constitucional: o originalismo e a intenção dos constituintes.....	79
2.4 A Nova Hermenêutica e a interpretação judicial da Constituição.....	85
3. Legitimidade da Justiça Constitucional: a democracia e os direitos humanos.....	95
3.1 A dimensão política da Justiça Constitucional.....	95
3.2 Justiça Constitucional e representatividade democrática	102
3.3 Justiça Constitucional e concretização de direitos	107
3.4 Substancialismo e procedimentalismo no Direito brasileiro	116
3.5 A legitimidade democrática na concretização dos direitos humanos	124
SEGUNDA PARTE	
DA JUSTIÇA CONSTITUCIONAL: PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS	
4. Função constituinte da Justiça Constitucional.....	131
4.1 A interpretação desenvolvimentista dos direitos humanos	131
4.2 Justiça Constitucional e poder constituinte	136
4.3 Natureza e conteúdo da função constituinte da Justiça Constitucional.....	142
4.4 Limites à função constituinte.....	147
4.5 Notas sobre a interculturalidade e a universalidade como parâmetros do exercício da função constituinte.....	155
5. Função uniformizadora do Direito Constitucional Comparado	165
5.1 Pré-compreensão sobre a função uniformizadora do Direito Comparado	165
5.2 O Direito ideal relativo	169
5.3 Superação do paradigma jusracionalista	173
5.4 Reformulação da função uniformizadora do Direito Comparado: o Direito Comparado aplicado	177
5.5 A busca da compreensão entre os povos	180

6. Universalismo <i>versus</i> relativismo cultural: a afirmação universal dos direitos humanos no âmbito do Direito Constitucional Internacional.....	183
6.1 O universalismo na fundamentação ético-política dos direitos humanos e em sua afirmação histórica	183
6.2 O universalismo dos direitos humanos no Direito Constitucional Internacional	190
6.3 Relativismo cultural e outras objeções ao caráter universal dos direitos humanos.....	196
6.4 Argumentos em defesa da afirmação universal dos direitos humanos.....	203
6.5 A afirmação universal dos direitos humanos no âmbito do Direito Constitucional Internacional	208
CONCLUSÕES	211
REFERÊNCIAS	218

INTRODUÇÃO

I. Apresentação do tema

Christopher Simmons tinha 17 anos de idade quando planejou e cometeu o homicídio de Shirley Crook, para tanto contando com a ajuda de um comparsa mais jovem. Os dois invadiram a residência da vítima, ataram suas mãos e cobriram seus olhos, conduzindo-a até uma ponte em um parque estadual, de onde a lançaram à queda fatal. Confrontado com as evidências, Simmons confessou o crime e colaborou com seu esclarecimento, mas, apesar disso, e de outros fatores atenuantes, como o fato de não possuir prévia ficha criminal, ter vivido uma infância problemática e até mesmo de sua minoridade à época do crime, foi condenado à pena de morte.

Inconformado com a severidade da pena, Simmons recorreu em diversas instâncias postulando a aplicação, por analogia, da jurisprudência que veda a aplicação da pena de morte a condenados portadores de retardo mental, nomeadamente *Atkins v. Virginia*, 536 U. S. 304; o argumento consistia em equiparar o menor de idade, devido à sua imaturidade, aos portadores de deficiência mental. O pleito foi acolhido pela Suprema Corte do Missouri, a qual comutou a pena de morte cominada a Simmons em prisão perpétua, sem qualquer possibilidade de soltura. O caso chegou até a Suprema Corte americana que, em 1º de março de 2005, por cinco votos a quatro, confirmou o veredicto, julgando inconstitucional a cominação de pena de morte para condenados que cometeram o crime quando menores de idade, por violação da oitava emenda (*Eighth Amendment*), que proíbe a aplicação de penas cruéis ou excessivas. Estava abolida, assim, a condenação de menores de idade à pena de morte nos Estados Unidos da América.

A decisão histórica da Suprema Corte no caso *Roper v. Simmons* (03-633) 543 U.S. 551 (2005) causou comoção no meio jurídico, mas curiosamente não pela sua inegável relevância para a proteção dos direitos humanos, e sim pela polêmica que se seguiu entre o Justice Kennedy e o relator da divergência, o Justice Antonin Scalia, quanto aos fundamentos adotados para a decisão. Isso porque Kennedy enfatizou a importância da experiência internacional como referência para essa decisão da Suprema Corte, já que a condenação à morte de menores é prática superada mesmo em países como a China ou o Irã, ao que redarguiu Scalia afirmando que a Corte não deveria utilizar o Direito internacional como fundamento para aplicar a Constituição americana. Houve desdobramentos sérios, a ponto de

congressistas apresentarem proposta de lei estabelecendo que as decisões que se pronunciassem sobre o significado da Constituição não poderiam estar fundamentadas em análises e comparações com Direito estrangeiro ou internacional.

Cabe indagar: onde está a razão, com Kennedy ou Scalia? A Suprema Corte, ao aplicar a Constituição, deve se limitar ao Direito nacional, ou pode cogitar da experiência constitucional estrangeira ou mesmo internacional? Como justificar teoricamente que uma questão constitucional, designadamente relativa a direitos humanos reconhecidos pela Constituição, seja resolvida à base de normas, precedentes ou doutrina alienígena?

Esta tese é dedicada a estudar a atuação da Justiça Constitucional na proteção de direitos humanos que ocasiona mudanças informais no sistema constitucional, cotejando a possibilidade de utilizar como fundamento princípios transcendentais de Direito supranacional, pertencentes a um constitucionalismo comum, em nível mundial.

A tese trata da atividade jurisdicional exercida no contexto do Tribunal Constitucional, valendo-se, portanto, da expressão Justiça Constitucional.

Inserir-se no tema o estudo da atuação do Tribunal Constitucional que opera mudanças informais no conteúdo da Constituição, função que se qualifica de *constituente* por criar normas constitucionais prescindindo do processo formal de alteração do texto constitucional. O termo empregado pretende ressaltar o papel do Tribunal Constitucional como órgão responsável pela condução de um processo contínuo de recriação da Constituição, exercendo o que, na lição de Georges Burdeau, consubstancia um poder constituinte difuso, o qual não é menos real por não ser registrado pelos mecanismos constitucionais formais (*apud* BULOS, 1997a, p. 58).

A análise do tema dá-se no âmbito da proteção dos direitos humanos, quando o Tribunal Constitucional tende a integrar princípios transcendentais de Direito supranacional à ordem jurídica interna. Os direitos humanos, ou direitos do homem, são aqueles direitos reconhecidos à própria humanidade, como um todo solidário, a partir da compreensão do valor supremo da dignidade da pessoa humana. Após a Segunda Guerra Mundial, como resposta aos horrores cometidos durante o nazismo, os direitos humanos passaram por um processo de universalização na ordem jurídica internacional, o que se destaca com a Declaração Universal (1948) e é reiterado pela Declaração de Direitos Humanos de Viena (1993) (PIOVESAN, 2006b, p. 8).

Assim, na concepção contemporânea de direitos humanos, tem-se que esses direitos não estão mais restritos à política doméstica dos Estados, assumindo foros de um constitucionalismo em nível mundial, decorrência necessária do cosmopolitismo ético

resultante do seu processo de universalização. Por esse motivo, esta tese não emprega a distinção consagrada na doutrina germânica entre direitos humanos e direitos fundamentais, segundo a qual são considerados fundamentais os direitos humanos reconhecidos como tais “pelas autoridades com poder para editar normas, tanto no interior dos Estados quanto no plano internacional; sendo os direitos humanos positivados nas Constituições, nas leis, nos tratados internacionais” (COMPARATO, 2005, p. 57-58). Entende-se que a distinção perdeu muito de sua importância a partir da universalização dos direitos humanos na ordem jurídica internacional, não se justificando mais a necessidade de dissociar os direitos reconhecidos pela ordem jurídica dos ideais inerentes a uma filosofia humanista. Assim, para o que interessa a esta tese, é indiferente o uso das expressões direitos humanos ou direitos fundamentais, ambas designando os direitos inerentes ao ser humano em razão da dignidade que lhe é fundamental e que recebem a tutela jurídica dos Estados e da comunidade internacional.

Sustenta-se que a atuação do Tribunal Constitucional muitas vezes vai além da aplicação pura e simples dos direitos humanos estatuídos na ordem jurídica interna, para incorporar princípios de direitos humanos reconhecidos internacionalmente, que estão intrinsecamente interligados à dignidade do homem; são provenientes de imperativos éticos superiores vinculados a uma consciência jurídica coletiva, daí retirando sua denominação, já que transcendem as fronteiras nacionais, assumindo a característica da universalidade (MIRANDA, 2002, p. 107).

O tema delimita-se na tese de que essa função *constituente*, quando aplicada à proteção dos direitos humanos, legitima-se em princípios inerentes a um constitucionalismo comum em nível mundial. Os princípios transcendentais de proteção dos direitos humanos resultam da condição atual da civilização humana, consistem na autoconsciência do homem como fruto de uma evolução histórica que consagrou, entre outros, o princípio da dignidade da pessoa humana; é dizer que dependem do grau de evolução do próprio ser humano, participando do que Pontes de Miranda chamou de círculo da civilização (1970, p. 192).

A ideia de um constitucionalismo supranacional, em nível mundial, ganha fôlego diante do processo de mundialização experimentado pela humanidade, afirmando um conjunto de princípios ou *standards* constitucionais que participam de uma consciência jurídica coletiva (HÄBERLE, 1996, p. 191). Nesse contexto, a atuação *constituente* do Tribunal Constitucional representa um passo rumo à construção de um novo constitucionalismo global.

II. Justificativa

A história contemporânea tem se caracterizado pela consolidação de blocos econômicos, que decorrem da integração regional, redefinindo os contornos do cenário mundial, a partir da intensificação das relações internacionais, mediante a cooperação e integração entre os Estados e mediante a celebração de inúmeros tratados internacionais (PIOVESAN *in* PIOVESAN, 2002, p. 45). A ideia de economia-mundo, assim entendida a economia do mundo globalmente considerado, desenvolve-se num horizonte em que as realidades internacionais emergentes tornam-se realidades propriamente mundiais e dá ensejo a novas teorias sobre as relações internacionais, notadamente ao conceito de sistema-mundo, que implica uma visão sistêmica das relações internacionais, do transnacionalismo e da sociedade mundial (IANNI, 1998, p. 35).

O fenômeno conhecido por mundialização ou globalização tem matriz essencialmente econômica, porém é consabido que afeta não só a Economia como também as mais diversas esferas da vida social e política, uma vez que a construção dessas novas estruturas econômicas acompanha a racionalização e o planejamento da produção em escala mundial, marcada pelas políticas de desregulação, desestatização e liberalização preconizadas pelo Banco Mundial, pelo Fundo Monetário Internacional (FMI) e pela Organização Mundial do Comércio (OMC), juntamente com corporações transnacionais (cf. ARAGÃO, 2000, p. 8). Isso já “era evidente no século XIX, tem-se acentuado no século XX e promete aprofundar-se no século XXI”, e é a partir desse processo que se constata a organização de estruturas institucionais de poder onde a autoridade funcional e a autoridade territorial não mais se sobrepõem, acarretando problemas significativos que envolvem a noção de Soberania como centro de poder (cf. ALVIM *in* CASELLA, 2000, p. 43 ss.).

Ao tempo em que a globalização transforma a economia mundial e a geopolítica, do ponto de vista da Ciência do Direito verifica-se a crescente internacionalização do Direito Constitucional, somada ao processo de constitucionalização do Direito Internacional, com a construção de um constitucionalismo em nível mundial. Identifica-se, aí, o conteúdo essencial do novo constitucionalismo ou do constitucionalismo que se pretende global, como decorrência lógica das relações entre o texto constitucional e os aspectos econômicos e sociais.

A perspectiva que se apresenta, portanto, é de reconfiguração estatal e de realinhamento do Direito Constitucional, em busca da possibilidade de um discurso constitucional que se adapte ao novo cenário contemporâneo, mas sem rejeitar as conquistas da modernidade, principalmente no que toca à proteção dos direitos humanos. Em boa

verdade, juntamente com a regionalização e a globalização econômica, o cosmopolitanismo ético, decorrente do desenvolvimento de um sistema universal de direitos humanos, é um dos fatores que mais influenciam o realinhamento e a rearticulação do constitucionalismo contemporâneo, do que é exemplo o § 2º do art. 5º da Constituição brasileira de 1988, que abre as portas para uma série de direitos decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados e dos tratados internacionais dos quais seja o Brasil parte interessada (SUNDFELD, VIEIRA, 1999, p. 29 ss.).

A propósito desse aspecto do movimento globalizante, verifica-se que todos os esforços empreendidos no sentido de sistematizar princípios protetivos de direitos humanos em nível supranacional rendem homenagens à importância da jurisprudência das Cortes Constitucionais em estruturar e delinear os contornos do sistema constitucional nacional (RAMOS, 2005, p. 3-15), valendo ressaltar, para continuar utilizando o exemplo da Constituição brasileira, que a jurisprudência do Pretório Excelso foi determinante na fixação do sentido e do alcance da norma do art. 5º, § 2º, já citada, ao final alterada pela Emenda Constitucional n.º 45, de 2004.

Aqui, quer-se referir à orientação pretoriana acerca da prisão do depositário infiel, quando o Supremo Tribunal Federal havia decidido que a norma do artigo 7º da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969, segundo a qual ninguém deve ser detido por dívida, permitida apenas a prisão em virtude do inadimplemento de obrigação alimentar, deveria ser interpretada “com as limitações impostas pela Constituição” (MAGALHÃES, 2000, p. 85). Tal decisão praticamente esvaziou, naquele momento, a norma internacional e, por via de consequência, negou efetividade ao princípio constitucional que prescrevia a incorporação à ordem constitucional de direitos humanos decorrentes dos tratados internacionais dos quais seja o Brasil parte interessada, o que motivou o acréscimo do § 3º ao artigo 5º da Constituição, modificando o regime constitucional de incorporação de tratados internacionais que versam sobre direitos humanos.

Sobreleva, portanto, o papel da Justiça Constitucional e, designadamente, do Tribunal Constitucional, intérprete supremo da Constituição, perante os desafios desse novo constitucionalismo insurgente, especialmente na conformação dos fundamentos do Direito Constitucional nacional com a integração de princípios transcendentais de Direito supranacional, levando-se em consideração que o modo pelo qual é estabelecida uma Constituição faz uma grande diferença na maneira pela qual as Cortes Constitucionais assumem suas responsabilidades (ACKERMAN *in* CAMARGO, 1999, p. 12).

O estudo sobre a atuação da Justiça Constitucional na proteção de direitos humanos envolve um dos aspectos mais instigantes da pesquisa do neoconstitucionalismo, pois suscita a problemática relativa aos fundamentos teóricos e filosóficos do novo constitucionalismo mundial, com foco na aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana como expressão de um conjunto de valores civilizatórios incorporados ao patrimônio da humanidade e a legitimação das decisões das Cortes Constitucionais em princípios transcendentais de Direito supranacional.

III. Objetivos

O objetivo geral deste estudo consiste em investigar se a Justiça Constitucional atua na proteção dos direitos humanos incumbida de uma modalidade de poder constituinte, exercendo uma função *constituente* que lhe permite integrar ao ordenamento nacional princípios transcendentais de Direito supranacional e, desse modo, contribuir para a construção de um constitucionalismo em nível mundial.

Para atender ao propósito geral da pesquisa, o trabalho visa atingir três objetivos específicos, buscando anelar o estudo da Justiça Constitucional e de seu papel na proteção dos direitos humanos, no contexto do constitucionalismo mundial insurgente.

A investigação se situa no âmbito do Tribunal Constitucional e, portanto, antes de tudo, analisa as origens históricas da instituição nos dois principais modelos de Justiça Constitucional existentes nos regimes democráticos do Ocidente, e em particular sua configuração no ordenamento jurídico brasileiro. Esclarecidas essas noções, segue-se com o estudo das teses sobre a legitimidade da atuação integrativa ou construtiva da Justiça Constitucional. Trata-se da acirrada polêmica, muito debatida, mas nunca encerrada, sobre a legitimação democrática da Justiça Constitucional, nomeadamente diante da atuação inovadora do Tribunal Constitucional, com foco nas decisões protetivas de direitos humanos que buscam fundamentos em princípios transcendentais de Direito supranacional, que fazem parte de um constitucionalismo em nível mundial.

A partir dessa análise busca-se discriminar e discutir a conformação e o papel da Justiça Constitucional, particularmente do Tribunal Constitucional, desenvolvendo o conceito de atuação constituinte como função, ou disfunção, designadamente quando essa atuação pauta-se por princípios e *standards* constitucionais decorrentes da consciência jurídica coletiva pertencentes ao constitucionalismo global.

Como desdobramento lógico da pesquisa, delimitam-se os parâmetros para uma aproximação teórica da noção de consciência jurídica coletiva, designadamente a partir do

Direito Constitucional Comparado e do Direito Internacional dos Direitos Humanos, que determinam os princípios transcendentais de Direito supranacional que se tem por cultura e historicamente objetivados pela comunidade internacional, estabelecendo de que forma recebem a tutela da Justiça Constitucional, principalmente quando são integrados ao ordenamento jurídico interno através de atuação construtiva ou inovadora do Tribunal Constitucional.

IV. Metodologia

A tese sinaliza para um estudo propositivo acerca da atuação da Justiça Constitucional na proteção de direitos humanos, mas, ainda assim, sua abordagem é eminentemente da dogmática jurídica. Nessa perspectiva, a pesquisa desenvolvida foi baseada, sobretudo, em documentos, aqui entendidos em sua acepção ampla, que reúne a coleta de textos normativos junto às fontes oficiais, consultas jurisprudencial e bibliográfica.

Igualmente, o tratamento hermenêutico dispensado às fontes de pesquisa foi, em sua essência, jurídico, atentando para o emprego dos métodos gramatical, histórico, sistemático e teleológico no exame dos textos normativos colhidos, bem como para a análise normativa dos precedentes de jurisprudência e da literatura relacionada à hipótese de trabalho, com vistas à adequada compreensão do objeto analisado. Nada obstante, atenta-se para a circunstância de que o objeto de estudo é multifacetado, pois o tema envolve não só questões normativas como também aspectos filosóficos e institucionais, demandando uma desejada conciliação entre a análise jurídica e reflexões próprias da Filosofia e da História Constitucional bem como da Ciência Política.

V. Estrutura da tese

O desenvolvimento da tese se dá em duas partes, cada qual organizada em três capítulos e uma conclusão. A primeira parte é intitulada “Da Justiça Constitucional: fundamentos teóricos” e trata das premissas teóricas da atuação da Justiça Constitucional e seus problemas, enquanto a segunda parte, nomeada “Da Justiça Constitucional: proteção dos Direitos Humanos”, aborda mais especificamente a atuação do Tribunal Constitucional voltada para a proteção dos direitos humanos, buscando delimitar parâmetros objetivos para a consciência jurídica coletiva que está à base do constitucionalismo global. Ao final, seguem as conclusões que resumem os argumentos desenvolvidos na tese, abordando os reflexos teóricos da atuação da Justiça Constitucional como agente promotor de direitos humanos, na construção de um constitucionalismo em nível mundial.

O primeiro capítulo traça um lineamento geral sobre a teoria da Justiça Constitucional. Nele discutem-se as origens e o desenvolvimento histórico da Justiça Constitucional como instituição democrática e assentam-se as premissas teóricas de sua legitimação, já nesse momento levantando-se as dificuldades de justificar a instituição de um Tribunal como garante da Constituição, com referência especial à célebre polêmica entre Kelsen e Schmitt sobre o guardião da Constituição. Faz-se a distinção conceitual entre Justiça Constitucional e Tribunal Constitucional, em conformidade com as balizas metodológicas já estabelecidas na delimitação do tema, e complementa-se esse panorama com um breve inventário dos modelos de Justiça Constitucional, com suas características, dando-se ênfase ao movimento atual de convergência de modelos e, outrossim, à descrição do sistema brasileiro de Justiça Constitucional com suas peculiaridades.

Em seguida, a tese problematiza o cabedal dogmático que tradicionalmente tem justificado a Justiça Constitucional como instituição democrática. O cerne do debate são os problemas teóricos da interpretação judicial da Constituição, sobretudo a partir da moderna compreensão de que o processo hermenêutico, longe de se restringir a uma atividade exclusivamente intelectual do intérprete, enseja, em grande medida, uma interferência concretizadora do juiz, muitas vezes influenciado por fatores políticos, sociológicos e outros até mesmo extrajurídicos altamente subjetivos. Desafiam-se aqui tanto o mito do legislador negativo, tão caro para a doutrina kelseniana da Justiça Constitucional, bem como as teses originalistas americanas, evidenciando as deficiências sistemáticas dessas concepções da Justiça Constitucional e contrapondo ambas às contribuições teóricas da Nova Hermenêutica alemã, como grande referência da atualidade para solucionar os questionamentos sobre a interpretação judicial da Constituição.

O capítulo seguinte dedica-se ao permanente debate sobre a legitimidade da Justiça Constitucional que, embora velho de décadas, ainda é extremamente atual e polêmico. Abre-se o tema com a análise da dimensão política da Justiça Constitucional, que não suprime sua natureza jurisdicional, para, em seguida, criticarem-se as teses que pretendem condicionar sua legitimidade a uma suposta representatividade democrática. Nesse contexto faz-se um cotejo sobre a divergência teórica entre as correntes substancialista e procedimentalista, fazendo-se uma clara opção pelo substancialismo, a partir da vertente hermenêutica da teoria do discurso de Robert Alexy. Esse capítulo fecha a primeira parte da tese, dedicada aos fundamentos teóricos da Justiça Constitucional, de maneira que os capítulos subsequentes dão maior ênfase à proteção dos direitos humanos. Não significa dizer, porém, que cessam aí as elaborações

teóricas sobre a Justiça Constitucional, uma vez que o foco principal da tese está no exame da função constituinte do Tribunal Constitucional.

A segunda parte inicia com o quarto capítulo, que tem por objeto um conceito fundamental para a tese, o de função constituinte da Justiça Constitucional. O tratamento conceitual dessa função começa a partir do estudo da interpretação desenvolvimentista dos direitos humanos, cujas origens vêm do pragmatismo americano e sua concepção de *Living Constitution*.

Advoga-se, nesse capítulo, que a atuação criadora da Justiça Constitucional nada mais é senão uma espécie de poder constituinte difuso, na feliz expressão de Burdeau já anotada alhures, de forma tal que, ao produzir normas constitucionais por meio de interpretação e concretização de direitos humanos, o Tribunal Constitucional está no verdadeiro exercício de uma competência constituinte subordinada, ou seja, de sua função constituinte de atualizar a Constituição e desenvolver os direitos humanos. Considera-se, porém, que esse é um poder juridicamente limitado na forma e no conteúdo, aproximando-se, nesse aspecto, das espécies de poder constituinte derivado, destacando-se a importância da interculturalidade e da universalidade como parâmetros para o exercício da função constituinte difusa em matéria de direitos humanos.

Os capítulos finais desdobram a ideia desenvolvida anteriormente sobre a objetivação dos limites materiais da função constituinte da Justiça Constitucional na interculturalidade constitucional e na universalidade do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Dessa forma, o quinto capítulo enfrenta com maior profundidade as questões teóricas atinentes à comparação de direitos, nomeadamente à função uniformizadora do Direito Comparado, em face da globalização, que o tornam importante instrumento em busca da compreensão entre os povos. Por sua vez, o sexto capítulo põe em discussão a internacionalização do Direito Constitucional e a constitucionalização do Direito Internacional com foco no universalismo dos direitos humanos e em sua afirmação histórica, suscitando o instigante debate do relativismo cultural, de maneira a conformar a importância e o papel desses direitos perante o Direito Constitucional Internacional.

Encerra-se a tese com as conclusões gerais em que se sustenta que a Justiça Constitucional desempenha uma função constituinte na integração de princípios transcendentais de Direito supranacional para concretizar os direitos humanos, o que constitui uma expressão do constitucionalismo global, já que suas decisões refletem a existência de princípios transcendentais do constitucionalismo comum em nível mundial.

PRIMEIRA PARTE

DA JUSTIÇA CONSTITUCIONAL

1. FORMAÇÃO DA TEORIA DA JUSTIÇA CONSTITUCIONAL

SUMÁRIO: 1.1. Do constitucionalismo antigo ao constitucionalismo moderno. 1.2. Pressupostos teóricos da Justiça Constitucional. 1.3. O guardião da Constituição. 1.4. Justiça Constitucional e Tribunal Constitucional. 1.5. Modelos de Justiça Constitucional. 1.6. Sistema brasileiro de Justiça Constitucional.

1.1. Do constitucionalismo antigo ao constitucionalismo moderno

Os fundamentos da teoria da Justiça Constitucional estão intrinsecamente vinculados ao surgimento da democracia constitucional, e se desenvolveram historicamente como desdobramentos das doutrinas que consubstanciaram o movimento político e jurídico denominado de constitucionalismo moderno. Assim, a análise dos pressupostos teóricos da Justiça Constitucional suscita como precedente lógico o breve lineamento da formação da teoria constitucional moderna.

Sabe-se que o conceito de Constituição e de constitucionalismo antecede ao próprio conceito de Estado. Nesse sentido, Karl Loewenstein observa que o primeiro povo a praticar o constitucionalismo foram os hebreus, organizados sob uma forma teocrática de governo, cujo regime se caracterizou pela ideia de que o detentor do poder estava limitado pela lei do Senhor, a qual se impunha tanto aos governantes quanto aos governados (1982, p. 154 ss.).

O constitucionalismo desenvolveu-se por toda antiguidade clássica, desde as Cidades-Estado gregas, avessas a todo tipo de poder concentrado e arbitrário, passando pela República romana, que instituiu um amplo repertório de limitações mútuas ao poder político dos magistrados estabelecidos (LOEWENSTEIN, 1982, p. 154-158). Assim, a expressão “Constituição dos antigos” tem sido utilizada para designar a doutrina política que, na antiguidade clássica, marcava a necessidade de certa ordem política. Entrementes, o constitucionalismo desenvolvido no mundo antigo não pressupunha um Estado com as características do Estado moderno.

Na Grécia, a *polis* consubstanciava uma comunidade de cidadãos unida no culto dos antepassados, dando-se relativamente pouca importância ao fator territorial, e admitindo-se diversas formas de governo. A contribuição mais importante da Grécia para a formação do constitucionalismo vem da democracia ateniense, a qual, no entanto, distingue-se em essência da democracia moderna, “não só por ser outra a concepção de liberdade, como também por apenas terem direitos políticos os cidadãos de certo estrato da população, e apenas os homens, e eles o exercerem em governo direto” (v. MIRANDA, 2002, p. 26). Muito reveladores a este

respeito trechos do discurso de Péricles, pronunciado em honra aos atenienses mortos na guerra do Peloponeso, notadamente:

Todos dizemos livremente a nossa opinião sobre os interesses públicos;
A palavra é o instrumento de decisão;
O interesse de todos é o ofício do cidadão;
Nós consideramos o cidadão que se mostra estranho ou indiferente à política como um inútil à sociedade e à República (MOREIRA, 1997, p. 384).

No Estado romano, igualmente, não subsiste uma concepção cosmopolita e igualitária do poder, senão uma visão aristocrática da comunidade política. A doutrina política romana antecede e contribui para o surgimento do consitucionalismo moderno na medida em que separa o poder público do Estado do poder privado do *pater familias*, distinguindo o Direito público do Direito privado, com a consideração de direitos básicos do cidadão romano, e com a expansão da cidadania num largo espaço territorial, ao contrário do caráter pessoal restrito das Cidades-Estado gregas (MIRANDA, 2002, p. 28-29).

A Constituição dos antigos atinge seu ápice principalmente na metade do século IV a. C., com a visão idealista de Platão, em “A República” e “As Leis”, contrapondo-se ao realismo de Aristóteles em seu estudo de várias Constituições na “Política”. Sabe-se também que as doutrinas políticas dos dois filósofos gregos proporcionaram as primeiras categorizações das formas de governo, sendo que Platão as distinguia em formas reais: timocracia, oligarquia, democracia e tirania, e formas ideais: monarquia e aristocracia; enquanto Aristóteles elaborou a célebre classificação das formas puras de governo: monarquia, aristocracia, politeia; e formas degeneradas: tirania, oligarquia e demagogia.

A maior importância do constitucionalismo dos antigos, contudo, está na reflexão sobre a política a partir de ideais constitucionais, uma vez que tanto Platão quanto Aristóteles repelem o regime político surgido de uma instauração violenta, que acaba por degenerar-se em tirania, elevando, ao contrário, o regime político estável, dotado de Constituição, em cujas origens está uma composição paritária dos interesses e das tendências da sociedade. Esses ideais também inspiraram a República romana, cuja doutrina política não admitia uma origem unilateral e violenta, exigindo que a autoridade fosse exercida a partir de uma união pacífica, baseada no consenso, o que é denominado por Cícero com a expressão *status civitatis* (cf. FIORAVANTI, 2001, p. 25 ss.).

Na Idade Média, as concepções jurídico-políticas de inspiração romana cedem lugar sobretudo às concepções cristãs e germânicas. Desde a queda do Império Romano do Ocidente até o final da Alta Idade Média, tem-se o dismantelamento da autoridade romana

sobre suas províncias e a transição do mundo antigo para a Idade Média marcada pela interpenetração de elementos da civilização clássica, do cristianismo e da cultura germânica (cf. FRANCO JR., 1999, p. 11-15).

Note-se que, embora a Cristandade vincule a autoridade política a critérios de legitimidade que remetem à origem divina do poder (*Non est potestas nisi a Deo*) e ao uso limitado do poder para o bem comum (*Regnum non est propter regem, sed rex propter regnum*) (cf. MIRANDA, 2002, p. 30), as diferenças entre as características dessas ideias políticas e o constitucionalismo dos antigos são bastante claras. Isso porque tanto na doutrina política grega quanto na romana tem-se uma concepção em que se afirma a necessidade da participação política dos cidadãos, no sentido inverso da visão da autoridade e do poder disseminada no período medieval, que concebia um poder descendente do alto sendo exercido sobre os súditos de forma hierarquizada, a partir dos estamentos em que se organiza a sociedade medieval.

Ademais, a própria ideia de Estado sofre grande esvaziamento no período medieval, e a dispersão do poder político chega a seu auge na Baixa Idade Média, quando as monarquias europeias passam a exercer uma autoridade quase que exclusivamente espiritual, consolidando-se a organização social, política e econômica do feudalismo (cf. PAIXÃO, BIGLIAZZI, 2008, p. 24). Assim, a unidade política dissolve-se em uma sucessão de vínculos pessoais de vassalagem que suprimem qualquer noção de cidadania ou de direitos de participação política, mesmo porque, na ordem feudal, os direitos não são tomados como prerrogativas do indivíduo em si mesmo considerado, sendo, ao contrário, considerados privilégios outorgados a cada um pela sua condição de membro de um grupo ou casta.

Isso leva à assertiva de Maurizio Fioravanti de que, na perspectiva da história constitucional, a Idade Média representa a idade do “eclipse da Constituição” (2001, p. 33). Não obstante isso, Fioravanti também observa que a teoria e a prática políticas da Idade Média forjaram uma “Constituição mista”, concebida como um modelo de regime político que defende a natureza faticamente plural e composta da sociedade e dos poderes nela expressados, evitando “o nascimento de um poder público que venha romper com esse equilíbrio, que se sinta legitimado para alimentar, desmesuradamente, pretensões de domínio” (2001, p. 56, tradução nossa).

O aparecimento do constitucionalismo moderno demandaria a superação da Constituição mista medieval, o que só se tornaria possível com o declínio da hegemonia feudal e o surgimento do Estado soberano, ou Estado-Nação. A transição do pretense Estado medieval para o Estado moderno deu-se no contexto das lutas políticas e religiosas ocorridas

na Europa dos séculos XVI e XVII, que marcaram as raízes tanto da concepção moderna de Estado, com a redefinição da ideia de autoridade política por meio do conceito moderno de Soberania, quanto a tendência de desvinculação do poder temporal e do espiritual, que se afirmam esferas distintas, de modo que a comunidade já não tem por base a religião e o poder político não persegue fins religiosos, deixando os sacerdotes de ser agentes do seu exercício (MIRANDA, 2002, p. 32).

O embrião do conceito de Soberania pode ser identificado já no pensamento político de Maquiavel, cuja contribuição reside no desenho de um Estado (*Stato*) centralizado sob a titularidade de um governante dotado de poderes supremos, bem como de uma força militar nacional (1996, p. 71). Todavia, os fundamentos teóricos do conceito moderno de Soberania somente viriam a ser delineados por Jean Bodin, em 1576, que concebe o poder soberano como um poder absoluto, fundado em uma ordem racional, em conformidade com a vontade divina; constitui, portanto, um poder supremo dos cidadãos e súditos, não submetido a leis, salvo à lei divina e natural. Além disso é um poder perpétuo de uma República, inalienável, imprescritível, sendo ilimitado no tempo (cf. 2006, Livro Primeiro, Capítulo VIII, p. 46 ss.).

A noção moderna de Soberania foi formulada em oposição ao caráter pluralista da sociedade medieval, e permite ao Estado não só a capacidade para vencer as resistências internas à sua ação, como também para afirmar sua independência em relação aos outros Estados, de modo tal que o fator de unificação política passa a ser uma nação ou comunidade histórica de cultura, ao invés da religião, raça, ocupação bélica ou vizinhança, sendo importante no surgimento de um poder unitário e centralizador que gera o processo de unificação das monarquias absolutas (MIRANDA, 2002, p. 33).

A expressão cabal do conceito moderno de Soberania, no entanto, só viria a ser apresentada um século depois, com o pensamento político de Thomas Hobbes. Embora não tenha sido o precursor da teoria da Soberania, Hobbes, em 1651, marcou profundamente a concepção moderna ao formular uma teoria política que dispensa a explicação divina do poder. Diferentemente de Bodin, para quem a Soberania conferia autoridade para impor leis aos súditos ao largo do seu consentimento, desde que observadas as leis divinas e naturais, em Hobbes a Soberania primava pelo estabelecimento de uma autoridade que não pode vir das leis divinas, nem das leis da natureza, nem da conjunção de uns poucos homens ou famílias, nem de uma grande multidão, a não ser que dirigida por uma só opinião. A Soberania do Estado adviria de um pacto necessário à instituição de um Estado civil, um poder comum:

capaz de defender a comunidade das invasões dos estrangeiros e das injúrias dos próprios comuneiros, garantindo-lhes assim uma segurança suficiente para que, mediante seu próprio trabalho e graças aos frutos da terra, possam alimentar-se e viver satisfeitos, é conferir toda a força e poder a um homem, ou a uma assembleia de homens, que possa reduzir suas diversas vontades, por pluralidade de votos, a uma só vontade. [...] Esta é a geração daquele enorme Leviatã, ou antes - com toda reverência - daquele deus mortal, ao qual devemos, abaixo do Deus Imortal, nossa paz e defesa (HOBBS, 1999, p. 105).

Coube a Hobbes, portanto, a formulação teórica da Soberania como um poder concentrado nas mãos do soberano (um homem ou assembleia de homens), decorrente de um pacto social que resulta na criação do Estado, cuja função primária é garantir a segurança e a ordem pública, assegurando a paz. Hobbes, portanto, assume uma importância ímpar na formação do constitucionalismo moderno, pois sua visão acerca da criação do Estado político organizado põe os direitos humanos no centro da teoria política, ao vincular a autoridade estatal à função de tutelar alguns direitos primários, em particular a vida e a segurança (FIORAVANTI, 2007, p. 48).

Mas, enquanto Hobbes via a necessidade da instituição do Estado civil concentrando o poder nas mãos de um soberano, em 1762, Rousseau daria uma conformação diferente à Soberania, sustentando em “O contrato social” que esse poder supremo pertenceria diretamente ao povo, seu verdadeiro titular. O pensamento de Rousseau assume grande importância para a formação da teoria constitucional moderna justamente por enfatizar que o pacto político o qual dava origem ao corpo político implicava a renúncia dos indivíduos à sua liberdade natural, em contrapartida a uma liberdade civil adquirida pelo *status* associativo, afirmando, como conseqüência, o princípio da necessária presença do povo soberano com o propósito de limitar o governo quando sua atuação se opusesse à vontade geral (*volonté generale*) (FIORAVANTI, 2001, p. 84-85), concebida como a representação da vontade do povo a qual, para que seja geral “nem sempre é necessário que seja unânime, mas é preciso que todos os votos sejam contados” (ROUSSEAU, 1999, p. 62-63).

As ideias de Hobbes e de Rousseau acerca da Soberania contribuíram para a formulação teórica do Estado liberal e, desse modo, para a formulação da teoria constitucional. Realmente, o surgimento do constitucionalismo moderno idealiza um modelo de Estado que supõe um poder político instituído a partir do pacto social, não mais no modelo de Hobbes, e sim no modelo representativo liberal, capaz de garantir a segurança no âmbito internacional e a ordem pública no âmbito interno, protegendo os indivíduos e seus direitos e liberdades.

A visão mecanicista do contrato social, portanto, está no centro das formulações teóricas do constitucionalismo moderno, o qual é fortemente influenciado pelo individualismo das teorias liberais. Deveras, do ponto de vista filosófico, o fenômeno histórico do constitucionalismo moderno se funda precipuamente no liberalismo, tanto econômico quanto político, como movimento centrado em leis naturais e em liberdades, defensor de leis escritas e de controles para o poder (SALDANHA, 2000, p. 22), consubstanciando um conjunto de doutrinas que buscam instituir limitações jurídicas ao poder político.

Conforme lição de Ivo Dantas, o liberalismo como doutrina pode ser visualizado fundamentalmente nas perspectivas econômica e política as quais, vistas em conjunto, dão forma ao que se convencionou denominar de Estado liberal. Na primeira perspectiva, econômica, tem-se a visão herdada de Gournay, ao defender o *Laissez-faire, laissez-passer*, pelo qual nenhuma intervenção do Estado no domínio econômico, por menor que fosse, seria benéfica; e a doutrina de Adam Smith, que teorizou sobre as leis econômicas do mercado como leis naturais e sustentou que a riqueza das nações “seria alcançada graças, unicamente, à iniciativa privada dos indivíduos” (DANTAS, 1999, p. 30). O liberalismo político, por sua vez, refere-se fundamentalmente aos direitos de participação política, referindo-se “ao direito de voto, direito de participação e decisão do tipo de governo” (DANTAS, 1999, p. 31).

É preciso ressaltar, entretanto, que, a par das construções filosóficas e teóricas que deram o substrato teórico do constitucionalismo insurgente, a moderna teoria constitucional teve seus antecedentes históricos na *Magna Carta Libertatum* (1215) e nas declarações inglesas, dos séculos XVI e XVII, nomeadamente a *Petition of Rights* (1628), o *Habeas Corpus Act* (1679) e o *Bill of Rights* (1689) que já antecipavam a ideia de Constituição como um sistema de poderes em equilíbrio.

A ideia de organização constitucional do Estado moderno começou a ganhar corpo com o advento do movimento constitucional, o qual foi catalisado sobretudo pelas revoluções liberais americana e francesa, consolidando a partir de então a noção de Constituição como um sistema de poderes divididos e o poder constituinte como atributo do povo. O constitucionalismo moderno se apresentaria definitivamente com a Revolução puritana, na Inglaterra, e suas repercussões nas colônias do Novo Mundo, e com o aparecimento da primeira Constituição escrita, a *Fundamental Orders of Connecticut* (LOEWENSTEIN, 1982, p. 154-158).

Distingue-se, enfim, o constitucionalismo antigo do moderno na medida em que este surge vinculado a limitações jurídicas ao poder estatal, consubstanciadas em um conjunto de normas constantes de uma Constituição escrita que estruturam e organizam o poder político, e

definem o estatuto fundamental de defesa do cidadão perante o Estado, garantindo, dessa forma, um conjunto de direitos humanos. Isso é sintetizado por Canotilho ao afirmar que o constitucionalismo é “a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade”, ou ainda, como uma “técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos” (2007, p. 51).

1.2. Pressupostos teóricos da Justiça Constitucional

A teoria da Justiça Constitucional viria a ser elaborada nos Estados Unidos e na Europa, a partir sobretudo de concepções teóricas fundamentais para o constitucionalismo moderno, possuindo três pressupostos teóricos fundamentais: a) o caráter normativo da Constituição; b) a supremacia normativa da Constituição em relação às leis; e c) a garantia judicial da Constituição.

O primeiro princípio teórico que dá fundamento à Justiça Constitucional é a premissa de que a Constituição é uma norma, isto é, a concepção normativa da Constituição, identificada como a Lei Fundamental que configura e ordena os Poderes do Estado e, por outro lado, estabelece os limites de exercício desse poder e o âmbito das liberdades e direitos dos cidadãos. É preciso enfatizar que a concepção normativa da Constituição resulta do longo processo de desenvolvimento histórico que resultou na formação do pensamento constitucional moderno o qual, no final do século XVIII, produziu profunda mudança no seu significado, conferindo à teoria da Constituição a feição que possui hoje.

Como visto, a passagem do constitucionalismo antigo para o constitucionalismo moderno situa-se historicamente no final do século XVIII e está relacionado às ideias de Constituição escrita, como bem assinala Dirley da Cunha Júnior (2008, p. 30-34). A nova fase do constitucionalismo abandona a noção de Constituição como norma não escrita, a qual constitui elemento de organização do poder político, para abraçar uma teoria da Constituição como conjunto de normas escritas que estabelecem as regras fundamentais de organização do Estado e de limitação de seu poder político, servindo de verdadeiro fundamento de legitimidade da autoridade estatal, ou seja, a Constituição transmuda-se de elemento de organização do Estado para o papel de fundamento da autoridade do poder estatal.

Embora os conceitos de constitucionalismo e de Estado não se confundam entre si, no constitucionalismo moderno ambos estão profundamente imbricados, de forma tal que, quando se fala em Constituição, quer-se referir à Constituição política do Estado, ou ainda, à Constituição como ordenamento e organização fundamental da vida político-social. Convém

ressaltar, entretanto, que, mesmo tomando a Constituição no sentido de estatuto jurídico do poder político do Estado, não existe consenso no uso do termo, pois o significado jurídico da Constituição varia em função da época e da ideologia constitucional (CANOTILHO, 1994, p. 131).¹

O processo histórico e cultural de formação da teoria constitucional moderna, que está na origem da concepção normativa da Constituição, vem ao encontro das revoluções liberais e é consequência da necessidade de legitimar o poder do Estado a partir de uma Constituição, a qual assume o papel de organização e estruturação do poder político e da instituição do estatuto fundamental de defesa do cidadão. Esse fenômeno encontra suas origens principalmente na evolução dos sistemas constitucionais de matriz britânica (inglesa), francesa e americana, tendo sido profundamente influenciado pelo movimento liberal e pelo Iluminismo, enfim, pelo Racionalismo da cultura europeia dos séculos XVII e XVIII, que adota a premissa sociológica da condição originária de liberdade e igualdade jurídica dos indivíduos considerados em si mesmos, incorporando a noção de soberania popular como decorrência necessária do contratualismo social (SALDANHA, 2000, p. 40-42). Isso está bem definido no primeiro artigo da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789): *Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune.*

Esse modelo de teoria política mecanicista, desenvolvido no pensamento político de Rousseau, está imbricado com um dos pilares da moderna Teoria do Estado e da Constituição: a soberania popular (ou nacional). Mais uma vez é possível identificar o fundamento dessa concepção no Racionalismo iluminista, que tem o indivíduo livre, em si mesmo considerado, como ponto de partida e de referência de todo ordenamento político-social. Veja-se, a propósito, o artigo terceiro da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789): *Le principe de toute souveraineté réside essentiellement dans la nation. Nul corps, nul individu ne peut exercer d'autorité qui n'en émane expressement.* A legitimidade do poder estatal, portanto, somente pode fundamentar-se no acordo dos indivíduos (cf. BÖCKENFÖRDE, 2006, p. 46-47).

A relação entre o processo de formação da teoria constitucional moderna e a doutrina da soberania popular ou da nação é por demais conhecida dos constitucionalistas, tendo sido bem resumida pelo professor Paulo Bonavides, ao observar que a teoria do poder constituinte

¹ Ao discorrer sobre os *topoi* categoriais de uma teoria da Constituição, Canotilho põe em relevo a categoria da historicidade, relacionada à sua localização no tempo, à sua entrada no tempo e à sua abertura ao tempo. Para o autor, a historicidade põe a consciência humana no centro das teorias da Constituição, do Estado e do Direito.

é basicamente uma teoria da legitimidade do poder (2006, p. 141-146), que ocorreu quando uma nova forma de poder surgiu no final do século XVIII, baseando-se nas ideias da soberania popular.

É dizer que a autoridade e o poder político não estão pré-constituídos, mas são fruto de uma decisão fundante dos indivíduos, a quem se confere o atributo da Soberania, vale dizer, o poder absoluto e perpétuo de decidir de modo vinculante sobre a conformação jurídica da sociedade e do Estado e que, segundo a teoria da soberania popular, deve ser exercida pela vontade geral.²

A propósito, registre-se que a doutrina da soberania popular admite versões diferentes: a versão revolucionária francesa e a versão americana, ambas inspiradas no pensamento de Rousseau, mas até certo ponto opostas, na medida em que a versão francesa admite um sistema de democracia representativa que identifica a assembleia constituinte com o povo, enquanto a americana vê na assembleia ou convenção apenas um grupo de representantes, de sorte que seu trabalho há de ser legitimado pelo povo, este sim dotado de poderes ilimitados (cf. BONAVIDES, 2006, p. 155-157).

Seja como for, tanto a versão francesa quanto a americana de soberania popular acabam por assentar a existência de um poder soberano capaz de estabelecer os princípios fundamentais de organização e estrutura do poder político do Estado e o estatuto de defesa dos cidadãos, princípios estes superiores aos poderes constituídos e por eles imodificáveis. A partir de então, dá-se impulso à institucionalização do poder constituinte por meio de normas formalizadas em documento escrito, o que ocorreu primeiramente com as Constituições das ex-colônias americanas, quando se transformaram em Estados soberanos, e com a criação da federação americana, por meio da Constituição dos Estados Unidos da América de 1787. A França seguiria o mesmo caminho pouco tempo depois, inspirada nas ideias de Sieyès, primeiro a sistematizar a teoria do poder constituinte.

Não há dúvida, portanto, de que a idealização das Constituições escritas ocorreu sob influência da ideologia liberal, nomeadamente supondo a existência de um poder (constituinte) superior aos poderes (constituídos) do Estado, de modo a distinguir entre o poder soberano do povo de estabelecer os princípios fundamentais do Governo, bem como suas limitações, e o poder conferido aos governantes de atuar de acordo com tais princípios.

² Diversamente, o abade Joseph Emmanuel SIEYÈS considerava que o poder constituinte é imanente à Nação, que não se confunde com o povo, pois encarna os interesses de uma comunidade em sua generalidade, isto é, de toda ela e não apenas de uma parcela dos indivíduos, e na sua permanência, considerando-se inclusive o interesse das gerações futuras.

Para além de instituir as primeiras Constituições escritas, o constitucionalismo americano também foi o precursor em conceber a supremacia normativa da Constituição, com a instituição do sistema de *judicial review of the constitutionality of legislation*. Quanto a esse aspecto, deve-se lembrar que a noção de controle de constitucionalidade pelos juízes não fora já completamente delineada na Constituição americana de 1787.

O marco mais importante para sua consolidação ocorreu em 1803, na célebre decisão do caso *Marbury vs. Madison*, quando *Chief Justice* Marshall definitivamente aplicou pela primeira vez, em nome da Suprema Corte, o princípio de que o Judiciário exercia o poder de controlar a constitucionalidade dos atos do Congresso (cf. BEARD, 1962, p. 112).³ Essa construção jurisprudencial produziu uma das mais importantes inovações no Direito Constitucional, ao proclamar a supremacia normativa da Constituição sobre as outras leis e o consequente poder dos juízes de não aplicar as leis inconstitucionais.

Com efeito, a técnica de atribuir à Constituição um valor normativo superior leva ao segundo fundamento teórico da Justiça Constitucional, que consiste em reconhecer a Constituição como um valor superiormente tutelado, elegendo-a como parâmetro de validade de todo o ordenamento jurídico, imune às leis ordinárias e determinante de sua validade. A Constituição, portanto, é uma lei, mas mais que isso, é a Lei Suprema do Estado, norma das normas (*norma normarum*), situa-se no grau hierárquico mais alto do ordenamento jurídico: é um estatuto que vincula todos os demais estatutos legais e todos os ramos do governo, estabelecendo limites jurídicos para o Poder Político do Estado (CORREIA, 2001, p. 12 ss.).

É preciso observar que a ideia da supremacia normativa da Constituição estava implícita nas deliberações dos constituintes americanos, quando insistiam em asseverar que os poderes do Estado eram limitados e que tais limites teriam de ser observados; o reconhecimento de limites jurídicos ao poder do Estado é essencial à noção de que se trata de um governo das leis e não dos homens (*rule of law*), sendo a Constituição a Lei Fundamental do Estado ou, ainda, nos termos do Artigo VI da Constituição americana, a lei suprema da Nação (*supreme Law of the Land*), que não pode ser alterada pelas leis ordinárias (cf. BERGER, 1969, p. 170-176).

Sem embargo, a partir do momento em que se concebe a Constituição como um documento escrito que consagra os valores supremos da sociedade, fruto da decisão fundante de um poder soberano, tem-se como um salto natural e necessário o reconhecimento de sua

³ Para uma análise circunstanciada do caso, conferir SÁNCHEZ, 1998, p. 115-126.

superioridade formal em relação às leis ordinárias, a qual se identifica com a denominada rigidez constitucional.

O primeiro a distinguir entre Constituição rígida e flexível foi Lord Bryce, o que fez tendo em mira justamente ressaltar como consequências da Constituição escrita a rigidez presumida e a hierarquia das leis, que atribuem à norma constitucional superioridade do ponto de vista formal (POLLETI, 2001, p. 2).

Ainda a propósito, Eduardo Garcia de Enterría, ao discorrer sobre a supremacia normativa da Constituição como criação do constitucionalismo americano, enfatiza que, se a Constituição expressa uma intenção fundante de todo o sistema jurídico, possui pretensão de permanência, o que lhe confere uma superioridade em relação às leis ordinárias que não têm a mesma intenção; essa premissa conduz à distinção entre poder constituinte e poderes constituídos e dela também se deduz a rigidez da norma constitucional, que lhe assegura superioridade formal (1994, p. 49-50).

A relação entre supremacia normativa e rigidez é bem observada por Ivo Dantas para quem a Soberania do poder constituinte constitui o fundamento de sua supremacia formal, e sua consequência prática é a de que o texto constitucional só admite modificação por procedimentos especiais, constitucionalmente previstos, “caráter de *rigidez* que, em geral, marca aquela espécie legislativa” (2001, p. 8-9, grifo do original).

A doutrina tem observado, outrossim, que a criação do conceito de supremacia normativa da Constituição pelo constitucionalismo americano incorpora a ideia de um Direito fundamental ou superior, sendo tributária da concepção de Direito Natural. Nesse sentido, a afirmação de Mauro Cappelletti de que, posto a rigidez constitucional e a supremacia normativa da Constituição terem sido iniciadas pelo Direito Constitucional americano e pela jurisprudência que a aplicou, o sistema de controle de constitucionalidade das leis tem sua matriz histórica na antiguidade e na Idade Média, principalmente em precedentes de inspiração jusnaturalista que conferiam ao juiz o poder de não considerar vinculatória a lei contrária ao Direito Natural (1992, p. 51-57).

Além disso, o jusnaturalismo racionalista da doutrina do contrato social traz em si a semente da supremacia normativa da Constituição e, por via de consequência, da necessidade de instituir algum sistema para controle de constitucionalidade das leis. Por isso mesmo, tem-se afirmado que as conquistas do constitucionalismo moderno são fundadas em princípios jusnaturalistas, traduzindo uma verdadeira positivação do Direito Natural. Esse tema ainda suscita outras discussões que serão analisadas com maior detalhe no item seguinte, relativo à garantia judicial da Constituição.

Ainda a propósito das origens históricas da criação americana do *judicial review*, calha trazer a lume dois pontos relevantes, destacados inicialmente por James Grant em importante artigo sobre o controle de constitucionalidade das leis⁴.

O primeiro diz respeito à tradição jurídica inglesa de quatro séculos, de que era defensor o teórico *Sir Eward Coke*, no sentido de o *common law* constituir uma lei fundamental superior ao *statutory law*, de modo tal que decretos contrários ao *common law* e à razão seriam inválidos, cabendo aos juízes a função de afastar sua aplicação (MELLO, 1968, p. 51-53). Dentre vários precedentes, pode-se mencionar o julgamento do caso *Bonham* (1610), quando o princípio do controle judicial foi afirmado pelo *Chief Justice* do *King's Bench* o qual defendeu que, em muitas situações, o *common law* “controla os atos do Parlamento e poderá torná-los írritos, pois quando um ato do Parlamento é contra o direito comum e a razão, ou é inconsistente ou impossível de ser executado”, assim, o *common law* pode controlar o ato parlamentar para declarar sua nulidade (cf. POLETTI, 2001, p. 19). Essa doutrina acabou sendo abandonada e substituída pela doutrina da supremacia do Parlamento, mas deixou raízes nos EUA⁵.

O segundo ponto diz respeito à tradição colonial de submeter as leis das colônias ao controle de validade dos juízes. Segundo Grant, de acordo com a lei inglesa, as companhias comerciais de então somente podiam atuar segundo suas cartas constitutivas. Ocorre que as Colônias inglesas da América foram constituídas como companhias comerciais, e em sua maioria eram regidas por Cartas próprias, das quais se passou às Cartas das Colônias, sendo certo que só se podia agir segundo o estabelecido nelas, considerando-se nulo o que se executava fora do previsto. Justamente por isso os juízes das Colônias exerceram o controle da validade das leis coloniais, aplicando-as sob a condição de não contrastarem com as leis do Reino (MELLO, 1968, p. 51-53).

Dessa forma, o princípio da supremacia do Parlamento acabou favorecendo a doutrina americana da supremacia dos juízes, pois deu lugar à criação de um sistema em razão do qual as leis estão sujeitas à fiscalização de validade por parte dos juízes, sendo certo que, com a independência dos EUA, as cartas e os estatutos da Coroa foram substituídos pelas Constituições, que assumiram o papel de leis fundamentais dos novos Estados independentes

⁴ O artigo é mencionado por MELLO, 1968, com a seguinte referência “El control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes. Una contribución de las Américas a la ciencia política”. **Revista de la Facultad de Derecho**. México, 1963.

⁵ Em sentido contrário, consultar SÁNCHEZ, 1998, Capítulos III e IV, defendendo que o *judicial review* teria resultado da conjunção do *common law* e das específicas necessidades das classes dominantes na sociedade, em vistas de conter a democracia e a construção federal.

e, mais adiante, a própria Constituição dos EUA, como Lei Suprema da Nação (MELLO, 1968, p. 51-53).

Destarte, é lícito afirmar que a Constituição americana assumiu o papel de Lei Suprema do Estado em razão tanto da filosofia dos constituintes americanos, quanto de sua tradição colonial. Esses fatores históricos, presentes nas origens da doutrina americana da supremacia constitucional, explicam o porquê de tal experiência (do *judicial review*) não obter de logo a mesma repercussão que o arquétipo da Constituição escrita; esta, como compromisso solene do constitucionalismo democrático, foi recebida na França pouco tempo depois da Constituição americana, em 1791, sob inspiração da teoria do poder constituinte sistematizada por Sieyès e, em curto período de tempo, universalizou-se de forma tal que os conceitos de soberania popular e de Constituição escrita se converteram em sinônimos na prática e na ideologia (cf. LOEWENSTEIN, 1982, p. 159-160). Diferentemente, as ideias da superioridade normativa da Constituição e do controle judicial de constitucionalidade, de início, encontraram resistências na Europa.

A doutrina americana, partindo do conceito de Constituição como parâmetro normativo superior, elimina a noção de Soberania do Parlamento, surgindo em seu lugar a revisão judicial, dada a necessidade de garantir a superioridade normativa da lei constitucional. E este é justamente o terceiro princípio que fundamenta a Justiça Constitucional: o de que a garantia da Constituição deve ser essencialmente uma garantia judicial. Isso implica vários problemas teóricos e práticos, em face do poder quase ilimitado conferido aos juízes, problemas que o sistema judicialista americano procurou resolver através da técnica de autolimitação (*self-restraint*).

Na Europa, em especial na França revolucionária, havia uma séria desconfiança da magistratura, em razão de sua histórica vinculação com a nobreza e em face da história recente de arbítrio e despotismo estatal, de modo que a ideologia constitucional francesa, avessa à figura do magistrado, seguiu na direção oposta, buscando limitar ao máximo a função dos juízes, a ponto de Montesquieu preconizar que o juiz devia se limitar à aplicação da lei, agindo somente como a boca da lei (*la bouche de la loi*).

Segundo Sérgio Sérulo da Cunha, desde 1667, na França, era proibido aos juízes interpretar normas sobre cujo entendimento houvesse dúvidas, devendo dirigir-se ao monarca, pois, como autor da lei, era seu guardião e único intérprete. A Revolução não alterou esse sistema, mas substituiu a figura do monarca pela soberania do Poder Legislativo. Pelo Decreto de 16-24 de agosto de 1790, os tribunais estavam proibidos de fazerem regulamentos, devendo se dirigir ao Legislativo quando julgassem necessário interpretar uma lei.

Robespierre chegou a sustentar que o vocábulo jurisprudência devia ser banido da língua francesa (CUNHA *in* KELSEN, 2003, p. VIII-IX).

Em razão disso, até o final do século XIX, na França e em outros países, os juízes não enfrentavam questões relativas à constitucionalidade das leis, e somente no início do século XX houve algumas atuações nesse sentido, por parte de tribunais de países como a Romênia, Noruega, Grécia e Portugal (cf. TREMP, 1985, p. 43-44).

O modelo europeu de controle judicial da constitucionalidade das leis só viria se firmar após a Primeira Guerra Mundial, com a crise do paradigma rousseauiano da lei como expressão da vontade geral, nomeadamente em face da experiência trágica do nazismo. Isso ocorreu a partir do modelo idealizado por Hans Kelsen, em seu projeto da Constituição da Áustria, onde a jurisdição constitucional é confiada a um tribunal próprio e específico, situado à parte da ordem ou das ordens judiciárias comuns, e integrado por juízes cuja designação é diversa da ordinária dos membros do corpo de magistrados de carreira, sendo objeto de um processo de escolha especial, com participação preponderante de um órgão político. Trata-se de um sistema que adota uma Corte Constitucional, órgão autônomo com competência para decidir com exclusividade ou em último grau as questões de natureza constitucional.

O sistema foi inaugurado em 1920, quando houve a criação da Corte Constitucional da Tchecoslováquia e da Alta Corte Constitucional da Áustria, seguindo-se, em 1931, a criação na Espanha de um Tribunal de Garantias Constitucionais. Após a Segunda Guerra Mundial, ocorreu um segundo movimento de criação de tribunais constitucionais, com o restabelecimento da Corte da Áustria, em 1945, a instituição da Corte Constitucional italiana, em 1948, e do Tribunal Constitucional Federal alemão, em 1949. Há a registrar, outrossim, que, a partir da criação das Cortes Constitucionais da Turquia, em 1961, e da Iugoslávia, em 1963, e do Conselho Constitucional da França, em 1959, esse sistema de controle de constitucionalidade teve grande desenvolvimento no restante do continente europeu (cf. FAVOREU, 2004, p. 16).

Enfim, é lícito concluir que os três princípios teóricos da Justiça Constitucional consistem na concepção normativa da Constituição, sua superioridade normativa, decorrente do *status* de Lei Fundamental do Estado que serve de parâmetro de validade do ordenamento jurídico, e, por fim, sua garantia judicial por um sistema de controle jurisdicional da constitucionalidade das leis.

Nessa perspectiva, pode-se afirmar que as raízes históricas dos modelos atuais de Justiça Constitucional estão nos princípios do constitucionalismo americano, os quais estatuem a supremacia da Constituição e sua garantia judicial (*judicial review*), e por outro

lado, na noção kelseniana da necessidade de que a garantia da Constituição seja feita por um órgão distinto do Legislativo, que esteja encarregado da anulação das leis inconstitucionais.

1.3. O guardião da Constituição

Embora tenha se consolidado na experiência constitucional, a Justiça Constitucional como instituição não exclui a possibilidade de se elegerem outros modelos de controle de constitucionalidade que não a garantia judicial, o que torna necessária a investigação das justificativas teóricas para adoção dos modelos de controle de constitucionalidade em que a garantia da Constituição cabe a um Tribunal ou Corte Constitucional. Nesse passo, são quatro as explicações clássicas dadas ao fenômeno da Justiça Constitucional (cf. SÁNCHEZ, 1998, p. 355 ss.), as quais passam a ser examinadas em seguida.

A primeira justificativa apresentada para a Justiça Constitucional cabe a Alexander Hamilton. Para Hamilton, a independência do Judiciário seria essencial para assegurar uma Constituição limitada, entendida como a que contém restrições específicas à autoridade legislativa, a exemplo da proibição de confiscos e de leis *ex post facto*, pois, na prática, somente as cortes de justiça poderiam conservar limitações dessa natureza, declarando nulos os atos contrários ao espírito da Constituição (2003, p. 471). Em suas palavras:

Se se imaginar que os congressistas devem ser os juízes constitucionais de seus próprios poderes e que a interpretação que eles decidirem será obrigatória para os outros ramos do governo, a resposta é que esta não pode ser a hipótese natural, por não ter apoio em qualquer dispositivo da Constituição. Por outro lado, não é de admitir-se que a Constituição tivesse pretendido habilitar os representantes do povo a sobrepujarem a própria vontade à de seus constituintes. É muito mais racional supor que as cortes foram destinadas a desempenhar o papel de órgão intermediário entre o povo e o Legislativo, a fim de, além de outras funções, manter este último dentro dos limites fixados para sua atuação. O campo de ação próprio e peculiar das cortes se resume na interpretação das leis. Uma Constituição é, de fato, a lei básica e como tal deve ser considerada pelos juízes. Em consequência, cabe-lhes interpretar seus dispositivos, assim como o significado de quaisquer resoluções do Legislativo. Se acontecer uma irreconciliável discrepância entre estas, a que tiver maior hierarquia e validade deverá, naturalmente, ser a preferida; em outras palavras, a Constituição deve prevalecer sobre a lei ordinária, a intenção do povo sobre a de seus agentes (2003, p. 471-472).

Segundo Sánchez, houve no constitucionalismo americano outras formulações anteriores sustentando a prevalência da vontade suprema do povo, limitando o legislador ordinário e a garantia judicial dessa limitação, como as ideias de James Wilson na Convenção de Filadélfia e as de James Iredell, mas a argumentação de Hamilton, além de ser a mais completa, tornou-se clássica ao difundir-se em “O federalista” (1998, p. 356).

A importância da posição de Hamilton avulta ainda mais quando se considera a influência exercida sobre seu discípulo John Marshall o qual, mais tarde, adotaria as mesmas premissas para dispensar a necessidade de um preceito constitucional expresso que prescrevesse o controle judicial de constitucionalidade, asseverando a doutrina de que o poder judicial de fiscalização da constitucionalidade das leis seria uma necessidade lógica para assegurar a autoridade e a supremacia da Constituição.

A segunda justificativa teórica clássica para a Justiça Constitucional vem das ideias políticas disseminadas pelo abade francês Emmanuel Sieyès acerca da necessidade de criação de um *jury constitutionnaire* ou uma *magistrature constitutionnelle*, a qual seria aplicada a fim de proteger a Constituição contra violações constitucionais.

Sánchez afirma que Sieyès não foi o primeiro a defender essa ideia na França, pois a mesma proposta teria sido tratada anteriormente por Durand de Mailland, Kersain, Hérault de Séchelles e Robespierre no processo constituinte que chega a 1793, sendo certo que pertencia originalmente a James Wilson, americano que representou a Pensilvânia na Convenção da Filadélfia (1787), quando expôs a necessidade de instituição de um *national "jury" on the law* (1998, p. 357).

Além disso, o autor assevera que, em 1795, ao advogar a necessidade de um guardião e garante da constitucionalidade das leis, Sieyès não o faz para defender a Constituição entendida como o resultado do exercício da soberania nacional, mas sim como uma magistratura que estaria a serviço de um “<<sistema ultrarrepresentativo>>, em si autônomo, e pensado <<para controlar o exercício do poder político>>” (SÁNCHEZ, 1998, p. 358, tradução nossa). Aliás, Carl Schmitt também apresenta a mesma crítica, ressaltando que Sieyès não expressa a ideia de uma Justiça Constitucional, pois, embora concebesse a magistratura constitucional como algo fora da esfera do Executivo ou do Legislativo, Sieyès dava a entender que a magistratura constitucional seria exercida como parte do Poder Legislativo constitucional ou, então, em virtude do exercício desse poder (cf. SCHMITT, 2007, p. 50-51).

A terceira justificativa teórica para o controle de constitucionalidade das leis exercido por um Tribunal Constitucional foi apresentada por Hans Kelsen, para quem o controle de constitucionalidade deveria ser exercido por uma jurisdição concentrada em um Tribunal Constitucional, constituindo uma medida técnica que asseguraria o regular funcionamento das funções estatais.

É importante assinalar, a propósito da tese de Kelsen, que a alternativa apresentada para a Justiça Constitucional não implica a concentração do controle de constitucionalidade

em um órgão do Poder Judiciário, na medida em que a Corte Constitucional idealizada por ele está situada fora da estrutura desse Poder, constituindo um órgão autônomo.

Por outro lado, também não significa necessariamente que o pensamento de Kelsen seria incompatível com a tese da garantia judicial da Constituição. Pelo contrário, a construção teórica de Kelsen levou a experiência americana em consideração ao idealizar o sistema do controle concentrado, podendo-se afirmar que o modelo europeu do Tribunal Constitucional e o modelo americano são teoricamente compatíveis entre si. Isso porque a defesa da Constituição pelo Poder Judiciário, pela sua própria estrutura de funcionamento, culmina na atuação de um tribunal de cúpula, visto que “este Tribunal, conforme sua atuação seja considerada a última e mais autorizada do sistema, confunde-se integralmente, do ponto de vista funcional, com um Tribunal Constitucional, como ocorre nos E.U.A.” (TAVARES, 2005, p. 101-102).

Sánchez tece uma crítica à tese de Kelsen, afirmando que sua justificativa para a Justiça Constitucional aparta o povo da Lei Fundamental, uma vez que, para Kelsen, a vontade popular seria significativa no sentido de determinar a existência da Constituição positiva como Lei Fundamental de um sistema jurídico, mas não interferiria na sua validade, de maneira tal que o problema da legitimidade do legislador ou mesmo da atuação fiscalizadora do Tribunal Constitucional não é levado em consideração em face do paradigma científico kelseniano (1998, p. 359-360).

A tese de Kelsen acerca da Justiça Constitucional foi fortemente criticada por Carl Schmitt, que também concentrou seus argumentos nos aspectos de legitimidade do controle exercido por uma Corte, crítica essa que levou ao célebre debate entre Kelsen e Schmitt sobre quem deveria ser o defensor da Constituição.

Schmitt negava ao Poder Judiciário o título de guardião da Constituição, por defender que somente o Presidente do *Reich* teria legitimidade para desempenhar tal função. O autor possuía uma visão antiliberal do Direito e é a partir dela que construiu sua obra, criticando a criação de um Tribunal Constitucional que transfere poderes de legislação para o Judiciário, politizando-o e desajustando o equilíbrio do sistema constitucional do Estado de Direito (cf. MENDES *in* SCHMITT, 2007, p. XI).

Schmitt defendia que a fiscalização dos atos legislativos por um tribunal independente seria uma afronta à Soberania estatal, pois os tribunais não são, em um sentido preciso, guardiões da Constituição. Para o autor, essa tendência em apresentá-los como suprema garantia de uma Constituição seria explicada a partir de ideias difundidas sobre a Suprema Corte dos EUA, mas a posição da Suprema Corte americana “desenvolveu-se nos moldes de

um Estado judicial do tipo anglo-saxão, o qual, como um Estado sem direito administrativo, contrasta fortemente com os Estados do Continente Europeu” (2007, p. 20).

Considerando sua função estritamente judicial, ele recusa todo parecer político ou legislativo; assim, para Schmitt o controle judicial só torna os tribunais guardiões da Constituição em um Estado judicial que subordina a vida pública ao controle dos tribunais e quando a Constituição é entendida como os direitos fundamentais, que devem ser protegidos contra o Estado (2007, fls. 19-21). Segundo alegava, a resolução judicial das questões políticas leva a uma juridicização da política e a uma politização da justiça.

Schmitt referia-se às teorizações de Sieyès sobre o poder constituinte para reforçar a tese de que a atividade de fiscalização da constitucionalidade teria natureza de índole essencialmente política, não se conciliando com o conceito de justiça. Senão, veja-se:

Enquanto o difícil problema era tratado com uma concreta consciência de direito constitucional, foi sempre evitado falar de uma geral “jurisdição estatal” ou “justiça constitucional”. Sieyès, considerado o pai dessas ideias, falava apenas em um *jury constitutionnaire*, de uma *magistrature constitutionnelle* que deveria ser aplicada para proteção da Constituição contra violações constitucionais. Nesse aspecto, ele dizia que essa magistratura não seria da esfera do executivo e do governo, nem na esfera do legislativo, pois seria, sim, uma magistratura constitucional. Ele não a denomina expressamente de justiça, dando, antes, a perceber que ele a considera uma parte do poder legislativo constitucional ou que, pelo menos, a conta para o exercício desse poder (2007, p. 50-51).

Nas palavras de Schmitt, em toda decisão, mesmo na decisão de um tribunal que decide um processo aplicando a situação a um tipo normativo, reside um elemento discricionário, de pura decisão, o qual não poderia ser derivado do conteúdo da norma (2007, p. 67-69). Esse elemento decisionista não é apenas parte da decisão, mas se junta ao elemento normativo com a finalidade de possibilitar a decisão como tal. A noção de que o tribunal seria o melhor perito jurídico, sendo um *expert* jurídico supremo, não levaria em consideração o valor argumentativo da decisão. Desse modo, ao invés de um Tribunal Constitucional de fictícia judicialidade, melhor seria que o garante da Constituição fosse uma instância propriamente política, a exemplo das Constituições napoleônicas que estatuíram um *Sénat conservateur*.

No que dizia respeito propriamente à Constituição de Weimar, Schmitt sustentava que o Presidente era o guardião da Constituição por exercer um poder político superior e independente das opiniões divergentes dos órgãos legislativos, sendo dotado de uma neutralidade político-partidária. Além disso, a posição do Presidente do *Reich* era

privilegiada, tendo em vista o fato de que era escolhido pela totalidade do povo alemão, por esse motivo sendo o único capaz de assegurar a unidade do Estado (2007, p. 193-202).

Kelsen, por sua vez, defendia que a guarda da Constituição deveria ser confiada a um tribunal próprio, funcionando como uma espécie de legislador negativo quando declarasse a inconstitucionalidade de leis. O jurista colaborou na preparação da Constituição da Áustria, redigida sob sua inspiração, fazendo com que se criasse um órgão judicial – a Corte Constitucional – com competência exclusiva para exercer o controle de constitucionalidade dos atos do Legislativo e do Executivo, a partir de um modelo de controle concentrado, o qual posteriormente se estendeu a várias Constituições europeias (CUNHA *in* KELSEN, 2003, p. VIII).

Segundo Kelsen, a jurisdição constitucional teria papel central em um sistema democrático moderno, instituindo garantias que asseguram a plena legitimidade do exercício das funções do Estado, pois o sistema de controle da jurisdição constitucional assegura a idoneidade do processo legislativo e tem importante função na proteção da minoria. Seu argumento consiste em considerar que a democracia importa um permanente compromisso entre maioria e minoria, evitando a ditadura da maioria. O autor justifica a criação de uma corte constitucional afirmando que a jurisdição constitucional é “elemento do sistema de medidas técnicas que têm por fim garantir o exercício regular das funções estatais” (2003, 123-124). Para Kelsen, a função política da Constituição é a de estabelecer limites jurídicos ao poder, sendo certo que, sem o controle da anulabilidade dos atos inconstitucionais, ela não seria obrigatória no sentido técnico.

Rebatendo a objeção de Schmitt de que a atividade da jurisdição constitucional seria política, Kelsen responde que a atividade dos tribunais em si é política, mostrando-se completamente desarrazada a concepção de que seria meramente intelectual e não criativa do Direito; desse modo, a diferença entre a jurisdição constitucional e a jurisdição civil, penal e administrativa seria apenas quantitativa e não qualitativa. Vale transcrever sua argumentação, nesse ponto:

Se enxergarmos “o político” na resolução de conflitos de interesse, na “decisão” – para usarmos a terminologia de Schmitt – encontramos em toda sentença judiciária, em maior ou menor grau, um elemento decisório, um elemento de exercício de poder. O caráter político da jurisdição é tanto mais forte quanto mais amplo for o poder discricionário que a legislação, generalizante por sua própria natureza, lhe deve necessariamente ceder. A opinião de que somente a legislação seria política – mas não a “verdadeira jurisdição – é tão errônea quanto aquela segundo a qual apenas a legislação seria criação produtiva do direito, e a jurisdição, porém, mera aplicação reprodutiva. Trata-se, em essência, de duas variantes de um mesmo erro. Na medida em que o legislador autoriza o juiz a avaliar, dentro de certos limites,

interesses contrastantes entre si, e decidir conflitos em favor de um ou outro, está lhe conferindo um poder de criação do direito, e portanto um poder que dá à função judiciária o mesmo caráter “político” que possui – ainda que em maior medida – a legislação. Entre o caráter político da legislação e da jurisdição há apenas uma diferença quantitativa, não qualitativa” (2003, p. 251).

No que toca à questão da Soberania do Parlamento e da separação dos poderes, Kelsen argumenta que a Soberania não pertence a um órgão estatal particular, mas sim ao próprio Estado, sendo certo que, se a Constituição regula o processo legislativo, a legislação é subordinada à Constituição exatamente como as decisões judiciais e os atos administrativos estão subordinados às leis, de maneira que o postulado da constitucionalidade da lei é teoricamente idêntico ao postulado da legalidade da jurisdição e da administração. Assim, contrariar essa concepção alegando a incompatibilidade da jurisdição constitucional com a Soberania do Parlamento equivaleria a dissimular o desejo do poder político de não se deixar limitar pelas normas da Constituição.

Kelsen distingue a elaboração da simples anulação de leis para concluir que a simples anulação por um tribunal não poderia ser interpretada como intromissão no Poder Legislativo, pois se limita a estabelecer uma norma geral com o sentido negativo, consubstanciando a função de um legislador negativo, ou seja, atuando no sentido de impedir a concentração de poderes apenas no Legislativo e assegurando a regularidade de seu funcionamento. Em suas palavras: “a instituição da jurisdição constitucional não se acha de forma alguma em contradição com o princípio da separação dos poderes; ao contrário, é uma afirmação dele” (KELSEN, 2003, p. 151-153).

Como se sabe, a tese de Kelsen se impôs à maioria dos Estados democráticos, nomeadamente a partir da Segunda Guerra Mundial, mas, apesar disso, as questões sobre legitimidade, funcionalidade e coerência da Justiça Constitucional ainda estão longe de serem definitivamente elucidadas (GARCIA *in* SCHMITT, 1998, p. 22-23) e serão objeto de análise mais detida no capítulo seguinte.

Antes, porém, de concluir o item dedicado à justificação do terceiro pressuposto da teoria da Justiça Constitucional, resta tratar das alternativas apresentadas à tese da garantia judicial da Constituição, designadamente à possibilidade de confiar o controle de constitucionalidade ao cidadão ou ao Parlamento.

De início avalia-se a possibilidade de que o defensor da Constituição seja o próprio cidadão; aqui, a primeira consideração a ser feita é que a eficiência de um sistema que tal pressuporia uma forte consciência constitucional, nos moldes daquilo que Pablo Lucas Verdú cunhou de sentimento constitucional:

O sentimento constitucional consiste na adesão interna às normas e instituições fundamentais de um país, experimentada com intensidade mais ou menos consciente porque estima-se (sem que seja necessário um conhecimento exato de suas peculiaridades e funcionamento) que são boas e convenientes para a integração, manutenção e desenvolvimento de uma justa convivência (2006, p. 75).

Esse sistema apresenta como principal dificuldade a falta de segurança jurídica, na medida em que as cláusulas constitucionais poderiam ser afastadas com maior facilidade, desde que confirmadas pelo povo. Nesse sentido, André Ramos Tavares sustenta que a melhor solução seria a de conjugar a atuação do cidadão enquanto instrumento de democratização do modelo com a atuação de um órgão técnico, este último ficando responsável por receber as provocações do primeiro, dando prosseguimento ao processo de fiscalização da constitucionalidade (2005, p. 72-77).

Com efeito, uma das funções mais importantes da Constituição é a de servir como garantia contramajoritária, de forma a proteger os direitos e garantias fundamentais das minorias em face das eventuais maiorias estabelecidas, principalmente em circunstâncias políticas excepcionais. Dessa forma, deve-se atentar que, ao conferir à manifestação popular possibilidade de superar valores constitucionais fundamentais, em especial direitos humanos reconhecidos na Constituição, sem respeitar quaisquer limites jurídicos, abre-se espaço para que governos populistas venham a viabilizar projetos políticos totalitários e antidemocráticos, em prejuízo da própria democracia.

Serve de exemplo dessa prática a história política atual da América do Sul, nomeadamente na Venezuela, em que o projeto político do governo autoritário do general Hugo Chávez vem sistematicamente desrespeitando direitos humanos, em especial relacionados à liberdade de imprensa, e enfraquecendo a separação de poderes, com o amesquinamento do Judiciário e do Legislativo, disfarçado sob o manto da legitimidade decorrente da aprovação popular.⁶

Outra alternativa seria o controle de constitucionalidade efetuado pelo Parlamento, também denominado de modelo socialista. O principal argumento favorável a esse sistema é o de que o Parlamento é eleito de forma democrática, possuindo legitimidade para ser o intérprete primário da Constituição, sendo certo que sua interpretação deveria, por isso mesmo, prevalecer em face daquela do Executivo e mesmo do Judiciário. André Ramos Tavares menciona o caso da U.R.S.S., no qual o órgão máximo do Estado, denominado de *Soviete Supremo*, tinha como órgão permanente e representativo o *Presidium*, que controlava

⁶ Em episódio recente, ocorrido em 19 de setembro de 2008, os representantes da entidade de defesa dos direitos humanos *Human Rights Watch* foram expulsos da Venezuela após a ONG divulgar documento em que acusa o general Hugo Chávez de aniquilar a separação entre poderes e a liberdade de imprensa.

o cumprimento da Constituição e garantia a correspondência entre as Constituições e as leis das repúblicas federadas e a Constituição e as leis da URSS (cf. 2005, p. 84-88). Todavia, pesa contra esse modelo o argumento de que ninguém pode ser juiz em causa própria, sendo certo que os parlamentares passariam a exercer um poder virtualmente sem limites; ademais, a atribuição de tal função ao legislador constituiria *bis in idem*, já que o afastamento da lei inconstitucional poderia ocorrer mediante a mera revogação, afigurando-se impertinente a criação de um processo de controle da constitucionalidade para tanto.

Tal modelo de controle de constitucionalidade aproxima-se bastante daquele denominado pela doutrina de controle político, o qual é exercido por órgãos de natureza política, tais como as assembleias representativas (cf. CANOTILHO, 2007, p. 897). O controle político também é designado por sistema francês, uma vez que a solução adotada pela França, que prevê um controle exclusivamente político, é considerada o exemplo contemporâneo mais representativo desse modelo. O sistema francês é único, e isso se explica por razões históricas, sobretudo a desconfiança gravada no período anterior à Revolução francesa em razão das constantes interferências dos juízes franceses nas esferas dos outros poderes, e por razões ideológicas, relacionadas à doutrina da separação dos poderes de Montesquieu (CAPPELLETTI, 1992, p. 96-97).

Na França, o controle de constitucionalidade se dá previamente à publicação e à vigência das leis, o que reforça o caráter político e não jurisdicional desse sistema, sendo exercido pelo *Conseil Constitutionnel*, órgão constituído pelos ex-Presidentes da República e outros da livre nomeação de chefes de Poderes Políticos. É bem de ver, contudo, que parte da doutrina enxerga nesse órgão uma natureza de função jurisdicional, porquanto suas decisões não podem ser analisadas por nenhum outro órgão do Estado francês. Até mesmo por isso, o sistema de controle político de constitucionalidade é bastante criticado, em face da possibilidade de concentrar poder excessivo em um órgão, “ocasionando, inclusive, sua transformação de controlador em legislador, abarcando, com isto, uma função que, constitucionalmente, não lhe pertence” (cf. DANTAS, I., 2008, p. 254-255).

1.4. Justiça Constitucional e Tribunal Constitucional

É usual o emprego indistinto das expressões Justiça Constitucional e jurisdição constitucional para designar o mesmo objeto: a atuação estatal de natureza jurisdicional que visa preservar a supremacia da Constituição. Fernando Alves Correia define Justiça Constitucional como o conjunto de órgãos, processos e técnicas de fiscalização da observância das regras e princípios constitucionais vigentes (2001, p. 10). Em sentido

análogo, Gilmar Ferreira Mendes conceitua a jurisdição constitucional como aquela jurisdição estatal voltada para a defesa da Constituição (1998, p. 7). Nada obstante essa similitude, a noção de Justiça Constitucional afigura-se mais adequada à ideia de um órgão próprio que exerce a função de tutela dos preceitos constitucionais, identificando-se com a instituição do Tribunal Constitucional, ao passo que a jurisdição constitucional tende a conceituar a atuação judicial na solução de conflitos em matéria constitucional, aproximando-se do estudo do processo constitucional; é nesse sentido que se fala na jurisdição constitucional das liberdades, querendo denominar o conjunto de ações constitucionais que servem à tutela de alguns direitos e liberdades fundamentais.

Segundo a distinção já mencionada entre Justiça Constitucional e jurisdição constitucional, deve-se anotar que a análise dos fundamentos da teoria da Justiça Constitucional tem como foco a atividade jurisdicional exercida no contexto do Tribunal Constitucional, com menção específica ao Supremo Tribunal Federal no papel do Tribunal Constitucional brasileiro. D'outro lado, isso põe em mira outra questão fundamental: definir o que se entende por Tribunal Constitucional e se o STF pode ser enquadrado nessa categoria.

Importa esclarecer que não existe consenso acerca da definição de Tribunal ou Corte Constitucional, ou mesmo de sua natureza. Parte da doutrina, mantendo-se fiel à construção teórica kelseniana que idealiza um guarda da Constituição que não integre o Poder Judiciário, constituindo-se ao reverso em um órgão autônomo dos poderes políticos do Estado, tende a restringir esse conceito apenas à “jurisdição criada para conhecer especial e exclusivamente o contencioso constitucional, situada fora do aparelho constitucional ordinário e independente deste e dos poderes públicos” (cf. FAVOREU, 2004, p. 15).

Cezar Saldanha Souza Júnior segue essa linha teórica ao sustentar que o Tribunal Constitucional é uma espécie do gênero poder político do Estado, em cujas competências integram-se uma função materialmente política, uma instrumentalmente jurisdicional e outra formalmente legislativa (2002, p. 117-122), defendendo, dessa forma, um modelo hexapartite de separação dos poderes que inclui, também, uma função governamental e uma função administrativa autônomas. Seu ponto de vista remete à tese de Bruce Ackerman sobre a nova separação de poderes, cuja preocupação é apontar soluções para os impasses gerados pelo esquema tradicional de separação de poderes, que redundam por vezes em crises de governabilidade e paralisia governamental, e em outras no poder excessivo de um governo apoiado por uma maioria parlamentar irresistível. Ackerman propõe como alternativa, fundamentalmente, o aprofundamento da especialização de funções estatais exercidas por órgãos dotados de institucionalização constitucional e independência (2000, p. 642 ss.).

Essa construção teórica, no entanto, acaba por excluir do conceito de Tribunal Constitucional cortes que exercem o papel de guardiãs da Constituição, proferindo a última palavra sobre questões de natureza constitucional, mas que não atendem a essa restrita definição. Isso ocorre ou porque não estão situadas fora da estrutura dos Poderes, integrando o Poder Judiciário, ou por não se limitarem a atuar na solução de questões constitucionais, acumulando também jurisdição ordinária para determinadas causas, de sua competência originária, e muita vez a função de cortes de apelação, posto que atuam com competência recursal para rever decisões de juízes e de outros tribunais em matérias desvinculadas da jurisdição constitucional; dessa forma, a definição peca por desconsiderar grande parte dos tribunais constitucionais de diversos países do mundo, inclusive a brasileira.

Pablo Pérez Tremps apresenta solução mais consistente ao distinguir o juiz constitucional em sentido estrito e em sentido amplo, aquele se referindo ao Tribunal Constitucional e este a qualquer juiz ou tribunal ordinário que também possua competência para aplicar a Constituição (1985, p. 190-192).

Certo é, entretanto, que a distinção entre Tribunais Constitucionais em sentido estrito e em sentido amplo, que observa rigorosamente a elaboração original de Kelsen, carece de relevância teórica no estágio atual de desenvolvimento da Justiça Constitucional, na medida em que existem inúmeros exemplos de modelos mistos que conjugam instrumentos tanto do sistema americano quanto do austríaco. Vale ressaltar, inclusive, que os expedientes utilizados no sentido de aperfeiçoá-los têm revelado cada vez mais a tendência de congregarem elementos de ambos, contribuindo para uma evolução convergente de modelos.

Demais disso, já se observou que a mera circunstância de que o Tribunal Constitucional não atue exclusivamente nessa função, desempenhando outras funções secundárias, não afeta suas funções próprias nem muito menos o descaracteriza como Corte Constitucional. Aliás, argumento insuperável nesse sentido consiste em verificar que a aplicação rigorosa da distinção importaria negar a natureza de Tribunal Constitucional em sentido estrito à Suprema Corte americana, exemplo ímpar de modelo de Justiça Constitucional (cf. TAVARES, 2005, p. 157).

Com efeito, uma análise mais profunda revela que o monopólio na aplicação da Constituição é uma quimera, porquanto é consabido não só os Poderes Políticos como também os cidadãos, enfim, todos são intérpretes e aplicadores da Constituição, aliás, não existe sistema jurídico algum em que o controle de constitucionalidade seja exercido com exclusividade por um único órgão, pois necessariamente deve-se compartilhar essa função

com o Legislativo e o Executivo, os quais exercem controle prévio durante o processo de elaboração das leis, este último, via de regra por meio do veto.

Quanto ao mais, a mera circunstância de que a Corte Constitucional exerça funções secundárias que não são próprias da Justiça Constitucional não importa prejuízo algum à sua atuação no controle de constitucionalidade, ao menos no nível teórico, embora seja verdadeiro que essa acumulação de funções possa ter repercussões negativas de cunho prático, decorrentes da sobrecarga de trabalho que pode afetar o desempenho do Tribunal.

Diante dessas razões, acompanha-se aqui a referência metodológica utilizada por André Ramos Tavares para identificar o Tribunal Constitucional segundo as funções que exerce, visando, sobretudo, à salvaguarda da supremacia normativa da Constituição, e com isso descartando o critério da exclusividade ou monopólio dessas funções:

O Tribunal Constitucional identifica-se, pois, pelas funções que exerce, basicamente todas marcadas profundamente pela ideia de protetor da supremacia constitucional, com sua defesa e cumprimento. Não se caracteriza, pois, pela exclusividade ou monopólio no exercício dessas funções (2005, p. 159).

Sem embargo, embora mereça reflexão a necessidade de ajustes no perfil institucional do Supremo Tribunal Federal, isso não parece indispensável para transformá-lo em um Tribunal Constitucional, carecendo de sentido a tese postulada há muito por José Luiz de Anhaia Mello (1968, p. 210-211). Ainda no que diz respeito a esse tema, vale referir, a título de curiosidade histórica, a proposta apresentada pelo Deputado Federal fluminense Nilo Alvarenga, na Constituinte de 1934, visando à adoção no Brasil de uma Corte de Justiça Constitucional, em condições bastante assemelhadas ao sistema austríaco de Justiça Constitucional, cujos membros seriam indicados pelo Supremo Tribunal Federal, pela Assembleia Nacional, pelo Presidente da República e pela Ordem dos Advogados do Brasil (MENDES, 2004, p. 218-219). A proposta, acaso adotada, teria sido desastrosa para o modelo de Justiça Constitucional brasileiro, porquanto conduziria à supressão do controle difuso de constitucionalidade, instituto nacional consolidado no constitucionalismo brasileiro desde a Constituição de 1891.

1.5. Modelos de Justiça Constitucional

Para identificar os modelos de Justiça devem-se ter em conta três elementos: a) os sujeitos do controle, b) o modo de controle, e c) os efeitos do controle.

Segundo esses elementos, existem dois grandes modelos de Justiça Constitucional: o modelo americano da *judicial review* e o modelo austríaco, sendo certo que ambos influenciaram os sistemas de Justiça Constitucional de diversos países europeus e ibero-americanos, de modo que vários desses países adotam sistemas mistos de controle de constitucionalidade, que visam conjugar as características de ambos, no que já se denominou de “evolução convergente dos dois modelos ou mesmo da progressiva fusão do controle difuso e concentrado” (cf. CORREIA, 2001, p. 49).

Veja-se de início o primeiro elemento distintivo, relativo aos sujeitos do controle (quem controla).

Nas palavras de Jorge Miranda, o modelo americano, o qual denomina de judicialista, caracteriza-se pela competência de qualquer juiz de recusar a aplicação de leis inconstitucionais a casos concretos sujeitos à apreciação judicial (2000, p. 382). Já se assinalou que esse sistema é o único que confere aos juízes a autoridade de órgãos de Soberania, permitindo-lhes cumprir antes de tudo a Constituição.

A associação desse modelo ao Direito americano se justifica plenamente, uma vez que sua origem, como visto, está na doutrina americana da supremacia normativa da Constituição e na concepção da Constituição como Lei Suprema do Estado. Daí resulta, em última análise, a possibilidade de o magistrado recusar-se a aplicar uma lei, no caso concreto, porque contrária à Constituição.

Com efeito, o modelo de controle difuso de constitucionalidade permite que todos os órgãos judiciários, de qualquer grau hierárquico, tenham o poder e o dever de não aplicar as leis inconstitucionais. Daí se qualificar esse modelo como um sistema difuso, uma vez que todos os órgãos judiciais estão habilitados para o exercício da jurisdição constitucional, ou seja, ela está disseminada de forma difusa, mas em contrapartida à multiplicidade do controle opera o princípio do *stare decisis*, que vincula os tribunais inferiores à jurisprudência da Suprema Corte americana (SOLA, 2001, p. 164).

Essa possibilidade ampla de controle de constitucionalidade, no entanto, pode ser a fonte de vários inconvenientes e perplexidades quando introduzido em países que adotam o sistema de *civil law*, onde não vigora o sistema de *stare decisis*, isto é, em que os precedentes não possuem como regra o caráter vinculante. Nesse sentido, Cappelletti observa que, em situações tais, uma mesma lei pode ser considerada inconstitucional por um juiz ou tribunal e, ao mesmo tempo, ser aplicada por outros, que a consideram compatível com a Constituição, dando lugar a “contrastos de tendências entre órgãos judiciários de tipo diverso” (1992, p. 77).

Além disso, há de se considerar o inconveniente da repetição de causas suscitando a mesma questão de constitucionalidade, diante da circunstância de que é necessária uma decisão para cada situação concreta que se apresente, o que gera uma multiplicação de demandas.

Tal dificuldade pode ser constatada na análise da experiência brasileira da Justiça Constitucional, que incorporou o sistema difuso desde o início da República, quando foi adotado pela Constituição de 1891, o qual ainda é a única via acessível ao cidadão comum para a defesa de seus direitos subjetivos constitucionais, a despeito da expansão do controle de constitucionalidade pela via direta.

Para além disso, deve-se destacar outro aspecto particular do sistema americano do controle de constitucionalidade, o qual é denominado por José Angel Marin de fórmula do *writ of certiorary*. Nos EUA, a Suprema Corte sempre atuou como Corte de Apelação, no sentido anglo-saxão da expressão, isto é, com competência para julgar recursos contra decisões de tribunais federais e dos Tribunais Supremos dos Estados-membros, em alguns casos. Uma característica dessa jurisdição é o caráter obrigatório, que compele o Tribunal a decidir todas as causas que lhe são encaminhadas.

Tal circunstância levou a Suprema Corte americana a um estado de congestionamento que inviabilizava seu funcionamento, o que motivou a criação pelo Congresso, em 1891, da *certiorary jurisdiction*, suprimindo esse caráter obrigatório da jurisdição da Corte. Em função da fórmula do *writ of certiorary*, a Suprema Corte americana decide soberanamente de forma discricionária quais as causas que aceita julgar, sem que para isso decline nenhum fundamento jurídico, senão o juízo discricionário das matérias de interesse geral para que seja objeto da jurisprudência constitucional (cf. MARÍN, 1998, p. 40 ss.).

Parece claro que esse instrumento desempenha papel importante no sistema de controle de constitucionalidade dos EUA, na medida em que permite à Suprema Corte definir em que direção seguirá a evolução da ordem constitucional. Em outras palavras, o juízo discricionário sobre os assuntos que serão objeto de análise pela Suprema Corte confere a esse órgão o poder de indicar em que sentido será feita a adaptação da Constituição de maneira a atender às novas necessidades decorrentes do câmbio social e do Direito, o que certamente deve ser considerado na análise do perfil político do sistema americano de controle de constitucionalidade. O *writ of certiorari* é um mecanismo que incorpora técnicas próprias do controle concentrado, valorizando o interesse público em sentido amplo, na linha do que se denominou alhures de evolução convergente dos modelos de controle de constitucionalidade.

Nesse sentido, já se observou que o sistema americano tem perdido em parte a característica de defesa de situações subjetivas, inclusive para aceitar amplamente a via processual do *amicus curiae*⁷ que “amplia e democratiza a discussão em torno da questão constitucional” (MENDES, COELHO, BRANCO, 2007, p. 958).

Como visto, em oposição ao sistema do controle difuso, criou-se, originariamente na Áustria, o sistema de controle concentrado, ou austríaco, a partir de modelo idealizado por Hans Kelsen.

Nesse sistema, o controle de constitucionalidade é centralizado em um tribunal próprio e específico, que tem a função de defender a Constituição como Lei Fundamental situada no vértice da pirâmide normativa e, pois, que figura em relação de supra-ordenação lógica no tocante às demais normas do sistema jurídico, por servir como seu fundamento de validade. A competência da Corte Constitucional para decidir questões de constitucionalidade era exclusiva e, no início, somente era exercida por meio de uma ação especial, em que se formulava um pedido específico; nessa concepção conferiu-se uma legitimação restrita para provocar o controle de constitucionalidade.

O sistema formulado inicialmente em pouco tempo revelou-se insuficiente, seja porque fora concebido com limitação exacerbada da legitimação para provocá-lo, seja porque olvidou justamente as leis lesivas a direitos individuais da liberdade que a rigor não se encaixavam nas hipóteses de controle de constitucionalidade, o que era agravado pelo princípio que tornava obrigatória a aplicação da lei. Por isso, cedo sofreu mudanças substanciais, com a reforma constitucional decorrente da Emenda Constitucional de 7 de dezembro de 1929, que passou a admitir que o Supremo Tribunal de Justiça (*Oberster Gerichtshof*) e o Tribunal de Justiça Administrativa (*Verwaltungsgerichtshof*) encaminhem a controvérsia constitucional concreta perante a Corte Constitucional. Ademais, a mudança suprimiu o monopólio da Corte Constitucional, na medida em que os órgãos incumbidos da provocação passam a exercer um juízo provisório e negativo sobre a matéria (MENDES, COELHO, BRANCO, 2007, p. 957).

Quanto ao segundo elemento, no que toca ao modo do controle (como se controla), o controle pode ser incidental ou abstrato.

⁷ *Amicus curiae*, em sentido literal, significa amigo da corte. A expressão refere-se a quem, embora não seja parte no processo, oferece subsídios à corte, normalmente de natureza técnica, auxiliando na solução de um caso. No processo controle abstrato de constitucionalidade brasileiro, posto seja proibida a intervenção de terceiros, admite-se a manifestação de órgãos ou entidades como *amicus curiae*, nos termos do art. 7º, § 2º, da Lei n.º 9.868/99.

O modelo americano adota o controle por via incidental, ou controle concreto, onde a inconstitucionalidade do ato só pode ser suscitada *incidenter tantum* como questão prejudicial para o deslinde do litígio. Significa dizer que, no sistema americano, não se pode submeter uma questão de constitucionalidade à decisão dos órgãos judiciais na via principal, isto é, “através de um processo constitucional específico e autônomo iniciado *ad hoc* por meio de uma ação especial” (SOLA, 2001, p. 163, tradução nossa).

Já o modelo austríaco utiliza o controle por via principal, ou abstrato, no qual o controle é exercido fora de um caso concreto, tendo por objeto principal a disputa acerca da constitucionalidade da lei. Trata-se de um processo objetivo, no qual não existe lide, ao menos no sentido técnico de um conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida, nem há partes, dado que seu perfil institucional não viabiliza a defesa de interesses, mas sim resguardar a ordem jurídica.

É característica marcante desse modelo o fato de que o controle de constitucionalidade é exercido em abstrato, materializando-se através de um exercício atípico de jurisdição, uma vez que não se propõe a solucionar uma controvérsia entre partes com pretensões e interesses adversos, mesmo porque não existe um litígio ou situação concreta a ser solucionada, ou seja, o pronunciamento é substancialmente acerca da compatibilidade do ato normativo com a Constituição e se desenvolve por meio de um processo objetivo em que não há partes no sentido técnico.

Também por isso a questão de constitucionalidade é analisada *principaliter* integrando o próprio mérito da causa, diversamente do que ocorre no controle difuso, por via de exceção, em que a constitucionalidade é apreciada *incidenter tantum* como mera questão prejudicial, e, via de regra, produz eficácia geral *erga omnes* e não apenas entre as partes do litígio, e efeito vinculante.

De fato, o terceiro elemento diferenciador dos modelos de Justiça Constitucional diz respeito justamente aos efeitos do controle.

Quanto a esse aspecto, verificam-se três distinções possíveis.

Em primeiro lugar, os efeitos do controle podem ser gerais ou particulares. No primeiro caso tem-se que a decisão que se pronuncia sobre a constitucionalidade do ato normativo possui eficácia *erga omnes*, no segundo a eficácia é limitada aos litigantes, irradiando apenas efeitos particulares, ou *inter partes*, permanecendo em vigor o ato impugnado até que venha a ser revogado, anulado ou suspenso pelo órgão competente.

Em segundo, os efeitos podem ser retroativos, quando a decisão produz eficácia *ex tunc*, retroagindo desde o nascedouro do ato normativo anulado para desconstituir todos os

seus efeitos, ou *ex nunc*, quando a eficácia da decisão só começa a partir da declaração da inconstitucionalidade.

Finalmente, os efeitos podem ser declarativos ou constitutivos; diz-se declarativo o efeito da decisão quando se restringe a declarar a nulidade existente, sendo este o regime típico do controle difuso, e constitutivo negativo ou desconstitutivo, quando se atribui à decisão que proclama a inconstitucionalidade o efeito de decretar sua nulidade, considerando o ato até então válido e eficaz; esse regime é largamente utilizado nos sistemas de controle concentrado, pelos tribunais constitucionais.

Verifica-se que no modelo americano os efeitos da decisão, acerca de uma questão de constitucionalidade, são limitados às partes do caso concreto, com efeitos retroativos, e possuem caráter declarativo, uma vez que a norma analisada continua em vigor, e o tribunal apenas não a aplica ao caso concreto. Sua eficácia, entretanto, pode ser maior ou menor em razão da doutrina do *stare decisis* (SOLA, 2001, p. 163). Em sentido diametralmente oposto, os efeitos da decisão no sistema austríaco produzem eficácia *erga omnes, ex nunc* e têm caráter constitutivo negativo retirando a norma do sistema jurídico.

Vale mencionar que a limitação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade foi teorizada por Hans Kelsen, para quem as leis gozam de presunção de constitucionalidade e são válidas até serem retiradas do sistema jurídico por uma decisão que determine sua cassação, assim “a decisão opera fundamentalmente apenas *pro futuro*, e a lei inconstitucional, até então válida, é *anulada*” (2003, p. 25, grifo do original), significando que os atos praticados com base na lei até então não são afetados pela decisão que decreta a inconstitucionalidade, sendo certo que a Corte Constitucional pode até mesmo estabelecer um prazo para a invalidação da lei.

Nesse sentido, Canotilho observa que é necessário conciliar a regra da retroatividade e a regra da prospectividade “para evitar efeitos nocivos e soluções radicais” (2007, p. 904). Foi essa preocupação, inclusive, que motivou a introdução no sistema jurídico brasileiro de dispositivo legal que autoriza o Supremo Tribunal Federal (STF) a flexibilizar a retroatividade da decisão que declara a inconstitucionalidade, a teor do disposto no art. 27 da Lei n.º 9.868/98.⁸

Considerando as características já mencionadas dos dois modelos principais de Justiça Constitucional, verifica-se que talvez uma das principais razões que explicam sua

⁸ Lei n.º 9.868/1998. Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

diferenciação seja justamente a ausência, nos países que adotam o sistema do *civil law*, de um princípio como o *stare decisis*, de forma que a utilização do controle difuso de constitucionalidade em tais sistemas acaba gerando grave risco de decisões contraditórias e perplexidades como, aliás, já observado.

Esse aspecto não pode ser subestimado, principalmente quando se considera que as dificuldades cogitadas são concernentes à falta de segurança jurídica e à violação da isonomia entre as partes, o que vem justificar fortemente a existência de um tribunal *ad hoc* como o Tribunal Constitucional, cujas decisões produzem efeitos *erga omnes* que, além de garantir uma maior segurança jurídica ao sistema de controle de constitucionalidade, também responde a uma demanda política que impede os juízes e tribunais ordinários de recusarem a aplicação das leis (MARÍN, 1998, p. 48).

A par da identificação dos dois grandes sistemas de Justiça Constitucional, a partir dos elementos já mencionados, a doutrina tem buscado sistematizar os modelos de Justiça Constitucional a partir de outros critérios, valendo mencionar, por todos, José Gomes Canotilho. O autor classifica as modalidades de Justiça Constitucional utilizando as categorias já mencionadas: quem exerce o controle, como se controla e os efeitos do controle; e acrescenta ainda outras duas: quando se controla e quem pede o controle (2007, p. 897-898). Esses critérios são utilizados de forma indiscriminada pela doutrina constitucionalista, sem variações dignas de nota; em seguida faz-se um breve resumo dessas modalidades.

Quanto ao primeiro critério, dos sujeitos do controle (quem exerce o controle), além do que já foi registrado supra, é necessário indicar a costumeira distinção assinalada entre o controle político (modelo francês), exercido por um órgão de natureza política, e o controle jurisdicional, o qual, por sua vez, subdivide-se em sistema difuso (modelo americano) e sistema concentrado (modelo austríaco).

Aqui cabe explicar que, embora a inclusão do controle político como exemplo de modelo de Justiça Constitucional seja amplamente aceita na doutrina (v. por todos CANOTILHO, 2007, p. 987 ss. e DANTAS, I., 2008, p. 250 ss), em conformidade com as premissas teóricas apresentadas até aqui, o modelo francês não constitui rigorosamente um exemplo de Justiça Constitucional.

Isso porque os modelos de Justiça Constitucional supõem a garantia judicial da Constituição por um Tribunal Constitucional, seja ou não órgão integrante do Poder Judiciário, mas em todo caso no exercício de uma atividade jurisdicional. O controle político, nesse passo, não constitui exemplo de Justiça Constitucional, senão mais propriamente de uma espécie de controle de constitucionalidade não jurisdicional.

Porém, sua importância, no contexto da doutrina que trata da teoria da Justiça Constitucional, torna esse modelo de menção obrigatória em qualquer estudo que trate do tema.

Isso posto, note-se que a categoria do controle político supõe que a fiscalização da constitucionalidade seja exercida por um órgão de natureza política, pelo que se faz referência à experiência constitucional francesa. Como visto, a tradição da Revolução Francesa dá ênfase ao princípio da separação de poderes, de maneira que o controle do ato legislativo não poderia caber senão a ele próprio, sendo certo que o Judiciário deve julgar *secundum leges* e não *de legibus*, premissa que inviabiliza o controle jurisdicional de constitucionalidade (cf. POLETTI, 2001, p. 56).

Insista-se que as características fundamentais do controle exercido pelo *Conseil Constitutionnel*, que justificam essa qualificação de órgão político, consistem em que esse órgão não integra o Poder Judiciário, não exerce função jurisdicional, e sua composição inclui ex-Presidentes da República, três membros nomeados pelo Presidente da República, três Conselheiros nomeados pelo Presidente da Assembleia e outros três pelo Presidente do Senado.

Além disso, outro aspecto marcante do controle político é o fato de que a atuação é preventiva sempre que a lei ou tratado internacional, conquanto aprovados, suscitarem dúvidas quanto à sua constitucionalidade, isto é, a fiscalização ocorre antes da promulgação do ato normativo e do início de sua vigência, sendo certo que, tratando-se de lei orgânica, muita vez relativa aos poderes públicos, é obrigatória a audiência do Conselho.

Como se pode perceber, essa característica, relativa ao momento do controle da constitucionalidade, também reforça a natureza política do controle; entretanto, parte da doutrina vislumbra uma função jurisdicional em sua atuação, em virtude, sobretudo, da fundamentação jurídica de suas decisões, que se assemelha ao paradigma de outras Cortes Constitucionais (DANTAS, I., 2008, p. 225).

Vencido o critério do sujeito do controle, pede-se a dispensa da repetição dos critérios seguintes, já analisados no bojo da distinção entre os modelos americano e austríaco. Resta, portanto, avaliar os critérios relativos ao tempo do controle (quando se controla) e à legitimidade ativa (quem pede o controle).

Em respeito ao tempo do controle (quando se controla), tem-se que o controle pode ser preventivo, ou prévio, que se realiza antes da vigência do ato normativo, e o controle sucessivo, ou repressivo, que é realizado quando o ato já está aperfeiçoado, tendo sido publicado e tendo entrado em vigor. Enquanto o controle político é preventivo, o controle

jurisdicional costuma ser repressivo, sendo exercido para impugnar um ato normativo já em vigor.

Por sua vez, o critério da legitimidade ativa (quem pede o controle) admite como modalidades a legitimidade *quisque de populo*, isto é, aquela em que se reconhece legitimidade a qualquer pessoa, também denominada de legitimidade universal, e a legitimidade restrita, em que o sistema só reconhece a determinadas pessoas ou entidades legitimação para provocar o controle de constitucionalidade. No modelo americano a legitimidade universal vem ao encontro do sistema difuso de controle de constitucionalidade, enquanto o modelo austríaco que adota um sistema concentrado de controle de constitucionalidade se compatibiliza com a solução da legitimidade restrita.

Concluída essa análise, posto que breve, observe-se que os modelos americano ou difuso, e austríaco ou concentrado, que se consagraram nas origens da Justiça Constitucional, contrapõem-se na medida em que o primeiro está centrado na proteção de direitos individuais, ao passo que o segundo prestigia a defesa da Constituição e, indiretamente, do sistema jurídico como um todo.

Entrementes, insista-se que esses sistemas têm sofrido adaptações e aperfeiçoamentos que, em última análise, representam uma aproximação entre ambos, de que são exemplos a utilização da figura do *amicus curiae* no sistema americano e as reformas do sistema austríaco, permitindo que tribunais encaminhem a controvérsia constitucional surgida em casos concretos perante a Corte Constitucional, fenômeno que, segundo visto, é denominado pela doutrina de evolução convergente dos dois modelos ou progressiva fusão do controle difuso e concentrado.

Não se discute que ambos tornaram-se referência obrigatória no constitucionalismo mundial, influenciando fortemente os países que, em seguida, adotaram seus próprios sistemas de Justiça Constitucional. Essa incorporação, porém, não se deu de forma pura, sendo certo que a preferência dos países europeus que adotam a *civil law* pelo sistema concentrado não eliminou completamente a necessidade de prover instrumentos para a defesa dos direitos humanos, o que deu origem a sistemas que combinam a existência de um controle concentrado com instrumentos do controle difuso, muita vez admitindo a provocação da questão pelo juiz singular, de maneira incidental.

Esses sistemas, a exemplo do sistema brasileiro de Justiça Constitucional, podem ser classificados como sistemas mistos, que resultam de uma associação híbrida entre os dois modelos originais, o americano e o austríaco, dos quais obtiveram diversos elementos (MALFATTI, PANIZZA, ROMBOLI, 2003, p. 7-8).

1.6. Sistema brasileiro de Justiça Constitucional

A Carta Imperial de 1824, inaugurando o constitucionalismo brasileiro, não trazia nenhum sistema de controle de constitucionalidade, atribuindo ao Poder Legislativo a competência para “fazer leis, interpretá-las, suspendê-las e revoga-las” e de “velar na guarda da Constituição” (art. 15, incisos VIII e IX). Nesse sentido a lição de Pimenta Bueno, para quem o conteúdo da lei somente poderia ser definido pelo Legislativo:

Só o poder que faz a lei é o único competente para declarar por via de autoridade ou por disposição geral obrigatória o pensamento, o preceito dela. Só ele e exclusivamente ele é quem tem o direito de interpretar o seu próprio ato, suas próprias vistas, sua vontade e seus fins. Nenhum outro poder tem o direito de interpretar por igual modo, já porque nenhuma lei lhe deu essa faculdade, já porque seria absurda a que lhe desse (*apud* MENDES, 2004, p. 189).

De outro lado, o artigo 98 da Carta Imperial atribuía ao Imperador o Poder Moderador, considerado a chave de toda a organização política, para manter a independência, equilíbrio e harmonia dos demais Poderes Políticos, o que praticamente afastava qualquer possibilidade de o Poder Judiciário exercer o controle de constitucionalidade, sendo certo que, acaso instituído algum sistema com essa finalidade, necessariamente iria atribuir essa competência ao próprio Imperador.

O controle de constitucionalidade, portanto, só viria a ser introduzido no constitucionalismo brasileiro com o fim do Império e o nascimento da República, já em 1890, por meio do Decreto n.º 848, de 11 de outubro de 1890, que organizou a Justiça Federal, o qual dispunha em seu artigo 3º que “na guarda e aplicação da Constituição e das leis nacionais, a magistratura só intervirá em espécies e por provocação da parte”. A Constituição de 1891 reproduziu dispositivos do Decreto, facultando recurso para o Supremo Tribunal Federal “quando se questionar sobre a validade ou a aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do tribunal do Estado for contra ela” (Constituição de 1891, art. 58, § 1º, alínea “a”).

Apesar da clareza desses dispositivos, a introdução da Justiça Constitucional no sistema jurídico brasileiro gerou certa perplexidade, suscitando dúvidas sobre a competência do Judiciário para controlar a constitucionalidade das leis. Essa questão foi muito bem explicada por Rui Barbosa, no arrazoado das ações civis dos reformados e demitidos pelos Decretos de 7 e de 12 de abril de 1892, republicado recentemente sob o título “Atos Inconstitucionais do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal”. O jurista baiano ponderava que a submissão das leis inconstitucionais é um dever do magistrado, do qual não lhe é lícito declinar, ademais, afirmava que a redação do dispositivo constitucional era clara

em reconhecer a competência tanto da Justiça da União quanto das Justiças dos Estados para julgarem a legitimidade das leis perante a Constituição, autoridade essa que é estendida “a todos os tribunais, federais ou locais, de discutir a constitucionalidade das leis da União, e aplicá-las ou desaplicá-las, segundo esse critério” (2003, p. 53).

Essa discussão foi esclarecida com a entrada em vigor da Lei n.º 221, de 20 de novembro de 1894, que complementou a organização da Justiça Federal e dispôs expressamente sobre o controle judicial da constitucionalidade das leis no seu artigo 13, § 10.⁹ Mas a competência do Judiciário para controlar a constitucionalidade das leis tornou-se ainda mais clara com a reforma constitucional de 1926, que modificou o texto do artigo 60 da Constituição, prescrevendo competir ao Supremo Tribunal Federal julgar recursos sempre que se questionasse sobre a vigência ou a validade das leis federais em face da Constituição e a decisão do tribunal do Estado lhes negasse aplicação.

O sistema difuso de controle de constitucionalidade introduzido em 1890, por meio de Decreto provisório, mantido pela Constituição de 1891, e explicitado com a reforma de 1926, permaneceu inalterado até o advento da Constituição de 1934, que trouxe mudanças importantes na Justiça Constitucional brasileira. A primeira alteração consistiu no reforço do procedimento que condicionou a declaração de inconstitucionalidade somente ao voto da maioria absoluta dos membros dos tribunais, conforme disposto no seu artigo 179. Para além disso, a Constituição consagrou a competência do Senado, quando comunicado pelo Procurador-Geral da República, para suspender, em caráter geral, a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal.

A inovação mais significativa, porém, foi a criação da representação interventiva, hoje conhecida como ação direta interventiva, confiada ao Procurador-Geral da República, em caso de ofensa aos princípios constitucionais insculpidos no artigo 7º, I, alíneas “a” a “h”, da Constituição, também denominados de princípios constitucionais sensíveis. Essa mudança consistiu no primeiro passo no sentido de implantar na ordem constitucional brasileira um sistema de controle concentrado de constitucionalidade.

Não se deve olvidar, porém, que, apesar das inovações, a Constituição de 1934 trouxe também um retrocesso, consistente na norma do seu artigo 68, que proibia ao Judiciário conhecer questões exclusivamente políticas, estabelecendo um claro limite ao controle

⁹ Lei n.º 221/1894. Art. 13, § 10. Os juízes e tribunais apreciarão a validade das leis e regulamentos e deixarão de aplicar aos casos ocorrentes as leis manifestamente inconstitucionais e os regulamentos manifestamente incompatíveis com as leis ou com a Constituição.

jurisdicional. É curioso observar que ainda hoje o Poder Judiciário estabelece restrições ao âmbito de sua intervenção, interpretando a garantia da inafastabilidade de forma a prevenir a intromissão do controle jurisdicional no exame de aspectos políticos. Para constatá-lo, basta examinar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no tema do processo legislativo, segundo a qual a matéria relativa à interpretação, pelo Congresso Nacional, de normas de regimento legislativo, é imune à crítica judiciária, circunscrevendo-se no domínio *interna corporis* (cf. MORAES, 1998, p. 56). Como se sabe, a vigência dessa Constituição teve curtíssima duração, visto que estava condenada a ser abolida já em 1937, com o advento do Estado Novo.

A Carta Política de 1937, também conhecida como a “Polaca” pela influência que sofreu da Constituição da Polônia, de origem totalitária e fascista, apresenta um perfil infenso ao conceito de democracia e da garantia de direitos individuais, exaltando um Estado forte e intervencionista (cf. BONAVIDES, 1989, p. 339 ss.). Outorgada por Getúlio Vargas, após o golpe de 10 de novembro de 1937, a Polaca institucionalizou um regime autoritário em que praticamente não havia divisão de poderes, pois o Legislativo e o Judiciário foram amesquinados em face do Executivo, concentrando-se imensos poderes na figura do Presidente da República, reconhecido no artigo 73 da Carta como “autoridade suprema do Estado”.

O Poder Judiciário ficou gravemente enfraquecido no regime político do Estado Novo, como se pode verificar do artigo 91 da Carta Política, que fazia ressalva a possíveis restrições às garantias da vitaliciedade, da inamovibilidade e da irredutibilidade de vencimentos da magistratura. Ademais, sofreu perda substancial no que toca à fiscalização da constitucionalidade das leis, uma vez que mesmo depois de declarada a inconstitucionalidade de uma lei pelo Supremo Tribunal Federal, esta era submetida de novo ao Legislativo, que poderia por maioria de dois terços rejeitar a decisão, hipótese que equivalia a uma emenda constitucional.

Ao discorrer sobre as constituições brasileiras, Afonso Arinos faz o seguinte comentário sobre a Carta de 1937:

Não há necessidade de prestar muita atenção a um texto que não foi aplicado e que havia sido redigido conscientemente para não se aplicar. Constituições ditatoriais e anticomunistas da Europa. Presidente com poder praticamente absoluto. O Supremo Tribunal anulado como poder político e garantias individuais reduzidas a quase nada (1976, p. 170).

Com efeito, tecnicamente, a Carta de 1937 nunca teve aplicabilidade, já que nunca foi cumprido o requisito previsto no artigo 187, que rezava: “Esta Constituição entrará em vigor na sua data e será submetida ao plebiscito na forma regulado em decreto do Presidente da República”. Como o plebiscito nunca foi realizado, de direito, a Carta de 1937 nunca entraria em vigor.

A Constituição de 1946 surgiu com o fim da Segunda Guerra Mundial, período em que:

vários povos se organizaram em novos Estados soberanos, e nações dominadas por forças invasoras ou por regimes ditatoriais reconquistaram as liberdades perdidas. Nessa época, vinte e um países promulgaram suas constituições, e, na América Latina, oito países inauguraram instituições novas ou reformaram a fundo as existentes (cf. FRANCO, 1976, p. 170-171).

Com um texto equilibrado e harmônico, e inspirada numa ideologia libertária no campo político, a Constituição do Pós-Guerra pôs fim ao regime autoritário do Estado Novo, restaurando o federalismo, a democracia e o equilíbrio dos poderes da República; é considerada por muitos estudiosos como a mais bem elaborada, do ponto de vista técnico, na história do constitucionalismo brasileiro.

No que diz respeito ao tema em apreço, importa registrar que o Poder Judiciário foi reerguido ao seu *status* de independência solapado pela Carta Polaca. A partir da redemocratização, não se permitiu mais a interferência indevida do Legislativo e do Executivo no funcionamento do Judiciário, ressalvada a participação em sua estrutura e organização, segundo os expressos limites do sistema constitucional de divisão de competências. A Constituição do pós-guerra reinstalou a supremacia judicial, de forma que coube novamente ao Judiciário decidir em caráter definitivo sobre as questões constitucionais, disciplinou a apreciação dos recursos extraordinários, manteve a exigência da maioria absoluta dos membros do Tribunal para a decisão declaratória da inconstitucionalidade, bem como a competência do Senado para suspender a execução da lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

A mudança mais significativa, no entanto, seria materializada em 26 de novembro de 1965, pela Emenda Constitucional n.º 16, que instituiu, juntamente com a representação interventiva, a representação genérica de inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, introduzindo no Brasil o sistema de controle abstrato. A Emenda n.º 16/65 também autorizou os Estados a estabelecerem processo de competência originária do Tribunal de Justiça para declaração de inconstitucionalidade da lei ou ato do

Município em conflito com a Constituição do Estado. Assim, a partir desse momento, o modelo de Justiça Constitucional brasileiro consolidou-se como um sistema misto, que adota ao mesmo tempo o controle de constitucionalidade difuso e o abstrato, por meio tanto da representação interventiva quanto da representação genérica de inconstitucionalidade que, atualmente, é denominada de ação direta de inconstitucionalidade (CUNHA JÚNIOR, 2008, p. 288).

Com a Revolução de 1964, os militares tomaram de assalto o poder, dando início a um novo ciclo autocrático que duraria mais de vinte anos. A promulgação da Carta Política de 1967 representou a tentativa de emprestar aparente legitimidade ao regime autoritário, viabilizando a continuidade e a institucionalização do processo político instaurado com a “Revolução Gloriosa”, verdadeiro golpe de Estado. A Carta de 1967 se caracteriza pela centralização do poder na União, com inegável fortalecimento do Poder Executivo; mais uma vez os Poderes Legislativo e Judiciário foram enfraquecidos, sendo relegados a um plano secundário pelo esvaziamento de suas competências. Apesar da formal divisão de poderes “independentes e harmônicos”, na realidade existia apenas o Poder Executivo, que legislava mediante decretos-leis e excluía do controle jurisdicional os atos praticados com fundamento em seus Atos Institucionais.

Embora a Carta mantivesse formalmente os mesmos direitos e garantias individuais previstos na Constituição de 1946, com a finalidade de conferir ao seu texto uma feição democrática, isso não tinha qualquer relevância para a realidade experimentada pelos brasileiros, já que o reconhecimento formal de direitos individuais não se traduzia num efetivo respeito das liberdades públicas. A Carta de 1967 padecia de falta de normatividade, subsistindo apenas no plano formal, mas sem maiores consequências práticas. Serve de exemplo daquilo que Ferdinand Lassalle pretendeu ilustrar quando qualificou as constituições escritas como meras “folhas de papel”, em contraste com a constituição real, formada pelo conjunto de forças políticas, sociais e econômicas que dominam uma sociedade, os chamados fatores reais do poder.

Do ponto de vista do modelo brasileiro de Justiça Constitucional, não se verificaram grandes inovações. O sistema misto de controle difuso e concentrado foi mantido, sendo criadas novas hipóteses de cabimento da representação interventiva, visando assegurar a observância dos princípios sensíveis e, outrossim, para prover a execução da lei federal, conforme disposto no artigo 10, incisos VI e VII, do texto constitucional. Com o advento da Emenda Constitucional n.º 1, de 1969, admitiu-se, também, a criação pelos Estados de representação interventiva para assegurar os princípios sensíveis indicados na Constituição

Estadual, prevendo expressamente o controle de constitucionalidade da lei municipal, conforme previsto no seu artigo 15, § 3º, alínea “d”. Por fim, cumpre registrar duas inovações introduzidas pela Emenda n.º 7/77, que criou, ao lado da representação de inconstitucionalidade, a representação para fins de interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual, cujo julgamento cabia ao Supremo Tribunal Federal, instituto que não subsiste mais no sistema da Constituição vigente, e previu expressamente a concessão de medidas cautelares na representação genérica de inconstitucionalidade, a teor do disposto no artigo 119, II, alíneas “l” e “p”.

Enfim, chega-se ao sistema atual instituído pela Constituição da República de 1988, conhecida como a Constituição Cidadã, na expressão cunhada por Ulysses Guimarães quando de sua promulgação. Em respeito à organização e estruturação do poder político, a Constituição de 1988 representou grande fortalecimento dos Poderes Legislativo e Judiciário. Nas palavras de Paulo Bonavides, trata-se de um marco na transição de um governo discricionário para um governo constitucional: “estamos unicamente passando de uma a outra transição, a saber, da transição discricionária para a transição constitucional, do governo de um só poder para o governo dos três poderes, do regime do decreto-lei para o regime da Constituição” (1989, p. 487).

O Poder Judiciário mereceu um tratamento especial do constituinte, com uma generosa ampliação de suas competências, principalmente no âmbito da Justiça Constitucional, desaguando num sistema de fiscalização da constitucionalidade que hoje contempla o controle difuso pela via de exceção, tanto nas ações quanto nas omissões, através do mandado de injunção, juntamente com o controle concentrado pela via da ação direta, com a ampliação dos legitimados para proporem ações diretas de inconstitucionalidade, a criação da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, da ação declaratória de constitucionalidade, instituída pela Emenda Constitucional n.º 3, de 17 de março de 1993, e da ação de descumprimento de preceito fundamental. Além disso, o modelo adotado pela Constituição de 1988 recebeu importantes contribuições do legislador ordinário, por meio da Lei n.º 9.868, de 10 de novembro de 1999, que regulamentou o processamento e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade, e da Lei n.º 9.882, de 3 de dezembro de 1999, que regulamentou o artigo 102, § 1º, da Constituição, disciplinando a ação de descumprimento de preceito fundamental.

Registre-se que, segundo doutrina constitucionalista mais abalizada, apesar de a Constituição de 1988 assegurar ampla oportunidade de efetivação do controle difuso da constitucionalidade das leis, a expansão do controle concentrado, por meio da ampliação dos

legitimados e das possibilidades de utilização das ações especiais, tem repercutido na diminuição da importância do controle difuso (CUNHA JÚNIOR, 2008, p. 290). Com efeito, tem-se assistido a um movimento sem precedentes no sentido da diminuição da importância dos juízes de primeiro grau, com a cada vez maior concentração de poderes nas cortes superiores, em especial no que diz respeito ao controle das decisões liminares no exercício do controle difuso, o que não escapa à crítica de juristas que avaliam o enfraquecimento “da linha de frente do poder Judiciário, da sua base, o primeiro grau de jurisdição, e a concentração desmedida de poderes na segunda instância e nos tribunais superiores”, um fator que leva à fragilidade do sistema como um todo (cf. GUIMARÃES, 2006, 38-39). Mas, a despeito disso, não há negar a importância da função uniformizadora dos Tribunais, sobretudo em questões de natureza constitucional.

Enfim, não se podem olvidar as importantes mudanças introduzidas no modelo brasileiro de Justiça Constitucional por meio da Emenda Constitucional n.º 45, de 8 de dezembro de 2004, que implementou a Reforma do Judiciário. Dentre as inovações trazidas pela reforma, diversas afetam o Supremo Tribunal Federal: a Reforma do Judiciário retirou do Supremo a competência para homologar sentenças estrangeiras e conceder *exequatur* às cartas rogatórias, transferindo-a para o Superior Tribunal de Justiça, incluiu novas hipóteses de competência originária e recursal, e, num claro mimetismo com o sistema americano das *petitions for certiorari*, criou novo requisito de admissibilidade para o recurso extraordinário, consistente na repercussão geral das questões constitucionais decididas (MOREIRA *in* BERIZONCE, HITTERS, OTEIZA, 2006, p. 556 ss.).

Outro ponto a ser mencionado, relativo à Emenda, é o acréscimo do § 3º ao artigo 5º, afirmando que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, aprovados em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos, serão equivalentes às emendas constitucionais, de maneira tal que as decisões que contrariem tais atos normativos constituem questão de natureza constitucional, ensejando inclusive a utilização de recurso extraordinário (DANTAS, I., 2008, p. 454-455).

Por fim, a Reforma do Judiciário também criou nova atribuição para o Supremo, consistente na aprovação de súmulas vinculantes. Tais súmulas, segundo disposto no artigo 103-A, 1º, da Constituição, introduzido pela Emenda n.º 45/2004, terão por objetivo “a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica”.

Em resumo, o sistema atual de Justiça Constitucional brasileiro prevê os seguintes instrumentos de controle de constitucionalidade: (a) o controle de constitucionalidade difuso por exceção, que permite seja suscitada a inconstitucionalidade via incidental em caso concreto, exercido por qualquer juiz ou tribunal; (b) o controle de constitucionalidade difuso por omissão, via mandado de injunção; (c) o controle de constitucionalidade concentrado, que possibilita o pronunciamento em abstrato acerca da validade da norma: via ação direta de inconstitucionalidade por ação ou por omissão (ADIN) e via ação declaratória de constitucionalidade (ADC); (d) hipóteses especiais de controle concentrado, via ação direta de inconstitucionalidade interventiva (ADIN interventiva) e via arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF); e (e) o controle concentrado de constitucionalidade de lei municipal em face da Constituição Estadual, por via de ação direta perante os Tribunais de Justiça.

2. JUSTIÇA CONSTITUCIONAL E INTERPRETAÇÃO JUDICIAL DA CONSTITUIÇÃO

SUMÁRIO: 2.1. A interpretação constitucional como problema. 2.2. Criação judicial do Direito e o mito do legislador negativo. 2.3. Ideologia da interpretação constitucional: o originalismo e a intenção dos constituintes. 2.4. A Nova Hermenêutica e a interpretação judicial da Constituição.

2.1. A interpretação constitucional como problema

A consolidação da Justiça Constitucional como importante instituição do constitucionalismo moderno não elimina a controvérsia acerca de sua legitimidade; pelo contrário, ainda hoje se fazem severas críticas às proposições de John Marshall que estão à base da doutrina do *judicial review* e que, de forma geral, apresentam-se como justificativa da garantia judicial da Constituição.

O *Chief Justice* partiu da premissa de que os tribunais são meros instrumentos da lei, de forma que o poder exercido pelos juízes não põe em efeito a sua vontade, mas sim a vontade popular expressa na Constituição; a ideia é a de que o controle de constitucionalidade resulta da aplicação da Constituição mediante o exercício de razões jurídicas, sendo certo que a solução de uma questão jurídica admite apenas uma resposta correta sindicável por um juízo técnico. Sucede, porém, que a lei não é uma entidade física e sua descoberta pela razão técnica é uma quimera; nos dizeres de Charles L. Black:

“Lei”¹⁰ é um termo curto para coisas que são feitas e ditas e escritas por seres humanos. Se uma questão jurídica é “controversa”, isso só pode significar que, na realidade, as pessoas que a enfrentaram e discutiram sobre ela não chegaram a um consenso, o que equivale dizer que não há uma determinada e única resposta correta, porque não existe *standard*, fora das admitidas opiniões variantes das pessoas relevantes, para o qual pode-se olhar (1960, p. 162, tradução nossa).

Com efeito, a lei é expressa em palavras ou, mais precisamente, as leis existem em palavras e não se pode assegurar que nenhuma palavra tenha um significado único e correto, sem ambiguidades, aliás, mesmo que tais palavras existam, parece indiscutível que muitas das palavras usadas na lei não são dessa espécie. Como decorrência lógica, não se pode admitir seriamente que existe apenas uma resposta correta para cada questão jurídica, a ser descoberta por quem é suficientemente habilitado. É forçoso admitir que, em grande parte, as questões

¹⁰ Vale lembrar que o termo “Law” em inglês significa lei no sentido material, ou Direito, enquanto a lei, no sentido formal usado pelos sistemas jurídicos romano-germânicos, é denominada pelo vocábulo “Act”.

jurídicas não são solucionadas com base em raciocínios puramente normativos, como equações matemáticas.

Isso mostra-se ainda mais claro em se tratando da aplicação de normas constitucionais, cujo conteúdo é via de regra acentuadamente impreciso, onde muitas vezes o juiz decide com base em suas convicções pessoais, influenciado por critérios extrajurídicos e às vezes até irracionais.

A crítica ganha corpo na medida em que a doutrina tem se esforçado em demonstrar que a Constituição, embora seja uma norma jurídica, possui peculiaridades distintas das demais normas do sistema jurídico, principalmente no que concerne ao seu caráter político e à abstração da linguagem utilizada pelo constituinte, divisando aí a necessidade de empregar métodos e princípios de interpretação adequados a essa especificidade.

Veja-se, por todos, a abordagem de Luís Roberto Barroso identificando quatro características que singularizam as normas constitucionais, a saber: a) sua superioridade hierárquica que confere à Constituição o papel de referência de validade de todo o ordenamento jurídico; b) a natureza da linguagem empregada, própria de normas principiológicas e esquemáticas, que apresentam maior abertura e abstração e menor densidade semântica; c) o conteúdo específico da Constituição cujas normas, em grande parte, não obedecem à estrutura lógica das normas jurídicas que preveem um fato tipo, atribuindo-lhe uma consequência, destacando-se entre elas as normas programáticas; e d) a dimensão política da Constituição que dificulta a neutralização dos fatores políticos no momento de interpretar suas normas (2006, 107-112).

Todavia, parte da doutrina, sobretudo alguns dos adeptos da filosofia analítica, rejeita essa concepção ao argumento de que tais características não são exclusivas das normas constitucionais, ou ainda, de que não há diferenças substanciais entre as normas constitucionais e as normas jurídicas em geral a ponto de justificar um critério exclusivo para sua interpretação. Desse modo, os mesmos critérios que presidem a hermenêutica em geral serviriam para desvendar o sentido, significado e alcance das normas constitucionais, concluindo-se que “inexiste interpretação constitucional com foros de especificidade, o que há é uma interpretação jurídica das normas constitucionais” (cf. BULOS, 1997b, p. 14-21).

Seguindo essa linha teórica, Riccardo Guastini nega a especificidade da interpretação constitucional e contesta as razões que poderiam sustentá-la, designadamente argumentos de que as normas constitucionais se diferenciam das demais normas do sistema jurídico: a) pela especificidade de seu objeto; b) por versarem sobre a matéria constitucional; c) pelo seu conteúdo normativo – uma vez que os textos constitucionais enunciam normas de princípio

que proclamam valores; d) por tratarem de relações políticas extremamente cambiantes; e e) porque, diferentemente das leis, são idealizadas para durar no tempo, oferecendo uma organização estável aos poderes públicos e às relações entre Estado e cidadãos, sendo difíceis de modificar ou substituir (2008, p. 53-58).

O autor pondera, em suma, que essas características não são exclusivas ou particulares das normas constitucionais, pois as Constituições escritas não esgotam a matéria constitucional, diversas leis possuem conteúdo normativo principiológico e regulam relações políticas, ou ainda, possuem a pretensão da perenidade, como é o caso de muitos códigos, a exemplo do Código Napoleônico, extraíndo daí a inadequação de métodos e princípios específicos para a interpretação constitucional (GUASTINI, 2008, p. 53-58).

Embora minoritária, essa posição teórica suscita, quando menos, uma reflexão sobre o lugar comum da literatura constitucionalista de que a interpretação constitucional demanda a utilização de métodos e princípios especiais, em razão das peculiaridades das normas constitucionais. Tem sentido a ponderação de que as particularidades apontadas como justificativa para essa distinção não estão presentes em todas as normas constitucionais e nem mesmo podem ser tidas como características exclusivas da Constituição, posto serem identificadas sem dificuldades em algumas leis, e que isso, em certa medida, torna controversa a idealização de métodos interpretativos específicos para a Constituição.

Mas note-se que a crítica não invalida o argumento de que as características destacadas (da especificidade de objeto, conteúdo normativo e dimensão política) demandam o emprego de métodos de interpretação diferenciados dos métodos clássicos, visando atender às especificidades das normas jurídicas que as possuem, não importando se elas são próprias da Constituição ou de leis. Em outras palavras, esse argumento não levanta objeção ao raciocínio de que é necessário empregar métodos interpretativos próprios e adequados às normas cuja vagueza de sentido potencializa a divergência da interpretação, o que se manifesta tanto na necessidade de densificar normas jurídicas de conteúdo principiológico, quanto de concretizar conceitos indeterminados valorativos, estejam ou não inseridos em normas constitucionais; muito embora essa seja uma característica marcante delas.

Sucedo que, quando se fala em especificidade da interpretação constitucional, toma-se em consideração justamente o fato de que as características já mencionadas se manifestam, sobretudo, nas normas constitucionais, vez que, a partir do século XX, as Constituições assumiram a função referência axiológica da ordem jurídica, formando uma ordem de valores que faz transparecer com os princípios uma supremacia normativa material.

É dizer que a problemática enfrentada pela interpretação constitucional surge da necessidade de aplicar as normas constitucionais, na perspectiva de que a Constituição não só é fundamento formal de validade do ordenamento jurídico como também seu fundamento material ou de conteúdo, principalmente no que diz respeito aos direitos humanos (BONAVIDES, 2006, p. 290).

Nesse passo, a postura teórica de negar a necessidade de uma interpretação especificamente constitucional acaba por desconsiderar a função axiológica dessas normas para o sistema jurídico, partindo da crença de que a interpretação jurídica da Constituição seria a mesma do Direito Privado (BELAUNDE, 1994, p. 16), atitude que praticamente ignora a mudança de paradigma experimentada pela Ciência Jurídica no pós-guerra, com a superação do positivismo jurídico (KRELL, 2008).

O positivismo jurídico, expressão cunhada a partir da distinção entre Direito Positivo e Direito Natural, cujo sentido não se confunde com o positivismo em sentido filosófico, tem suas raízes históricas no início do século XIX, e como fundamento o fato histórico da produção legislativa do Direito. Na lição de Bobbio, o pensamento positivista é aquele segundo o qual não existe outro Direito senão o positivo, entendido o termo Direito Positivo como significando o Direito posto pelo poder soberano do Estado, mediante normas gerais e abstratas: a lei. Daí por que o positivismo jurídico tem suas origens e fundamento no movimento histórico pela codificação, positivação, do Direito (1995, p. 119 ss.).

Do ponto de vista científico, a concepção positivista nasce da tentativa de dar ao conhecimento do Direito um *status* equiparado ao das ciências naturais, considerando o fenômeno jurídico essencialmente como um fato, abstraído seu aspecto valorativo. No prefácio à primeira edição de sua obra fundamental, Kelsen afirma o esforço de desenvolver uma teoria jurídica pura, porque purificada de toda ideologia política e todos os elementos de ciência natural (2000, p. XI), liberta de tudo que seja estranho a seu objeto. E o objeto da Ciência do Direito, de acordo com sua teoria, é o Direito positivo, aquele que vige e é dotado de eficácia numa determinada sociedade.

A estrutura lógica do positivismo jurídico é tributária do modelo de racionalidade que presidia a ciência moderna, o qual foi constituído e se desenvolveu no domínio das ciências naturais. Esse modelo de racionalidade científica surgiu no século XVI e perdurou até o século XIX, tendo como referências as teorias de Newton, Bacon e Descartes, e partia do pressuposto de que o saber racional, ou científico, é um conhecimento que aspira à formulação de leis causais extraídas da observação e da experimentação, visando à explicação e previsão dos fenômenos. Por consequência, o conhecimento humanístico, cujo objeto não se

apresenta com a regularidade dos fenômenos causais, é tido como um saber não científico e irracional (SANTOS, 2002, p. 10 ss.). Note-se que a proposta do positivismo de neutralizar o fenômeno jurídico contradiz radicalmente as premissas do jusnaturalismo, enfatizando a necessidade de diferenciar o Direito e a Moral.

Nesse sentido, Hart explica que a divergência entre o pensamento positivista e o jusnaturalismo decorre da relação entre a Moral e o que seja o Direito. Para os partidários do Direito Natural, a Moral é um condicionante do jurídico, de modo que o sistema ou ordenamento que não fosse justo, por não obedecer à justiça do verdadeiro Deus ou por ser incompatível com princípios eternos e imutáveis e passíveis de constatação através da razão, não seria Direito e sim arbítrio. Para o positivismo jurídico, não é necessário que as leis reproduzam ou satisfaçam exigências morais, embora frequentemente o façam, e sua crítica baseia-se fundamentalmente na distinção entre leis descritivas e prescrições.

As leis descritivas procuram descrever e explicar um fenômeno natural, de modo que, caso haja uma discordância entre ambos, a regra deveria ser reformulada, pois estaria errada. Já as normas jurídicas são prescrições e, portanto, estão sempre sujeitas a serem desobedecidas, vez que o homem possui o livre arbítrio, sendo certo que tais normas não permitem demonstração por não serem explicação de uma realidade e sim ordenamento da conduta. Segundo Hart, a crença em um Direito Natural implica a existência de uma lei natural que rege a conduta do homem e, desse modo, pode ser reduzida a uma falácia, confundindo as noções de leis naturais e prescrições (1994, p. 201-209).

A filosofia do positivismo jurídico viria ser seriamente questionada com o advento da Segunda Guerra Mundial, diante da constatação de que o culto absoluto à lei possibilitou que regimes políticos como o nazismo, na Alemanha, e o fascismo na Itália, praticassem atos inomináveis sob o manto da legalidade. Tais eventos demonstraram a necessidade de revisão do paradigma positivista, sendo inadmissível hoje a “ideia de um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos e da lei como uma estrutura meramente formal, uma embalagem para qualquer produto” (BARROSO, 2006, p. 349).

O pensamento formalista, tal como posto na doutrina do positivismo jurídico de Kelsen e Hart, mostrou-se inapto a acompanhar a evolução do Direito seja como ciência, seja, ainda, como objeto do conhecimento. Demais disso, a dicotomia entre o positivismo e o jusnaturalismo perdeu muito de sua relevância com o surgimento do Estado Social de Direito e do Estado Democrático de Direito, os quais incorporaram à Constituição os valores e o conteúdo do Direito Natural na forma de normas-princípio, positivando mandamentos como a dignidade da pessoa humana, a justiça social, e a igualdade ou isonomia material.

Cabe, aqui, o cotejo entre a crise do pensamento jurídico formalista e a crise do paradigma dominante da racionalidade científica da modernidade. O modelo de racionalidade do século XIX fundava-se na ideia de que os fenômenos observados são regulares, porque independem de tudo exceto de um conjunto razoavelmente pequeno de condições cuja interferência é observada e medida. Todavia, a ciência contemporânea, sob o impacto da teoria da relatividade de Einstein, da mecânica quântica e dos teoremas de Gödel, entre outros avanços do conhecimento, demonstra que essa ideia obriga separações arbitrárias entre os fenômenos, separações precárias que conduzem à formulação de leis de caráter probabilístico e aproximativo (SANTOS, 2002, p. 23 ss.).

Essa mudança pode ser comparada, no âmbito da Ciência do Direito, à superação do paradigma formalista fechado do positivismo, que pretendeu abstrair o aspecto valorativo e sociológico do sistema jurídico em prol de uma ciência pura de caráter essencialmente normativo, com isso evidenciando-se a interdependência do Direito com a realidade social, que acompanha o pensamento compreensivo aberto a valores.

A aspiração a uma visão ética do Direito, que centra o eixo da Ciência Jurídica nos direitos humanos, tem por consequência igualmente a necessidade de revisão da hermenêutica clássica segundo a qual caberia ao intérprete tão-somente descobrir “a vontade do legislador ou da própria lei, empregando-se, de modo geral, os métodos de Savigny, acrescidos da interpretação teleológica da obra de Von Ihering”, visando atender à necessidade de métodos adequados à aplicação das normas jurídicas, sobretudo constitucionais, que positivaram esses valores por meio dos princípios (SOUZA CRUZ, 2006, p. 2-3).

Não há se negar, portanto, que a mudança de paradigma da Ciência Jurídica está diretamente relacionada à incorporação de nova pauta axiológica pelas Constituições modernas e pelo modelo de Estado do Bem-Estar Social (*Welfare State*) que, por sua vez, impõe uma revisão na teoria da interpretação constitucional. Assim, se o problema da interpretação jurídica clássica surgiu como algo orgânico e estruturado com a codificação no século XIX, a partir de esforços teóricos centrados no Direito Privado, designadamente do Direito Civil, os métodos de interpretação da Nova Hermenêutica constitucional surgem com o crescimento do interesse pela interpretação constitucional em meados do século XX:

Talvez não seja ocioso advertir que este interesse pela interpretação constitucional cresce quando há contornos que a favorecem, e que curiosamente surgem tão-só depois da Segunda Guerra Mundial: democratização política em diversos países, surgimento de entes com características especiais como os tribunais constitucionais, auge dos direitos humanos, retorno à democracia em muitos países da América

Latina, processos de integração regional... (BELAUNDE, 1994, p. 13-14, tradução nossa).

Por cima de provocarem a revisão da hermenêutica tradicional e o surgimento de uma Nova Hermenêutica constitucional, as transformações na Ciência jurídica a partir do pós-guerra repercutem, outrossim, na desneutralização do Judiciário, que precisa agir criativamente para decidir, não só em virtude da vagueza das normas constitucionais, como também pela mudança de contexto onde a luta por novos direitos deixa a arena central da política e passa a ser implementada pela via judicial, na qual o embate deve se dar a partir de argumentos de princípios e não de política (DWORKIN, 2001, p. 3-6).

Realmente os direitos sociais, culturais e econômicos, que constituem o elemento central das Constituições do século XX, ao se tornarem vinculantes para o legislador, abrem alas para a expansão do fenômeno da Justiça Constitucional e da proteção jurisdicional de direitos humanos, problematizando a interpretação constitucional, nomeadamente por constituir um fator de estímulo para a criatividade judicial, sobretudo em virtude de seu caráter prestacional e, muitas vezes, programático que demandam uma intervenção estatal ativa para sua concretização (CAPPELLETTI, 1993, p. 61-67).

Sem embargo, existe um razoável consenso na doutrina constitucionalista, especialmente no âmbito da moderna hermenêutica constitucional, de que a aplicação da Constituição é mais do que mera subsunção de fatos a normas; é também um ato de criação, em certa medida, de decisão política que envolve a vontade do aplicador. A teoria jurídica da interpretação já afastou a ideia de que as decisões judiciais são meramente técnicas, deduzidas de um raciocínio intelectual que presume objetividade e certeza (ZAGREBELSKY, 2008, p. 38-39), e a doutrina constitucional tem aceitado sem dificuldade que a Justiça Constitucional exerce uma função criadora, o que, em certo modo, conduz a uma constitucionalização da política (cf. MARÍN, 1998, p. 76 ss.).

Diante dessa conjuntura, reabre-se a discussão acerca da legitimidade da Justiça Constitucional e do papel do Judiciário no desdobramento e efetivação dos princípios constitucionais e dos humanos, pondo-se em foco a dimensão política da interpretação judicial da Constituição.

2.2. Criação judicial do Direito e o mito do legislador negativo

Afirmou-se, de início, que, apesar da duradoura existência da Justiça Constitucional como instituição fundamental do Estado Democrático de Direito, permanece o debate acerca de sua legitimidade; cumpre esclarecer, contudo, que hodiernamente o foco da discussão

transferiu-se da querela sobre a existência da Justiça Constitucional e da aprovação de uma sistemática de garantia judicial da Constituição, para a análise dos métodos de interpretação das normas constitucionais e para o estabelecimento da extensão correta e das funções da jurisdição constitucional.

Em geral tem-se entendido que o debate sobre a existência da Justiça Constitucional perdeu muito de sua importância em face de sua afirmação histórica como instituição do Estado Democrático de Direito, e também em face de sua forte presença nos mais variados sistemas de governo em todo o mundo, o que, nas palavras de André Ramos Tavares, constitui um paradoxo da Justiça Constitucional: “sua ampla aceitação e seu contínuo questionamento democrático, o que implica a construção incessante de limites ou contornos precisos de sua atuação” (2005, p. 492-493).

Assim, se é verdade que a consolidação da Justiça Constitucional não elimina a controvérsia sobre sua legitimidade democrática, não é menos certo que, no estágio atual da discussão teórica, carece de maior relevo discutir sobre a existência de um Tribunal Constitucional destinado a resguardar a supremacia da Constituição, sua defesa e cumprimento, até mesmo diante do processo histórico que resultou na sua consolidação em nível mundial.

Por outro lado, reconhecidos a importância da Justiça Constitucional e seu papel central no sistema constitucional, o debate transferiu-se da existência do poder, para a forma como o mesmo é exercido (BERGER, 1969, p. 336-337). Enfim, a controvérsia sobre a legitimação democrática da Justiça Constitucional, embora permaneça atual, não mais enseja desafios em respeito à sua própria existência enquanto instituição; atualmente, a indagação teórica acerca da legitimidade democrática centra-se na dimensão política da Justiça Constitucional, e de forma mais específica nos limites de suas funções e de sua atuação.

Nessa perspectiva, da legitimidade democrática, a primeira baliza que se apresenta à interpretação judicial da Constituição é a proposição kelseniana de que o juiz constitucional deve atuar como uma espécie de legislador negativo, cuja atividade de anulação das leis inconstitucionais seria principalmente de aplicação e, somente em pequena medida, de criação do Direito, argumento que justificaria uma verdadeira limitação na competência da Justiça Constitucional.

Como visto no capítulo anterior, a tese de Hans Kelsen parte da distinção entre a atividade de elaboração e de anulação das leis, limitando-se a competência do Tribunal Constitucional a esta última, onde a criatividade judicial seria bastante restrita, vez que a

atividade do legislador negativo estaria absolutamente limitada pela Constituição (KELSEN, 2003, p. 153).

Sabe-se que a construção teórica do legislador negativo foi utilizada por Kelsen, inclusive, para rebater a objeção de que o Tribunal Constitucional, ao fiscalizar a constitucionalidade das leis, estaria interferindo na seara do Poder Legislativo e, desse modo, violando o princípio da separação dos poderes. Ao se considerar a relação estreita entre a proposição kelseniana e a doutrina da separação dos poderes, tem-se a clara noção do grave viés limitador da atividade interpretativa do juiz constitucional nela presente. Ora, a doutrina francesa da separação de poderes, que tem sua principal referência teórica em Montesquieu, restringe radicalmente a atividade criativa do magistrado, tanto assim que o filósofo liberal chegou mesmo a preconizar que o juiz deve se limitar à aplicação da lei como um ser inanimado, a boca da lei cuja missão seria exclusivamente de “pronunciar as palavras da lei”, sem poder moderar nem sua força nem o seu rigor (1982, p. 123).

Todavia, no estágio atual da teoria hermenêutica, tem-se contestado fortemente a tese kelseniana do legislador negativo, reconhecendo a criatividade da Justiça Constitucional ainda quando se limite a controlar a constitucionalidade de leis, tanto mais quando a norma constitucional, dada sua amplitude e imprecisão, contribui para uma maior discricionariedade do juiz constitucional.

Mauro Cappelletti já observa que a controvérsia sobre o papel criador do juiz é perfeitamente estéril, pois, quando se fala dos juizes como criadores do Direito, está-se declarando uma banalidade, algo evidente por si mesmo, pois é óbvio que toda interpretação é criativa e toda interpretação judicial configura criação judicial do Direito. Para o jurista italiano, o ponto mais importante a discutir não é a existência da criação judicial do Direito, mas sim o grau de criatividade que pode ser admitido pelo sistema jurídico, sem comprometer a legitimidade democrática do processo jurisdicional:

Mas a verdadeira discussão se inicia apenas neste ponto. Ela verte não sobre a alternativa criatividade-não criatividade, mas (como já disse) sobre o *grau* de criatividade e os *modos, limites e legitimidade* da criatividade judicial. Ora, é evidente que a decisão baseada na “equidade”, por exemplo, tem espaço mais amplo de escolha do que a baseada e vinculada a precisos precedentes judiciais ou detalhadas prescrições legislativas. O grau de criatividade é, portanto, mais elevado na primeira. Conquanto verdade que nem precedentes nem normas legislativas podem vincular *totalmente* o intérprete – que não podem, assim, anular de todo a que denominarei imprescindível *necessidade de ser livre*, e portanto a sua *criatividade e responsabilidade* –, também é verdade, contudo, que o juiz, vinculado a precedentes ou à lei (ou a ambos), tem como dever mínimo apoiar sua própria argumentação em tal direito judiciário ou legislativo, e não (apenas, na “equidade” ou em análogos e vagos critérios de valoração (CAPPELLETTI, 1993, p. 24-25).

Ainda no que diz respeito propriamente à qualificação da atuação do juiz constitucional como a de um legislador negativo, cumpre observar que a prática das Cortes Constitucionais enseja uma compreensão bem mais dilatada da sua função interpretativa do que a proposta por Kelsen.

Para percebê-lo, basta observar que, a despeito do dogma da separação dos poderes, é crescente a opção das Cortes Constitucionais por diversas espécies de decisões normativas, as quais revelam uma clara postura criativa, visando à otimização ou realização da Constituição. Tais decisões normativas põem em segundo plano a suposta atuação da Justiça Constitucional como um legislador negativo, pois são inúmeras as espécies de decisões interpretativas nas quais o juiz constitucional ao invés de simplesmente anular uma disposição legislativa contrária à Constituição, acaba por preservar a lei, incorporando-a ao sistema jurídico com um novo sentido.

A propósito, vale mencionar estudo em que Riccardo Guastini comenta a grande importância que reveste a prática da Corte Constitucional italiana de interpretação conforme ou adequadora das leis à Constituição, descrevendo quadro de todo compatível com a tendência que se tem observado recentemente no Brasil, junto ao Supremo Tribunal Federal, com o crescente ativismo judicial. Guastini identifica na jurisprudência da Corte Constitucional italiana diversas espécies de interpretação conforme ou de adequação de leis à Constituição, de acordo com o descrito em seguida (*in* CARBONELL, 2005, p. 63-66).

Em primeiro lugar são mencionadas as decisões interpretativas em sentido estrito, categoria que abrange as decisões que não versam diretamente sobre uma disposição legislativa, assim entendido o texto da lei, senão sobre uma das possíveis interpretações do texto, as quais podem ser:

1- sentenças interpretativas de rejeição ou improcedência (*rechazo*), quando, diante de mais de uma interpretação possível em que a primeira resulta numa norma inconstitucional e a segunda numa norma conforme a Constituição, a Corte Constitucional rejeita a dúvida suscitada sobre constitucionalidade da disposição normativa, desde que a mesma seja interpretada de modo tal que seja conforme a Constituição, proibindo, contudo, o emprego do dispositivo no sentido que contradiga a Constituição;

2- sentenças interpretativas de acolhimento ou procedência (*aceptación*), quando, em situação semelhante à anterior, a interpretação normalmente aceita pelos operadores do Direito seja desconforme à Constituição, casos em que a Corte declara fundada a dúvida de inconstitucionalidade, mas, ao invés de anular o dispositivo, limita-se a declarar a

inconstitucionalidade de uma de suas interpretações, ou da parte em que expressa uma norma inconstitucional.

A outra categoria é denominada pelo autor de decisões “manipuladoras” ou normativas, que correspondem às decisões de acolhimento em que a Corte não se limita a declarar a ilegitimidade constitucional das normas que lhe são submetidas, mas vai além, comportando-se como um legislador ao modificar diretamente o ordenamento, com o objeto de ajustá-lo à Constituição. Essas decisões podem apresentar dois tipos de fundamento, formando:

1- sentenças aditivas, aquelas em que a Corte declara a inconstitucionalidade do dispositivo na parte em que não expressa uma norma, que deveria expressar para ser conforme com a Constituição, ocorrendo, em geral, em situações para as quais a Corte aplica o princípio da igualdade, estendendo o sentido da norma para contemplar sujeitos que não estavam originalmente abrangidos por ela;

2- sentenças “substitutivas”, referindo-se a decisões em que a Corte declara a ilegitimidade constitucional de uma dada disposição, na parte em que expressa certa norma em lugar de outra, substituindo a disposição legal por outra criada pela própria Corte (cf. GUASTINI *in* CARBONELL, 2005, p. 63-66, tradução nossa).

Do que se vem de ver, percebe-se que Guastini questiona a legitimidade das decisões da Justiça Constitucional que qualifica de manipuladoras ou normativas, as quais, segundo entende, exacerbam a função confiada à Corte de defesa da Constituição, consistente em anular dispositivos que a contradigam ou mesmo de limitar as interpretações juridicamente possíveis em face da Constituição, para agir ativamente, criando normas não expressas implícita ou explicitamente no texto legal.

Note-se, no entanto, que a despeito dessa oposição doutrinária, a prática generalizada das Cortes Constitucionais tem admitido sem maiores dificuldades as sentenças aditivas e, em alguns casos, até mesmo sentenças substitutivas, chegando-se a ponto de considerar que esse caminho conduz a uma onipotência judicial em que “as grandes decisões políticas, como já acentuado, vão se deslocando do âmbito do Legislativo e do Executivo para o do Poder Judiciário” (MENDES, COELHO, BRANCO, 2007, p. 119).

Em trabalho versando especificamente sobre a matéria, Edílson Nobre Júnior aponta que os tribunais vêm manifestando uma opção cada vez maior por decisões criativas, cujo teor, ao fundamento de fornecer uma interpretação conforme a Constituição, diminui o atrito com o Legislativo e, em lugar de invalidar lei incompatível com a Constituição, incorpora a nova norma ao ordenamento por meio de um novo sentido (2006b, p. 116).

No trabalho referenciado, ao tempo em que são tecidas críticas às decisões substitutivas, defende-se a admissibilidade de decisões aditivas diante da necessidade de eficiência na atuação dos órgãos públicos, argumentando que o princípio da separação dos poderes não se apresenta atualmente com o mesmo rigor da época do movimento constitucionalista dos séculos XVII e XVIII.

Segundo o estudo, as sentenças aditivas têm sido acolhidas na prática de alguns tribunais constitucionais, principalmente na Itália e na Espanha, sendo certo que a técnica das decisões aditivas serve ao propósito de concretizar o princípio da igualdade e também ao imperativo de conservação dos atos estatais, sem, contudo, importar atividade legislativa típica, pois:

Entre a atividade legislativa e a adição, oriunda do manuseio da exegese em harmonia com a Constituição, há um límpido e inegável ponto de distanciamento: é que, ao contrário do que acontece com o legislador, não se tem a elaboração de uma norma jurídica, com a discricção àquele peculiar, mas tão-só o complemento da existente, a partir de solução constante do sistema jurídico, cuja descoberta se deve ao labor do intérprete. Há, sem margem de dúvida, atividade de criação jurídica, sem embargo de inexistir atividade legislativa típica (2006-A, p. 130).

Seja como for, isto é, mesmo para os que recusem a possibilidade de sentenças aditivas, está claro que na prática a atuação da Justiça Constitucional, longe de se limitar à função de legislador negativo, tem-se espreado para mais além, principalmente diante da tendência recorrente de empregar a interpretação conforme a Constituição como meio de diminuir os atritos com o Legislativo.

Mas, se essa postura da Justiça Constitucional permite que os conflitos entre os Poderes sejam minimizados, em virtude da conservação dos atos emanados do Legislativo, d'outra banda também reforça a função política da Corte Constitucional, demandando um nível maior de criatividade judicial. Assim, o dogma da rígida separação dos poderes e a tese kelseniana do legislador negativo tornam-se muito fragilizados em face da experiência e da prática disseminada da Justiça Constitucional na atualidade.

Não bastassem esses fatores, cabem ainda outras críticas importantes à ideia de que a Justiça Constitucional se limitaria a exercer uma função de controle que resultaria na invalidação de normas, ou seja, no contexto em que Kelsen efetivamente empregou a expressão legislador negativo.

Um argumento de peso consiste em considerar que, na medida em que o juiz constitucional invalida uma norma legislativa por um determinado motivo ou fundamento,

essa decisão repercute na atuação do Legislativo, que se vê compelido a produzir normas compatíveis com a posição adotada pela Corte.

A questão está bem explicitada no estudo comparado dos Direitos francês, belga e alemão desenvolvido por Christian Behrendt sobre o juiz constitucional como um legislador que atua positivamente, fixando uma moldura para o futuro.

Em seu trabalho, o autor parte da premissa de que o adjetivo negativo é utilizado por Kelsen em uma acepção muito particular, na medida em que não se trata de designar mera inação, nem muito menos uma abstenção de produzir algo, designadamente de produzir uma norma nova. Ao anular uma lei, o Tribunal Constitucional certamente atua de forma positiva, criando uma norma que provoca a invalidação do dispositivo. Nesse caso, a distinção entre positivo e negativo, no papel do juiz constitucional, está colocada no sentido de que a Justiça Constitucional “não exerce nenhuma influência sobre a norma que regula a situação no futuro: isto está previamente fixado pelo legislador” (BEHRENDT, 2006, p. 437, tradução nossa). Essa proposição supõe que toda norma inconstitucional possa ser invalidada, desde que contradiga a Constituição.

Ocorre, no entanto, que, por vezes, isso não é possível, seja por não existir uma norma anterior que possa ser restaurada com a invalidação, seja ainda pelo fato de a norma anterior existente não poder ser restaurada, como ocorre nos casos em que a norma anterior se apresenta mais ofensiva à Constituição que aquela submetida ao processo de anulação. Aliás, o próprio STF já se deparou com situações como essas e tem solucionado o problema com base na jurisprudência do efeito repristinatório indesejado, recusando-se a apreciar a ação declaratória de inconstitucionalidade sem que se dê o prévio aditamento da petição inicial para incluir o pedido de declaração de inconstitucionalidade da lei anterior, mais ofensiva à Constituição (LIMA, 2002).

Além disso, há hipóteses em que a simples anulação da lei esbarra em impossibilidade material, senão jurídica, onde as consequências práticas da decisão de tão gravosas tornam-se inviáveis na prática. Essas situações, inclusive, têm justificado a modulação temporal da eficácia das decisões do Supremo Tribunal Federal, desde que presentes razões de segurança jurídica ou excepcional interesse social, nos termos da legislação infraconstitucional que disciplina o processo de controle abstrato de constitucionalidade.¹¹

¹¹ Lei n.º 9.868/99. Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

As situações ora descritas dão ensejo à constatação de que é inevitável, por vezes, a interferência positiva da Justiça Constitucional no conteúdo da atividade normativa do Legislativo, nomeadamente no âmbito das decisões políticas institucionais. Ademais, na medida em que a atuação legislativa está vinculada às prescrições constitucionais, não se pode negar que as decisões da Corte Constitucional, ao fixarem o sentido da Constituição, influenciam diretamente no conteúdo das normas a serem produzidas no futuro pelo Legislativo, o que não se compadece com o parâmetro kelseniano do legislador negativo.

Para reforçar o argumento de que, em suas decisões, a Corte Constitucional não se limita a anular leis incompatíveis com a Constituição, como um legislador negativo, mas interfere também no conteúdo das leis a serem produzidas no futuro pelo Legislativo, podem-se destacar ainda três aspectos teóricos relativos aos efeitos das decisões proferidas em sede de controle abstrato de constitucionalidade, discutidos com profundidade pela doutrina alemã: o controle de prognoses legislativas, o apelo ao legislador e o efeito vinculante.

O primeiro ponto diz respeito à experiência germânica de admitir que a Corte Constitucional possa proferir decisões sobre a legitimidade ou ilegitimidade de uma lei a depender de eventos futuros, controlando os prognósticos fixados pelo legislador. Um exemplo de controle de prognoses legislativas é o caso das farmácias mencionado por Gilmar Mendes (*Apothekenurteil, BVerfGE 7, 377*), em que a Corte Constitucional alemã apreciou a constitucionalidade de lei do Estado da Baviera que condicionava a instalação de novas farmácias a uma permissão especial da autoridade administrativa. A lei foi editada para evitar a multiplicação de estabelecimentos farmacêuticos, por ausência de uma legislação restritiva, mas a Corte Constitucional julgou que o prognóstico do legislador, tanto quanto a uma suposta proliferação de farmácias como quanto às consequências que poderiam advir desse fato, era inconsistente e que, portanto, a lei não atendia ao interesse público, contendo restrição incompatível com o livre exercício de atividade profissional protegido constitucionalmente (2004, p. 475-477).

Esse caso mostra que a Corte Constitucional alemã, como de resto outros Tribunais Constitucionais, ao fiscalizar a legitimidade de leis em face da Constituição, muitas vezes tem de levar em consideração questões de fato e não apenas questões jurídicas e, além disso, necessita sopesar eventos futuros e as situações possivelmente neles implicadas.

No Brasil, a doutrina do controle de prognoses legislativas é utilizada pelo próprio Gilmar Mendes, em seus julgamentos no Supremo Tribunal Federal, do que dá exemplo a decisão proferida na ADIN n.º 2548/PR, movida pelo Governador do Estado de São Paulo contra duas leis do Paraná que concederam favores fiscais de ICMS, em que, contrariando

precedentes do próprio tribunal, o Ministro permitiu a participação da FIESP no processo na condição de *amicus curiae*, asseverando ser necessário assegurar amplo acesso e participação de sujeitos interessados, quando o Tribunal Constitucional faz juízos sobre a legitimidade de leis, considerando fatos e prognoses legislativos. Leia-se excerto da decisão monocrática:

Essa nova realidade pressupõe, além de amplo acesso e participação de sujeitos interessados no sistema de controle de constitucionalidade de normas, a possibilidade efetiva de o Tribunal Constitucional lançar mão de quaisquer das perspectivas disponíveis para a apreciação da legitimidade de um determinado ato questionado. A constatação de que, no processo de controle de constitucionalidade, se faz, necessária e inevitavelmente, a verificação de fatos e prognoses legislativos, sugere a necessidade de adoção de um modelo procedimental que outorgue ao Tribunal as condições necessárias para proceder a essa aferição.

Como se vê, esse tipo de decisão mostra que a discussão jurídica sobre a constitucionalidade de uma lei ou uma política pública pode estar condicionada ao exame de situações de fato, eventos futuros e, nomeadamente, de uma avaliação sobre a consistência dos juízos de prognose empregados pelo legislador, isto é, um juízo sobre a racionalidade de sua avaliação sobre o porvir.

Conceda-se que, nessas situações, o juízo da Corte pode ser mais ponderado ou, talvez, melhor informado que o do legislador, mas ainda assim é importante ressaltar que tal pronunciamento judicial vai além de uma atuação de conteúdo meramente negativo, no sentido de anular uma lei, porque substitui a prognose legislativa por uma judicial, e esta, definitivamente, tem o sentido positivo de influenciar a atividade legislativa que se seguirá, vinculando-a a determinada prognose judicial.

O segundo ponto, do apelo ao legislador (*Appellentscheidung*), remete à atuação da Corte Constitucional no sentido de conclamar o legislador a proceder à correção ou adequação de uma situação jurídica ainda constitucional, com vistas a que não se torne inconstitucional, em alguns casos fixando-se prazo para tanto. Quanto a esse ponto, é conhecida a decisão do Tribunal Constitucional alemão sobre a legislação previdenciária que somente beneficiava o cônjuge masculino com a pensão previdenciária se os ganhos da segurada fossem considerados fundamentais para o sustento da família, exigência dispensada no caso da viúva.

Após um julgamento em 1963, que reconheceu a constitucionalidade dessa disposição, em uma segunda decisão em 1974, a Corte considerou que as normas ainda não eram inconstitucionais, mas que o legislador estava obrigado a promulgar nova lei, pois as disposições em questão estavam submetidas a um “notório processo de inconstitucionalização” (MENDES, 2004, p. 408-410). As considerações acerca desse ponto

mostram de forma ainda mais clara a atuação positiva da Corte Constitucional no sentido de influenciar o conteúdo da norma a ser editada pelo legislador, repercutindo muitas vezes em reformas legislativas importantes, o que ocorreu na Alemanha em respeito à legislação pertinente aos filhos havidos fora do casamento, sobre as relações jurídicas nas escolas públicas e também na legislação previdenciária no caso antes citado.

Há a registrar que o apelo ao legislador ganha maior relevo diante de situações de inconstitucionalidade decorrentes de omissões legislativas, sendo certo que, no Brasil, o tema assume particular relevo tendo em vista os instrumentos de controle inculpidos na Constituição da República de 1988 para superar omissões legislativas inconstitucionais, nomeadamente o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

Em 9 de maio de 2007, o Supremo Tribunal Federal proferiu importante julgado na ADI n.º 3682/MT, relativa à omissão do legislador em regulamentar o disposto no art. 18, § 4º, incluído na Constituição pela Emenda Constitucional n.º 15, de 13 de setembro de 1996; isso porque, decorrida mais de uma década, não havia sido editada a lei complementar federal definidora do período dentro do qual poderão tramitar os procedimentos tendentes à criação, incorporação, desmembramento e fusão de municípios, gerando situações de perplexidade, inclusive com a criação de inúmeros municípios em desacordo com a exigência constitucional.

Configurada a omissão legislativa inconstitucional, o STF fixou um parâmetro temporal razoável de tempo, de vinte e quatro meses, para que as leis estaduais que criaram municípios ou alteraram seus limites territoriais continuassem vigendo, até que a lei complementar federal fosse promulgada contemplando as realidades desses municípios, sob pena de, esgotado esse prazo sem a regulamentação da emenda, tornarem-se inconstitucionais todas as leis estaduais nessas condições.

É fácil perceber que, numa situação como essa, não se pode falar seriamente numa atuação da Justiça Constitucional limitada à tese kelseniana expressada pela figura do legislador negativo, uma vez que, de um lado, não existe dispositivo algum a ser anulado e, de outro, existe uma manifesta influência da decisão judicial na atividade legislativa, criando situações de interferência recíproca entre as decisões da Corte Constitucional e as decisões políticas institucionais do Poder Legislativo na produção da lei.

Calha mencionar, a propósito disso, as reflexões de André Pires Rosa acerca da qualificação teórica da atuação da Justiça Constitucional diante de omissões legislativas inconstitucionais, reportando-se designadamente à situação do Supremo Tribunal Federal para ressaltar que:

No controle dessa situação de inconstitucionalidade descabe esperar do Supremo Tribunal Federal qualquer atuação que o identifique com um *legislador negativo* – pois que não pode anular uma omissão – nem tampouco é lícito esperar uma atuação ativista, como *legislador positivo*, pois o constituinte lhe conferiu simplesmente a competência para comunicar ao verdadeiro legislador que existe uma omissão legislativa inconstitucional. (2006, p. 295, tradução nossa, grifos do original).

Por fim, é importante mencionar o aspecto referente ao efeito vinculante das decisões das Cortes Constitucionais como elemento para afastar a premissa teórica de que a atuação da Justiça Constitucional seria comparável à de um legislador negativo, limitando-se à anulação de dispositivos inconstitucionais. Quanto a esse aspecto específico, Gilmar Mendes enfatiza que, do ponto de vista objetivo, o efeito vinculante das decisões proferidas em sede de controle abstrato de constitucionalidade não se limita apenas ao dispositivo da decisão, alcançando igualmente os seus fundamentos determinantes sobre a interpretação da Constituição, que devem ser observados nos casos futuros (cf. MENDES, COELHO, BRANCO, 2007, p. 1218-1219).

Nesse toar, cabe a reflexão de que, se a decisão da Corte Constitucional vincula tanto quanto ao preceito do *decisum* como também, e inclusive, quanto aos seus fundamentos determinantes na interpretação e aplicação da Constituição, seu caráter de vinculação está voltado para a futura aplicação do dispositivo constitucional; em outras palavras, afirma-se que, nos termos estritos da concepção teórica mencionada sustentada, no Brasil, por ninguém menos que o Presidente do STF, o efeito vinculante qualifica como obrigatória uma determinada interpretação da Constituição dada pela Corte Constitucional, a qual tem repercussão na sua futura aplicação por todos, inclusive pelo legislador.

Remonte-se, portanto, à tese de Christian Behrendt de que o juiz constitucional não atua apenas como um legislador negativo, mas sim como um legislador positivo (*législateur-cadre positif*) cujas decisões fixam uma moldura para o futuro, repercutindo na atuação do Legislativo, impelindo-o a produzir normas compatíveis com as posições adotadas pela Corte.

Pode-se asseverar, portanto, que a doutrina do legislador negativo, por cima de não representar a realidade nem a experiência prática da Justiça Constitucional, carece de sustentação teórica, já que a atuação da Justiça Constitucional interfere diretamente no conteúdo da atividade do Legislativo para o futuro. Para ilustrar o primeiro ponto, de que a prática das Cortes Constitucionais não respeita os limites idealizados por Kelsen, vale lembrar os estudos de Riccardo Guastini sobre a atuação da Corte Constitucional italiana, a pesquisa de Edílson Nobre sobre as Cortes italiana e espanhola e a pesquisa desenvolvida por

Behrendt sobre a jurisprudência do *Conseil Constitutionnel* francês, da *Cour d'Arbitrage* belga e do *Bundesverfassungsgericht* alemão, isso sem mencionar a experiência brasileira, em especial a recente jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que tem sinalizado para uma crescente utilização de técnicas de interpretação que ampliam cada vez mais as fronteiras da criatividade judicial, ou mesmo o sistema difuso americano, no qual a tese do legislador negativo nunca assumiu qualquer relevância.

Enfim, é seguro afirmar que, no plano da prática da Justiça Constitucional, está superado o mito do legislador negativo, pois, mesmo que se deixe de lado a discussão acerca das reais possibilidades oferecidas pelas modalidades de interpretação conforme a Constituição à Corte Constitucional, visando respeitar os limites de uma função de controle da atividade legislativa, restariam ainda assim as múltiplas espécies de interferência das decisões da Corte Constitucional que anulam as leis no conteúdo da legislação porvir. No mais, a anacronia do discurso kelseniano também se configura do ponto de vista teórico devido à vasta gama de situações em que a preservação da ordem constitucional não se basta com a mera anulação de dispositivos desconformes à Constituição, afigurando-se absolutamente inevitável cogitar de outras possibilidades de atuação para o Tribunal Constitucional.

2.3. Ideologia da interpretação constitucional: o originalismo e a intenção dos constituintes

Superada a doutrina do legislador negativo, segue o exame de outra importante investida teórica visando limitar radicalmente a função criativa do Direito da Justiça Constitucional, desta feita a doutrina originalista surgida no direito americano. Não é demais lembrar que, em se tratando de um país que adota o sistema do *common law*, tem-se um ambiente no qual o debate acerca da criatividade judicial assume outro nível, nomeadamente em face da maior abertura que aquele sistema proporciona à discussão sobre a equidade nos julgamentos.

Sem dúvidas, o dilema entre a Justiça Constitucional e a democracia permanece extremamente atual no berço da Justiça Constitucional, sendo que, na década de 1980, a doutrina estadunidense sobre o controle de constitucionalidade se agrupou basicamente em dois campos: o interpretativismo e o não interpretativismo. A distinção entre tais teorias foi proposta por Thomas Grey, ao argumento de que a Suprema Corte com frequência adotou o modelo não interpretativista, por se basear em ideais nacionais básicos de liberdade individual e tratamento justo, ainda que não estivessem positivados na Constituição (cf. SIFFERT *in* VIEIRA, 2002, p. 74-75).

Segundo o interpretativismo, os juízes deveriam decidir demandas de natureza constitucional apenas mediante uma atividade intelectual das normas constitucionais. Para essa corrente teórica, o papel das cortes deveria limitar-se à investigação do conteúdo literal da lei constitucional, de forma que qualquer ambiguidade no significado do texto deve ser resolvida pela referência à intenção dos constituintes (*framers*); isso porque juízes não possuem legitimidade democrática, vez que não são eleitos pelo voto popular, devendo restringir-se às intenções originais dos representantes do povo (cf. DIMOND, 1992, p. 5-11).

Ao discorrer sobre o tema, Luís Roberto Barroso afirma que a discussão foi reavivada nos Estados Unidos após dois períodos em que a Suprema Corte apresentou perfil nitidamente progressista, sob a presidência de Earl Warren (1953-1969) e Warren Burger (1969-1986), o que deu ensejo à articulação de um movimento conservador que se denominou de originalismo, segundo o qual “o papel do intérprete da Constituição é buscar a intenção original (*the original intent*) dos elaboradores da Carta, abstendo-se de impor suas próprias crenças”, sendo certo ainda que o controle do Judiciário apresenta uma dificuldade contramajoritária, somente se legitimando nos limites expressos do texto constitucional (2006, p.113-115). Veja-se o que diz a respeito Raoul Berger:

Por que a “intenção original” é tão importante? A resposta foi de há muito dada por Madison: se “o sentido no qual a Constituição foi aceita e ratificada pela Nação ... não for o guia de sua explicação, não poderá haver segurança para um governo consistente e estável, mais ainda para um fiel exercício de seus poderes”. [...] Se a Corte (Suprema Corte) pode substituir sua intenção pela dos Fundadores, ela pode, como a História adverte, reescrever a Constituição sem limite (1977, p. 363 ss., tradução nossa).

Desse modo, nos Estados Unidos, o debate teórico passou a centrar-se na dicotomia entre originalistas e não originalistas, principalmente em razão do debate provocado por Edwin Meese, Ministro da Justiça durante o governo Reagan, conservador que defendia um retorno à jurisprudência da intenção original. Outro fator determinante foi a nomeação de Robert Bork à Suprema Corte americana, também no governo de Ronald Reagan, que fracassou em virtude de amplo movimento de rejeição tanto na esfera política como na acadêmica (v. BELTRÁN, 1989, p. 25 ss.).

Bork, um dos principais ideólogos do originalismo, sustenta que não se devem procurar princípios ou direitos fora da Constituição e que o papel constitucional da Suprema Corte justifica-se tão-somente com a aplicação de princípios definidos no texto constitucional de forma neutra, defendendo uma forte restrição ao poder do Judiciário na decisão de questões fundamentais (SIFFERT *in* VIEIRA, 2002, p. 76).

A corrente teórica originalista assume diferentes propostas ou vertentes, que variam em função das estratégias que adotam para distinguir a intenção dos constituintes.

A primeira delas, e a mais restritiva, é defendida por Raoul Berger e combina a história do Direito e a interpretação constitucional, sustentando que o significado do texto constitucional se baseia na intenção dos constituintes que, a partir de antecedentes históricos, denotam um significado concreto. A concepção é de que a mesma tradição histórica que confere legitimidade ao *judicial review* e lhe outorga papel essencial no sistema Constitucional deve fixar os critérios para seu exercício, sendo equivocado considerar a Suprema Corte como “educadora da opinião pública, consciência nacional do povo americano ou líder na resolução de problemas sociais tormentosos” (1969, p. 336-346, tradução nossa). A melhor forma de interpretar a Constituição seria atribuir força vinculante à intenção de seus autores, os constituintes.

Para Berger, a Suprema Corte americana errou ao proferir a decisão do caso *Brown vs. Board of Education*, declarando inconstitucional a segregação racial em escolas públicas, vez que modificou o significado histórico da Constituição de acordo com suas próprias preferências e, dessa forma, extrapolou os limites dos seus poderes constitucionais. Isso porque o sentido histórico da Emenda XIV, que instituiu a *equal protection clause*, era de obstar a discriminação, assegurando que, em respeito a um grupo limitado de privilégios, os negros não fossem tratados diferentemente dos brancos. Assim, se a segregação não conferia nenhum privilégio a um branco, não havia embasamento histórico para invalidá-la (1977, p. 166-191).

Interessante observar que essa postura interpretativista, vinculada às referências históricas dos constituintes, conflita com a intenção dos próprios constituintes, pois eles optaram por uma linguagem mais abstrata justamente por estarem conscientes da evolução cultural e do câmbio social, havendo registros de que, em suas palavras, “a Constituição deveria conter apenas os princípios essenciais, evitando assim que o Governo ficasse obstaculizado por considerar permanentes e inalteráveis os preceitos constitucionais, os quais deveriam acomodar-se no futuro aos tempos e acontecimentos” (cf. RICHARDS, 1988, p. 147, tradução nossa).

Sabe-se que é uma particularidade da experiência constitucional americana valorizar sobremaneira a intenção dos constituintes (*framers*) na interpretação constitucional. Entretanto, é curioso observar, juntamente com David Richards, que nem todos constituintes americanos aspiraram a uma duração tão grande do texto constitucional, sendo certo que mesmo Thomas Jefferson discordava da concepção de que a Constituição tivesse autoridade

vinculante para as gerações posteriores, sugerindo que cada geração deveria rever a ordem política estabelecida e estabelecer uma nova segundo sua melhor maneira de entender as coisas, tanto assim que seu anteprojeto de Constituição da Virgínia permitia um procedimento simples de reforma (1988, p. 141-142).

A segunda variante originalista é a defendida por Robert Bork, que dá preferência a significados conotativos mais concretos sobre outros abstratos. Segundo defende, o originalismo não implica que o recurso ao texto, a estrutura e a história da Constituição, solucione um caso específico, apenas estabelecendo uma premissa a partir da qual se vai raciocinar sobre o caso. Ao aplicar a Constituição o juiz deve, em primeiro lugar, divisar qual o princípio ou o valor que os constituintes pretendiam proteger e, a partir dessa intenção original, identificar se esse princípio ou valor está sendo ameaçado pelo ato posto sob o crivo da Justiça Constitucional.

De acordo com essa vertente, a decisão da Suprema Corte no caso *Brown vs. Board of Education* foi correta, uma vez que a intenção original não deve ser avaliada a partir das opiniões concretas dos constituintes, mas sim do significado conotativo de sua intenção, ou seja, dos princípios que pretenderam consagrar (BRITO *in* SILVA, 2005, 65-66).

Em contraponto ao originalismo, as teorias não interpretativistas enunciam ser inelutável o fato de os juízes, ao interpretarem a Constituição, exercerem uma liberdade de escolha em suas decisões.

A corrente não interpretivista admite então uma concepção evolutiva da Constituição segundo o avançar do tempo e do pensamento político, e mesmo a existência de direitos não enumerados. A legitimidade da interpretação constitucional tem como referência material os princípios da justiça, da liberdade e da igualdade, vez que a própria existência da Constituição se justifica nesses valores, de modo que a interpretação constitucional, assim entendida, não se pode limitar à intenção original dos constituintes. A ideia-força dessas teorias consiste em considerar necessário atribuir um sentido substancial à Constituição, sobretudo às normas constitucionais abertas ou de conteúdo vago e impreciso.

Um dos principais representantes dessa corrente é Ronald Dworkin, cuja teoria jurídica assume fundamentalmente as seguintes premissas: a) Soberania da Constituição, no sentido de que o direito da maioria é limitado pela Constituição; b) objetividade interpretativa que não é atrapalhada pelo recurso aos princípios da justiça, liberdade, igualdade e outros, pois seu conteúdo é firmado com base no texto, história, precedentes, regras de procedimento e competência que garantem uma atividade interpretativa tendente à objetividade; e c) o conteúdo do Direito não é apenas o conteúdo das normas jurídicas concretas, sendo formado

por princípios abertos, cuja concretização é tarefa dos juízes (CANOTILHO, 2007, p. 1196-1197).

Dworkin sustenta que o ordenamento jurídico é composto não só por normas concretas e positivas, mas também por diretrizes acerca dos objetivos sociais do Estado e por princípios referentes à justiça e equidade, os quais proporcionam ao juiz discricionariedade no momento de decidir casos difíceis (*hard cases*) (cf. BELTRÁN, 1989, p. 41). Além disso, Dworkin admite a existência de direitos morais, pré-estatais, frutos tanto da história quanto da moralidade, que podem ter existência anterior à sua positivação, ou seja, direitos individuais que são originados diretamente de valores contidos em princípios, independente de sua criação prévia através de leis explícitas (DWORKIN, 2002, p. 136).

Para o autor, a moralidade integra o ordenamento por meio de princípios que são exigências de justiça e equidade. Ademais, no que diz respeito propriamente à interpretação constitucional, Dworkin justifica a atividade do Judiciário por meio da distinção entre princípios e diretrizes políticas. Segundo defende, ao decidir um caso o juiz constrói a norma utilizando argumentos de princípio a partir de uma teoria política geral que orienta seu juízo. Os argumentos de princípio justificam uma decisão que garante o direito de um indivíduo ou de um grupo, mas não se confunde com o argumento de política, que se volta a um objetivo coletivo, o bem-estar geral e o interesse público. O princípio contém uma exigência de justiça, de equidade ou outra dimensão da moralidade, ao passo que a política busca promover metas coletivas que têm em vista a produção de algum benefício geral para a comunidade como um todo (2002, p. 136 e 142-143).

Importa ressaltar que a concepção de Dworkin não é propriamente favorável a uma postura ativista do Judiciário. Isso porque, segundo defende, como os direitos decorrem da moralidade comunitária e da história institucional, o juiz tem o dever jurídico de buscar sempre, tomado o estudo das instituições existentes, a melhor justificação moral (política) para sua decisão. O juiz não encontra nem cria o Direito; ele o interpreta, mantendo íntegra a história e a prática constitucional de seu país.

A integridade afeta a atividade do juiz em três dimensões distintas: a) as decisões judiciais devem se fundar em argumentos de princípios, não podendo traduzir uma posição política; b) verticalmente a integridade vincula o juiz aos precedentes e à estrutura do Direito; c) horizontalmente, a integridade compele o juiz que adota um princípio em um determinado caso a dar-lhe o mesmo tratamento em outros casos semelhantes.

Para ilustrar seu argumento, Dworkin utiliza a metáfora do juiz Hércules, um juiz ideal apto a encontrar a única resposta correta. É um juiz com capacidade, sabedoria, paciência e

sagacidade sobre-humanas, que interpreta a história institucional como um movimento constante e partindo de uma análise completa e criteriosa da Constituição, da legislação e dos precedentes, para identificar nestes a leitura feita pela própria sociedade dos princípios jurídicos aplicáveis aos casos.

O juiz real deve se inspirar no juiz Hércules para que se aproxime o mais possível desse ideal. Hércules deve construir “um esquema de princípios abstratos e concretos que forneça uma justificação coerente a todos os precedentes do direito costumeiro e, na medida em que estes devem ser justificados por princípios, também um esquema que justifique as disposições constitucionais e legislativas” (2002, p. 182). O juiz pode criar direito novo, fundado em princípios, mas, ao fazê-lo, deve ser consistente com a tradição, voltando seus olhos para o passado, para o presente e para o futuro.

Um juiz ativista tenderia a ignorar a Constituição, as decisões da Suprema Corte e as tradições da cultura política; a metáfora do juiz Hércules pretende colocá-lo em uma posição intermediária, entre a passividade e o ativismo judicial (POGREBINSCHI, 2000, p. 133). Significa que, embora admita a atuação criativa do Direito por parte do juiz, atribuindo-lhe uma larga legitimidade para discutir a mais ampla gama de questões, inclusive políticas, Dworkin ao mesmo tempo não renuncia aos pressupostos liberais da segurança jurídica e da coerência do sistema. O princípio da integridade é uma demonstração clara de sua pretensão à unidade do sistema, como também o é a tese da única resposta correta. Isso, porém, pode ser objeto de várias críticas por conferir uma importância muito grande ao papel do juiz (v. HABA, 2001).

A importância do originalismo no debate teórico do Direito Constitucional americano explica-se pelas peculiaridades de sua história política e institucional, algumas das quais foram objeto de análise no capítulo anterior. Tais circunstâncias ensejaram o pioneirismo americano na articulação de um sistema de Justiça Constitucional, e resultaram na adoção da doutrina da *judicial supremacy*, entendida como a autoridade da Suprema Corte dos EUA de atuar como intérprete em última instância da Constituição (WHITTINGTON, 2007, p. 6-7), entretanto elas também embasam a tese originalista no sentido de limitar os poderes da Justiça Constitucional, postulando uma maior restrição judicial na análise dos atos praticados pelos demais Poderes, democraticamente eleitos, doutrina denominada de *judicial restraint* e *judicial deference*, e maior respeito às condições preestabelecidas pelos constituintes.

O originalismo apresenta-se como uma teoria da interpretação que centra suas preocupações na legitimidade da Justiça Constitucional, no entanto a problemática enfocada não põe em disputa apenas métodos de interpretação, senão uma visão política acerca do

papel da Justiça Constitucional, o que se denota muitas vezes do partidarismo presente nas discussões travadas em torno do assunto.

Na moderna hermenêutica constitucional, não há mais espaço para a discussão entre subjetivismo e objetivismo, vontade da lei (*mens legis*) e vontade do legislador (*mens legislatoris*). É irrelevante aferir a exata intenção do legislador constituinte para conferir o conteúdo às disposições constitucionais, pois a visão representada no momento da promulgação da Constituição pertence ao passado, e a partir desse momento desvincula-se do seu criador. A questão, em boa verdade, é menos jurídica do que ideológica, sendo certo que não existe conexão necessária entre a legitimidade da Justiça Constitucional e as teorias originalistas da interpretação constitucional.

2.4. A Nova Hermenêutica e a interpretação judicial da Constituição

Como nem a doutrina kelseniana do legislador negativo nem a estadunidense do originalismo apresentam soluções satisfatórias para o problema da legitimidade na interpretação judicial da Constituição, resta investigar se as respostas podem ser encontradas no estudo da Nova Hermenêutica constitucional e dos métodos de interpretação constitucional propugnados pelos seus teóricos.

A expressão Nova Hermenêutica remonta à concepção desenvolvida na metade do século XX de que a Constituição consubstancia os valores que integram a sociedade e, tomando em consideração a mudança de paradigma conhecida como virada pragmática da filosofia, ou também giro linguístico-pragmático, enfatiza o método axiológico-valorativo de interpretação, levando em consideração aspectos materiais da norma constitucional interpretada.

A virada pragmática, ou giro linguístico-pragmático, denomina a profunda mudança ocorrida nas concepções da epistemologia provocada pelo movimento da filosofia analítica, nomeadamente nas décadas de 1950 e 1960, quando se passou a conceder um novo *status* à linguagem, como um dos objetos da investigação filosófica. Até então ainda predominava o paradigma da filosofia da consciência de Descartes e de Kant, que foca as possibilidades de estruturar o conhecimento no sujeito, investigando as possibilidades da consciência de produzir juízos sobre a realidade.

A partir da concepção da filosofia da consciência, a teoria do conhecimento enfatiza as dificuldades decorrentes do abismo intransponível que separa o sujeito cognoscente do objeto de conhecimento. A filosofia analítica, por sua vez, tem por característica centralizar suas preocupações nos obstáculos ao conhecimento inerentes ao próprio uso indiscriminado da

linguagem, sobretudo diante da impossibilidade prática do emprego preciso da linguagem fora de um contexto social determinado. O giro linguístico-pragmático consiste justamente na percepção de que a linguagem só tem sentido quando está engrenada em um uso intersubjetivo, de modo que o conhecimento não pode ser estruturado numa relação sujeito-objeto, tendo em vista que o sujeito e o objeto se relacionam na comunicação com a comunidade de sujeitos que interagem no discurso.

Uma contribuição importante na transição para o giro linguístico coube ao positivista lógico Ludwig Wittgenstein, cujo pensamento possui duas fases: a primeira com o *Tractatus Logico-Philosophicus*, na qual aborda o problema da linguagem como uma função de representação de fatos no mundo, e a segunda, quando aprofunda seus estudos na obra *Investigações Filosóficas*, apresentando sua noção de jogo de linguagem (cf. SIMON, 2006, p. 49). Nesse segundo momento, o filósofo supera a visão ontologizante da filosofia, rejeitando a hipótese de que a linguagem tenha uma forma geral, como se cada palavra indicasse um objeto, ou ainda, como se cada palavra possuísse um significado essencial: a linguagem não é um fenômeno estático no qual cada palavra possa representar algo com foros de definitividade; ela resulta de uma atividade humana e está condicionada por fatores históricos e culturais.

Wittgenstein realça que o significado da linguagem depende do seu uso, o que, por sua vez, depende do contexto em que está inserido; dito de outro modo, o uso da linguagem não tem função meramente descritiva, mas diversas outras funções que variam de acordo com a maneira como ela está sendo utilizada. A figura do jogo de linguagem serve, então, para explicar como ocorre o funcionamento da linguagem, fornecendo um pano de fundo para se compreender que existem diferentes regras para o uso da linguagem, as quais dependem do jogo de linguagem em que as palavras e expressões estão sendo empregadas. Além disso, Wittgenstein defende a importância da linguagem real em lugar da elaboração teórica de uma linguagem logicamente perfeita (cf. ALENCAR, 2009, p.48).

Completa-se a virada pragmática da filosofia quando Thomas Kuhn explica o conceito de paradigma, para tanto se valendo da figura dos jogos de linguagem criada por Wittgenstein. Thomas Kuhn afirma que os cientistas trabalham com base em “modelos adquiridos através da educação ou da literatura a que são expostos subsequentemente, muitas vezes sem conhecer ou precisar as características que proporcionaram o *status* de paradigma comunitário a esses modelos” (KUHN, 2007, p. 70).

Sua tese é de que essa tradição científica, o paradigma, serve de padrão para o conhecimento científico de forma relativamente estável, somente se modificando por meio de

rupturas nas visões de mundo que o constituem. Ao ressaltar que os cientistas estão imersos em uma tradição científica, a qual não necessita sequer de um conjunto de regras e pressupostos definidos, mas que influencia suas pesquisas inclusive no momento de determinar se um dado problema é um problema legítimo ou não, Kuhn demonstra que até mesmo o saber científico está limitado pelo uso da linguagem, na medida em que se torna inviável estruturar o conhecimento sem considerar o contexto pragmático no qual ele está inserido.

A virada pragmática filosófica repercutiu fortemente na teoria da interpretação constitucional alertando para a necessidade de aproximar a atividade de interpretação jurídica da realidade, com isso superando-se não só o paradigma lógico-dedutivo dos métodos tradicionais de interpretação como também a ideologia da subsunção. Com o giro linguístico fica sem sentido a noção de que uma norma possa ser interpretada fora do contexto pragmático em que ela está situada, o que equivale a dizer que uma norma não pode ser interpretada fora de uma situação da realidade. Essa assertiva decorre da constatação de que a linguagem adquire sentido em função do uso que é feito dela e, este, por sua vez, depende da situação da realidade em que está inserido.

No que diz respeito à teoria da Justiça Constitucional, essa linha de pensamento identifica um problema fundamental do sistema de controle concentrado de constitucionalidade, pois o processo hermenêutico não pode consistir tão-somente num discurso abstrato sobre a validade da norma, vez que o próprio sentido da norma depende sempre de uma compreensão baseada em situações concretas. Este, aliás, é um ponto bem explicitado por Lenio Streck, o qual afirma textualmente que não se faz controle concentrado de constitucionalidade isolado de situações concretas, fora do mundo prático (2006, p. 85).

Tal reflexão torna-se mais clara em vista de um exemplo, como o caso das medidas de racionamento de energia elétrica contra o risco do “apagão”. Na oportunidade, o Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade das medidas que previam a obrigatoriedade da redução no consumo de energia, sob pena de aplicação de multa e, em último caso, até mesmo da suspensão do fornecimento de energia. Veja-se que, muito embora a medida tenha sido considerada constitucional “em tese”, sua aplicação em algumas situações concretas pode se tornar claramente inconstitucional.

Cogite-se da situação de um paciente que depende de aparelhos para sobreviver, os quais precisam permanecer operando ininterruptamente. Inconcebível nessa situação impor o racionamento de energia elétrica, ou sequer cogitar o corte do fornecimento que o condenaria à morte; é dizer que a mesma norma em tese compatível com a Constituição pode ensejar

inconstitucionalidade manifesta diante de uma situação da realidade, diante de um caso concreto.

Outro exemplo possível é o da exigência da miserabilidade como condição para a concessão de benefício assistencial, no valor de um salário mínimo, ao portador idoso ou ao portador de deficiência que não pode prover sua própria subsistência ou tê-la provida por seus familiares. O critério legal para comprovar a miserabilidade consiste em possuir renda familiar inferior a um quarto do salário mínimo, o qual foi declarado constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADIN n.º 1.232/DF. Conquanto esse critério tenha sido considerado razoável pela Corte Constitucional em nível abstrato, o mesmo critério pode tornar-se odioso diante de uma situação concreta.

Basta imaginar o caso de um idoso ou de um portador de deficiência que, embora tenha renda familiar per capita de meio salário mínimo, depende de medicamentos para sobreviver ou mesmo para controlar sua doença, medicamentos caros que não são fornecidos pelo Sistema Único de Saúde, e cuja aquisição reduz a renda familiar abaixo do limite legal. É fácil perceber que, nessa situação, a aplicação rigorosa e literal do critério não é compatível com a Constituição, tanto assim que os Juizados Especiais Federais uniformizaram jurisprudência que permitia, em casos concretos, ajustar a aplicação do critério à situação *sub judice*. Lamentável registrar que essa jurisprudência foi solapada pelo Pretório Excelso o qual, equivocadamente, acolheu reclamação da Procuradoria do INSS, julgando que os juízes, ao agirem dessa forma, estariam desrespeitando sua decisão.¹²

Como se percebe, em ambos os casos o juízo de constitucionalidade “em abstrato” de uma norma é defeituoso por não contemplar as situações da realidade em que essa norma haverá de ser aplicada, pois somente diante de situações da realidade torna-se possível fixar um sentido para a norma ou mesmo cogitar seriamente sobre sua compatibilidade com a Constituição. Daí por que o processo de interpretação jurídica deve incorporar a realidade, a situação concreta, na integração da norma para que ela seja aplicada; a realidade é parte da norma.

Esse o motivo pelo qual Friedrich Müller assinala que o método da práxis da Ciência do Direito deve se dirigir à concretização da norma ao invés de sua interpretação, porquanto a concretização não pode ser um processo meramente cognitivo, na medida em que a normatividade só se verifica na regulamentação de situações jurídicas concretas. Para a metódica estruturante de Muller, a norma não está completa em seu texto, pois ela não está

¹² Conferir julgamento da Rcl n.º 4427/MC-AgR, Relator Ministro Cezar Peluso, Tribunal Pleno, julgado em 6.6.2007, DJ 29.6.2007, p. 23, também disponível em *LEXSTF* v. 29, n. 343, 2007, p. 215-219.

concluída enquanto não estiver sendo aplicada ao caso concreto e individual, como se pode verificar do seguinte excerto, bastante ilustrativo do pensamento do autor:

Normas jurídicas não são dependentes do caso, mas referidas a ele, sendo que não constitui problema prioritário se se trata de um caso efetivamente pendente ou de um caso fictício. Uma norma não é (apenas) carente de interpretação porque e à medida que ela não é “unívoca”, “evidente”, porque e à medida que ela é “destituída de clareza” – mas sobretudo porque ela deve ser aplicada a um caso (real ou fictício) (2005, p. 48).

Na esteira da virada pragmática filosófica, a Nova Hermenêutica constitucional tem como foco principal a aproximação entre o processo hermenêutico e a realidade. Nas palavras de Paulo Bonavides, a interpretação concretista “gravita ao redor de três elementos básicos: a *norma* que se vai concretizar, a ‘*compreensão prévia*’ do intérprete e o *problema concreto a resolver*” (2006, p. 482, grifos do original).

Bonavides assevera que o precursor desse caminho foi Theodor Viehweg e sua tese sobre o pensamento jurídico tópico. A tópica consiste, essencialmente, em pensar o problema a partir de pontos retóricos iniciais denominados de *topoi* ou *loci*, os quais são seriam “pontos de vista pragmáticos de justiça material” ou de “estabelecimento de fins jurídico-políticos”, na expressão de Josef Esser (*apud* BONAVIDES, 2006, p. 490). Essa técnica contraria o paradigma lógico-dedutivo e contesta a pretensão sistêmica, priorizando a solução do problema, caso a caso, de acordo com suas peculiaridades.

A tese de Viehweg influenciou diversos representantes da Nova Hermenêutica, como Konrad Hesse, o antes citado Friedrich Müller, Peter Häberle e Robert Alexy, entre outros, abrindo caminho para uma teoria da interpretação que prioriza o aspecto axiológico da interpretação, adotando métodos de interpretação que visam à justiça do caso concreto.

Nas suas elaborações teóricas, a Nova Hermenêutica constitucional utiliza conceitos como “concretização da norma” e “normatividade” os quais enfatizam que o processo hermenêutico deve incorporar a realidade (MÜLLER, 2007, p. 38-39). Isso também significa que a atividade interpretativa deve ser enquadrada em um contexto político e social, desse modo ressaltando a importância do processo político da comunidade para a teoria da interpretação constitucional.

Esse aspecto da Nova Hermenêutica é fundamental para a teoria da Justiça Constitucional, designadamente no capítulo relativo à legitimidade da interpretação judicial da Constituição, trazendo à baila o debate sobre os participantes do processo de interpretação. A necessidade de contextualizar a interpretação constitucional põe em relevo a importância de

um modelo de interpretação que, ao invés de concentrar-se na atuação judicial, enfatize a natureza pública do discurso constitucional, o que foi suscitado com vigor por Peter Häberle e sua tese da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição.

O caráter revolucionário da teoria da Constituição aberta está na democratização do processo de interpretação constitucional. Häberle sustenta que, em uma sociedade moderna, na qual existem inúmeros pontos de vista diferentes, a atividade de interpretação constitucional diz respeito a todos, não sendo possível estabelecer-se um elenco limitado de intérpretes da Constituição. Nesse passo, o destinatário da norma deve ser participante ativo do processo hermenêutico, pois os intérpretes jurídicos não são os únicos que vivem a norma e, por isso mesmo, não podem deter o monopólio da interpretação constitucional.

Importante observar como a tese é influenciada pela virada pragmática filosófica, já que o alargamento do círculo de intérpretes decorre da necessidade de rever o modelo lógico-dedutivo e da noção de que, no processo hermenêutico, o intérprete comunica-se com a comunidade de sujeitos que interagem no discurso; nas palavras do autor: “a ampliação do círculo dos intérpretes aqui sustentada é apenas a consequência da necessidade, por todos defendida, de integração da realidade no processo de interpretação” (HÄBERLE, 1997, p. 30).

Em sua tese, Häberle distingue a interpretação constitucional em sentido estrito, que utiliza os métodos tradicionais de interpretação jurídica, e a interpretação em sentido amplo, da qual participam todas as forças da comunidade política. Pretende, desse modo, modificar a noção segundo a qual somente tomam parte da interpretação constitucional os participantes formais do processo constitucional e os tradicionais intérpretes da norma jurídica, tais como os pareceristas ou *experts* e os representantes de associações, partidos políticos e grupos de pressão organizados, etc. Enquanto a interpretação no sentido estrito pode ser concebida como uma atividade de compreensão e explicitação do sentido de uma norma, no sentido amplo é um processo aberto e público do qual são participantes todas as forças pluralistas da sociedade.

Note-se que a tese da sociedade aberta só tem sentido no âmbito de uma sociedade organizada sob a égide do pluralismo e da democracia, e que dessa forma o alargamento do círculo de intérpretes da Constituição repercute na legitimação democrática da interpretação constitucional. Isso porque o juiz constitucional não é um intérprete isolado da Constituição, já que a interpretação constitucional em sentido amplo desenvolve-se no âmbito da esfera pública pluralista e a Corte Constitucional “haverá de interpretar a Constituição em correspondência com a sua atualização pública” (HÄBERLE, 1997, p. 41).

Em geral, as críticas dirigidas à teoria da sociedade aberta da Constituição apontam os riscos que ela suscita, porquanto seu êxito estaria condicionado à aplicação em uma sociedade desenvolvida, na qual os valores da democracia e do pluralismo estejam consolidados, nomeadamente quando se colocam óbices à independência do juiz constitucional. Além disso, a ampliação do número de intérpretes da Constituição leva a uma diminuição da qualidade dos resultados do processo hermenêutico; leiam-se, a propósito, as reflexões de Paulo Bonavides:

Demais, o método concretista da “Constituição aberta” demanda para uma eficaz aplicação a presença de sólido consenso democrático, base social estável, pressupostos institucionais firmes, cultura política bastante ampliada e desenvolvida, fatores sem dúvida difíceis de se achar nos sistemas políticos e sociais de nações subdesenvolvidas ou em desenvolvimento, circunstância essa importantíssima, porquanto logo invalida como terapêutica das crises aquela metodologia cuja flexibilidade engana à primeira vista.

Até mesmo para a Constituição dos países desenvolvidos sua serventia se torna relativa e questionável, com um potencial de risco manifesto. Debilitando o fundamento jurídico específico do edifício constitucional, a adoção sem freios daquele método – instalada em uma crise que não se lograsse conjurar satisfatoriamente – acabaria por dissolver a Constituição e sacrificar a estabilidade das instituições. Demais, o surto de predominância concedida a elementos fáticos e ideológicos de natureza irreprimível é capaz de exacerbar na sociedade, em proporções imprevisíveis, o antagonismo de classes, a competição de interesses e a repressão das ideias (2006, p. 216).

Anotados os riscos da teoria da Constituição aberta de Häberle, na forma sintetizada por Paulo Bonavides, há a acrescentar outro ponto importante. Embora tenha o mérito de alertar para a necessidade de aproximar o processo de interpretação constitucional da realidade social e do sentimento constitucional do povo, Häberle não propõe um método para a interpretação constitucional. Sua teoria, buscando ampliar ao máximo o círculo de intérpretes da Constituição, admite a possibilidade do emprego de inúmeros métodos de interpretação, os quais variam em função do ponto de vista do intérprete. E por cima de não oferecer um critério para controle do resultado do processo hermenêutico, a teoria não apresenta sequer um critério de racionalidade para a interpretação constitucional, o que na prática equivale a permitir que a atualização da Constituição fique refém da opinião pública, situação problemática, principalmente em face do caráter potencialmente contramajoritário da Justiça Constitucional.

Todavia, é preciso ressaltar que a utilização de mais de um método interpretativo não é particularidade da teoria de Häberle. Deveras, posto as teorias agrupadas sob a denominação da Nova Hermenêutica possuam características comuns, nomeadamente a importância que atribuem à necessidade de aproximação do processo hermenêutico com a realidade, não

apresentam uniformidade no tratamento do tema do método. Pelo contrário, no âmbito da Nova Hermenêutica, são propostos diversos métodos de interpretação, e a doutrina tem adotado a ideia disseminada de que é possível e até mesmo desejável a utilização concomitante de diferentes métodos de interpretação, em razão da virtual impossibilidade de se eleger um único método correto.

A tese é defendida originalmente por Canotilho, para quem a problemática questão do “método justo” é uma das mais difíceis para a doutrina, podendo-se afirmar que a interpretação constitucional resulta de um conjunto de métodos diferentes, mas reciprocamente complementares, sugerindo assim uma espécie de sincretismo metodológico amplamente aceito na doutrina. Assim, conforme o pensamento de Canotilho, seria recomendável utilizar, de forma simultânea, diferentes métodos como instrumentos práticos para a concretização de normas constitucionais, a saber: o método jurídico ou método hermenêutico clássico, o método tópico-problemático, o método hermenêutico-concretizador, o método científico-espiritual e o método normativo-estruturante (2007, p. 1210).

Entretantes, em sentido contrário ao da utilização de um conjunto de métodos complementares, há quem sustente que o sincretismo metodológico, longe de contribuir para ampliar a compreensão do intérprete, cria obstáculos para o avanço teórico na tarefa da interpretação constitucional.

Virgílio Afonso da Silva argumenta que a doutrina passou a encarar como verdade universal o emprego concomitante de diferentes métodos de interpretação, listados por Böckenförde em artigo que elaborou sobre a matéria, em 1976, intitulado “Métodos de interpretação constitucional: inventário e crítica”, e republicado na coletânea de estudos do autor, de 1992, quando na verdade a intenção do autor não teria sido de propor um conjunto de métodos complementares, mas tão-somente de fazer uma síntese do estágio da discussão à época da publicação de seu artigo (*in* SILVA, 2005, p. 133-135).

No artigo referido, Böckenförde escreve que a questão do método correto no âmbito da interpretação constitucional e a questão da extensão correta da jurisdição constitucional são duas faces da mesma moeda, sendo certo que, embora a jurisdição constitucional alemã esteja consolidada, não está consolidado o método de interpretação constitucional; assim, o jurista alemão se propõe a fazer um inventário e crítica da pluralidade de métodos adotados, como um primeiro passo necessário para o exame da competência e funções da jurisdição constitucional (2006, p. 61-63).

Em seu estudo, Böckenförde afirma a existência de um nexos necessário entre o método de interpretação constitucional e a teoria ou conceito de Constituição que o embasa,

de modo que ou os métodos são fundamentados e desenvolvidos a partir de um determinado conceito de Constituição ou são apresentados como consequência de uma determinada concepção fundamental de Constituição, de forma que “uma discussão sobre métodos de interpretação constitucional é sempre ao mesmo tempo também uma discussão sobre conceito e sobre a teoria da Constituição, e não é possível separar as duas discussões” (2006, p. 101, tradução nossa).

Como se pode perceber, o artigo de Böckenförde permanece atual no sentido de demonstrar que não existe unanimidade quanto aos cânones de interpretação constitucional reconhecidos, afigurando-se, ao reverso, uma pluralidade de métodos; decerto que resta indefinida a controvérsia teórica sobre o método justo e correto para se interpretar a Constituição. Nada obstante, tem-se percebido, no âmbito da Nova Hermenêutica alemã, a tendência de sobrepôr a teoria da argumentação de Robert Alexy aos demais métodos de interpretação constitucional, de modo que essa teoria tem alcançado certa ascendência em face das demais, alcançando o *status* de “doutrina padrão” da argumentação jurídica na contemporaneidade (cf. KRELL, 2008).

A teoria de Alexy é bastante sofisticada e complexa. O autor considera que o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático geral, cujas especificidades estão baseadas em suma em três argumentos: a) as discussões jurídicas se preocupam com questões práticas, ou seja, com o que se deve ou não fazer; b) essas questões são discutidas com a exigência de correção, de modo que a afirmação normativa possa ser racionalmente justificada no contexto da ordem jurídica prevalecente; c) as discussões jurídicas acontecem sob limites do tipo descrito (2001, p. 212-217).

Alexy busca estabelecer um procedimento lógico para a argumentação jurídica. Com essa finalidade, relaciona regras básicas para a comunicação lingüística, regras que visam assegurar a racionalidade do discurso, tais como a ausência de contradições, a sinceridade e a coerência do discurso, e regras que asseguram o direito de qualquer pessoa de participar do discurso e expressar sua opinião, e obrigam o orador a justificar suas afirmações ou apresentar razões que justifiquem a recusa em fazê-lo (2001, p. 186-195).

Deve-se observar que, embora a adoção da Teoria do Discurso possa assegurar a justificação das decisões judiciais a partir de uma argumentação racional, ela não se propõe a garantir o resultado do processo hermenêutico, renunciando à pretensão de encontrar a solução correta para o caso concreto em apreço, a qual, aliás, no âmbito dessa teoria, é considerada impraticável. Nas palavras do autor:

Para qualquer pessoa preparada a aceitar como uma teoria da argumentação racional, um procedimento que garanta a certeza do resultado, a teoria aqui proposta é inaceitável por esse único motivo. No entanto, nenhum procedimento que garanta a certeza está à vista ainda. Qualquer pessoa que equipare racionalidade com certeza terá de renunciar à ideia de uma teoria da argumentação jurídica racional (ALEXY, 2001, p. 272).

Lembre-se apenas que o procedimento proposto pela Teoria da Argumentação de Alexy não é o único a renunciar à pretensão sistêmica e à garantia de resultado do processo hermenêutico; essa característica é comum a todas as metodologias de interpretação propostas pelas linhas teóricas que compõem a Nova Hermenêutica. É lícito afirmar, contudo, que a Teoria da Argumentação quando menos oferece um critério de racionalidade para as decisões judiciais, caminhando no sentido de solucionar o problema de legitimidade da interpretação judicial.

Deveras, por meio dela vislumbra-se uma interpretação judicial da Constituição, baseada em critérios de racionalidade, fundamentada na ordem jurídica prevalente e legitimada pelo processo aberto e público de argumentação. Enfim, no atual estado da arte da teoria da interpretação, a metodologia de Alexy se apresenta como a mais apropriada para viabilizar uma atuação legítima da Justiça Constitucional.

Afigura-se, porém, que a reflexão sobre a legitimidade da Justiça Constitucional não se pode limitar ao prisma da hermenêutica constitucional, porquanto, como já observara Böckenförde, a discussão teórica sobre o método de interpretação constitucional é indissociável da discussão sobre a teoria da Constituição. E como se verá no capítulo seguinte, é justamente nesse ponto que a Nova Hermenêutica traz maiores achegas para as reflexões teóricas sobre a Justiça Constitucional, porquanto as diferentes concepções acerca da hermenêutica constitucional correspondem a diferentes percepções acerca do papel do juiz constitucional na concretização da Constituição.

3. LEGITIMIDADE DA JUSTIÇA CONSTITUCIONAL: A DEMOCRACIA E OS DIREITOS HUMANOS

SUMÁRIO: 3.1. A dimensão política da Justiça Constitucional. 3.2. Justiça Constitucional e representatividade democrática. 3.3. Justiça Constitucional e concretização de direitos. 3.4. Substancialismo e procedimentalismo no Direito brasileiro. 3.5. A legitimidade democrática na concretização dos direitos humanos.

3.1. A dimensão política da Justiça Constitucional

Diante do avanço das investigações científicas no campo da hermenêutica jurídica, que enfatizam a complexidade do processo hermenêutico, em especial no âmbito do Direito Constitucional, tem-se por descartada a ideia de que a atuação do juiz constitucional, de fiscalizar leis e atos emitidos pelos outros Poderes da República, poderia ser plenamente legitimada com base nas premissas da normatividade e da supremacia normativa da Constituição.

Essa problemática se faz presente, com robustez, nos dois principais modelos de Justiça Constitucional que, ainda hoje, servem de referência para sua formulação teórica, manifestando-se no incessante debate americano sobre as funções e limites do *judicial review*, e com a superação do modelo kelseniano do legislador negativo e as incursões da Nova Hermenêutica constitucional alemã visando à definição do papel do juiz constitucional no sistema jurídico.

Sabe-se, hoje, para além de toda dúvida, que o juiz constitucional interfere ativamente no conteúdo das decisões políticas de outros atores do concerto estatal, sem que se possa justificar sua autoridade para definir os termos da Constituição ao argumento de que se trata de uma tarefa eminentemente intelectual, dotada de pequeno espaço de criatividade.

As contribuições da hermenêutica jurídica contemporânea desnudam a dimensão política da Justiça Constitucional e tornam imprescindível o estudo mais aprofundado de suas funções, assim como dos limites de sua atuação criativa do Direito. Aliás, tal é a influência da hermenêutica jurídica sobre o tema que as reflexões sobre a Justiça Constitucional, na atualidade, tendem a sair do campo estritamente dogmático para incorporar cada vez mais elementos de Filosofia do Direito onde as discussões em regra priorizam justamente a natureza e os limites dessa atuação (ZAGREBELSKY, 2005, p. 116).

Essa discussão repercute de forma direta no questionamento da legitimidade democrática da Justiça Constitucional, instituição que desempenha uma “função política de

última instância” ou de nível fundamental, expressão cunhada pela doutrina italiana acerca de sua própria Corte Constitucional, significando que a Justiça Constitucional “tem a última palavra pela simples razão de atuar como última instância” (MARÍN, 1998, p. 54, tradução nossa).

Como se sabe, a natureza política das questões solucionadas pelas Cortes Constitucionais faz com que as funções desempenhadas pelo juiz constitucional adquiram necessariamente um caráter político (cf. LOEWENSTEIN, 1982, p. 321), o que está presente acima de tudo nos dois grandes objetos da regulação das Constituições, a organização e estrutura do poder político e o estatuto de direitos e garantias dos cidadãos perante o Estado, afinal nos termos do artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789): *“Toute société dans laquelle la garantie des droits n’est pas assurée ni la séparation des pouvoirs déterminée n’a pas de Constitution”*.

A propósito desse aspecto, Víctor Comella destaca as circunstâncias que costumam aparecer como problemáticas na atribuição ao juiz constitucional de um poder de controle da lei, quais sejam: menor legitimidade democrática de origem do juiz constitucional, pelo fato de que a lei provém de um Parlamento, e, em contrapartida, o juiz constitucional não é eleito periodicamente pelo eleitorado por sufrágio universal; a rigidez constitucional, que é uma circunstância problemática, porque o Parlamento não pode neutralizar facilmente a decisão do juiz constitucional de declarar inválida uma lei, pois a Constituição só pode ser reformada através de um procedimento que é consideravelmente gravoso; e a controvertibilidade interpretativa da Constituição, porque a interpretação do texto constitucional é tormentosa, especialmente em matéria de direitos e liberdades, dada a abundância de conceitos essencialmente controvertidos e de colisões entre as diversas disposições (1997, p. 42 ss.).

Afinal, como justificar a atribuição ao juiz constitucional do poder de aplicar a Constituição em caráter definitivo e fiscalizar a atuação dos Poderes políticos, quando se sabe que todos os magistrados, em algum nível, atuam politicamente?

Pois bem, em primeiro lugar, é preciso distinguir entre a dimensão política da Justiça Constitucional, caracterizada materialmente no exercício de uma função de última instância, e a ideologia presente na política partidária. O elemento político é indissociável da Justiça Constitucional, tanto assim que Otto Bachof chega a afirmar que os Tribunais Constitucionais estariam entre o Direito e a Política (1980, p. 265); a Constituição está permeada da matéria política, notadamente aquela que diz respeito à organização e estrutura do poder e aos direitos humanos.

Isso não significa, contudo, que a Justiça Constitucional desempenhe uma atividade política no sentido político-partidário ou ideológico. Ao contrário, a razão parece estar com a concepção que vê no Tribunal Constitucional um poder neutro (*pouvoir neutre*) o qual se limita a garantir a efetividade do sistema constitucional, estando pautado por uma postura imparcial e suprapartidária (cf. ENTERRÍA, 1994, p. 197 ss.). Advirta-se que a neutralidade mencionada pretende evitar a incorporação de ideologias e partidarismos ao processo decisório, mas não subtrai as considerações de natureza valorativa, e, portanto, políticas, necessariamente presentes na solução de temas constitucionais, onde predominam as opções institucionalizadas na própria Constituição.

O mero fato de a Justiça Constitucional solucionar questões políticas é insuficiente para radicar sua atividade no campo da política, pois, como d'antes assinalado, as decisões proferidas nessa esfera são pautadas por critérios de racionalidade e fundamentadas na ordem jurídica prevalente, sendo legitimadas pelo processo aberto e público de argumentação.

Este ponto é fundamental: a politicidade inerente à matéria submetida à Justiça Constitucional não define a natureza de sua atividade, porque o processo decisório não se pauta por critérios políticos e sim jurídicos, ainda que principiológicos e valorativos. Daí por que a inegável significação política que decorre dos conflitos de natureza constitucional, não é, em si mesma, suficiente para negar a natureza jurídica da atuação da Justiça Constitucional. Nesse mesmo sentido, observa José Ángel Marín que “a jurisdição constitucional é, *eo ipso*, jurisdição sobre o político, mas não equiparável a jurisdição política” (1998, p. 77, tradução nossa, grifo do original).

Sabe-se que a natureza política dos conflitos permeia todo o Direito Público assim como alguns campos do Direito Privado, mas essa não é uma característica excludente da jurisdição; desse modo, ainda que os conflitos constitucionais tenham grande transcendência política, isso não significa que sua resolução não se possa sujeitar a critérios jurídicos (cf. TREMPS, 1985, p. 13 ss.).

É dizer que o elemento político é menos relevante que a circunstância de as funções da Justiça Constitucional serem exercidas através de um procedimento que se vale da técnica estritamente jurídica, a partir da qual a Corte Constitucional desempenha a função específica de intérprete supremo da Constituição. A esta função última se reduzem outras, definíveis em termos políticos mais que jurídicos, como é a função integradora do sistema ou de participação nas políticas públicas do Estado ou a de controle constitucional dos Poderes Públicos; porém, sempre e somente, por critérios e métodos jurídicos (TREMPS, 1985, p. 13 ss.).

Apesar dessas considerações acerca da natureza jurídica da atividade da Justiça Constitucional, a dimensão política dessa atuação, aliada à constatação de que as decisões sobre matéria constitucional demandam por vezes alto nível de criatividade judicial, têm justificado a censura da expansão do poder judicial nas esferas políticas em face de seu déficit democrático, o que dá lugar a expressões como supremacia judicial (*judicial supremacy*) e governo de juízes (*government by judiciary*).

Trata-se do movimento de reação contra o fenômeno da judicialização da política, revelando a desconfiança de políticos e estudiosos acerca do processo de substituição do juízo “das instituições majoritárias pelo de representantes não eleitos de uma elite socioeconômica e política ou, ainda, contra a interferência de procedimentos legais e judiciais em esferas eminentemente políticas” (TATE, VALLINDER *in* TATE, VALLINDER, 1995, p. 5 ss., tradução nossa).

Nesse ponto é necessário abrir um parêntese para distinguir a judicialização da política, considerada como interferência da jurisdição em esferas políticas, daquilo que se entende por ativismo judicial. Existem várias definições de ativismo judicial, mas, para os propósitos dessa pesquisa é preferível empregar o conceito adotado por Thamy Pogrebinski, seguindo a mesma linha já adotada em trabalho anterior (DANTAS, F.W.S., 2008, p. 107-108). A opção metodológica pelo conceito proposto por Pogrebinski justifica-se em virtude da utilidade dos critérios adotados pela autora para divisar de forma clara e coerente tanto os caracteres essenciais de cada fenômeno, quanto suas semelhanças e diferenças, permitindo elaborar uma distinção teórica consistente.

A autora considera ativista o juiz que no exercício de suas funções: a) questiona e revê decisões dos demais Poderes; b) controla e promove políticas públicas; c) não identifica necessariamente a coerência do Direito e o princípio da segurança jurídica como limites de sua atividade (2000, p. 122). Importa ressaltar que, a fim de caracterizar o ativismo judicial, tais critérios devem se apresentar simultaneamente, ainda que em graus diferenciados, na atuação do juiz. Significa dizer que a recusa do juiz de atuar segundo qualquer uma dessas atitudes faz com que, segundo tal definição, ele não seja considerado um juiz ativista.

Pois bem, a partir dessa definição de ativismo, pode-se considerar que, embora o fenômeno esteja fortemente associado à judicialização da política, ambos não se confundem, pois um não constitui condição *sine qua non* para a ocorrência do outro, o que também já havia sido observado em estudo de Neal Tate (*in* TATE, VALLINDER, 1995, p. 27 ss.).

Retomando a linha de raciocínio, verifica-se que, ao longo do século XX, o debate sobre o papel do Judiciário no concerto do Estado deu lugar a inúmeros trabalhos de relevo;

são velhos de décadas os estudos sobre a judicialização da política de Edouard Lambert “*Le gouvernement des juge et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis*” (1921), de Raoul Berger “*The Government by Judiciary*” (1977), e de Mauro Cappelletti, “*Giudici legislatori?*” (1984). O tema ganhou importância em face da expansão do poder exercido pelo Judiciário que vem sendo observada no período em nível global, sendo que a percepção desse processo leva à consideração sobre a existência de fatores comuns nos diversos sistemas políticos do mundo facilitadores de sua ocorrência.

Há a registrar a obra organizada, em 1995, por Neal Tate e Torbjörn Vallinder, sobre a expansão global do Judiciário, que traz ensaios sobre a judicialização da política em diferentes sistemas políticos das mais diversas regiões do planeta: democracias que adotam o *common law*, EUA, Reino Unido, Austrália e Canadá; democracias europeias que adotam o sistema romano-germânico, França, Alemanha, Itália, Suécia e Holanda; Estados pós-comunistas, Rússia; e democracias em conflito, Filipinas e Namíbia.

Neal Tate aponta algumas condições políticas que aparentemente facilitam e promovem o processo de judicialização da política, são elas: a democracia, a separação dos poderes, o reconhecimento de direitos em favor de minorias (*Politics of Rights*), o uso dos Tribunais por grupos de interesse, o uso dos Tribunais pela oposição, a fragilidade dos partidos políticos, a falta de legitimidade das instituições governamentais e a delegação pelas instituições governamentais de debates públicos ao Judiciário (*in* TATE, VALLINDER, 1995, p. 28-29).

No Brasil, mais recentemente, publicou-se importante estudo sobre o tema; fruto do esforço comum de Luiz Werneck Vianna, Maria Alice Resende de Carvalho, Manuel Palacios Cunha Melo e Marcelo Baumann Burgos, a obra “A judicialização da política das relações sociais no Brasil” (1999) resultou de pesquisa sobre o Poder Judiciário viabilizada por meio de convênio entre a Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) e o Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro (IUPERJ), dando sequência aos trabalhos anteriores “Perfil do Magistrado Brasileiro” (Rio de Janeiro, AMB/IUPERJ, 1996) e “Corpo e Alma da Magistratura Brasileira” (Rio de Janeiro, Revan, 1997) (1999, p. 9).

O debate assume maior destaque no País na medida em que, embora não seja da tradição do Judiciário brasileiro, aos poucos tem sido incorporada pela magistratura uma postura ativista, o que repercute também no fenômeno da judicialização da política.

Logo após o fim da ditadura militar, o ativismo judicial ganhou corpo no cenário judiciário do Rio Grande do Sul com o Movimento do Direito Alternativo Brasileiro, surgido na década de 90, reunindo juristas como Lédio Rosa de Andrade e Amiltom Bueno de

Carvalho; essa corrente foi considerada radical por outorgar ao juiz a possibilidade de agir contra a lei e, até hoje, é rejeitada pela maioria dos Tribunais (ROCHA, 2002, p. 13).

Entrementes, a postura ativista da magistratura não se confunde com o movimento do Direito alternativo nem se resume a ele, sendo que o tema não só permanece atual como também vem assumindo grande evidência nos estudos sobre política judiciária no Brasil, por representar uma visão de um Poder Judiciário ativo na realização do Direito e da Justiça, em contraponto à figura do juiz observador, que assume uma posição passiva de mero espectador do processo.

Não é mera coincidência que os debates sobre ativismo judicial no Brasil tenham se intensificado com a redemocratização e, sobretudo, a partir da vigência da nova ordem constitucional. A Constituição da República de 1988, com efeito, é um marco importante para o ativismo judicial no Brasil. Gisele Cittadino afirma que o Brasil observou uma ampliação do controle normativo do Poder Judiciário, favorecida pela Constituição de 1988, a qual, ao incorporar direitos e princípios fundamentais, configurar um Estado Democrático de Direito e estabelecer princípios e fundamentos do Estado, permitiu uma atuação da magistratura com base em procedimentos interpretativos de legitimação de aspirações sociais (2004b, p. 105).

Essa também é a opinião de Flávio Dino, segundo o qual o Judiciário no Brasil recebeu estímulos na direção do ativismo judicial do dirigismo constitucional e da promessa de efetivação dos direitos sociais (2005, p. 40-53). É natural, portanto, que a defesa do ativismo judicial no Brasil se apoie na necessidade de dar efetividade a direitos humanos, sobretudo em prol dos direitos sociais, econômicos e culturais.

A análise do ativismo judicial e da judicialização da política também está no cerne das discussões que os juristas brasileiros vêm travando sobre a implementação dos direitos humanos, notadamente dos direitos sociais, a partir do controle jurisdicional das políticas públicas. Em boa verdade, não se pode negar que, ao menos do ponto de vista teórico, já se consolida certo consenso na doutrina nacional no sentido de reconhecer a necessidade de um Judiciário mais ativista, notadamente para viabilizar a defesa em juízo de direitos sociais, tese acolhida por juristas como Andreas Krell, que defende a possibilidade de efetivação dos direitos humanos através do controle judicial dos serviços públicos (2002) e de Ingo Sarlet, para quem, sob determinadas condições, os direitos sociais podem gerar direitos subjetivos a prestações, independentemente da concretização do legislador (2005, p. 345 ss.).

Assinale-se que, posto a judicialização da política seja muitas vezes percebida como uma ameaça à democracia popular, dificilmente se poderia verificar a ocorrência do fenômeno fora de um regime democrático, uma vez que dificilmente um regime autocrático iria abrir

espaço para que o Judiciário compartilhasse das decisões políticas, ou mesmo permitir e aceitar processos que assegurem a vinculação à lei e o respeito a direitos individuais ou sociais. Ademais, é razoável deduzir que não existe ambiente propício ao desenvolvimento do ativismo judicial quando os valores das instituições majoritárias são compartilhados pela magistratura.

Apesar da opinião contrária de alguns (cf. MAUS, 2000), o processo político que conduz à supremacia do Judiciário como intérprete supremo da Constituição, e abre caminho para o criticado governo dos juízes, não pode ser compreendido como resultado de uma atitude unilateral desse Poder Político, que se supõe dotado de uma autoridade moral superior ou mesmo como uma espécie de superego da sociedade.

Sem embargo, a ascensão do Poder Judiciário ao *status* de “Terceiro Gigante” não seria possível sem a contribuição dos demais atores do processo político que não só reconhecem essa sua autoridade, como intérprete em última instância da Constituição, como também muitas vezes se valem dela para absterem-se de suas próprias responsabilidades em questões polêmicas que podem gerar desgaste perante a opinião pública, algo facilmente perceptível no cenário político brasileiro diante da omissão dos Poderes Legislativo e Executivo em se posicionarem sobre temas como, *e.g.*, a criação e desmembramento de Municípios, a fidelidade partidária, a greve no serviço público, a aposentadoria especial a trabalhadores em atividade de risco, os limites no uso das algemas, a contratação de parentes no serviço público, o aborto do feto anencéfalo, isso para utilizar apenas alguns exemplos retirados de questões submetidas ao Supremo Tribunal Federal nos últimos três anos.

Esses fatores políticos, que já haviam sido identificados durante o estudo organizado por Tate e Vallinder, sobre a expansão global do Judiciário, constam igualmente de recente pesquisa acerca das bases políticas da supremacia judicial da Suprema Corte americana, o que demonstra que a questão política da interpretação constitucional não se resume a uma atitude do Tribunal Constitucional; senão, veja-se:

A dinâmica política que motiva a supremacia judicial pode ser mais preocupante de uma perspectiva democrática do que a supremacia judicial *per se*. Como vimos, líderes políticos condescendem com a Corte precisamente porque eles próprios não desejam aceitar a responsabilidade de decidirem essas questões. Presidentes não precisam apor o veto politicamente difícil, e legisladores não precisam emitir o voto politicamente difícil se a Corte está disponível para praticar a ação que os políticos temem praticar eles próprios. A supremacia judicial facilita distorções na representação e responsabilidade (*accountability*). Ela desobriga e encoraja uma sensibilidade política de evitar responsabilidades constitucionais (WHITTINGTON, 2007, p. 295, tradução nossa).

Entrementes, mesmo diante desse contexto, parte da doutrina insiste cogitando que os problemas teóricos concernentes ao déficit democrático da Justiça Constitucional poderiam ser superados por meio da legitimação decorrente da exigência de representatividade democrática na composição do Tribunal; mas cumpre indagar até que ponto seria essa uma alternativa adequada para solucionar a dificuldade contramajoritária da Justiça Constitucional.

3.2. Justiça Constitucional e representatividade democrática

Considerando a função política fundamental desempenhada pela Justiça Constitucional, há quem sustente que a escolha de seus membros deva ser feita por meio de sufrágio universal, ou que o juiz constitucional exerça um mandato temporalmente limitado ao invés de vitalício, como forma de atenuar o problema da falta de representatividade democrática (COMELLA, 1997, p. 43) ou, ainda, que, em se tratando de um órgão de natureza política, possua representação política na sua composição, de modo que seus membros sejam indicados pelos partidos ou Poderes políticos (cf. JAYME, 2000, p. 142).

A ideia de vincular a legitimidade da Justiça Constitucional à eleição de seus membros, por meio de um sufrágio universal, não é bem recebida pela maioria dos juristas, em função de sua incompatibilidade com a noção de que, em sua atividade, o juiz constitucional pauta-se por critérios jurídicos e que, a despeito de sua dimensão política, o Tribunal Constitucional atua em plano suprapartidário e supraideológico das forças políticas, onde devem predominar os valores fundamentais do Estado, consagrados pela Constituição.

Considerando o partidarismo que permeia as disputas políticas e os percalços próprios do processo eleitoral, não é difícil visualizar as nefastas consequências que o método traria para a neutralidade ideológica esperada na atuação da Justiça Constitucional. Ademais, esse processo de escolha, ao transformar a técnica do sufrágio no principal instrumento garantidor da democracia, fragiliza a função da Justiça Constitucional de assegurar os princípios da Carta Magna, inclusive, e especialmente, contra as maiorias eventuais.

Tem razão nesse ponto André Ramos Tavares ao assinalar que o caráter democrático pode ser assegurado por instrumentos diversos, e que a eleição não é a única nem a melhor forma de garantir a representatividade do Tribunal Constitucional e de suas decisões, vislumbrando, ao contrário, que o sufrágio universal direto para a composição do Tribunal “seria, provavelmente, o modo menos aconselhável de preservar a democracia” (2005, p. 495).

Diversamente do que ocorre com o sufrágio universal, tem vicejado na doutrina a ideia de assegurar a legitimidade da Justiça Constitucional por meio de mandatos temporalmente

limitados e da representação política em sua composição. Certamente o sistema de mandatos limitados no tempo tem melhor acolhida na doutrina porque essa característica está presente em várias Cortes Constitucionais da Europa, como a Corte Alemã, cujos membros têm mandato de 12 anos, a Corte Italiana, o Conselho Constitucional Francês e o Tribunal Constitucional Espanhol, todas com mandato de 9 anos, e o Tribunal Constitucional Português, com mandato de 6 anos (v. FAVOREU, 2004, p. 31).

No Brasil, a Constituição de 1988 estabelece que o cargo de Ministro do Supremo Tribunal Federal é vitalício, mas já se discute a possibilidade de modificar o texto constitucional para instituir um mandato de 11 anos. Existe proposta nesse sentido do Deputado Federal Flávio Dino (PC do B-MA), para quem as recentes decisões do STF, em especial a partir da presidência do Ministro Gilmar Mendes, têm conferido à Corte um perfil fortemente político, provocando uma concentração de poderes sem precedentes nas mãos dos ministros, em prejuízo do princípio republicano (COSTA, 2009).

A técnica em questão visa assegurar a legitimidade do Tribunal Constitucional pela forma de indicação de seus membros, ou seja, a partir de uma composição dotada de representatividade democrática. Destarte, é natural que a proposta venha acompanhada da adoção de um sistema em que os membros da Corte Constitucional sejam escolhidos pelos partidos ou Poderes Políticos, argumentando-se a necessidade de assegurar o pluralismo na composição do Tribunal Constitucional e aumentar a representatividade global do sistema (MORAES, 2001, p. 13).

Mais uma vez, contribui para corroborar essa ideia o fato de o modelo ser largamente adotado pelas Cortes Constitucionais europeias, de modo tal que essa sistemática é vista como um meio de transformar o Supremo Tribunal Federal brasileiro em um *verdadeiro* Tribunal Constitucional, nos moldes de uma visão nitidamente eurocêntrica do constitucionalismo contemporâneo.

Não cabem aqui maiores considerações acerca da qualificação do STF como um verdadeiro Tribunal Constitucional, mesmo porque esse ponto já foi visitado mais amiúde alhures, nos lineamentos da teoria da Justiça Constitucional. Calha, entretanto, refletir sobre a pertinência de vincular a legitimidade da Justiça Constitucional a uma técnica de composição do Tribunal Constitucional.

Um aspecto a ser considerado é que o sistema proposto, de mandatos temporalmente limitados, ao menos em tese fortalece a vinculação do juiz constitucional à vontade política dos responsáveis pela sua indicação para a Corte, pois, ao final do seu mandato, o membro do

Tribunal Constitucional retomará sua carreira e, nesse momento, poderá ser responsabilizado politicamente pelas decisões que proferiu no exercício de sua função.

Essa preocupação ganha relevo num sistema que conjuga a temporariedade à representatividade política, resultando numa independência mitigada do membro do Tribunal Constitucional e favorecendo o voto partidário, assim entendido o voto adotado individualmente por cada juiz do Tribunal Constitucional que, ao posicionar-se quanto à constitucionalidade ou inconstitucionalidade de atos legislativos, “reproduz o comportamento de voto adotado no parlamento pelo partido que o indicou para o cargo (respectivamente, contra ou a favor da aprovação da lei)” (cf. MAGALHÃES, ARAÚJO, 1998, p. 21).

Não se ignora que a indicação dos membros do Tribunal Constitucional leva em conta o perfil político-ideológico do candidato, característica presente em qualquer sistema, sendo natural que a escolha recaia sobre aqueles que estejam politicamente próximos dos agentes responsáveis por ela. A crítica está em perceber que o juiz não vitalício estará sujeito a pressões políticas durante o exercício das funções constitucionais, não apenas por razões de fidelidade e coerência ideológica, mas também por razões pessoais, já que seu futuro dependerá sempre, em alguma medida, do respeito à vontade política do indivíduo ou grupo responsável por sua escolha.

Todavia, é preciso registrar que, a despeito da pertinência dessa observação, estudos realizados sobre o comportamento dos membros de Cortes Constitucionais na Alemanha, França, Espanha e do leste europeu não têm verificado influência significativa dos laços ideológicos e partidários em suas decisões (MAGALHÃES, ARAÚJO, 2000, p. 235). A bem da verdade, deve-se reconhecer a inexistência de dados empíricos que sustentem a hipótese segundo a qual esse sistema de escolha cerceia significativamente a independência dos membros do Tribunal Constitucional.

Seja como for, também não está claro que o sistema que associa a representatividade da Corte Constitucional à temporariedade do mandato seja teórica, ou mesmo politicamente superior ao modelo estadunidense, reproduzido no Brasil, em que a indicação parte do Chefe do Executivo, com aprovação do Legislativo, e na qual o cargo é vitalício.

O fato é que, muito embora diversas Cortes Constitucionais europeias adotem sistemas compatíveis com um modelo de composição idealizado para assegurar maior legitimidade democrática, isso por si só não bastou para suprimir nesses países o debate teórico sobre a questão, nem muito menos para eliminar as discussões políticas sobre a legitimidade de decisões dos Tribunais Constitucionais. Os conflitos e a tensão entre o Tribunal Constitucional e os Poderes Políticos, devido a decisões polêmicas, permanecem constantes

na Alemanha e Itália, apenas para mencionar alguns países europeus que possuem verdadeiros Tribunais Constitucionais, ao menos de acordo com o modelo aqui referenciado.

Desse modo, na prática não há como demonstrar em que medida as decisões do Tribunal Constitucional seriam mais legítimas, ou mesmo acatadas com maior tranquilidade, exclusivamente em razão do fato de seus membros serem escolhidos pelos Poderes ou partidos políticos e possuírem mandato limitado no tempo. Por essas razões, pode-se concluir que o problema da legitimidade da Justiça Constitucional não parece estar intimamente vinculado à composição do Tribunal Constitucional.

Merece menção interessante pesquisa realizada acerca do comportamento do Tribunal Constitucional português que concluiu pela inexistência, em Portugal, de uma crise de legitimidade da Justiça Constitucional. No estudo em questão, verificou-se que a Corte Constitucional portuguesa desincumbiu-se de sua função de defender os direitos humanos e proteger as minorias sem, no entanto, adotar, de maneira sistemática, posturas que pudessem ser qualificadas de ativistas ou contramajoritárias, buscando sempre contornar o confronto aberto com o poder político, e dessa forma contribuindo para uma maior governabilidade do sistema (cf. MAGALHÃES, ARAÚJO, 2000, p. 241-243).

Várias lições podem ser tiradas dos estudos sobre o caso português, sendo talvez a mais importante a de questionar a noção generalizada, segundo a qual a Justiça Constitucional possui uma tendência inexorável ao ativismo e a judicialização da política.

A análise da atuação da Corte portuguesa reforça a tese de que o protagonismo do Tribunal Constitucional depende menos de uma atitude unilateral de seus membros do que da dinâmica do sistema político, sendo certo que o ativismo e a judicialização muita vez resultam de fatores externos, como a fragilidade dos partidos políticos e a transferência de debates públicos para o âmbito judicial. Calha transcrever a opinião dos autores da pesquisa:

A análise do caso português sugere também que algumas das hipóteses existentes acerca do papel da justiça constitucional nas democracias parlamentares terão de ser revistas. Primeiro, a «judicialização da política», pelo menos no sentido mais restrito em que utilizámos o termo, não é uma tendência inexorável, universal ou auto-sustentada dos sistemas políticos modernos nacionais ou supranacionais. Ela está dependente dos incentivos que os actores com acesso aos tribunais têm para transferir os seus conflitos para a arena judicial, incentivos que variam de acordo com a distância ideológica e as correlações de forças entre maiorias e oposições, a natureza consensual ou maioritária do processo de produção legislativa, os objectivos eleitorais de diferentes tipos de litigantes e as convicções que formam acerca das preferências dos juizes (MAGALHÃES, ARAÚJO, 2000, p. 242-243)

Nesse mesmo sentido, pode-se afirmar que também no Brasil o crescente ativismo e judicialização da política decorrem menos de uma atitude unilateral do Judiciário do que das

deficiências do sistema político brasileiro, em especial da crise de legitimidade e de eficiência do Legislativo, que faz com que a sociedade recorra cada vez mais ao Poder Judiciário para, através de sua atuação, realizar os direitos positivados na Constituição, sobretudo os direitos sociais, culturais e econômicos.

Deveras, a classe política brasileira está completamente desacreditada perante a opinião pública. Para demonstrá-lo, basta verificar a pesquisa sobre a confiabilidade das instituições brasileiras divulgada anualmente pela Associação dos Magistrados do Brasil (AMB). A mais recente delas, publicada em junho de 2008, mostra que as instituições políticas, prefeituras, câmaras de vereadores, o Congresso Nacional e os partidos políticos, são as instituições com pior avaliação dos brasileiros. Os partidos políticos não têm a confiança de 72% da população; além disso, segundo a pesquisa, 61% da população não confia no Senado, 68% não confia na Câmara de Deputados, e 81,9% não acredita nos próprios políticos (v. ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS DO BRASIL, 2009).

Esses resultados não surpreendem, justamente porque têm se repetido há bastante tempo em outros estudos idênticos realizados em anos anteriores pela AMB, o que confirma o sentimento de ceticismo do povo brasileiro em relação a seus representantes políticos.

No mais, a intensa atividade reformadora do Congresso que, em pouco mais de vinte anos, editou 63 emendas à Constituição, contrasta com a tibieza no desempenho de sua função típica, de legislar, restando inúmeros dispositivos constitucionais até hoje carentes de regulamentação. A guisa de exemplo, até hoje não se tem uma lei regulamentando o direito de greve dos servidores públicos, muito embora o dispositivo já tenha sido modificado, através da EC n.º 19/98, para dispensar a exigência de lei complementar; enquanto isso o Executivo edita inúmeras medidas provisórias numa flagrante usurpação das funções constitucionais do Legislativo brasileiro.

Do que se vem de ver, a discussão teórica sobre a legitimação do Tribunal Constitucional não encontra soluções consistentes na sua composição ou no sistema de escolha dos seus membros. A uma porque a técnica de buscar a legitimidade por meio de determinado sistema de composição do Tribunal Constitucional, considerada isoladamente, não oferece resultados significativos nos países que o adotam, pois em vários deles permanece intenso o debate sobre os limites e a legitimidade da Justiça Constitucional. E a duas porque a judicialização da política e o ativismo judiciais, questões centrais da problemática acerca da legitimação da Justiça Constitucional, dependem menos da composição dos Tribunais que da dinâmica do sistema político e dos incentivos externos que esse sistema apresenta ao protagonismo da Justiça Constitucional.

Nesse mesmo sentido, vale mencionar o pensamento de M. Callejon, para quem, numa democracia complexa a legitimação democrática do Judiciário não depende de uma representatividade eletiva, porque se pretende assegurar não só o governo da maioria, “mas também o respeito às minorias, bem como aos direitos e liberdades em geral” para o que são imprescindíveis mecanismos de controle que não serão exercidos necessariamente por órgãos representativos, mas sim dotados de independência (*apud* TAVARES, 2005, p. 508).

A legitimidade democrática do Tribunal Constitucional não está, pois, vinculada à sua composição, mas sim ao seu funcionamento como uma instância suprapartidária independente, comprometida com os valores fundamentais consagrados na Constituição; não depende de uma representatividade popular, mas sim do desempenho de função essencial para qualquer democracia, de defesa do pluralismo e preservação dos direitos humanos. Veja-se a propósito a síntese de Marcelo Rebelo de Souza, para quem, em termos de legitimidade:

cultura jurídica florescente e juridificação crescente do Tribunal Constitucional são mais importantes do que a repartição de designados políticos por órgãos governativos em sentido restrito [...] a Justiça Constitucional, para ser pujante, tem de ser mais exigente, mais juridificada e mais jurisdicionalizada (1995, p. 228).

3.3. Justiça Constitucional e concretização de direitos

As considerações centradas na representatividade política na composição do Tribunal Constitucional mostram-se insuficientes para solucionar a discussão travada sobre a legitimidade de sua atuação. Isso se explica porque a legitimidade da Justiça Constitucional não pode ser equiparada à democracia representativa; essa legitimidade não é eletiva, e sim funcional.

De nada adianta, portanto, desenhar um sistema de investidura que preveja um processo eletivo ou partidário na composição da Corte, conjugado com a limitação temporal do mandato de seus membros, almejando-se com isso legitimar democraticamente a Justiça Constitucional; o real problema teórico a ser investigado diz respeito à função do Tribunal Constitucional como intérprete da Constituição.

É a partir dessa perspectiva que se tem questionado a interferência do Judiciário nas funções do Legislativo, sobretudo em matérias de natureza política, como uma das principais objeções ao paradigma neoconstitucionalista de uma Justiça Constitucional criativa e atuante na defesa dos direitos humanos. Pondera-se que o conteúdo e o significado das normas constitucionais, principalmente daquelas instituidoras de direitos e liberdades, representam valores, opções políticas, e que essas normas de conteúdo aberto não possuem um sentido

unívoco a ser descoberto pelo intérprete, o que se agrava em uma sociedade plural pós-moderna, e que, portanto, essa tarefa deveria ser desempenhada prioritariamente pelo legislador, dotado de representatividade democrática.

Segundo esse ponto de vista, não seria compatível com o Estado Democrático de Direito conferir à Corte Constitucional o papel de concretizar essas normas, de alto caráter valorativo, por meio de uma interpretação criadora. Eis que essa decisão, ao lado de dispensar a busca pelo consenso na sociedade, não atenderia aos padrões de objetividade que legitimariam a atuação técnico-jurídica da jurisdição. Ao contrário, o processo político deliberativo de formulação das leis seria muito mais compatível com o amplo debate público, necessário à busca do consenso que pode e deve legitimar essas decisões substanciais.

Esse é o argumento central de diferentes teorias críticas do papel criador da Justiça Constitucional na interpretação e aplicação da Constituição, manifestando uma concepção procedimentalista dessa atuação, em contraposição ao paradigma substancialista de autores como Dworkin e Alexy, que defendem a atuação concretizadora do Tribunal Constitucional na aplicação de princípios positivados na Constituição. O procedimentalismo é uma linha teórica que se aproxima em alguns pontos do originalismo americano, mas diverge em outros e, portanto, não pode ser confundido com a tese que pretende vincular a atuação do Tribunal Constitucional à intenção dos constituintes.

Um dos mais importantes estudos que defendem o procedimentalismo é de autoria de John Hart Ely, sobre o *judicial review* americano. Ely descarta o interpretativismo como alternativa teórica adequada para solucionar as questões de legitimidade democrática do *judicial review*, afirmando que as normas constitucionais abertas não podem ser interpretadas tão-somente com base em uma suposta intenção original dos constituintes, mesmo porque essa intenção original não poderia ser capturada apenas com a análise dos registros históricos sobre os debates dos constituintes, o que ensejaria na melhor das hipóteses a formulação de uma teoria consistente com o que os constituintes disseram (1980, p. 11-14).

Ely sustenta, ao contrário, uma teoria do *judicial review* baseada na representação política, afirmando que, ao interpretar cláusulas constitucionais ambíguas, como a Emenda XIV da Constituição americana, a Suprema Corte deve assegurar a *equal protection*, isto é, garantir que o processo democrático esteja aberto a todos, sem que preconceitos contra minorias possam contaminar a legislação que os afeta. O argumento consiste em considerar que a Constituição americana é um sistema que protege os direitos e liberdades por meio de um extensivo rol de garantias procedimentais, além de um elaborado esquema projetado para

preservar a participação política das minorias nas decisões políticas, e não pela identificação e preservação de valores substantivos específicos (1980, p. 92).

Em outras palavras, Ely defende que o direito de participação política e os direitos e liberdades instrumentais a ele vinculados são condições que limitam o princípio democrático, cabendo à Justiça Constitucional o papel de proteger e garantir essa participação, impedindo que a maioria possa embaraçar a participação política das minorias, o que, em algumas situações, pode justificar uma atuação contramajoritária. Mas por outro lado, não admite que o Judiciário tenha poder para conceder direitos não explicitados na Constituição que não estejam diretamente vinculados ao processo democrático ou à proteção de minorias contra o preconceito (1980, p. 100 ss.):

A elaboração de uma teoria do controle de constitucionalidade (*judicial review*) fortalecedora da participação política pode seguir muitos caminhos, e os Capítulos 5 e 6 constituem obviamente apenas uma versão. Mas seja como for elaborada, a teoria geral consiste em restringir a atuação do controle de constitucionalidade (*judicial review*) nas normas constitucionais abertas, insistindo que ela pode adequadamente preocupar-se apenas com questões de participação, e não com o mérito substancial das decisões políticas impugnadas (1980, p. 181, tradução nossa).

Perceba-se que essa é uma forma minimalista de legitimidade, dado seu caráter procedimentalista, pois significa que a Justiça Constitucional estaria vinculada à vontade da maioria no que concerne a valores fundamentais, limitando o *judicial review* à função de desobstruir o processo democrático de obstáculos ao seu bom funcionamento. Significa dizer que a Suprema Corte não teria legitimidade para analisar questões axiológicas, uma vez que os valores materiais seriam os concretizados pelo Legislativo, na medida em que essa definição se dê com observância do processo democrático vislumbrado por Ely.

Embora não possa ser rigorosamente qualificada como uma tese originalista, a teoria de Ely aproxima-se do originalismo, ao fixar, como tarefa da Corte Constitucional, a defesa do valor democrático ou procedimental, na medida em que isso significa recusar sua legitimidade para constitucionalizar valores substantivos, ou seja, ambas posições teóricas aproximam-se na definição que oferecem para o papel do intérprete da Constituição frente ao legislador (BELTRÁN, 1989, p. 103).

Com efeito, tanto para o originalismo quanto para a teoria procedimentalista de Ely, a Corte Constitucional não está legitimada para constitucionalizar valores substantivos. O originalismo nega essa atuação afirmando que ela representa uma deturpação da intenção original dos constituintes, resultando na reforma de fato da Constituição, enquanto Ely afirma que os valores necessários para a sociedade dependem de uma decisão política institucional

do legislador ordinário, sob pena de “impedir o desenvolvimento de uma sociedade cambiante” (ENTERRÍA *apud* BELTRÁN, 1989, p. 103).

A teoria de Ely tem sofrido agudas críticas. É tida como uma teoria inconsistente por apresentar-se como uma teoria que pretende limitar a atuação criativa da Corte Constitucional, mas, ao mesmo tempo, procura definir o conteúdo de cláusulas constitucionais ambíguas com base em certos valores políticos fundamentais de participação democrática. Asseverar que a Justiça Constitucional legitima-se como protetora dos direitos das minorias não explica que direitos são esses, os quais de qualquer modo teriam de ser definidos pelo Judiciário. Ademais, se a Suprema Corte deve observar os marcos valorativos da Constituição “e se esta se utilizou de referências externas, então, para atuar a Constituição, o Tribunal terá de adotar uma postura para além daquela constante expressamente na Constituição” (cf. TAVARES, 2005, p. 536).

As ideias de Ely encontraram eco nas formulações de Jeremy Waldron sobre a teoria da legislação, em que o autor pretende reivindicar, em favor da legislação, o protagonismo nas discussões filosóficas a respeito do Direito, em detrimento da ênfase que os doutrinadores têm conferido aos tribunais e ao constitucionalismo, dando prioridade às consequências teóricas dos desacordos quanto à justiça e aos direitos.

Os estudos de Waldron sobre a teoria da legislação ganharam repercussão a partir da publicação, em 1999, de suas duas obras fundamentais, cada qual trazendo um enfoque diferente sobre a temática do desacordo acerca dos valores e da importância da legislação como meio digno para a tomada das decisões políticas em matéria de direitos. Em “Direito e desacordos”, o jurista neozelandês enfrenta o tema a partir de uma metodologia analítica da teoria do Direito, enquanto isso “A dignidade da legislação” trata de algumas das principais contribuições históricas ao pensamento político, no que toca à compreensão da legislação. Um estudo complementa o outro, visto que cada qual traz um enfoque diferente do mesmo problema.

Ao falar na dignidade da legislação, Waldron intenta superar a atitude negativa dos juristas em face da legislação, considerada uma fonte do Direito de somenos importância na Teoria Geral do Direito, tendo em vista não estar necessariamente vinculada a nenhum princípio moral e não possuir raízes nas tradições e costumes sociais. A indignidade da legislação decorre, para Waldron, da visão generalizada entre os juristas de que muitas vezes a adoção de leis provém de uma decisão precipitada e arbitrária de uma maioria eventual do Parlamento:

um estatuto enfia-se na nossa frente como um *arrivista* de baixa extração, todo superfície, nada de profundidade, sem herança, tão arbitrário na sua origem como a união temporária de uma maioria no parlamento ou no congresso (2003, p. 12, grifo do original).

Para o autor, o desconforto dos juristas com a legislação advém de preconceitos acerca da forma de argumentação das deliberações legislativas e do raciocínio legislativo, sobretudo da natureza política dessas deliberações, sobressaindo-se a preocupação de que o tamanho do corpo legislativo constituiria “antes um obstáculo do que uma vantagem para a legislação racional” (WALDRON, 2003, p. 37). Com o objetivo de superar esses preconceitos, Waldron passa a examinar as contribuições históricas de Kant, Locke, Rawls e Aristóteles para a teoria política, identificando, no pensamento desses filósofos, argumentos favoráveis à pluralidade da política e da multiplicidade da legislatura para, dessa forma, advogar em favor da dignidade da legislação.

Numa esforçada síntese constata-se que, no curso da obra, o autor busca ressaltar, no pensamento desses filósofos, a importância do respeito às ideias e opiniões dos outros, admitindo-se que as nossas convicções sobre justiça e moral, por mais importantes que as consideremos, concorrem e competem com as convicções das outras pessoas. A consequência disso é que o acatamento da legislação civil consiste num dever moral, não só porque a legislação assegura a convivência de todos segundo um sistema unívoco de direitos, como também dada a necessidade de consentir com a opinião comum acerca de determinadas questões, ainda que não compartilhemos do ponto de vista sobre a justiça nela incorporado.

A tese central da importância do respeito ao dissenso e do valor moral da deliberação democrática como processo legítimo de tomada de decisões políticas é repetida em “Direito e desacordos”. Ali, Waldron sustenta que a característica mais marcante da política, que a separa da justiça, é que seu ponto de partida são os desacordos, e que o processo deliberativo dos parlamentos reúne os representantes dos principais pontos de vista em conflito na sociedade, e toma suas decisões considerando como marco as controvérsias e desacordos (2005, p. 32-33). Assevera, a partir dessa premissa, que a existência de desacordos, em si mesma considerada, é um fator que enriquece a deliberação democrática, exercendo um papel mais importante na teoria da legislação até mesmo que a noção do consenso como objetivo dessas deliberações.

Na realidade, ao contrário do que se poderia esperar, o filósofo destaca que a busca do consenso, posto seja ínsita à lógica deliberativa, secunda em importância a falta de consenso (o dissenso); segundo sustenta, os desacordos não podem ser tidos como um resultado

politicamente insatisfatório dos debates e discussões, devendo-se, ao invés disso, aceitar a persistência das discrepâncias como algo natural e próprio da deliberação democrática, de modo a incorporar essa perspectiva no centro da teoria da legislação e não em sua periferia (WALDRON, 2005, p. 111-113).

Essa reabilitação do desacordo, como elemento essencial da política, serve para justificar a necessidade de repensar a noção segundo a qual a autoridade da legislação resultaria de um ponto de vista comum sobre a justiça, manifestado por uma sociedade bem ordenada; pelo contrário, a necessidade de um ponto de vista comum não supõe a existência de um consenso ideal inalcançável, nem muito menos elimina os desacordos que continuam a existir (WALDRON, 2005, p. 128-129). De outro lado, nessa perspectiva, a decisão majoritária não pode ser encarada meramente como um útil procedimento técnico das assembleias deliberativas, possuindo um valor moral intrínseco, que consiste no respeito às diferenças de opinião sobre a justiça e o bem comum, e na renúncia à pretensão do consenso, exigindo o apoio e respeito como método de tomada de decisões (WALDRON, 2005, p. 133-134).

É interessante observar que, ao formular essa justificativa moral para a legislação e para a dignidade do processo deliberativo, Waldron defende uma atitude relativista a respeito dos valores, negando a existência de verdades evidentes *per se*, atitude essa que é determinante nas suas ideias sobre a teoria política; senão veja-se:

Quando nos encontramos com um cidadão ou um grupo de cidadãos que sustenta uma concepção dos direitos que difere da nossa, deveríamos considerá-la da mesma forma que se fora uma concepção contrária de um colega: algo com o que discrepamos, mas que segue sendo digno de respeito, como uma contribuição de boa-fé a um debate em que nada em absoluto resulta autoevidente (2005, p. 273, tradução nossa).

Justamente por considerar que os valores são relativos, Waldron desdobra suas ideias tecendo sérias críticas à teoria da Justiça Constitucional. Waldron compara a adoção de uma carta de direitos, com a concepção de limites constitucionais ao legislador, garantidos por um sistema de controle de constitucionalidade, a um “pré-compromisso” assumido pelo povo para assegurar o exercício responsável do poder. Todavia, o pré-compromisso democrático contido nos limites constitucionais não pode operar de forma rígida ou mecânica, exigindo-se a preservação de um espaço de liberdade ao legislador, em face da pluralidade da comunidade política que implica também pluralidade de opiniões e desacordos entre seus membros sobre os assuntos que concernem aos direitos e à justiça e à dinâmica da deliberação (2005, p. 323).

Além do mais, considerando-se o pré-compromisso do ponto de vista intergeracional, tem-se que a legitimidade das limitações constitucionais demandaria a ampla possibilidade de reforma constitucional, já que não seria admissível que uma geração vinculasse de maneira definitiva as decisões políticas das gerações posteriores. Waldron conclui, portanto, que o pré-compromisso, ou seja, os limites constitucionais, será tão mais razoável quanto maior a possibilidade de modificá-lo mediante procedimentos de reforma constitucional (2005, p. 327).

Admitidas essas premissas, restaria fragilizado o fundamento de legitimidade da Justiça Constitucional para fiscalizar a constitucionalidade das opções políticas do legislador. Isso porque, se a Constituição não é entendida como uma ordem objetiva de valores cuja observância vincula o legislador, não haveria nenhum motivo para crer que o controle de constitucionalidade contribuiria para aperfeiçoar a democracia.

Segundo Waldron, não é desejável um sistema de Justiça Constitucional que exerça um controle judicial forte, isto é, deixando de aplicar uma lei ou suspendendo sua vigência em razão da incompatibilidade com a Constituição, sendo muito mais útil um sistema de controle judicial fraco, em que a decisão limita-se a declarar a incompatibilidade entre a lei e os direitos inscritos ou na Constituição ou em convenções internacionais de direitos humanos, como o inglês e o neozelandês, dessa forma atraindo a atenção pública para certos casos, quando aparecem (GARGARELLA, MARTÍ *in* WALDRON, 2005, p. XXXI).

As teorias procedimentalistas da Justiça Constitucional, embora tenham o mérito de provocar a reflexão sobre o papel da Corte Constitucional em um regime democrático, revelam uma fé exacerbada na legitimidade do processo deliberativo dos parlamentos, ao tempo em que menosprezam a importância da tradição e da história na objetivação dos valores, principalmente quando se trata de questões de justiça e de direitos.

No caso específico de Waldron, é preciso considerar que suas ideias foram desenvolvidas num contexto histórico e político em que está em discussão a conveniência de adotar-se um modelo de Justiça Constitucional na Inglaterra, ao ensejo da internalização da Convenção Europeia de Direitos Humanos. Sua tese, portanto, surge como uma reação crítica para questionar se, de fato, a instituição de um modelo de Justiça Constitucional iria contribuir em alguma medida para aperfeiçoar o regime democrático daquela nação, ou, ao contrário, se consubstanciaria um retrocesso no que diz respeito às instituições democráticas do País.

Pondo a questão nessa perspectiva, fica fácil entender por que o autor considera que os juristas possuem uma atitude preconceituosa contra a legislação, mesmo porque no sistema do

common law atribui-se grande importância à jurisprudência como fonte do Direito. É certo que essa preocupação não teria maior significado nos países que adotam o sistema do *civil law* onde a lei, no sentido formal, sempre gozou de um *status* diferenciado na dogmática jurídica, já que durante muito tempo foi colocada em um pedestal pela doutrina do positivismo jurídico (ZAGREBELSKY, 2005, p. 33). Nesses sistemas jurídicos, a controvérsia sobre judicialização da política e ativismo judicial só ganhou força num período relativamente recente da História, com o advento do neoconstitucionalismo e de seu paradigma substancialista e atuante em favor da efetivação das Constituições, em especial dos direitos prestacionais.

No Brasil, por exemplo, essa discussão só passou a ter alguma relevância a partir da década de 1990, quando ganharam força as correntes teóricas do pós-positivismo, inspiradas pela redemocratização do País e, sobretudo, pela adoção de uma Constituição compromissária e garantista.

Outra ponderação cabível é a de que atuação criadora das Cortes, longe de caracterizar uma ação unilateral de usurpação de funções, por parte do Judiciário, deflui muito mais de deficiências sistemáticas na atuação do próprio Legislativo, como, aliás, pode ser percebido no exame da dimensão política da Justiça Constitucional. É preciso considerar, portanto, que o crescimento da atuação criadora dos Tribunais Constitucionais está, em grande medida, relacionada com a omissão do legislador. Dessa forma, não se faz necessário restringir as possibilidades de atuação das Cortes Constitucionais para preservar o processo político, bastando, para tanto, buscar um funcionamento eficiente das instituições representativas.

Aqui também vale referir que, no Brasil, a crise que atinge o Legislativo resulta menos de uma interferência indevida do Judiciário que das deficiências de sua atuação, sendo bem mais preocupantes os problemas advindos das intervenções do Executivo com o uso abusivo de medidas provisórias e outros expedientes menos legítimos de interferir no processo legislativo.

Quanto à posição teórica procedimentalista no sentido de reabilitar a legitimidade do processo deliberativo na tomada de decisões políticas, novamente é preciso destacar que essa reflexão assume uma maior relevância em se tratando de sistemas constitucionais que se limitam a estabelecer a organização e estrutura do poder político e declarar um rol restrito de direitos, como no caso da Constituição americana que, tendo sido promulgada em 1791, não prevê sequer o direito constitucional à intimidade, ou da Lei Fundamental de Bonn, que se absteve de incluir em seu texto uma relação de direitos sociais (KRELL, 2002, p. 48).

Em países que adotam Constituições dirigentes, a necessidade de legitimar democraticamente a atuação criada da Justiça Constitucional no reconhecimento de direitos é bem menor, na medida em que o próprio legislador constituinte já expressou essas opções políticas no texto constitucional. Nesse sentido, Canotilho já observou que a Constituição dirigente vincula o legislador, não só estabelecendo limites e direitos de defesa em favor do cidadão, como também proibindo sua omissão, de modo que a compreensão democrática da liberdade de conformação do legislador implica seu dever de prover os recursos necessários à efetivação dos direitos instituídos na ordem constitucional (1994, p. 377-380).

E não se alegue que esse nível de atuação da Corte Constitucional acabaria por esvaziar o espaço da política democrática, fazendo com que “as decisões realmente importantes sejam debatidas e decididas não no Parlamento mas em algum tipo de tribunal” (ATRIA, 2000, p. 397). Admitindo-se embora que o legislador tem legitimidade prioritária para concretizar a Constituição, possuindo um livre espaço de conformação para definir o conteúdo das normas constitucionais abertas, em especial quando se trata de normas definidoras de direitos, isso por si só não elimina a legitimidade da Justiça Constitucional para fazê-lo em face das omissões do Legislativo, ou mesmo controlar a atuação do legislador que desrespeite cânones mínimos de proporcionalidade na restrição a direitos instituídos na Constituição.

Negar essa realidade é desconsiderar a força normativa da Constituição como norma capaz de dar forma e mudar a realidade, convertendo-se ela própria na força ativa que “influi e determina a realidade política e social” (HESSE, 1991, p. 24), força essa que será tanto mais acentuada quanto maior for sua incorporação dos elementos sociais, políticos e econômicos dominantes e, principalmente, do “estado espiritual de seu tempo” (HESSE, 1991, p. 20).

A Corte Constitucional como guardiã da Constituição não pode simplesmente se desvincular do manancial político e ideológico objetivado no texto constitucional para tornar-se uma mera espectadora dos conflitos de interesses. Nas palavras de Antonio La Pégola “ainda não alcançamos essa fase do jogo, em que a função do Tribunal possa ser reduzida a de mero árbitro de um jogo ideal, do *fair play*, entre quem forma a maioria e as minorias marginalizadas” (LA PÉRGOLA *apud* BELTRÁN, 1989, p. 111, tradução nossa).

Diante de tudo isso, e principalmente a partir da Segunda Guerra Mundial, não se pode mais admitir que as convicções políticas acerca da justiça e dos valores sejam relativizadas a ponto de deixar de reconhecer um conteúdo mínimo de direitos condicionantes do jurídico. O processo histórico e cultural da universalização dos direitos humanos confere ao princípio da dignidade da pessoa humana uma posição de centralidade nos sistemas jurídicos, sobretudo

nas democracias constitucionais, fazendo com que seja objetivamente reconhecido seu valor jurídico intrínseco.

A concepção de que os valores são relativos e que as convicções políticas individuais afastam qualquer possibilidade de consenso desconsidera o fato de que, embora as convicções individuais sejam subjetivas, essas convicções são cultural e historicamente objetivadas, não se podendo olvidar que o mundo histórico-cultural surge a partir das valorações humanas, na sua “relação concreta, histórica e dialética, com a realidade transcendente” (MATEOS GARCÍA, 1999, p. 41).

É dizer que os valores possuem uma dimensão objetiva advinda da história e da cultura e que a identificação dessa dimensão objetiva pode e deve ser utilizada como referência para que a Justiça Constitucional solucione questões de justiça e de direitos, principalmente em se tratando preservar direitos humanos reconhecidos internamente, em nível constitucional, e, externamente, pela comunidade internacional.

3.4. Substancialismo e procedimentalismo no Direito brasileiro

Pioneira na sistematização da temática do constitucionalismo, democracia e direitos humanos, no Brasil, Gisele Cittadino publicou, em 1998, obra em que expôs os diversos marcos teóricos da teoria política e constitucionalismo contemporâneos e fez reflexões sobre sua repercussão na teoria da Justiça Constitucional. Seu estudo comparativo das correntes teóricas as categorizou em liberais contratualistas, comunitaristas e crítico-deliberativas, antevendo os termos do atual debate teórico na doutrina brasileira acerca da definição do papel do Judiciário e, em especial, do Supremo Tribunal Federal, na aplicação da Constituição e na concretização de direitos humanos.

No que interessa a esta pesquisa ganham relevo suas considerações sobre o comunitarismo substancialista brasileiro e o procedimentalismo inspirado na posição crítico-deliberativa de Jürgen Habermas.

O constitucionalismo comunitário brasileiro revela uma visão substancialista da Constituição e tem como representantes autores como José Afonso da Silva, Paulo Bonavides e Carlos Roberto de Siqueira Castro, dentre outros. Seu pensamento centra-se na ideia de que o constitucionalismo pós-moderno radica no cânone da dignidade da pessoa humana, “força central da eclética e difusa produção de valores e princípios encarecidos pela sociedade contemporânea” (CASTRO, 2005, p. 20-21).

O primeiro ponto a ser destacado é sua concepção de que a Constituição é uma estrutura normativa que envolve um conjunto de valores compartilhados por determinada

comunidade política, valores estes cuja realização constitui o objetivo primordial da Constituição (CITTADINO, 2004a, p. 16). Os direitos humanos não são, portanto, vistos apenas como situações subjetivas individuais de vantagem, ou ainda, como elementos do estatuto de defesa do cidadão contra o Estado; ao contrário, eles possuem uma dimensão objetiva, cuja validade é reconhecida historicamente pela comunidade, e, na condição de direitos positivados, estabelecem metas e objetivos para o Estado no sentido de realização dos valores neles incorporados.

Outro aspecto fundamental diz respeito ao processo de concretização de valores objetivados nas normas de direitos humanos, o qual supõe a abertura do processo hermenêutico à comunidade de intérpretes, aproximando-se nesse viés à tese da Constituição aberta de Häberle, embora com reservas, conforme observado no capítulo anterior.

Trata-se de uma concepção de democracia participativa, participação que se caracteriza pela colaboração dos intérpretes informais da Constituição na formação da vontade do Estado e na tomada de decisões políticas institucionais, viabilizada por instrumentos jurídicos que permitem judicializar essas decisões, sobretudo no controle das políticas públicas governamentais com vistas a assegurar a efetividade de direitos sociais, culturais e econômicos, tomando-se em consideração as deficiências do Legislativo e Executivo na realização dos valores consagrados na Constituição (cf. NOBRE JÚNIOR, 2006a, p. 1262-1263).

É na esteira dessa concepção de democracia participativa que se desenvolveram institutos como a ação de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção, cuja finalidade não é outra senão a de fortalecer a democracia, dotando de eficácia os direitos constitucionais (ROSA, 2006, p. 379).

O terceiro ponto de apoio da concepção comunitarista do constitucionalismo é a mudança na postura do Judiciário, porque a positivação dos direitos humanos, nomeadamente dos direitos sociais e econômicos, não pode funcionar apenas como álibi e como fórmula de compromisso dilatório que obstruem a transformação social, sem correspondência na concretização generalizada do texto normativo, naquilo que Marcelo Neves denominou de constitucionalização simbólica (2007, p. 91).

Pelo contrário, o comunitarismo visa construir uma dogmática constitucional de efetividade, também denominada de dogmática constitucional emancipatória ou dogmática constitucional transformadora, com um compromisso teórico e político de conferir normatividade integral à Constituição e, para tanto, faz-se necessária uma releitura no papel

do Judiciário e, em especial, do Supremo Tribunal Federal, enquanto guardião da Constituição (CLÈVE *in* BONAVIDES, LIMA, BEDÊ, 2006, p. 36).

A Constituição brasileira de 1988 oferece um importante argumento favorável à tese comunitarista, na medida em que o princípio constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional dá sustentação jurídica a um modelo de ativismo judicial no Brasil, voltado para a efetivação dos direitos humanos.

Note-se que o direito de acesso à justiça, identificado com o direito constitucional de ação, é o principal desdobramento do princípio da inafastabilidade. Interpretando essa garantia em consonância com o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana e com o princípio geral do devido processo legal, a moderna doutrina processual tem defendido, com base nesse dispositivo, o direito fundamental de acesso a uma ordem jurídica justa. Tal visão garantística, juntamente com a amplitude quase irrestrita do controle jurisdicional no Brasil, impelem uma atuação judicial comprometida com a realização dos valores constitucionais, principalmente dos direitos humanos, abrindo as portas do Judiciário para virtualmente qualquer causa, contribuindo para a judicialização da política e das relações sociais e, em última análise, influenciando os juízes a assumirem uma postura de ativismo.

A partir de 1988, as construções doutrinárias sobre o direito à efetividade da tutela jurisdicional adquiriram mais força no Brasil, tanto assim que repercutiram em 2004, durante a Reforma do Judiciário, na inclusão do direito à duração razoável do processo e à celeridade processual no rol dos direitos fundamentais individuais do artigo 5º da Constituição da República. Esse outro aspecto também contribui, e muito, para uma mudança no perfil constitucional do Judiciário, na medida em que cobra da magistratura brasileira um compromisso com a satisfação efetiva, real, das pretensões dos jurisdicionados, no sentido de que em um Estado Democrático de Direito a democracia depende da efetiva expansão dos direitos e de sua afirmação em juízo (CUNHA JÚNIOR, 2004, p. 457). Sob a luz dessa moderna dogmática processual, o juiz deve agregar ao dever fundamental da imparcialidade uma responsabilidade política e social com a efetividade das promessas constitucionais.

O comunitarismo, portanto, concebe a Constituição como uma ordem objetiva de valores, centrada nos direitos humanos, a hermenêutica constitucional como processo que constitui as condições de possibilidade para a concretização desses direitos, por meio de um debate aberto e plural dos intérpretes da Constituição, e a Justiça Constitucional como instituição responsável pela efetivação dos direitos humanos positivados na Constituição, inclusive e designadamente os direitos sociais, se preciso até mesmo para suprir omissões inconstitucionais dos órgãos de direção política.

Se o comunitarismo propõe uma concepção substancialista dos valores positivados na Constituição, os crítico-deliberativos, inspirados nas proposições de Jürgen Habermas, consideram que a compreensão dos valores normativos depende de uma leitura intersubjetiva, isto é, a partir de uma razão comunicativa que possa se irradiar por toda a sociedade, respeitando a diversidade das concepções individuais acerca da vida digna e a multiplicidade de formas específicas que compartilham valores, costumes e tradições (cf. FARIA *in* CITTADINO, 2004a, p. XIX).

Na concepção habermasiana, as considerações morais não podem depender dos sentidos subjetivos, ou consciências individuais, nem das tradições e costumes de visões religiosas ou metafísicas compartilhadas por determinadas comunidades. Habermas propõe, então, uma ética discursiva da vontade, segundo a qual a formação da vontade pressupõe “um exercício público de discussão comunicativa, em que todos os participantes fixam a moralidade de uma norma a partir de um acordo racionalmente motivado” (cf. CITTADINO, 2004a, p. 93).

O pensamento crítico-deliberativo de Habermas é incompatível com uma concepção material da Constituição, apresentando, ao contrário, um paradigma procedimentalista segundo o qual a construção da normatividade deve resultar da interação discursiva da comunidade, a partir de um diálogo livre, racional e crítico, garantido pelo respeito às condições do procedimento democrático, e visando ao consenso de todos os interessados. É dizer que a justificação de uma determinada ordem normativa depende de uma deliberação imparcial, pois somente nesses termos pode-se fazer uma crítica legítima dos conflitos de interesses da comunidade.

Esse modelo propugna uma ética deliberativa, ou ainda uma ética discursiva, e supõe o respeito a condições procedimentais relativas àquilo que Habermas designa de “situação ideal de fala”, representadas em três exigências resumidas por Gisele Cittadino da seguinte maneira: “a não limitação, ou seja, a ausência de impedimentos à participação; a não violência, enquanto inexistência de coações externas ou pressões internas; e a seriedade, na medida em que todos os participantes devem ter como objetivo a busca de um acordo” (2004a, p. 111).

O pensamento de Habermas apresenta consideráveis divergências com a concepção substancial do constitucionalismo, e isso tem implicações importantes no que diz respeito ao papel da Justiça Constitucional. Na perspectiva procedimentalista da ética discursiva habermasiana, é injustificável a transferência para os tribunais das decisões acerca do conteúdo dos valores constitucionais, vez que, na impossibilidade de se conceberem

fundamentos racionais que possam indicar objetivamente a solução correta em cada caso concreto, somente o consenso resultante da deliberação democrática seria apto a uma solução legítima, de modo que a atuação dos juízes no sentido de impor uma solução ensejaria sempre um juízo discricionário. Coerente com essas premissas Habermas defende o autocontrole da constitucionalidade das normas pelo próprio legislador (1997, p. 301) e critica a Justiça Constitucional por assumir o monopólio sobre o discurso jurídico no sentido de definir o conteúdo e sentido das normas constitucionais.

Note-se que as divergências entre ambas as correntes teóricas repetem, em muitos aspectos, a discussão entre substancialistas e procedimentalistas, dividindo opiniões entre os que criticam a atuação criadora do Tribunal Constitucional e os que defendem uma Justiça Constitucional atuante na concretização e defesa dos direitos. No Brasil, o debate entre o comunitarismo e o a visão crítico-deliberativa tem suscitado intensa polêmica na doutrina, em face das divergências acerca de aspectos primordiais da teoria da Constituição, valendo mencionar interessante disputa que vem sendo travada entre Lenio Streck e Álvaro Ricardo de Souza Cruz. Obviamente, o debate brasileiro não está restrito a esses dois autores, mas o destaque se justifica na medida em que a oposição frontal de ambos no que diz respeito à concepção de democracia e sobre o papel da Justiça Constitucional em um Estado Democrático coloca em termos bastante evidentes as divergências existentes entre as concepções substancialista e procedimentalista acerca do papel da Justiça Constitucional.

Pois bem, de um lado Lenio Streck assume uma visão substancialista, defendendo uma teoria material da Constituição que define como uma ordem de valores substantivos, cuja concretização é responsabilidade da Justiça Constitucional, nomeadamente no sentido de concretizar os direitos sociofundamentais. Streck propugna, nesse passo, um modelo de interpretação constitucional que possibilite à Justiça Constitucional uma atuação mais efetiva na implementação dos direitos e valores substantivos da Constituição.

De outro lado, Álvaro Souza Cruz sustenta uma tese procedimentalista, inspirado principalmente nas ideias de Habermas, concebendo o papel do juiz constitucional como protetor do processo de criação democrática do Direito, e não de guardião de uma suposta ordem suprapositiva de valores substanciais.

As ideias de Lenio Streck sobre o tema foram expostas sistematicamente em sua obra “Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do Direito”, publicada em 2002. Streck propõe uma noção de Estado Democrático de Direito que valoriza a Constituição, não apenas como fundamento e parâmetro de validade das demais normas do sistema jurídico, mas sobretudo como “norma diretiva fundamental que dirige os poderes públicos e

condiciona os particulares de maneira a assegurar a realização dos valores constitucionais” (2002, p. 99).

No que diz respeito à legitimidade da Justiça Constitucional para construir as significações necessárias à concretização dos valores objetivos positivados na Constituição, Streck é assertivo em afirmar que a maioria deve ceder à supremacia material das normas constitucionais, sendo imperativo superar o paradigma formal e programático das normas constitucionais, nomeadamente das normas definidoras de direitos sóciofundamentais, legitimando-se a intervenção do juiz constitucional a partir de sua função de resguardar o Estado Democrático de Direito, que tem na realização dos direitos humanos um dos seus sustentáculos.

Outro aspecto fundamental do pensamento de Streck é que sua linha teórica renuncia expressamente a uma suposta pretensão universalizante. Do seu ponto de vista, não é possível aplicar a países como o Brasil teorias elaboradas em outros ambientes e sistemas para atender às necessidades de países mais desenvolvidos e que já passaram pelo estágio de consolidação do Estado do Bem-Estar Social. Nesse passo, Streck argumenta que é necessário cogitar de uma teoria da Constituição dirigente adequada a países de modernidade tardia (TCDAPMT), com isso pretendendo viabilizar a construção de um espaço público apto a efetivar a Constituição em sua materialidade (2002, p. 113).

O cerne dessa ponderação está em apontar que, nesses países, continua válida a tese de Canotilho sobre o constitucionalismo dirigente como conteúdo compromissário mínimo do texto constitucional, com vistas ao preenchimento do déficit existente nesses países quanto à implementação dos direitos sociais, ou, em suas palavras, do “déficit resultante do histórico descumprimento das promessas (incumpridas) da modernidade” (cf. STRECK *in* COUTINHO, 2005, p. 82).

As linhas gerais das teses sustentadas por Lenio Streck foram sintetizadas no prefácio de Jorge Miranda à sua obra, da seguinte maneira:

A hermenêutica jurídica tendo como função constituir as condições de possibilidade para a compreensão da problemática da justiça constitucional;
 Necessidades de entender o texto constitucional (naturalmente, um texto com o da Constituição brasileira de 1988) na sua substancialidade, com toda a principiologia do Estado Social;
 Necessidade e valor de uma Constituição vinculante, ainda que programática e dirigente;
 Necessidade de justiça constitucional e de acesso do cidadão à justiça constitucional;
 Conveniência de se criar no Brasil um verdadeiro Tribunal Constitucional, mantendo, porém, a fiscalização difusa (*in* STRECK 2002).

Nesse mesmo toar, Streck diverge da proposição de Habermas de limitar a atuação da Justiça Constitucional à garantia do processo de criação democrática do Direito. Suas críticas consistem na afirmação de que Habermas não reconhece o correto sentido do modelo do Estado Democrático de Direito, subestimando a importância da garantia dos direitos e liberdades como elementos transformadores da sociedade com vistas a implementar níveis reais de igualdade e de liberdade (2002, p. 142).

O autor rebate a crítica habermasiana do déficit democrático da Justiça Constitucional ao argumento de que o constitucionalismo dirigente não limita o Judiciário ao papel de decidir acerca da forma procedimental de feitura das leis, atribuindo-lhe também o papel de revisar seu conteúdo material de modo tal que a Constituição já constitui, ela própria, fundamento de sua legitimidade. Streck afirma também que o pensamento habermasiano deixa de levar em consideração as condições materiais em que sua teoria teria de ser aplicada, e presume uma democracia em que os problemas de exclusão social e dos direitos humanos estão resolvidos, construindo um modelo de comunicação social utópico que não se coaduna com a realidade vivenciada no Brasil (2002, p. 150-151).

Opondo-se às teses de Streck, Álvaro Ricardo de Souza Cruz publicou obra intitulada “Habermas e o Direito brasileiro”, pretendendo contrapor às críticas já referenciadas, e insistindo na possibilidade de pensar a realidade brasileira a partir do discurso procedimentalista de Habermas. São dois os argumentos fundamentais, sendo o primeiro deles o de que Lenio Streck parte de uma compreensão equivocada do pensamento habermasiano e de seu projeto filosófico de construção de uma teoria complexa e universal, e o segundo de que a realização de um Estado Democrático de Direito depende menos de um Judiciário engajado do que da confiança na autonomia dos indivíduos. Aliás, importante aspecto da contestação às críticas de Streck consiste justamente na exaltação da autonomia dos indivíduos, considerando as reais possibilidades de se construir no Brasil uma esfera pública democrática apta a implementar as promessas constitucionais com base em uma deliberação livre, racional e crítica nos moldes propugnados por Habermas; senão, leia-se:

Está claro que os “céticos de plantão” poderiam objetar: as elites dominantes do Brasil jamais permitirão que a esfera pública possa se desenvolver a ponto de se tornar um processo de depuração dos procedimentos e instituições dos espaços públicos e privados. Logo, a teoria discursiva é imprestável/inaplicável por essas bandas.

[...]

Se o país ainda está distante das conquistas políticas, sociais e econômicas daqueles do norte desenvolvido, não é mais possível negar o quanto avançou. Um olhar retrospectivo nos últimos cinquenta anos de nossa história atesta uma evolução significativa. Por conseguinte, a perspectiva de consolidação tanto da “inclusão

social” quanto da “democracia participativa” não pode ser conceituada/rotulada de mera quimera. No máximo, poder-se-ia dizer que ela está em um fio de navalha, qual seja, está entre a validade e a facticidade das formas e procedimentos de nossa organização social (SOUZA CRUZ, 2006, p. 201).

Eis em apertadas linhas os pontos centrais da polêmica estabelecida entre os autores citados, devendo-se mencionar, apenas para ilustrar a atualidade do tema, que, após a publicação da obra de Álvaro de Souza Cruz, o diálogo entre os autores continuou com a publicação, em 2006, da obra “Verdade e Consenso”, por Lenio Streck, e logo em seguida, em 2007, do trabalho de Álvaro Ricardo de Souza Cruz intitulado “Hermenêutica jurídica e(m) debate: o constitucionalismo brasileiro entre a teoria do discurso e a ontologia existencial”. Todavia não é caso de aprofundar aqui na análise dessa disputa teórica, posto que bastante interessante, uma vez que não é esse o objeto das preocupações desta pesquisa. É indispensável, contudo, esboçar uma posição fundamentada acerca das divergências entre ambas as correntes de pensamento, principalmente em face de suas repercussões na teoria da Justiça Constitucional.

Nesse passo, a linha teórica aqui defendida alinha-se, no que importa, ao comunitarismo brasileiro e à corrente substancialista. Não há dúvidas de que a concepção de Constituição abraçada nesta tese é de uma estrutura normativa que traduz valores objetivos cuja implementação pode e deve ser perseguida pela Justiça Constitucional, na sua função específica de garantidora dos direitos e liberdades fundamentais. E os motivos dessa opção teórica são dedutíveis da análise minuciosa das origens do constitucionalismo moderno e das mudanças sofridas no pensamento constitucional após a Segunda Guerra, conforme já se buscou explicitar alhures no desenvolvimento da pesquisa.

A teoria material do poder constituinte é uma teoria da legitimidade do poder, e justifica o pacto fundamental do povo soberano que dá existência jurídica ao Estado, por meio da Constituição. O constitucionalismo, como processo histórico, filosófico e cultural, assume conteúdo material determinado já em sua gênese, atribuindo à Constituição o papel de defesa dos direitos humanos e da organização do poder político do Estado. Esse conteúdo mínimo, contudo, agregou novos valores com a revisão teórica do paradigma positivista do Direito, em razão da inconcebível tolerância do positivismo formal com as atrocidades cometidas pelo regime da Alemanha nazista. O neoconstitucionalismo trouxe um novo paradigma para o Direito e para a teoria da Constituição, uma concepção ética da ordem jurídica centrada nos direitos humanos e é a partir dela que se deve compreender o papel da Justiça Constitucional.

Não se queira ver aí um apelo ao Direito Natural ou um retorno aos ideais de universalidade do racionalismo iluminista, mesmo porque essa visão abstrata e atemporal dos direitos humanos está completamente ultrapassada, tendo sido superada pela visão histórica dos direitos humanos, conforme explicitado na obra de referência de Norberto Bobbio (1992) e, no Brasil, por Fábio Konder Comparato (2005). Os fundamentos da teoria material da Constituição, que toma as normas definidoras de direitos humanos em sua dimensão objetiva, isto é, como uma ordem concreta de valores, devem-se sobretudo a uma objetivação histórica e cultural e não ideal. Isso é expresso com rara felicidade por José Afonso da Silva, quando afirma que:

Certos modos de agir em sociedade transformam-se em condutas humana valoradas historicamente e constituem-se em fundamento do existir comunitário, formando os elementos constitucionais do grupo social, que o constituinte intui e revela como preceitos normativos fundamentais: a Constituição (2000, p. 41).

Seguindo essa mesma linha teórica, considera-se que a garantia da Constituição e dos direitos humanos representa uma exigência inevitável dessa concepção material de Constituição (SANCHÍS, 2003, p. 166), e sua atividade, embora envolva necessariamente matérias de caráter político, é ela própria uma atividade jurídica, pois que pautada por critérios e métodos jurídicos e legitimada pelo debate público e racional das questões trazidas à apreciação do Judiciário.

3.5. A legitimidade democrática na concretização dos direitos humanos

Compreender e solucionar o aparente paradoxo gerado pela instituição da Justiça Constitucional em um regime democrático não depende da confecção de modelos de Tribunais Constitucionais que contemplem mecanismos de representatividade popular. Não se trata, tampouco, de limitar a atividade da Justiça Constitucional à criação de um espaço público em que sejam preservadas as condições ideais do debate, na busca de um consenso inatingível acerca dos valores fundamentais da sociedade.

A legitimidade da Justiça Constitucional depende, antes de tudo, do exercício de suas funções de interpretação e aplicação da Constituição, pautado por critérios e métodos jurídicos e não a partir de pressões ideológicas ou político-partidárias, visando decidir questões relativas a direitos, com base em razões de princípio e não em razões políticas, em um processo que priorize o amplo debate público e que, ao final, resulte em decisões baseadas num discurso coerente e racional.

Além disso, a questão teórica da legitimidade da Justiça Constitucional implica dissociar a essência da democracia do princípio majoritário, ou quando menos redimensionar sua importância; aliás, José Afonso da Silva já ensina que a maioria em rigor não é sequer um princípio, senão “simples técnica que serve a democracia para tomar decisões governamentais no interesse geral, não no interesse da maioria que é contingente” (2000, p. 134). A democracia não é pura e simplesmente o governo da maioria; se assim o fosse, seria democrático suprimir os direitos das minorias, mais ainda, se a maioria fosse sinônimo de democracia, o governo do general Hugo Chávez, marcado por inúmeros plebiscitos, seria altamente democrático. Aliás, vale lembrar que a prática de legitimar o governo por meio de plebiscitos foi inaugurada por ninguém menos que Júlio César.

A maioria não é necessariamente democrática; pelo contrário, pode contradizer a democracia a ponto mesmo de extingui-la ou prejudicar seriamente seus valores fundamentais. Exemplo disso é o referendo convocado pelo Presidente da Venezuela que, em meados de fevereiro de 2009, o autorizou a disputar seguidas reeleições, sem nenhum limite, caminhando decididamente para sua perpetuação no poder. Fábio Konder Comparato já observara que em países de grande desigualdade social, como o Brasil e a Venezuela, a democracia não é aperfeiçoada por meio de consultas populares e atribuição de maior poder decisório ao povo, mesmo porque esses poderes não serão exercidos propriamente pelo povo, senão pelos verdadeiros donos do poder, isto é, “pelos detentores do verdadeiro *Kyrion* ou poder supremo efetivo no seio do povo. Em suma, pelos oligarcas de sempre” (*in* MÜLLER, 1998, p. 23-24).

A democracia moderna, que surgiu com os movimentos liberais e o constitucionalismo iniciado nos fins do século XVIII, é inspirada no princípio da dignidade da pessoa humana. A concepção moderna de democracia, portanto, não se pode esgotar em um regime político pautado no governo da maioria; exige-se, além disso, uma visão humanista do governo, isto é, que o poder político sirva de instrumento de realização do ser humano. A soberania popular, essencial na democracia dos modernos consolidada por Alexis de Tocqueville, tem como marco fundamental justamente o temperamento que permite a adoção de um sistema de democracia representativa, indireta, portanto, no qual os princípios democráticos inspiram e dirigem a atuação dos governantes, o que remete diretamente à dignidade do ser humano, e à liberdade e igualdade como valores essenciais protegidos pela democracia (SILVA, 1998).

O respeito à dignidade da pessoa humana e, de forma geral, aos direitos e liberdades está presente na origem das Constituições democráticas, de forma tal que não podem ser considerados efeitos da democracia, mas, ao contrário, eles consubstanciam materialmente

seus próprios fundamentos. A defesa dos direitos humanos não é legitimada pelo processo democrático, pois os direitos humanos constituem o próprio fundamento de legitimidade da democracia moderna, de forma tal que esses direitos podem servir inclusive para restringir as deliberações democráticas (BARBOSA *in* TORRES, 2007, p. 155).

Em outras palavras, os direitos humanos, juntamente com o princípio da soberania popular, justificam e legitimam a democracia e o constitucionalismo, de modo que o respeito à dignidade humana é uma condição fundamental e determinante para a formação do Estado Constitucional e sem ele não se pode sequer conceber um regime democrático; esse o motivo pelo qual a função de proteger os direitos humanos é um dos fatores mais importantes na legitimação democrática da Justiça Constitucional.

Esse aspecto da legitimidade democrática da Justiça Constitucional assume maior peso quando se considera que na sociedade moderna e pluralista existem inúmeros pontos de vista diferentes. Não se pretende, com isso, afirmar que o pluralismo seja característica própria da democracia, pois se sabe que ambos não são sinônimos; basta lembrar com Bobbio que a sociedade feudal foi uma sociedade pluralista por excelência, mas não democrática (cf. Maliska, 2006, p. 85). Pretende-se enfatizar que a democratização das sociedades modernas e pluralistas só é possível com o reconhecimento dos interesses das várias coletividades que a compõem, sendo certo que a importância da Justiça Constitucional cresce na mesma medida em que se torna necessário harmonizar esses interesses, tomando-se como referência axiológica os princípios fundamentais positivados na Constituição.

A assertiva segundo a qual o reconhecimento dos direitos humanos constitui fundamento de legitimidade da Constituição e limites para a deliberação democrática, seja qual for a instância, possui forte sustentação nos sistemas constitucionais continentais, a exemplo do brasileiro, que, em sua maioria, prevêem limites materiais ao poder de reforma constitucional, estatuidos que os direitos humanos não podem ser revogados nem mesmo por meio de emenda à Constituição.

Essas vedações ao poder de reforma denotam a superioridade das normas que positivam direitos humanos diante das demais normas da Constituição, apesar de formalmente inexistir entre elas qualquer hierarquia normativa, mesmo porque todas compõem o mesmo diploma ou código normativo dotado de unicidade, nos termos do princípio da unidade da Constituição. Não obstante, é inegável que, em face dos limites materiais de reforma, as normas definidoras de direitos humanos adquirem uma força jurídica diferenciada em relação aos demais preceitos constitucionais, podendo-se identificar aí uma hierarquização axiológica

dos princípios estruturantes fundamentais da Constituição (cf. OTERO *in* MARTINS; CAMPOS, 2004, p. 36).

É bem verdade que a opção do constituinte originário de conferir às normas definidoras de direitos humanos uma força jurídica diferenciada em relação às demais normas do sistema, ao estabelecer um núcleo irrestringível da Constituição, não é aceita de forma tranquila pelos constitucionalistas. Há a registrar, nesse sentido, corrente teórica que não reconhece a existência de limites materiais ao poder de reforma constitucional, concebendo a possibilidade de revogar até mesmo as proibições destinadas a resguardar direitos humanos como cerne irrestringível da Constituição, por meio da técnica da dupla revisão ou do duplo processo de revisão. Essa técnica consistiria, em síntese, na possibilidade de se implementar reforma da Constituição que viesse suprimir as vedações à atividade revisora e, dessa maneira, eliminar a limitação material ao poder de reforma; em seguida, os preceitos até então insuscetíveis de serem abolidos poderiam ser livremente eliminados em um segundo processo de revisão.

Segundo Uadi Bulos, essa tese tem dividido opiniões, sendo acolhida por Burgess, Laferrière, Barthelèmy e Duez, Sánchez Agesta, Constantio Mortati, Stefano Maria Cicconetti, Paolo Biscaretti Di Ruffia, Jorge Miranda, Marie-Fraçoise Rigaux, Georges Morange, F. Modugno, Gregório Peces-Barba e Emilio Crosa, e rejeitada por Liet-Veaux, Carl Schmitt, Gomes Canotilho, André Gonçalves Pereira, Marcelo Rebelo de Sousa e Afonso Queiró (1997a, p. 44).

Por sua vez, o próprio Uadi Bulos se posiciona, corretamente, no sentido de rejeitar a tese da dupla revisão, ao argumento irresponsável de que se trata de uma fraude à Constituição que agride a superioridade da atividade constituinte originária, pondo em risco a própria supremacia normativa da Lei Fundamental (1997a, p. 44). Ao argumento de que a dupla revisão importa numa fraude à Constituição adiciona-se também a noção da importância dos direitos humanos como marcos legitimadores do poder estatal, para, dessa forma, desautorizar a interpretação que concede à competência subordinada reformadora o poder de abolir os direitos que compõem o estatuto de proteção do cidadão em face do Estado e, igualmente, os direitos sociais, culturais e econômicos (cf. SARLET, 2003).

Se parte da doutrina favorece a restrição de direitos humanos, mesmo em sistemas constitucionais que impõem limites materiais expressos ao poder de reforma, é intuitivo que existam teses semelhantes em relação a sistemas desprovidos de tais cláusulas para resguardar o cerne axiológico da Constituição da atividade revisora desempenhada pelo constituinte derivado. Pode-se tomar como modelo desse posicionamento a obra do jurista americano

Bruce Ackerman, para quem a Constituição estadunidense coloca a democracia em primeiro plano em relação aos direitos humanos, de forma tal que, em determinadas condições, seria juridicamente admissível emenda constitucional que abolisse direitos humanos, até mesmo aqueles que representassem fundamentos basilares do regime democrático, como a liberdade de crença e de culto e a separação entre a religião e o Estado; leia-se o caso hipotético utilizado pelo autor para aplicar sua tese:

suponhamos que o renascimento religioso, atualmente proeminente no mundo islâmico, pudesse constituir a primeira onda de um grande despertar que envolvesse o Ocidente cristão. Uma rejeição generalizada contra o materialismo pagão mobilizando políticas de massa e que resultasse finalmente em um projeto de alteração parcial da Primeira Emenda Constitucional. Com o renascer do novo milênio, a Emenda XXVII seria proclamada por todo território nacional com a seguinte redação:

O cristianismo é a religião nacional do povo estadunidense e os cultos públicos a outros deuses, de qualquer natureza, são proibidos nos termos desta Emendas (2006, p. 18).

Segundo a visão do autor, a democracia como forma de governo não reconhece nenhum limite jurídico à vontade da maioria do povo soberano, autorizando-lhe inclusive a supressão de direitos humanos das minorias. Trata-se, data vênua, de um equívoco. Insista-se que a democracia é um sistema ou regime político centrado no homem; é um regime político porque não se limita a estabelecer a forma como se institui e se exerce o poder, mas constitui um complexo institucional e ideológico, uma estrutura filosófico-cultural.

Embora correta, a premissa de que a democracia está fundada na soberania popular não esgota o sentido do processo democrático que, nos dizeres de José Afonso da Silva, é um processo dialético que busca conciliar liberdade e igualdade, visando à satisfação, parcial e imperfeita, mas indispensável, da necessidade de coordenação e de equilíbrio entre os indivíduos para realizar o humano em face da dignidade que lhe é própria (1998).

O movimento político e cultural que engendrou o constitucionalismo e que, em última análise, levou à construção da doutrina da soberania popular, fundamenta-se e justifica-se na existência de direitos e liberdades pré-constitucionais, ancorados em fundamentos éticos e históricos, e que servem de base para o exercício legítimo de todo o poder, sobretudo o democrático.

Vale mencionar, nesse mesmo sentido, a importante contribuição de Mauro Cappelletti que, ao debruçar-se sobre o tema, trouxe importantes reflexões em prol da legitimidade de uma atuação criadora da Justiça Constitucional em prol dos direitos humanos. O autor defende que somente nos sistemas democráticos existe a real possibilidade de preservação dos

direitos humanos, de que é elemento essencial o controle judicial dos ramos políticos, e que, em contrapartida, não é possível garantir a democracia em um sistema em que tais direitos não sejam respeitados.

Cappelletti argumenta que a atuação criativa do Direito pela Justiça Constitucional, protege grupos que não têm acesso ao debate político, trazendo, dessa forma, uma contribuição inegável para o aumento da representatividade global do sistema, em suas palavras “não se pode reduzir a ideia de democracia a uma simples ideia de maiorias. Como já dissemos, democracia significa também participação; significa liberdade e tolerância”, e o processo judicial é instrumento de participação, sendo que uma Justiça independente das intolâncias das maiorias dá uma contribuição inestimável para a democracia (*in FAVOREU et alii*, 1984, p. 632-633).

É por esses motivos que a atuação da Justiça Constitucional em efetivar direitos humanos tem-se justificado a partir da concepção da Constituição como fundamento material da ordem jurídica, uma ordem objetiva de valores que possui supremacia material. Como visto, a concepção atual da Constituição não lhe atribui apenas supremacia formal e, por via de consequência, força normativa hierárquica para condicionar a validade diante das demais normas do sistema jurídico; a teoria da Constituição confere à Carta Magna supremacia material, em particular quando institui princípios e direitos humanos.

Nesse mesmo sentido, ao examinar a natureza política da atuação da Justiça Constitucional, Paulo Bonavides ressalta que as questões políticas, assim entendidas as que se alojam na faculdade discricionária reservada aos Poderes políticos, “fogem à alçada judicial, não sendo objeto de exame de constitucionalidade, salvo se interferirem com a existência constitucional de direitos individuais”, uma vez que esta é a esfera própria de controle material da Justiça Constitucional (2006, p. 324). Trata-se, portanto, de sustentar uma concepção material da Constituição a justificar a atuação criativa da Justiça Constitucional voltada para a realização dos direitos humanos.

SEGUNDA PARTE

DOS DIREITOS HUMANOS

4. FUNÇÃO CONSTITUINTE DA JUSTIÇA CONSTITUCIONAL

SUMÁRIO: 4.1. A interpretação desenvolvimentista dos direitos humanos. 4.2. Justiça Constitucional e poder constituinte. 4.3. Natureza e conteúdo da função constituinte da Justiça Constitucional. 4.4. Limites à função constituinte. 4.5. Notas sobre a interculturalidade e a universalidade como parâmetros do exercício da função constituinte.

4.1. A interpretação desenvolvimentista dos direitos humanos

Na primeira parte desta pesquisa procurou-se estabelecer a importância da função concretizadora dos direitos humanos, desempenhada pelo Tribunal Constitucional, na legitimação de seu papel como guardião da Constituição. Afirmou-se que, de acordo com a concepção material da Constituição, construída a partir de meados do século XX, o fundamento de legitimidade da Justiça Constitucional como instituição democrática não está restrito à rigidez constitucional e, pois, à supremacia formal das normas constitucionais.

A garantia judicial da Constituição justifica-se designadamente em virtude de sua função garantidora dos direitos humanos os quais, assim como a soberania popular, constituem os fundamentos ideológicos do processo político e cultural que está à base da formação da teoria constitucional, processo esse também denominado de constitucionalismo moderno: a legitimidade da Justiça Constitucional, portanto, decorre em grande medida de sua atuação voltada para o respeito aos direitos humanos.

Dessa forma, a teoria da Justiça Constitucional conjuga a legitimidade democrática que advém da soberania popular, consolidada em uma decisão política fundante que dá origem à Constituição e por meio da técnica da decisão por maiorias, com o respeito a certos direitos básicos dos indivíduos, concebidos como direitos morais reconhecidos e tutelados pelo sistema jurídico, como forma de proteger as minorias ou, até mesmo, uma maioria com representação deficiente na arena política.

Tal formulação teórica reflete a posição de primazia que os direitos humanos possuem no novo constitucionalismo, também denominado de neoconstitucionalismo ou pós-positivismo, que tem como paradigma o Estado Constitucional e Democrático de Direito. Discorrendo sobre o tema, Dirley da Cunha Jr. assinala que o neoconstitucionalismo é uma nova teoria jurídica que justifica a mudança de paradigma do Estado Legislativo de Direito para um Estado Constitucional de Direito, consubstanciada na substituição do princípio da legalidade como elemento cerne do sistema jurídico pelo princípio da constitucionalidade, ou

juridicidade, decorrente do reconhecimento da Constituição como verdadeira norma jurídica (*in* CUNHA JÚNIOR, PAMPLONA FILHO, 2007, p. 71-72).

O neoconstitucionalismo aponta para um conceito material de Constituição que funciona tanto como limitação jurídica do poder político, isto é, como uma garantia, quanto como uma norma diretiva, estabelecendo uma pauta concreta de valores fundamentais que compõem a referência axiológica do sistema jurídico, em cujo núcleo encontram-se os direitos humanos. Nesse sentido, Ferrajoli afirma que o Estado Constitucional de Direito resulta da mudança de paradigma do modelo do Estado Legislativo de Direito para um novo modelo de Direito e de democracia, baseado num sistema de vínculos substanciais presentes nos princípios e direitos fundamentais estabelecidos nas Constituições (*in* CARBONELL, 2007, p. 71).

A importância dos direitos humanos no novo constitucionalismo denota a superioridade axiológica (supremacia material) assumida por esses direitos nos sistemas jurídicos nacionais a partir do pós-guerra da década de 1940, de forma tal que passaram a ostentar um *status* de normatividade privilegiado em relação às demais normas constitucionais.

A centralidade dos direitos humanos no novo paradigma instituído com o Estado Constitucional e Democrático de Direito impõe, outrossim, a revisão de ideias tradicionais da dogmática constitucionalista, tais como a noção de que todas as normas constitucionais colocam-se em idêntico patamar de hierarquia ou valor jurídico, por comporem o mesmo corpo normativo, decorrência do princípio da unidade da Constituição.

Já se observou, ao contrário, a existência de uma hierarquia normativa axiológica em favor das normas instituidoras de direitos humanos, passível de ser extraída na lógica que informa sua sistematização pelos textos constitucionais, seja pela superconstitucionalização de certas normas, com a imposição de limites à revisão constitucional e por meio de cláusulas de proteção contra o amesquinamento dos direitos humanos, seja pelos limites impostos à sua restrição mesmo em estados de exceção constitucional ou, ainda, nas disposições constitucionais que lhes atribuem força normativa ímpar ao reconhecerem sua aplicabilidade direta (*cf.* OTERO *in* MARTINS; CAMPOS, 2004, p. 34-39).

Partindo dessas observações, a moderna Ciência do Direito Constitucional tem se debruçado no estudo da atuação positiva da Justiça Constitucional, no sentido de aprofundar e refinar a proteção dos direitos humanos, destacando-se em especial as construções da moderna doutrina constitucionalista europeia, como a germânica, a espanhola e a portuguesa. Essa é uma constatação de Fernando Alves Correia, que observa o relevante papel de garantia

e efetividade dos direitos humanos desempenhado pela Justiça Constitucional, nomeadamente pelos Tribunais Constitucionais, consubstanciado não só na afirmação e consolidação dos direitos e liberdades dos cidadãos, como também no aprofundamento do seu conteúdo e alcance, dos quais se vão extraindo desenvolvimentos e implicações cada vez mais amplos.

O autor lusitano menciona que, para identificar essa atuação dos Tribunais Constitucionais na proteção de direitos humanos, a doutrina germânica tem falado em um “refinamento” (*Verfeinerung*) dos direitos constitucionais e do estatuto jurídico-constitucional da pessoa e do cidadão exercido pelo Tribunal Constitucional. Acresce, ainda, que esse estágio de desenvolvimento da doutrina encontra-se presente, outrossim, na doutrina espanhola, que fala de uma “redefinição contínua” do conteúdo dos direitos humanos operada pelo Tribunal Constitucional, no “efeito educativo da jurisprudência constitucional”, em matéria de direitos humanos, e nas “declarações constitucionais” sobre os direitos humanos, proferidas pelo Tribunal Constitucional (CORREIA, 2001, p. 24 ss.). Ainda em suas palavras, a doutrina portuguesa segue essa mesma linha de pensamento, gizando a “vinculação dos tribunais pelos direitos fundamentais através da mediação do Tribunal Constitucional”, a “interpretação desses mesmos direitos feita por este Tribunal” e a “concretização dos direitos fundamentais através do Tribunal Constitucional” (CORREIA, 2001, p. 24 ss.).

No Brasil, o tema é abordado por André Ramos Tavares sob o título de “interpretação desenvolvimentista da jurisdição constitucional das liberdades”, isto é, da função desempenhada pelo Tribunal Constitucional de, por meio da interpretação da Constituição, fomentar a ampliação e desenvolvimento dos direitos humanos, sobretudo em razão de sua característica estrutura normativa principiológica (2005, p. 244 ss.). Segundo Tavares, essa função pode implementar-se em duas perspectivas, seja com a interpretação ampliativa dos direitos humanos, seja com a proteção desses direitos contra lei e atos normativos que os violem.

A interpretação desenvolvimentista dos direitos humanos permite que o Tribunal Constitucional possa redefinir o conteúdo desses direitos e promover a atualização da Constituição às mudanças sociais, desencadeando um verdadeiro processo de mudança informal da Constituição, sem que isso implique alteração do seu texto; por esse motivo está intimamente vinculada ao fenômeno denominado mutação constitucional. Decerto, tendo em vista o que já foi dito sobre a atuação política da Justiça Constitucional, admite-se a possibilidade de o Tribunal Constitucional atribuir à letra da Constituição novos sentidos e conteúdos, modificando a substância de comandos prescritos pelo legislador constituinte,

porém, sem alterar-lhes a forma. Essa espécie de mudança da Constituição, leva ao que se denomina de mutação da Lei Constitucional.

A mutação da Constituição é aquela mudança que se opera sem que ocorra alteração do texto, por meio de processos também conhecidos como transições constitucionais ou revisões informais, ou processos oblíquos de mutação (FERRAZ, 1986 p. 12). Essas mutações podem ocorrer em virtude da interpretação, por exemplo, quando o Tribunal Constitucional se vale da interpretação para restringir o alcance de uma norma constitucional, como ocorreu no Brasil na interpretação do artigo 192 da Constituição de 1988, que limitava as taxas de juros reais a 12% ao ano. O STF decidiu que a norma tinha eficácia limitada e não poderia ser aplicada diretamente aos casos concretos sem que fosse regulamentada por lei, o que, na prática, equivaleu a inviabilizar a efetivação do comando constitucional; é sintomático o fato de que tal dispositivo foi posteriormente revogado por emenda sem que nunca fosse reconhecida sua aplicação pela Corte Suprema.

Os processos informais de mudança da Constituição foram sistematizados por Anna Cândida Ferraz em obra monográfica, na qual a autora destaca a importância da interpretação constitucional como processo de mutação constitucional, distinguindo entre a interpretação evolutiva ou adaptadora e adequadora, quando se busca adaptar o conteúdo, alcance ou significado da disposição constitucional à evolução dos valores positivados na Constituição, a novas situações ou mesmo à mudança de intenção dos intérpretes; e a interpretação criativa e analógica, empregada em grande medida no desenvolvimento dos direitos humanos, quando a jurisprudência preenche ou corrige omissões no texto constitucional (1986, p. 128-130).

Não há dúvidas de que a interpretação judicial da Constituição pode resultar em mudanças no significado das normas constitucionais, atribuindo-se novo sentido ou conteúdo ao enunciado normativo sem que se proceda a uma alteração formal no texto, o que ganha maior relevo em virtude da adoção dos novos métodos de hermenêutica constitucional propugnados pela moderna doutrina do Direito Constitucional.

O risco da mutação constitucional por meio da interpretação judicial consiste, principalmente, na possibilidade do emprego das adaptações constitucionais para se violar a Constituição por meio de processos de mutações inconstitucionais, contrariando, suspendendo ou mesmo revogando dispositivos constitucionais, isto é, as mudanças informais que contrariam a Constituição, resvalando num exercício ilegítimo do poder.

Invoca-se aqui, novamente, a obra monográfica de Ana Cândida Ferraz onde a autora chama a atenção para as características das mutações inconstitucionais, como sendo: a) a violação manifesta da Constituição, b) a inobservância dos limites de forma ou fundo

firmados pelo constituinte, c) a ausência de fiscalização de constitucionalidade a impedir a conclusão do processo de mudança (1986, p. 244-245). Uadi Bulos também trata do tema, definindo a mutação inconstitucional como o ato interpretativo que “desvirtua a letra das normas que embasam a Constituição, quebrando a juridicidade dos princípios informadores da ordem constituída” (1997a, p. 135).

Exemplo recente na casuística do Supremo Tribunal Federal que polemiza o tema da mutação (in)constitucional é a Reclamação n.º 4335-5/AC em que o relator, Ministro Gilmar Mendes, acompanhado pelo Ministro Eros Roberto Grau, sustenta a possibilidade de mudar o sentido do artigo 52, inciso X, da Constituição para considerar que a competência do Senado Federal em sede de controle difuso se restringiria a dar publicidade à suspensão da execução de lei considerada inconstitucional pelo STF.

Parte da doutrina critica essa decisão, ao argumento de que o Supremo estaria reduzindo indevidamente a competência do Senado que, ao invés de decidir sobre a suspensão, funcionaria como mero órgão chancelador da decisão proferida pelo Supremo (STRECK, 2008). Esse caso é particularmente importante e controvertido justamente porque, a vingar essa tese, o STF estaria modificando a moldura da norma constitucional para suprimir uma competência que tradicionalmente pertence ao Senado e, dessa forma, alterando de modo radical o sistema brasileiro de controle difuso de constitucionalidade.

Considerando as possibilidades de mutação constitucional viabilizadas na aplicação dos direitos humanos, e os riscos da mutação inconstitucional, indaga-se então acerca dos parâmetros jurídicos para que o Tribunal Constitucional utilize o mecanismo da mudança informal da Constituição, atualizando-a por meio de interpretação judicial ou complementando-a através de construção constitucional para, desse modo, redefinir a conformação das normas constitucionais que instituem direitos humanos.

Isso porque não basta reconhecer a legitimidade da atuação criadora do juiz constitucional para proteger os direitos humanos, com base na pauta de valores concretos institucionalizados no Estado Constitucional e Democrático de Direito; é necessário também refletir sobre os critérios segundo os quais o Tribunal Constitucional irá determinar, em concreto, o conteúdo normativo desses valores institucionalizados, sobretudo diante da constatação de que não se trata de uma atividade intelectual de mera subsunção, e sim de uma concretização criadora do Direito.

Essa é uma questão que, como visto, vem sendo objeto de intenso debate no campo teórico da hermenêutica constitucional, valendo renovar a ideia de que é totalmente impraticável a busca de um sistema de certezas na seara da aplicação das normas

constitucionais de direitos humanos (ALEXY, 2001, p. 272), uma vez que sua concretização, no âmbito do Tribunal Constitucional, dependerá sempre da argumentação. Cuida-se, é verdade, de uma argumentação desenvolvida em um processo público e aberto, pautada por critérios de racionalidade e fundamentada na ordem jurídica, mas de todo modo incapaz de assegurar a previsibilidade e certeza para a solução do caso concreto.

4.2. Justiça Constitucional e poder constituinte

Nesse contexto, cogita-se se a atuação do Tribunal Constitucional que opera mudanças informais no conteúdo da Constituição não acabaria assumindo foros de um verdadeiro poder constituinte informal, ou seja, se o juiz constitucional não estaria dessa forma exercendo um suposto *poder constituinte evolutivo*. Deveras, uma vez que a interpretação evolutiva e a interpretação criativa podem importar na criação de normas constitucionais, existem razões suficientes para se questionar a interferência entre a atuação do Tribunal Constitucional e o poder constituinte, ao menos quando se admite a existência de um poder constituinte difuso, informal, o qual, na lição de Georges Burdeau, não é menos real por não ser registrado pelos mecanismos constitucionais formais (*apud* BULOS, 1997a, p. 58).

Trata-se de saber se o Tribunal Constitucional, no seu papel de intérprete supremo da Constituição, virtualmente sem controle, seria dotado do poder livre e incondicionado de dizer o conteúdo da Constituição. De uma perspectiva pragmática, seria dizer que o juiz constitucional exerce poder constituinte, pois é ele quem diz o que é a Constituição; esse pensamento foi ilustrado no célebre pronunciamento do jurista americano Charles Evans Hughes que, em seu discurso perante a Câmara de Comércio, em 1907, afirmou: “Nós estamos sob uma Constituição, mas a Constituição é aquilo que os juízes dizem que ela é, e o Judiciário é a salvaguarda da nossa liberdade e da nossa propriedade sob essa mesma Constituição” (*in* WIKIPÉDIA, 2009, tradução nossa).

Garcia de Enterría alerta para o equívoco de considerar que o Tribunal Constitucional se igualaria ao titular do poder constituinte originário, ou mesmo que sua função especial lhe conferiria *status* superior ao de um poder constituído, considerando-o um “comissionado direto” do poder constituinte do povo (1994, p. 198-199). Segundo argumenta, corretamente, o poder de aplicar diretamente a Constituição é uma característica própria de todos os órgãos constitucionais em sentido estrito, assim entendidos os órgãos criados imediatamente pela Constituição, que o exercem sem prejuízo da independência dos outros órgãos. Logo, as funções e a pauta normativa do Tribunal Constitucional devem ser identificadas no fundamento de sua competência, isto é, na objetivação da vontade constituinte que limita seu

papel a “uma função materialmente jurisdicional e não política, no sentido de uma função vinculada à interpretação e aplicação de uma norma prévia, a Constituição mesma” (1994, p. 200, tradução nossa).

Tem razão, apenas em parte, o jurista espanhol em assinalar que seria ilógico admitir que o Tribunal Constitucional pudesse se colocar num patamar de supremacia em relação aos demais órgãos constitucionais ou mesmo assumir, no exercício de suas competências constitucionais, um poder livre e incondicionado, porque, ao agir dessa maneira, estaria gozando de um *status* equivalente ao do poder constituinte originário, quando se sabe que o fundamento de sua existência é a Constituição e, em última análise, a vontade constituinte.

A procedência parcial desse argumento fica bastante clara quando o autor sugere a possibilidade de o titular do poder constituinte (o povo), insatisfeito com as decisões do Tribunal Constitucional, decidir rever o texto constitucional para superar entendimentos do Tribunal, do que já se tem precedentes nos Estados Unidos da América (cf. ENTERRÍA, 1994, p. 201).

Como, em princípio, o Tribunal Constitucional não pode ultrapassar as balizas estipuladas na Constituição, e nem muito menos ser tido como um comissionado direto do poder constituinte originário, é forçoso concluir que a Justiça Constitucional não exerce *a priori* um poder sem limites jurídicos e, nesse contexto, invalida-se a noção de um poder constituinte evolutivo, ao menos segundo a concepção tradicional de poder constituinte como um poder sem limitações jurídicas.

Todavia, essa reflexão ainda se afigura insuficiente para explicar a interferência da atuação criadora e evolutiva do Direito desempenhada pela Justiça Constitucional com o poder constituinte, pois, como visto, a vinculação à vontade constituinte não basta para explicar a dinâmica da interpretação judicial da Constituição.

No atual estágio da dogmática constitucional, não há mais lugar para retomar-se a premissa teórica de que as decisões do juiz constitucional são mera aplicação das normas constitucionais postas, legitimando-se pela referibilidade ao sistema constitucional vigente. Se a vinculação do Tribunal Constitucional à vontade constituinte originária fosse plena, a afirmação de qualquer valor ou critério externo ao sistema jurídico posto e que, portanto, não tivesse sido inserido como seu componente na decisão fundante que origina a Constituição, por mais importante que fosse, seria juridicamente irrelevante (cf. ARAÚJO, 2006, p. 77). Não faria sentido sustentar a existência de um poder judicial de atualização da Constituição fora da pauta normativa já estabelecida na própria Constituição, ou ainda, careceria de sentido falar-se em fundamentação ética ou política do Direito, como sistema, ou apelar para

princípios ou critérios exteriores ao sistema normativo (ARAÚJO, 2006, p. 77) que não pudessem ser reconduzidos à noção originária da soberania popular.

Insista-se, então, que a concretização das normas constitucionais não é uma atividade intelectual de interpretação e aplicação dos dispositivos constitucionais. A contribuição teórica da Nova Hermenêutica constitucional mostra que o juiz constitucional, ao decidir, faz um necessário cotejo do dispositivo com a realidade do caso concreto, no contexto de uma ambiência social em constante modificação, e destarte não se pode simplesmente admitir a plena vinculação do Tribunal Constitucional a uma *vontade constituinte originária*. Essa questão, aliás, já foi objeto de ampla reflexão alhures, pelo que pede-se vênia para dispensar a repetição dos argumentos, remetendo-se ao segundo capítulo, em que analisadas as objeções à corrente teórica originalista americana cuja pretensão é, justamente, a de tentar limitar o juiz constitucional à intenção dos constituintes (*framers*).

Subsiste, porém, o problema: o Tribunal Constitucional representa permanentemente uma vontade constituinte originária ou, a pretexto de defendê-la, assume o papel de artífice da Constituição, que redefine livre e continuamente seu conteúdo?

A própria concepção de uma vontade constituinte permanente como referência democrática para o constitucionalismo é altamente problemática, uma vez que nada garante que a decisão política que originou a Constituição represente os valores das gerações futuras. Assim, ao garantir a permanência da ordem jurídica instituída na época da promulgação da Lei Fundamental, a Justiça Constitucional, em lugar de estar observando fielmente a vontade soberana do povo, estaria na verdade sujeitando o próprio povo a regras estabelecidas no passado às quais nunca aquiesceu.

Essa preocupação põe em foco, mais uma vez, o caráter contramajoritário da Justiça Constitucional, abrindo espaço para as conhecidas críticas ao déficit de legitimidade da Justiça Constitucional. Como d'antes mencionado, o próprio Thomas Jefferson nunca admitiu que a Constituição tivesse autoridade vinculante para as gerações posteriores, defendendo ao contrário que cada geração constituísse uma nova ordem política. A partir dessas premissas, os mais radicais chegam a acusar a Justiça Constitucional de solapar a opinião popular, defendendo um sistema político institucionalizado e não a democracia e, dessa forma, anulando o direito de resistência e o princípio da soberania popular. Veja-se, a propósito disso, a crítica ao constitucionalismo feita por Gilberto Bercovici:

Em suma, com a supremacia da Suprema Corte nos Estados Unidos, chega-se ao fenômeno da corte se arrogar ser a representante da vontade do povo. A corte, assim, cria e mantém a Constituição permanentemente. A autoridade da Constituição é

deslocada do texto para a decisão judicial, que controla o seu significado. Com a vitória desta forma de organização jurídico-política, o poder constituinte e a soberania popular deixaram de ter grande relevância para o debate americano (2008, p. 180).

É preciso colocar em perspectiva esse argumento do autor. Registre-se, antes de tudo, que se está diante de uma tese confessadamente adepta de uma visão socialista do Estado e da política e, por isso mesmo, *ab initio* refratária aos valores liberais, em especial do individualismo presente na concepção original dos direitos humanos. Feita a ressalva, importa notar que a atribuição aos tribunais do poder de fiscalizar a constitucionalidade de leis e atos normativos não contraria o regime democrático, justamente porque a democracia não se resume à vontade da maioria. Como visto, o regime democrático transcende a técnica de decisão por maiorias, implicando um complexo ideológico e institucional que preserva valores básicos, como a liberdade individual e de expressão e a liberdade de participação política, sem os quais não se poderia falar seriamente em democracia.

Ademais, é um equívoco profundo enxergar a Constituição como um mero limite formal à ação dos atores políticos e, desse modo, concluir que o constitucionalismo exclui a política democrática do espaço público para atender ao:

interesse das elites em isolar, por exemplo, as instituições econômicas da política democrática, ou em garantir determinada concepção político-ideológica apesar das maiorias democráticas, preservando-se interesses hegemônicos que podem não mais ter sustentação popular (BERCOVICI, 2008, p. 326).

O viés ideológico dessa afirmação parece supor que a noção de que as instituições econômicas, leia-se instituições da economia de livre mercado, são impostas pelo constitucionalismo e pela democracia liberal, o que não é verdadeiro nem mesmo para os mais ferrenhos defensores do liberalismo, uma vez que um país pode adotar o liberalismo econômico sem ser democrático, a exemplo das experiências recentes de conversão para economia de mercado tanto da ex-URSS quanto da China.

O fato é que o ataque à Justiça Constitucional ao argumento de que é uma instituição própria de uma democracia meramente formal, que não respeita o poder constituinte do povo e o impede de alcançar uma democracia substancial, apenas repete a tese bolchevista de que, para alcançar a verdadeira democracia, seria necessário instaurar uma ditadura do proletariado, como fez Lênin “ao dissolver a Assembleia Constituinte russa e proclamar a ditadura do partido <<em nome do povo>>” (cf. FUKUYAMA, 1999, p. 63). Pelo contrário, sabe-se que a Justiça Constitucional e as instituições da chamada democracia formal são

garantias muito mais eficientes contra os regimes autoritários do que a suposta retomada do poder constituinte pelo povo.

Há bem pouco tempo apresentaram-se, no Brasil, as possíveis consequências de se superestimar a soberania popular e o poder constituinte. Refere-se aqui à tentativa frustrada do Deputado Michel Temer (PMDB/SP), em 2007, de emprenhar uma revisão constitucional, por meio de proposta de emenda constitucional, com vistas a reformular as condições do poder de reformador, ao argumento de que seus trabalhos seriam submetidos a um referendo popular, o qual seria uma verdadeira “expressão da soberania popular” (cf. CATTONI, 2006, p. 73) posto que subvertendo a ordem constitucional vigente. Essa tentativa de fraude à Constituição, felizmente, não logrou êxito, mas serviu para demonstrar as vicissitudes anunciadas pela sobrevalorização da opinião pública em matéria de garantia da Constituição.

O mais preocupante, no entanto, é a tendência que se percebe em cada novo governo de tentar adaptar a Constituição a seu projeto político, ao invés de ajustar o projeto político à ordem constitucional, muitas vezes em razão dos particularismos constantes da Constituição de 1988 (COUTO, ARANTES, p. 43 ss.), com consequências significativas para o funcionamento da democracia brasileira. É grave a instabilidade proporcionada por essa visão imediatista da política, que afeta a própria essência das instituições do País. Hoje já se fala em nova emenda constitucional para modificar o tempo de mandato presidencial ou para eliminar a reeleição ou para permitir um terceiro mandato, cada uma das propostas denotando um casuismo que maltrata a pretensão de permanência da Carta Magna e sua função de pôr freios jurídicos ao poder político.

Ora, constitui uma afronta à legitimidade do poder precipitar emendas constitucionais ao sabor das conveniências políticas do momento. Considerando que “um povo democrático e plural não está imune aos compromissos constitucionais que assume perante si mesmo” (CATTONI, 2006, p. 74), cumpre destacar a importância do constitucionalismo para assegurar a democracia, e ao mesmo tempo o papel destacado da Justiça Constitucional como instrumento de sua preservação.

Nesse toar, a intensa participação política do povo não é necessariamente um fator que contribui para a estabilidade da Constituição e do governo, nem muito menos para a promoção da democracia e das liberdades. Nas palavras de John Adams:

a proposição, de que o povo é melhor guardião de suas próprias liberdades, não é verdadeira; ele é o pior concebível; ele não é guardião algum; ele não pode julgar, agir, pensar ou querer, como um corpo político (CAREY, 2001, tradução nossa).

Que o diga o general Hugo Chávez, cujo socialismo do século XXI nada mais é senão o populismo a serviço de um regime autoritário, o qual nutre profundo desrespeito às instituições republicanas e aos valores liberais de liberdade de imprensa, separação de poderes e, naturalmente, à garantia judicial da Constituição.

A pretensão de permanência da Constituição, enfim, é cara ao constitucionalismo, o qual assenta numa manifestação inicial da soberania popular, mas, ao mesmo tempo, visa estabelecer os princípios estruturantes de uma organização política durável no tempo; isso se justifica pela necessidade de um governo estável e, outrossim, para proteger a segurança jurídica, incompatível com uma ordem constitucional precária e instável.

Tal permanência, entretanto, não pode equivaler à imutabilidade: uma Constituição eterna estaria fadada a tornar-se obsoleta e, por via de consequência, teria de ser substituída e o que se queria eterno torna-se ainda mais efêmero. A estabilidade constitucional, por paradoxal que seja, demanda a possibilidade de mudanças, de modo a adaptar-se a ordem constitucional ao câmbio social ou ainda para atender a novas necessidades que surjam no seio da sociedade (cf. BULOS, 1997a, p. 1-3).

Diante do exposto, afigura-se inviável ver no Tribunal Constitucional o representante de uma vontade constituinte permanente, eis que essa é uma concepção teórica insustentável: não existe uma vontade constituinte eterna, imutável, que vincule as gerações futuras à sua pauta normativa inicial.

Tampouco se pode transformar o Tribunal Constitucional no artífice da Constituição, reconhecendo-lhe um poder sem freios de modificar ao seu alvedrio o conteúdo das normas constitucionais. As competências da Justiça Constitucional estão subordinadas à Constituição e somente uma grave desnaturação de seu papel constitucional poderia fazer com que a atuação do Tribunal Constitucional se equiparasse ao poder constituinte em sua concepção originária. Nada obstante isso, o Tribunal Constitucional, ao redefinir e controlar o sentido dos dispositivos constitucionais para acompanhar a evolução social, designadamente quando desenvolve o conteúdo dos direitos humanos, acaba por exercer uma competência constituinte derivada, um poder constituinte informal, espécie da categoria denominada por Georges Burdeau de poder constituinte difuso.

Aqui é preciso fazer um reparo à ideia desenvolvida por Enterría de que o Tribunal Constitucional não exerce poder constituinte, porque sua própria existência decorre da Constituição. A Justiça Constitucional não pode usurpar o poder constituinte originário, mas certamente pode exercer uma competência constituinte derivada, que corresponderia à noção de poder constituinte informal ou evolutivo.

Esta, por ser derivada, não é livre e incondicionada, possuindo a natureza de uma função limitada de desenvolvimento dos direitos humanos e de atualização da Constituição, que normalmente se resume à escolha dentre uma das possibilidades admissíveis pela moldura normativa do próprio dispositivo, ou à inovação de uma norma constitucional para suprir a norma constitucional faltante, mediante um trâmite de integração normativa, mas que também pode levar à criação de uma norma contrária à solução formal da Constituição e à vontade do constituinte histórico, porém “de acordo com uma regra de direito constitucional consuetudinário que substituiu a regra original de direito constitucional formal” (SAGÜÉS, 2006, p. 80, tradução nossa).

Não se trata, portanto, de usurpação do poder constituinte originário, mas sim do exercício de uma competência constituinte derivada, uma competência que pode ser qualificada mais acertadamente de função constituinte. Deveras, a atuação criadora do Tribunal Constitucional pode qualificar-se de função constituinte por criar normas constitucionais, prescindindo do processo formal de alteração do texto constitucional. Sem embargo, a solução para o aparente dilema entre criação do Direito pelo juiz constitucional e poder constituinte não está em posições extremadas, e sim num meio-termo entre a vinculação da Justiça Constitucional à soberania popular objetivada na Constituição e o poder de normatização em nível constitucional.

4.3. Natureza e conteúdo da função constituinte da Justiça Constitucional

Considerando que os fundamentos da função constituinte foram examinados no decorrer desta tese, tem-se que a compreensão de seus contornos teóricos completa-se com a análise de sua natureza e conteúdo e, em seguida, das limitações próprias a essa função, as quais asseguram um exercício legítimo dessa competência da Justiça Constitucional.

Por se tratar de um problema teórico conceitual, a sistematização da função constituinte da Justiça Constitucional demanda o emprego de metodologia analítica, que siga do mais amplo para o mais específico. Antes de tudo, deve-se reiterar que a função constituinte envolve questões de natureza diversificada, especialmente matérias de acentuado cunho político, mas isso não desnatura o caráter jurídico de sua atividade. Como se sabe, o exercício das competências da Justiça Constitucional consubstancia uma jurisdição sobre o político, e não uma jurisdição política; aliás, a própria ideia de uma jurisdição política seria contraditória, considerando que é da essência da jurisdição a *terzietà* (terceiridade) ou estraneidade que qualifica a alheabilidade e imparcialidade do julgador (cf. DANTAS, 2007, p. 114).

Nesse passo, a função constituinte é um poder jurídico e, pois, uma competência, cujos fundamentos e limites decorrem da norma instituidora que, *in casu*, é a própria Constituição. Em conformidade com o que se expôs até aqui, a Lei Fundamental, ao atribuir ao Tribunal Constitucional o papel de garantidor da ordem jurídica constitucional e de seu intérprete supremo, também lhe conferiu a função constituinte de desdobrar, complementar e atualizar as disposições constitucionais, para ajustá-las às necessidades e valores da sociedade, em constante transformação, tanto por meio da interpretação evolutiva e adequadora quanto por meio da interpretação criativa e analógica, nomeadamente da construção constitucional, cabendo-lhe, outrossim, a tarefa de concretizar os direitos humanos.

Perceba-se que, por se tratar de uma competência, a função constituinte está juridicamente subordinada ao poder constituinte originário, cuja vontade objetivada na Constituição serve ao mesmo tempo de fundamento e de limite à atuação da Justiça Constitucional. Mas, de outro lado, a função constituinte é competência dotada de supremacia normativa, prevalecendo sobre os atos praticados pelos demais poderes constituídos, designadamente dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, porquanto nessa atuação o Tribunal Constitucional está no nível da Constituição e, portanto, hierarquicamente superior aos atos infraconstitucionais.

Por esse motivo, pode-se afirmar que as normas produzidas pelo Tribunal Constitucional, no exercício de sua função constituinte, muito embora sejam formalizadas em decisões judiciais, acabam por assumir um *status* superior aos atos próprios da função jurisdicional, sendo certo que os pronunciamentos do Tribunal Constitucional prevalecem em relação às decisões dos demais órgãos jurisdicionais, da mesma forma que em face de leis ou de atos administrativos. No mesmo sentido, André Ramos Tavares explica que as decisões nas quais o Tribunal Constitucional interpreta a Constituição assumem um *status* constitucional, porque a interpretação constitucional e a Constituição interpretada formam uma unidade (2005, p. 220-221).

Com maior razão, isso se aplica às decisões que concretizam direitos humanos, atividade que se coloca no nível constitucional por importar na criação judicial de normas constitucionais a partir de casos concretos. É diferente quando o Tribunal Constitucional promove a interpretação de leis, uma vez que nada impede que o legislador possa revogar a lei por outra, não se podendo falar aqui numa atividade normativa constitucional propriamente dita, ainda que a interpretação da lei refira-se direta ou indiretamente à Constituição.

A função constituinte é, portanto, uma competência intermediária entre o poder constituinte originário e os poderes constituídos, situando-se em grau hierárquico

correspondente ao do poder constituinte derivado. Em circunstâncias normais, inclusive, os pronunciamentos resultantes do exercício dessa competência poderão até ser rediscutidos pelo poder constituinte de reforma. Com efeito, embora a função constituinte seja exercida no nível constitucional, há situações em que poderá sujeitar-se ao poder derivado reformador, o qual, desde que respeitadas as condições impostas para seu exercício, tem competência para promover mudanças formais na Constituição. Assim, em princípio, nada impede que uma decisão do Tribunal Constitucional seja superada por meio de emenda constitucional, pois esta constitui instrumento de mudança formal do próprio texto constitucional.

O exercício da função constituinte gera a integração de normas constitucionais e a alteração do sentido ou alcance de dispositivos da Constituição, produzindo mutações constitucionais, ou seja, mudanças informais sem ocasionar alteração no texto constitucional; sucede que, se o próprio texto for revogado pela emenda, a interpretação levada a cabo pelo Tribunal, normalmente, deverá ajustar-se à nova realidade, alterando-se de modo adequado ao novo texto. Tem-se como consequência que, nesses casos, o poder reforma prevalecerá diante da função constituinte, colocando-se em patamar superior, desde que se admita que o escalonamento hierárquico possa estar baseado tanto numa relação de fundamentação-derivação, própria da dinâmica da produção do Direito, quanto na capacidade ou força de derrogação (cf. TAVARES, 2005, 219-221). Isso se dá porque as decisões do Tribunal Constitucional colocam-se na mesma posição das normas constitucionais em sentido estrito (originárias), estando normalmente sujeitas a serem derrogadas por emendas à Constituição.

Essa reflexão, contudo, não deve levar à conclusão precipitada de que o poder reformador é *per se* superior à função constituinte, dado que sua capacidade de derrogação das decisões do Tribunal Constitucional é relativa, não absoluta. Como o poder de reforma da Constituição também está sujeito a condições e limites jurídicos estabelecidos no texto constitucional, a possibilidade de mudança formal do texto é condicionada, subsistindo situações em que a decisão do Tribunal Constitucional poderá tornar-se definitiva, opondo-se até mesmo à hipótese de alteração por emenda constitucional: isso ocorrerá sempre que a proposta de emenda vier a limitar o alcance de decisão que estiver fundamentada em dispositivos constitucionais protegidos pelas chamadas cláusulas pétreas, isto é, as normas que compõem o cerne irrestingível da Constituição. Diante disso, conclui-se que a relação entre função constituinte e poder de reforma não denota a superioridade deste perante aquele, senão de equivalência, pois ambos atuam no nível constitucional, sendo certo que, a depender das circunstâncias, poderá prevalecer o poder de reforma ou a função constituinte.

Fica claro, portanto, que a função constituinte é sim uma espécie de poder constituinte difuso, informal, pois, por meio dessa competência, o Tribunal Constitucional pode criar normas constitucionais que preponderam perante o direito infraconstitucional, nota característica da supremacia normativa constitucional, e, por cima disso, normas insuscetíveis de revogação mesmo pelo processo de emenda à Constituição. Não há negar, portanto, que o Tribunal Constitucional exerce uma espécie de poder constituinte derivado informal, sobretudo quando se trata de desenvolver direitos humanos, concretizando-os em um caso concreto e/ou conformando e redefinindo seu conteúdo.

No Direito Constitucional brasileiro, a posição hierárquica da função constituinte em relação ao poder constituinte reformador pode ser comparada com o *status* dos tratados que versam sobre direitos humanos aprovados segundo o procedimento estipulado no artigo 5º, § 3º, da Constituição Federal, passando a ter eficácia equivalente à das emendas constitucionais. Esses tratados, numa primeira vista d'olhos, nem são superiores nem subordinados às emendas constitucionais, mas também não possuem a mesma natureza, tendo a Constituição criado aí uma relação de equivalência, de equiparação, mas não de identidade (BORGES, 2005, p. 313). Assim, os tratados incorporados à ordem jurídica nacional em situação de equivalência às emendas constitucionais, assim como os pronunciamentos do Tribunal Constitucional no desempenho de sua função constituinte, operam no nível constitucional posto não possuírem natureza de emenda constitucional.

Tendo por assentada a natureza jurídica da função constituinte, como uma competência intermediária entre o poder constituinte originário e os poderes constituídos, é necessário tratar com mais detalhe de seu conteúdo.

Denominou-se de função constituinte a atividade do Tribunal Constitucional que promove mudanças informais na Constituição pela criação judicial de normas constitucionais; agora, é necessário distinguir conceitualmente as possibilidades de atuação dessa função da Justiça Constitucional. A função constituinte pode ser identificada em dois tipos de atividades exercidas pelo Tribunal Constitucional: por meio da interpretação das normas constitucionais e pela concretização dos direitos humanos.

A interpretação das normas constitucionais pode ser classificada em interpretação em sentido estrito, que utiliza os métodos tradicionais de interpretação jurídica para compreender e explicitar o sentido do preceito normativo, e a interpretação em sentido amplo, por meio da qual se utilizam elementos exteriores ao texto para solucionar lacunas ou obscuridades dada a necessidade de solucionar o caso.

A interpretação em sentido estrito que ocasiona mutação constitucional é denominada de interpretação evolutiva, ou adequadora, que ajusta o preceito normativo às necessidades sociais, a qual se caracteriza quando se busca:

por meio da interpretação judicial, adaptar ou adequar o conteúdo, alcance ou significado da disposição constitucional (a) à mudança de sentido da linguagem nela inserida, (b) a novas situações, (c) à evolução dos valores positivados na Constituição, (d) à mudança da intenção dos intérpretes (válida por que dentro dos limites impostos pela Constituição aos poderes constituídos), (e) a resolver obscuridades do texto constitucional. Menciona-se, ainda, a construção jurisprudencial quando se cogita de aplicar a norma constitucional a situações não previstas expressamente no texto constitucional, mas que dele decorrem ou emanam por imperativos lógicos ou do próprio sistema constitucional (cf. FERRAZ, 1986, p. 128-130).

Note-se que a noção de interpretação evolutiva da Constituição, apesar de sua denominação, não deixa de importar na criação judicial do Direito. Interpretação evolutiva nada mais é senão espécie de concepção criativa da interpretação através da qual o intérprete das normas constitucionais, em especial o juiz constitucional, inova para atualizar os valores positivados na Constituição e com isso permitir sua evolução e adaptação às mudanças sociais.

Ganha relevo, nessa espécie de interpretação, a realidade política e social, a qual, juntamente com os demais critérios interpretativos, precisa ser considerada na atualização da Constituição, vez que essa realidade também integra a normatividade constitucional, dando ensejo à noção de uma Constituição em constante mudança e deixando claro que, por meio da interpretação, o juiz constitucional compartilha com o legislador do poder de criar o Direito.

Vale ressaltar que o conceito de interpretação constitucional evolutiva é tributário da doutrina americana do *Living Constitution*, termo cunhado por Howard McBain em obra publicada em 1937. Modernamente, essa concepção pragmática foi desenvolvida pelo realismo jurídico americano, movimento capitaneado pelo *Chief Justice* Oliver Wendell Holmes, segundo o qual uma das funções do Tribunal Constitucional é a de adaptar a Constituição, tornando-a “um documento vivo e vigente, que cada geração reinterpreta em função de suas necessidades e de seus valores” (ENTERRIA, 1994, p. 202, tradução nossa).

A interpretação em sentido amplo também é denominada de criativa e analógica. Esta espécie de interpretação confunde-se com a construção constitucional (*constitutional construction*), doutrina que se originou nos Estados Unidos da América, representando uma técnica de grande importância para a Suprema Corte americana. Uadi Bulos explica que, enquanto na interpretação constitucional *stricto sensu* se busca o sentido da norma

constitucional sem sair do texto para buscar outros elementos interpretativos, na interpretação *lato sensu* ou construção constitucional tem-se:

um processo de retirada de conclusões através de elementos já existentes, dados e indicados pela linguagem usada, um processo que utiliza elementos extrínsecos ao texto, tais como princípios, fatos e valores, para determinar não o sentido das palavras, mas o significado de toda a Constituição, o texto inteiro, em conexão de sentido [é, em suma] um expediente supletivo reconhecido e utilizado pelos tribunais de, construindo e recompondo o direito aplicável, suprir deficiências ou imperfeições da manifestação constituinte originária (1997a, p. 141-149).

A par da interpretação constitucional, em ambos os sentidos, a mutação constitucional pode decorrer também da concretização dos direitos humanos pela Justiça Constitucional. Antes, porém, de delimitar o significado dessa espécie de mutação constitucional, esclareça-se que a classificação aqui empregada não pretende apartar a atividade interpretativa da concretização como se fossem categorias estanques e separadas. Como visto, no atual estado da arte, a interpretação jurídica não é mais concebida como uma atividade técnica meramente cognitiva, demandando um processo hermenêutico que tem por elementos a norma que se vai concretizar, a compreensão prévia do intérprete e o problema concreto a resolver. Nesse sentido, toda interpretação constitucional é concretização.

A concretização constitucional dos direitos humanos distingue-se, porém, da interpretação constitucional por denominar a criação judicial de normas constitucionais paradigmas que definem o conteúdo de direitos humanos a partir de casos concretos. Esse conteúdo da função constituinte identifica-se com aquilo que se denominou supra de interpretação desenvolvimentista da jurisdição constitucional das liberdades, que supõe uma interpretação substancial da Constituição, problema teórico amplamente debatido nesta tese.

Necessário se faz ressaltar, por fim, que a perspectiva desenvolvimentista dos direitos humanos interfere nos fenômenos da interpretação constitucional evolutiva e da construção constitucional, pois ambos podem apresentar-se de forma isolada ou conjuntamente.

4.4. Limites à função constituinte

Para concluir a análise da função constituinte da Justiça Constitucional, é preciso agora tratar de suas limitações. Considerando que se cuida de uma competência intermediária entre o poder constituinte originário e os poderes constituídos, é natural que suas características sejam similares às das espécies formais de poder constituinte derivado, qualificando-se como um poder secundário, ou seja, uma competência, vez que decorrente da Constituição, estatuto jurídico anterior que lhe serve de fundamento, condicionado, na medida

em que seu exercício está sujeito às condições previamente estabelecidas na Constituição, e juridicamente limitado, devendo observar os parâmetros jurídicos estabelecidos na ordem constitucional vigente.

As limitações jurídicas à função constituinte podem ser de forma ou conteúdo, sendo que as limitações formais correspondem às condições impostas ao exercício dessa função, caracterizando-a como espécie de poder condicionado.

São limitações formais da função constituinte os princípios e regras processuais que condicionam a atuação do Tribunal Constitucional na qualidade de órgão jurisdicional, dizendo respeito à própria natureza do processo (CAPPELLETTI, 1993, p. 24). É importante notar que, no exercício de suas funções, o Tribunal Constitucional desempenha uma atividade jurisdicional e, portanto, está vinculado ao processo enquanto meio institucionalizado de realização do Direito, devendo observar as exigências inerentes ao devido processo legal (*due process of law*), que é a principal especificação da dignidade da pessoa humana no campo processual.

É consabido que o devido processo legal constitui núcleo axiológico dos princípios constitucionais processuais, representando para o sistema de direitos e garantias processuais o mesmo que o princípio da dignidade da pessoa humana representa para o sistema de direitos e garantias fundamentais em geral. Deveras, o devido processo legal é a base de sustentação dos princípios processuais da Constituição os quais, em última análise, podem ser reconduzidos à noção de processo justo e de tutela jurisdicional adequada; daí Ivo Dantas afirmar que “caso desejássemos tratar de apenas um só princípio, poderíamos ficar limitados ao Devido Processo Legal, isto porque, em última análise, todos os demais são dele decorrentes” (2008, p. 344).

A garantia fundamental do devido processo legal tem origem eminentemente individualista e, no seu sentido histórico, caracteriza-se pela tutela do trinômio vida-liberdade-propriedade. Entretanto, a doutrina e a jurisprudência, em especial a jurisprudência da Suprema Corte americana, ampliou, por interpretação e construção constitucional, o alcance e o significado dessa cláusula, doutrina que se disseminou em nível mundial, tendo sido incorporada inclusive na jurisprudência do STF. Atualmente identificam-se pelo menos dois aspectos essenciais ao devido processo legal: o devido processo legal em sentido material (*substantive due process*) e o devido processo legal em sentido processual (*procedural due process*).

O primeiro se refere ao direito fundamental a um processo justo, derivando na proibição da irrazoabilidade e na máxima da proporcionalidade, com seus subprincípios da

adequação (utilidade), necessidade (menor gravosidade) e proporcionalidade em sentido estrito. Por sua vez, o sentido procedimental do devido processo legal diz respeito ao direito a um procedimento previsto em lei que assegure ao litigante, entre outras garantias, o contraditório e a ampla defesa. O contraditório, definido pela doutrina como o direito à informação necessária e à reação possível, implica o direito de informação geral sobre o processo, a bilateralidade de audiência e a motivação das decisões judiciais. A ampla defesa, concebida como o direito à adequada resistência às pretensões adversárias, implica o caráter prévio da defesa, o direito de produzir alegações e de contraditar as alegações produzidas pela outra parte. Isso em meros mementos, haja vista o caudal de possíveis derivações contidas no devido processo legal.

No que diz com a função constituinte, o devido processo legal opera como limitação principalmente no sentido de impor as condições para exercício da jurisdição constitucional pelo Tribunal Constitucional, princípios e regras que definem a competência da Corte, disciplinam a legitimação para demandar e instituem procedimentos para regular a tramitação dos processos. Além disso, o devido processo legal exige que, no processo decisório do Tribunal Constitucional, sejam adotados procedimentos que tornem viável a racionalidade do discurso, a partir de um processo aberto e público de argumentação, conforme discutido no segundo capítulo desta tese, e nos termos preconizados na teoria da argumentação jurídica de Alexy.

É nesse sentido que a doutrina processualista aponta para a existência de um direito à processualização, entendido como a exigência dos procedimentos necessários para “tornar viável a racionalidade do discurso em razão da necessidade de institucionalização da justiça pela adoção de procedimentos decorrente da impossibilidade de realização do discurso ideal, que figura como ideia regulatória” (DANTAS *in* DIDIER JR., WAMBIER, GOMES JR., 2007, p. 399).

Aspecto do devido processo legal que merece especial menção é o condicionamento decorrente do princípio da inércia da jurisdição (*ne procedat judex ex officio*), segundo o qual o Tribunal Constitucional nunca atua por iniciativa própria, aguardando passivamente uma demanda e só exercendo sua jurisdição, e com isso a função constituinte, para responder à provocação de algum legitimado em busca da tutela da Constituição. Em contrapartida, desde que provocada, a Corte não se pode abster de processar e decidir a causa, sendo-lhe vedado eximir-se de sentenciar, alegando obscuridade ou lacuna na Constituição (proibição do *non liquet*); o princípio da indeclinabilidade, está claro, reafirma a atuação criadora da Justiça Constitucional (cf. DANTAS, F.W.S., 2008).

Quanto aos limites de fundo, chamados de materiais ou substanciais, a doutrina não tem sido muito assertiva.

Segundo Uadi Bulos, Konrad Hesse encontrou dificuldades metodológicas em sistematizar tais limitações, por considerar que uma teoria jurídica dos limites à mutação constitucional dependeria do sacrifício de um de seus pressupostos metódicos básicos, a saber a estrita separação entre Direito e realidade:

dita realidade resulta inevitavelmente – apesar da ‘separação metódica’ – juridicamente relevante: incapaz por definição de operar no interior da norma mesma, modifica por assim dizer de fora para dentro o Direito Constitucional de uma forma explicável só politicamente, não juridicamente, ao fazer ocupar seu lugar por ‘uma situação constitucional’ divergente que, deslocando as normas da Constituição, torna-se ela mesma Direito (HESSE *apud* BULOS, 1997-B, p. 88, tradução nossa).

Heller, por sua vez, também concluiu que o fenômeno encontra limitações na normatividade constitucional, porquanto a mutação informal “está adstrita à normalidade dos fatos, a qual não pode renegar por completo a normatividade, pois ambos os elementos estão coordenados entre si” (*apud* BULOS, 1997a, p. 89).

No Direito americano, a necessidade de impor limites à atividade constituinte da Justiça Constitucional levou o *Chief Justice* Taney a desenvolver, no período em que exerceu a presidência da Corte (1837 e 1864), a *self-restraint doctrine*, segundo a qual deve o Tribunal Constitucional restringir a interferência judicial em questões de natureza política, evitando exercer um nível muito amplo de discricionariedade, o qual seria mais próprio do Legislativo do que de um Judiciário sem representatividade democrática (cf. SCHWARTZ, 1993, p. 94). Essa doutrina tornou-se, a partir daí, um elemento importante na jurisprudência da Suprema Corte, embora nem sempre tenha sido aplicada na forma como fora concebida.

Durante a história constitucional americana sabe-se que a doutrina da autolimitação judicial chegou a ser questionada em várias oportunidades, a exemplo do *Justice* Holmes, para quem não se poderia aplicá-la com rigidez em casos envolvendo liberdades constitucionais, chegando mesmo a ser completamente rejeitada na corte do *Chief Justice* Warren, que tendia a enfatizar a justiça de suas decisões em detrimento da razoabilidade (cf. SCHWARTZ, 1993, p. 260-261 e 275-276).

Nos dias de hoje, a doutrina da autolimitação judicial ainda contende com o ativismo judicial, mas tem prevalecido, em linhas gerais, a postura do *Justice* Holmes, no sentido de que o juiz constitucional só pode sobrepor seu juízo à discricionariedade do legislador quando em discussão os direitos mais fundamentais. A despeito de sua importância, contudo, a

autolimitação do juiz constitucional não pode ser considerada uma solução definitiva para o poder judicial em uma democracia, principalmente em virtude de seu subjetivismo (AGRESTO, 1984, p. 37).

Para combater o subjetivismo da *self-restraint doctrine*, Paul Dimond formulou a interessante tese do *provisional review*, oferecendo uma perspectiva diferente sobre a dinâmica da atuação da Justiça Constitucional. O autor americano sustenta que, quando as decisões da Suprema Corte implementam uma escolha discricionária dos juízes sobre matérias duvidosas ou polêmicas, acabam por assumir um caráter provisório, dando início a um debate público sobre o significado da Constituição, o qual, muitas vezes, leva à revisão do entendimento provisoriamente adotado pela Corte.

Dimond parte da observação de que muitas vezes o Tribunal Constitucional faz um juízo discricionário em suas decisões, não se limitando a aplicar a norma constitucional ao caso concreto. Pelo contrário, é comum que os juízes integrantes da Corte, dada a dificuldade em encontrar respostas específicas no texto ou na intenção dos constituintes, decidam com base em suas próprias convicções, dentro das possibilidades autorizadas pela Constituição (1992, p. 153). Desse modo, sustenta que não se pode admitir que a decisão discricionária, ao implementar uma escolha judicial (*judicial choice*), represente a palavra final sobre a questão, à luz dos preceitos constitucionais.

A tese pretende demonstrar que, nessas situações, a decisão do Tribunal Constitucional serviria apenas como pontapé inicial de um contínuo diálogo nacional sobre o significado da Constituição (*ongoing national dialogue over the meaning of the Constitution*). Esse debate público é que conformaria o processo pelo qual o próprio povo dá a palavra final acerca da matéria decidida pela Suprema Corte, cuja interpretação, nesse sentido e dentro de uma perspectiva de gerações, é apenas provisória e não definitiva.

Perceba-se que a *provisional review* pretende apresentar uma resposta para o dilema da criação judicial do Direito nos regimes democráticos, suprimindo o caráter definitivo das decisões normativas da Suprema Corte, o que equivale a dizer que o povo, e não os juízes constitucionais, seria o intérprete supremo e definitivo das questões constitucionais. Em suas palavras:

... Uma vez que os juízes constitucionais e o povo aceitem abertamente o fardo da discricionabilidade judicial dessa forma investida na Corte de interpretar a Constituição e aplicar seus preceitos a casos específicos, a Corte, os doutrinadores, e o povo podem dar continuidade à tarefa de manter nossa Constituição viva para as gerações futuras pela continuação do resultante diálogo nacional sobre o significado da Constituição. Os constituintes podem não ter dado respostas específicas para

muitas das questões importantes que a nação enfrenta, mas a Constituição estabelece sim uma democracia representativa e um sistema federal sob o qual o povo tem a oportunidade de debater essas questões abertamente e a responsabilidade de continuar a decidi-las por si mesmo (DIMOND, 1992, p. 20, tradução nossa).

A solução é engenhosa e apresenta uma alternativa aparentemente viável para solucionar o problema teórico da criação judicial do Direito.

Sucedem que a tese do *provisional review*, ao preconizar que as decisões da Corte devem ser revistas, no futuro, para refletir a vontade popular objetivada no contínuo debate público sobre o conteúdo da Constituição, supõe que a opinião pública, após algum tempo, adote uma posição clara e definitiva sobre a questão objeto de polêmica, premissa que não se sustenta. Temas como aborto, eutanásia, casamento de homossexuais, pena de morte, pesquisas com células tronco embrionárias e outros, não obstante há muito tempo sejam insistentemente debatidos nos espaços públicos, continuam a suscitar controvérsias, não se chegando a um consenso na opinião pública.

Isso ocorre porque a sociedade pós-moderna é essencialmente pluralista, de tal modo que seria ingênuo acreditar na possibilidade de se obter consenso no seio da sociedade sobre (todos) os temas difíceis debatidos em nível constitucional, e nesses casos é inevitável que o pronunciamento do Tribunal Constitucional acabe prevalecendo contra a opinião de parte da sociedade, o que demonstra seu papel institucional de intérprete supremo da Constituição.

Ademais, note-se que, mesmo nas hipóteses em que seja alcançado um relativo consenso da opinião pública, ainda assim será necessário que a Corte acate essa mudança de entendimento para só então rever a decisão polêmica, ou seja, a tese não elimina a função do Tribunal Constitucional de dar a última palavra sobre o significado da Constituição.

É bem verdade que, no desenvolvimento de sua tese, Dimond chega a afirmar que o Legislativo poderia superar a interpretação judicial da Constituição por meio de leis representativas da vontade popular (1992, p. 18), entretanto, cabe lembrar que essas leis também podem ser submetidas ao crivo do controle de constitucionalidade, de maneira que a palavra final em todo caso caberia à Justiça Constitucional. Assim, outro obstáculo para a acolhida da solução do *provisional review* é justamente o de que sua aplicação dependeria da aquiescência dos juízes constitucionais em ceder à pressão popular ou acatar os argumentos dos estudiosos (*opinio doctoris*), de forma que os limites à atuação da função constituinte continuariam no plano da subjetividade.

Por fim, há a registrar que essa tese atribui um valor excessivo à vontade popular em um regime democrático, enfatizando a importância da democracia representativa, quando já se

demonstrou que nem sempre a vontade da maioria é compatível com os cânones democráticos, sobretudo quando se trata de resguardar os direitos das minorias. Nesse passo, não é difícil de imaginar situações em que a opinião pública, mesmo da maioria da população, deva ceder diante de valores substanciais protegidos pela Constituição, designadamente quando constituírem derivações do princípio da dignidade da pessoa humana, que é um condicionamento determinante do Estado Constitucional e Democrático de Direito. O *provisional review*, portanto, é insuficiente para solucionar o problema teórico das limitações materiais à função constituinte.

O fato é que, ao contrário dos processos formais de mudança da Constituição, a mutação constitucional não está sujeita a regras claras, já que constitui um processo informal de mudança, sendo certo que o texto da Constituição muitas vezes não oferece parâmetros objetivos à interpretação judicial, cuja limitação acaba dependendo de fatores extranormativos, de cunho social e ideológico, altamente subjetivos. Assim é que a doutrina constitucionalista tende a reconhecer que os limites materiais à mutação constitucional são subjetivos e se consubstanciam no elemento psicológico da consciência do intérprete em não violar parâmetros jurídicos, sem, no entanto, estar submetido a instrumentos efetivos de controle (cf. BULOS, 1997a, p. 91).

Cabe ressaltar, contudo, a existência de pelo menos um meio de controle da função constituinte, consistente na possibilidade, mesmo restrita, de mudança das decisões normativas do Tribunal Constitucional por meio de emenda à Constituição. A atuação do poder derivado reformador funciona como remédio drástico, porém eficaz para contrapor a vontade popular às normas criadas pela Justiça Constitucional. Cuida-se de instrumento de rara e difícil utilização, já que as constituições rígidas impõem um processo legislativo bastante rigoroso para a produção de emendas à Constituição, mas, apesar disso, a reforma constitucional pode funcionar como último recurso para sobrepujar decisões impopulares do Tribunal Constitucional, fazendo prevalecer em última instância a democracia representativa.

Entretanto, há situações em que nem mesmo a reforma constitucional será apta para rever decisões do Tribunal Constitucional, nomeadamente quando os fundamentos dessas decisões remeterem a dispositivos protegidos contra a revisão constitucional. Em hipóteses tais, forçoso reconhecer a insubsistência, no sistema jurídico, de meios institucionais capazes de viabilizar o controle da função constituinte, sem rupturas com a ordem constitucional vigente.

Nesse passo, um dos problemas fundamentais ainda não solucionados pela teoria da Justiça Constitucional é a sistematização dos limites de conteúdo à atuação da função

constituente da Justiça Constitucional, para além do subjetivismo. Em boa verdade, parece inescapável a conclusão de que os limites materiais à função constituinte não estão no plano normativo, e sim na realidade, na *normalidade dos fatos*, para utilizar a expressão de Heller.

Nada obstante isso pode-se apontar como limitação material à função constituinte o dever de observância das possibilidades interpretativas autorizadas pelo texto constitucional. A mutação é um processo informal de mudança da Constituição e, destarte, não pode suprimir ou modificar formalmente a Lei Fundamental: a interpretação *contra constitutionem* representa um ato ilegítimo, verdadeira disfunção do sistema. Serve de exemplo a tese defendida no STF pelos Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau no sentido de que a Corte, com sua função constituinte, retire do Senado Federal a competência para suspender a execução de lei declarada inconstitucional pela via do controle incidental de constitucionalidade, contrariando claramente o sentido do artigo 52, inciso X, da Constituição. A prevalecer a tese, o Tribunal não estará apenas modificando informalmente o sentido do texto constitucional, tendo em vista que a decisão esvazia o dispositivo, contradiz o preceito constitucional e rompe com a tradição constitucional brasileira na disciplina do controle difuso, resultando numa mutação inconstitucional.

Outra limitação importante é apontada por André Ramos Tavares, com aguda observação sobre a necessidade de preservar a segurança jurídica no âmbito das decisões criadoras, pois, se o Tribunal não se limita a aplicar a Constituição, criando novas normas jurídicas, decerto deve observar a proibição de aplicação de norma *ex post facto*. O risco, segundo afirma, está “no escamoteamento da função criadora pelas pseudoteorias da mera execução do Direito na atividade julgadora”, a partir do mito de que o Tribunal Constitucional meramente aplica o preceito constitucional, mas, em se tratando de “decisões criativas com normas inovadoras, é preciso aplicar a diretriz geral da preservação das situações passadas ou já consumadas” (2005, p. 250).

Além da observância dos limites do texto constitucional, bem como da necessidade de preservar as situações passadas contra a retroatividade das decisões inovadoras, o Tribunal Constitucional, no exercício da função constituinte, deve atuar de forma neutra e suprapartidária, respeitando as opções políticas institucionalizadas na Constituição; a Corte certamente tem uma “certa margem de interpretação” (TAVARES, 2005, p. 250), mas não pode ignorar as escolhas políticas objetivadas na Lei Fundamental.

A compreensão dos limites materiais da função constituinte não pode olvidar todo o processo histórico e cultural que está na base da elaboração da Constituição. Isso porque, no exercício dessa função, o Tribunal Constitucional está limitado à concepção de Direito

revelada nas opções políticas fundamentais constantes da Constituição, o que demanda uma teoria da Constituição material vinculada à pauta de valores instituída na Lei Fundamental. Cabe ao juiz constitucional, tão-somente, concretizar e atualizar a Constituição, observando as mudanças que esses valores sofrem ao longo do tempo, acompanhando, dessa forma, a evolução histórica da ideia de Direito que foi institucionalizada com a Constituição.

As limitações materiais à função constituinte remetem à ideia de Direito dominante adotada pela Constituição, ou, em outras palavras, às opções políticas da Constituição que devem ser respeitadas pelo Tribunal Constitucional e nesse sentido suas origens são históricas e culturais. Está-se falando aqui em valores, cujo significado não se pode abarcar senão a partir da tradição e que, como visto, modificam-se em virtude da evolução dessas concepções ao longo do tempo.

4.5. Notas sobre a interculturalidade e a universalidade como parâmetros do exercício da função constituinte

Poder-se-ia objetar que a solução apresentada avança pouco no sentido de identificar claramente os limites materiais à função constituinte, uma vez que ainda restaria por desenvolver com profundidade o conteúdo dessa ideia de Direito dominante, discutindo, em cada caso, os parâmetros jurídicos que condicionam o exercício legítimo da função constituinte. Se esses parâmetros nem sempre são claros, na medida em que sua delimitação demanda uma investigação da história e da tradição que conferem sentido aos preceitos constitucionais, ao menos no que diz respeito ao desenvolvimento e concretização dos direitos humanos, foco da pesquisa desenvolvida nesta tese, existem meios eficazes de aferir se a atuação do Tribunal Constitucional consubstancia um exercício legítimo de sua função constituinte.

Isso porque, nesse âmbito específico, o exercício da função constituinte do Tribunal Constitucional pode ser cotejado com as normas de proteção de direitos humanos em outros sistemas jurídicos, e também com os princípios internacionais de proteção aos direitos humanos. No primeiro caso, tem lugar a importância do emprego do Direito Constitucional Comparado como instrumento de objetivação dos parâmetros jurídicos utilizados pelo Tribunal Constitucional e, no segundo, a interferência da função constituinte com o Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Quanto ao emprego do Direito Constitucional Comparado pelo Tribunal Constitucional, para legitimar sua função constituinte, são duas as considerações cabíveis.

A primeira delas concerne à possibilidade teórica de se buscar em outros ordenamentos jurídicos, designadamente em outros sistemas constitucionais, elementos que contribuam para um exercício legítimo da função constituinte pela Justiça Constitucional, principalmente quando se considera a crise enfrentada pelo caráter universal das teorias clássicas da Constituição.

Entendendo-se o constitucionalismo como processo histórico e cultural de formação da teoria constitucional, pode-se afirmar que a Constituição se afigura como produto da cultura, ou ainda, pode-se dizer que a Constituição é o resultado da objetivação cultural de princípios e valores substanciais à vida em sociedade nela institucionalizados; daí afirmar-se que a Constituição é expressão do grau de desenvolvimento cultural de um povo, representando o *status quo* cultural alcançado e que está em permanente evolução (HÄBERLE, 2000, p. 26-28).

Cumprindo observar, no entanto, que o reconhecimento da vinculação cultural da Constituição tem por consequência a percepção da fragmentariedade das concepções acerca da Constituição, pois, a despeito do viés universalizante das teorias constitucionais, em especial do constitucionalismo liberal francês, a diversidade cultural inviabilizaria a elaboração de uma teoria da Constituição única.

Além disso, segundo lição de Canotilho, a teoria da Constituição passou a enfrentar problemas de universalização principalmente a partir das décadas de 1980 e 1990, quando ocorreu o surgimento de outras universalidades que passaram a concorrer com o Estado, a exemplo do mercado, da empresa, dos sistemas eleitorais e outros, bem como em virtude do surgimento de ordenamentos jurídicos supranacionais, que não são explicados suficientemente pelo paradigma do Estado-Nação (2007, p. 1348-1349).

Entretanto, o caráter universalizante da teoria da Constituição persiste quanto ao reconhecimento de princípios internacionais de proteção dos direitos humanos, como condição atual da civilização humana, os quais consistem na autoconsciência do homem como fruto de uma evolução histórica que consagrou, entre outros, o princípio da dignidade da pessoa humana.

Nesse passo, a ideia de uma Constituição supranacional, em nível mundial, ganha fôlego diante do processo de mundialização experimentado pela humanidade, afirmando um conjunto de princípios ou *standards* constitucionais que participam de uma consciência jurídica coletiva (HÄBERLE, 1996, p. 191). Mas é necessário ressaltar que a universalização, nesse contexto, não dispensa a necessidade de um diálogo aberto e crítico que respeite as diversidades culturais; como bem assinala Bruno Galindo, a teoria da Constituição deve

compreender “a diferenciação cultural contemporânea e estar aberta ao interculturalismo constitucional, ao diálogo entre as constituições e o que alguns denominam de teorias particulares da Constituição” (2006, p. 211).

A segunda observação diz respeito à necessidade de justificar teoricamente a incorporação de discursos de fundamentação de outros sistemas constitucionais para a concretização de direitos humanos na ordem jurídica nacional. Apesar da prática velha de séculos do Supremo Tribunal Federal de utilizar doutrinas, precedentes e jurisprudência de outras Cortes para fundamentar suas próprias decisões, essa explicação é necessária diante da existência de posições teóricas isolacionistas que rejeitam tal expediente, ao fundamento de que a Justiça Constitucional legitimar-se-ia por aplicar a Constituição nacional, não lhe sendo permitido buscar a solução dos problemas constitucionais do País em ordenamentos jurídicos estrangeiros.

Tais argumentos estão à base da tese sustentada por parte dos juízes da Suprema Corte americana de que a citação de jurisprudência estrangeira demonstraria a falta de fundamentação da decisão no Direito Constitucional nacional. Há a registrar, com efeito, a polêmica surgida entre os juízes da Suprema Corte americana como reação ao cosmopolitismo judicial nascente nos Estados Unidos a partir de alguns pronunciamentos da Corte em 2003.

As atitudes isolacionistas têm visível finalidade de proteger a identidade constitucional nacional contra a interferência de outras jurisdições constitucionais nacionais na construção de perspectivas jurídicas de orientação comum (cf. ZAGREBELSKY *in* CARBONELL, 2007, p. 93), e já produziram sérias consequências, a ponto de os congressistas Richard Shelby e Robert Aderholt apresentarem a proposta da *Constitution Restoration Act of 2005*, estabelecendo que as decisões que se pronunciassem sobre o significado da Constituição não poderiam estar fundamentadas em análises e comparações com Direito estrangeiro. Leia-se, a propósito, o enunciado do Título II, Seção 201 do projeto, que trata da interpretação da Constituição:

Ao interpretar e aplicar a Constituição dos Estados Unidos, a Corte dos Estados Unidos não poderá basear-se em nenhuma Constituição, lei, norma administrativa, decreto executivo, diretiva, política pública, decisão judicial, ou qualquer outra ação de qualquer Estado estrangeiro ou organização ou agência internacional, que não o Direito Constitucional e o Direito consuetudinário inglês até o momento de adoção da Constituição dos Estados Unidos (tradução nossa).

Veja-se que o uso da comparação de Direitos na solução de problemas constitucionais ganha relevo em matéria de direitos humanos, justamente em virtude de sua dimensão universalizante, uma vez que esses direitos são reconhecidos internacionalmente e estão intrinsecamente interligados à dignidade do homem, sendo provenientes de imperativos éticos superiores vinculados a uma consciência jurídica coletiva, que transcendem as fronteiras nacionais assumindo a característica da universalidade (MIRANDA, 2002, p. 107).

Mas a construção de uma visão cosmopolita do Direito Constitucional em matéria de direitos humanos, como visto, sofre grave resistência na Suprema Corte americana. Em 2005 houve um incidente bastante ilustrativo dessa reação radical ao emprego dos recursos da comparação de Direitos pelo Tribunal Constitucional; nessa ocasião, a Suprema Corte americana julgou inconstitucional a condenação à morte de menores de idade, dada a imaturidade do réu. No caso referido, o *Justice Kennedy* argumentou que os Estados Unidos eram o único País a continuar aplicando a pena de morte a menores, quando até mesmo a China e o Irã não se mais valiam dessa prática. Ressaltou que:

É apropriado que reconheçamos o peso esmagador do juízo internacional contrário à pena de morte juvenil, embasado em grande parte na compreensão de que a instabilidade e falta de equilíbrio emocional dos jovens podem frequentemente ser uma circunstância que contribui para o crime (FALCÃO, 2005).

Esse argumento serviu de motivo para instaurar uma grave discussão, dado que o *Justice Antonin Scalia* insistiu em sua divergência, asseverando que tais considerações relativas ao juízo internacional seriam incabíveis e impertinentes, porquanto a Corte deveria, em suas decisões, restringir-ser ao Direito americano, não se podendo basear em pronunciamentos alienígenas para justificá-las.

Deve-se contrapor à tese isolacionista a constatação de que o constitucionalismo americano bebe das mesmas fontes históricas e culturais do constitucionalismo europeu. Pode-se afirmar sem erro que, apesar das particularidades das culturas constitucionais nacionais, as nações da civilização ocidental compartilham em muitos pontos de uma cultura constitucional comum, decorrentes de sua tradição histórica vinculada ao paradigma antropocêntrico da ordem jurídica e, sobretudo, à concepção ocidental de natureza humana e de direitos humanos (KRETSCHMANN, 2008, p. 65).

Nesse passo, faz todo sentido buscar nas experiências constitucionais de outras Cortes referências para o debate jurídico nacional, principalmente quando se considera que as normas constitucionais relativas a direitos humanos desde sua origem sempre aspiraram à

universalidade, porquanto inspiradas no princípio determinante da dignidade da pessoa humana.

Por outro lado, a noção de que a comunicabilidade intercultural de experiências constitucionais poderiam implicar violação da Soberania do Estado ou esvaziamento da sua identidade constitucional revela preocupações infundadas, uma vez que essa troca de experiências é submetida ao crivo do sistema constitucional pátrio, sendo certo que o juízo de adequação fica sempre a cargo do próprio Tribunal Constitucional. Tem razão Gustavo Zagrebelsky em ponderar que a relevância da jurisprudência estrangeira para a jurisprudência nacional não significa a preponderância daquela sobre esta, operando metaforicamente como a pessoa que se socorre da ajuda de um amigo mais experiente para resolver um problema difícil, sem que isso anule a sua identidade própria, além do mais: “a comunicação de experiências está sempre filtrada porque pressupõe *standards* mínimos de homogeneidade ou juízos de congruência sobre os textos e os contextos jurisprudenciais” (*in* CARBONELL, 2007, p. 95, tradução nossa).

Juntamente com o emprego do Direito Constitucional Comparado, a fixação de parâmetros objetivos para orientar a atuação da função constituinte da Justiça Constitucional deve valer-se também dos princípios internacionais de proteção dos direitos humanos, dentro do contexto da constitucionalização do Direito Internacional. Isso porque, em matéria de direitos humanos, a atuação da Justiça Constitucional não se restringe exclusivamente a fatores presentes na ordem jurídica interna do Estado, ou da Constituição nacional, recorrendo a princípios que transcendem essa ordem jurídica, princípios e garantias que compõem o conjunto de preceitos jurídicos que, por sua natureza mesma, são inerentes ao homem como tal, fundamentados em seu sentimento de justiça (cf. DANTAS, I., 2008, p. 78), valores éticos superiores de uma consciência coletiva, pertencentes ao constitucionalismo em nível mundial, cuja importância é crescente a partir dos reflexos jurídicos do processo de globalização econômica.

Já se observou alhures que a globalização, apesar de sua matriz essencialmente econômica, repercute também nas mais diversas esferas da vida social e política, na medida em que a construção de suas novas estruturas econômicas interfere no processo de organização de estruturas institucionais em que a autoridade funcional e a autoridade territorial não mais se sobrepõem, acarretando problemas significativos que envolvem a noção de Soberania como centro de poder (cf. ALVIM *in* CASELLA, 2000, p. 43 ss.). Daí ter-se afirmado que, do ponto de vista da Ciência do Direito, verifica-se a crescente

internacionalização do Direito Constitucional, somada ao processo de constitucionalização do Direito Internacional, com a construção de um constitucionalismo em nível mundial.

Assim é que a proposta desse constitucionalismo global faz com que o poder constituinte dos Estados e, conseqüentemente, das respectivas Constituições nacionais, seja hoje cada vez mais vinculado a princípios e regras de Direito Internacional, sobretudo os princípios de observância de direitos humanos que passam a figurar como parâmetro de validade das próprias Constituições nacionais, cujas normas são consideradas nulas se violadoras das normas do *jus cogens* internacional, destacando-se, ainda, a tendencial elevação da dignidade da pessoa humana como pressuposto ineliminável de todos os constitucionalismos (cf. CANOTILHO, 2007, p. 81 ss.).

Isso é bem explicado por Georges Burdeau, para quem o poder constituinte é um poder jurídico, uma força política empolgada por uma “ideia de Direito Dominante que se faz reconhecer e que caracteriza o poder estabelecedor do Estado e do ordenamento jurídico” (cf. WACHOWICZ, 2004, p. 47). Em outras palavras, o poder constituinte resulta de um processo histórico e cultural de formação de uma teoria constitucional, e é a partir dessas concepções que o legislador constituinte faz as escolhas políticas fundamentais, na conformação do Estado e da ordem jurídica, não podendo deixar de observar os vínculos substanciais que lhe são inerentes. O legislador constituinte, portanto, não pode escapar aos condicionamentos históricos que se impõem, devendo atender ao que, no momento e no lugar, é compatível com o ritmo da civilização, naquilo que Pontes de Miranda denominou de “princípio da praticabilidade” (1970, p. 193).

É bem verdade que a doutrina positivista não admite a juridicidade desses princípios, senão quando positivados através dos meios institucionais próprios e, em todo caso, submetida sua validade à compatibilidade com o parâmetro da Constituição nacional. Para ilustrar essa posição doutrinária, pode-se citar a obra do constitucionalista português Carlos Blanco de Moraes, para quem esses princípios transcendentais ressentem-se de juridicidade, mesmo porque carecem de aceitação unívoca como estruturas garantísticas de bens jurídicos inquestionáveis (2002, p. 31 ss.). Na realidade, enquanto reflexo de uma doutrina teológica, seriam insuscetíveis de invocação como fundamento para a atuação da Justiça Constitucional dos Estados modernos laicos, sendo, portanto, inservíveis como referências objetivas da validade jurídica do produto normativo da decisão constituinte.

Moraes argumenta, ainda, que os autores que defendem a existência desses limites ao poder constituinte originário não extraem deles as devidas conseqüências, já que não admitem a inconstitucionalidade de normas constitucionais originárias e que, no plano da prática

constitucional, o não acolhimento pleno de certos valores ou bens jurídicos aparentemente inquestionáveis não logra retirar a validade constitucional das normas que restringem ou relativizam esses bens (2002, p. 31 ss.).

Percebe-se aqui a mesma dificuldade teórica enfrentada na declinação dos limites materiais à função constituinte, uma vez que essas (limitações) remetem à realidade e não ao aspecto normativo do fenômeno jurídico. Isso pode ser percebido em teorias tradicionais da Constituição como as teorias de Carré de Malberg e Hans Kelsen sobre o poder constituinte, as quais, atentando para a separação entre o ser e o dever ser, identificam no poder constituinte um poder de natureza exclusivamente política, dessa forma rejeitando a existência de normas jurídicas com validade *a priori*, ou seja, o jusnaturalismo em suas versões tomista e racionalista, em prol de um parâmetro científico puramente normativo.

Ao apresentar a efetividade como única condição de validade do Direito, o positivismo jurídico admite que qualquer ordem social que se imponha com efetividade (eficácia social) seja jurídica, afastando qualquer questionamento acerca de sua legitimidade, no sentido de justificação do poder. Daí por que não haveria sentido em aceitar limites jurídicos ao poder constituinte estatal: os princípios gerais que dirigem o Direito são morais ou políticos e não jurídicos.

Kelsen afirma que uma teoria científica do Estado não se encontra em posição de estabelecer um limite natural à competência do Estado em relação aos seus sujeitos. O Estado, então, não tem sua competência limitada pela sua própria natureza jurídica, senão por fatores outros que, longe de serem jurídicos, são extrajurídicos (KELSEN, 1990, p. 238-239).

Nesse passo, o poder constituinte é tomado como uma potência, um poder de fato ou um poder político, porquanto sua validade não deriva de um estatuto jurídico anterior que lhe sirva de fundamento, sendo, por isso mesmo, desprovido de limites jurídicos, seja na sua forma seja no seu conteúdo. Não que o poder constituinte originário esteja isento de quaisquer limitações; elas existem, porém são tidas como fatores extra ou metajurídicos, pois que isentos de qualquer caráter normativo. Esse argumento do positivismo jurídico é bem resumido por Gabriel Ivo: “Há ainda quem coloque como limites ao poder constituinte originário aspectos metajurídicos como fatores econômicos, sociais e políticos. Todos os supostos limites elencados extrapolam ao mundo jurídico, estão no mundo dos fatos” (1997, p. 191).

Ocorre que o desdobramento da concepção positivista leva, em última instância, à dispensabilidade da própria concepção teórica de poder constituinte, cuja importância seria restrita ao discurso político de legitimação da ordem jurídica estabelecida na Constituição.

Veja-se a propósito a formulação de Requejo Pagés:

Por maior que possa ser a importância da construção dogmática do poder constituinte para a teorização do princípio de legitimação democrática do ordenamento jurídico, em termos positivistas se trata de um poder desnecessário e, também, perturbador, pois ele pode acabar significando o fundamento de validade de uma norma que, por definição, não precisa de fundamento algum (1998, p. 45, tradução nossa).

Todavia, com o advento do neoconstitucionalismo, é necessário rever essa premissa teórica do positivismo jurídico, segundo a qual o poder constituinte seria exclusivamente um poder político, sem limites jurídicos. De acordo com o neoconstitucionalismo, a ordem jurídica não se caracteriza unicamente pela efetividade; ela possui fundamentos éticos e políticos. Nesses termos, o poder constituinte não pode ser concebido como mero poder de fato, pois que inspirado em uma ideia fundamental de Direito plena de significado, uma pauta de valores substanciais: o poder constituinte supõe e, portanto, tem sua legitimidade condicionada a princípios, valores e opções políticas fundamentais que se irradiam por todo o sistema jurídico, tendo sua mais importante referência axiológica na dignidade da pessoa humana, princípio fundamental e determinante do Estado Constitucional e Democrático de Direito (CUNHA JÚNIOR *in* CUNHA JÚNIOR, PAMPLONA FILHO, 2007, p. 72).

O erro, nessa perspectiva, está em assumir que o poder constituinte não possuiria natureza jurídica apenas por não decorrer de um estatuto jurídico anterior que condicione sua existência e exercício. Ora, posto seja inicial, independentemente para sua validade de uma normatividade anterior, e incondicionado, não se sujeitando a regras preestabelecidas para seu exercício, ainda assim o poder constituinte é um poder jurídico, e o é porque está empolgado por uma ideia de Direito: sua própria existência pressupõe certos valores substanciais, porque o poder constituinte é fruto de um processo histórico, um movimento ideológico e cultural que conforma o ordenamento jurídico. E, sendo um poder jurídico, o poder constituinte encontra limites jurídicos, ainda que não expressos em normas jurídicas, vez que o fenômeno jurídico não se esgota no plano da normatividade.

O neoconstitucionalismo permite superar a noção equivocada do positivismo jurídico para enfatizar que a uma ordem jurídica não basta efetividade. A efetividade é suficiente para instaurar uma ordem formal de legalidade, a exemplo do regime nacional-socialista da Alemanha de Hitler, mas não uma ordem jurídica segundo o paradigma do Estado Constitucional e Democrático de Direito.

Essa distinção serve para explicar, inclusive, a legitimidade dos mecanismos de intervenção humanitária com vistas à garantia de direitos humanos, principalmente em virtude do amplo processo de internacionalização desses direitos e sua desvinculação da esfera doméstica dos Estados, exceção à Soberania tida como princípio de autoridade absoluta dentro de um determinado território (MELLO, 1997, p. 51).

Retornando ao foco da questão, porém, destaque-se que a discussão sobre a natureza do poder constituinte não pode olvidar todo o processo histórico e cultural que está na base da sua teoria.

Nesse ponto é importante ressaltar que não se preconiza com isso um retorno ao Direito Natural. A ideia de Direito que antecede a Constituição não depende de uma ordem natural suprapositiva, nem muito menos do apelo à Razão universal, mas sim de fatos e de valores que fazem parte da normatividade constitucional, vez que a complexidade do fenômeno jurídico não pode ser reduzida ao plano normativo. Burdeau não vê no poder constituinte um poder de Direito Natural e sim um Direito autônomo que se impõe ao Estado:

Não é necessário entretanto concluir daquele tríplice caráter que o Poder Constituinte não seja um poder de Direito. É errôneo considerar apenas como poder de Direito aquele que tem a sua existência e o seu exercício condicionados por um estatuto jurídico anterior, justamente a natureza do Poder Constituinte é mais evidente deste erro, porque parece paradoxal recusar qualidade jurídica, a um poder pelo qual a ideia de Direito se faz reconhecer e em consequência, se impõe ao conjunto do ordenamento jurídico (*apud* WACHOWICZ, 2004, p. 47).

É dizer que o poder constituinte é um poder jurídico por configurar uma “força política dominante que encerra uma nova ideia de Direito Dominante, uma vez que esta suplantou outras ideias do Direito antagônicas” (cf. WACHOWICZ, 2004, p. 47). A teoria de Burdeau soluciona o problema teórico dos limites jurídicos ao poder constituinte ao admitir a existência de parâmetros jurídicos para a elaboração da Constituição, mesmo que não estejam positivados em um estatuto normativo.

Está claro que, segundo o paradigma científico do positivismo jurídico, tal teoria seria inaceitável, porquanto o positivismo jurídico concebe princípios e valores como conceitos desprovidos de existência objetiva própria e independente de nossa vontade ou de nossa percepção, isto é, de que “o valor não é senão uma convenção estabelecida por uma questão de utilidade” (cf. SABÈTE *in* SÈVE, 2007, p. 372, tradução nossa).

Aliás, é bem de ver que essa mesma concepção, própria do positivismo, está no fundamento das filosofias da justiça elaboradas pelos juristas que enxergam nos procedimentos de deliberação, na comunicação ou nas instituições uma tradução do justo, por

conceber que os valores não possuem uma dimensão objetiva, dessa forma: “tudo se apresenta como se a justiça fosse uma questão de opinião, tudo se apresenta como se os homens tivessem criado esse valor e ele dependesse inteiramente de seu julgamento, daí a complexidade” (cf. SABÈTE *in* SÈVE, 2007, p. 372, tradução nossa).

Mas o novo constitucionalismo é uma teoria jurídica centrada em direitos, princípios e valores, e dessa forma afasta-se das tradições do positivismo jurídico para admitir a existência de valores substanciais como condicionantes do jurídico, sem com isso retomar a pauta ideológica do jusnaturalismo, vez que as bases filosóficas do neoconstitucionalismo remontam a um processo histórico e cultural.

Pois bem, admitindo-se a existência de condicionantes jurídicos ao poder constituinte originário próprios da ideia de Direito Dominante que lhe é inerente, nada mais natural que fazer-se o mesmo em relação à função constituinte da Justiça Constitucional. O argumento consiste em considerar que o Tribunal Constitucional está limitado em sua função constituinte aos princípios de proteção aos direitos humanos, cuja normatividade não se restringe à esfera doméstica dos Estados, reconhecendo-se uma dimensão supranacional desses direitos.

Trata-se do movimento de internacionalização dos direitos humanos, os quais passam a figurar como paradigma a orientar a ordem internacional contemporânea em lugar do paradigma do Estado Nação (TRINDADE, 2006, p. 91), dando lugar à revisão da concepção tradicional de Soberania, centrada no Estado, e à ideia do indivíduo como titular de direitos no plano internacional.

Identifica-se, aí, o conteúdo essencial do novo constitucionalismo, como decorrência lógica das relações entre o texto constitucional e os aspectos econômicos e sociais, sinalizando também para um novo modelo de Estado que, no plano externo das relações entre os Estados, modifica o tradicional conceito de Soberania, como consequência da valorização de instituições supranacionais. Há a registrar, no entanto, que, para alguns, o poder soberano constitui elemento caracterizador do Estado, sem o qual seria necessário formatar um novo modelo de organização política com denominação própria adequada à nova forma de estruturar política e juridicamente a sociedade (cf. DANTAS, I., 2008, p. 55 ss.). A perspectiva que se apresenta, portanto, é de reconfiguração estatal e de realinhamento do Direito Constitucional, em busca da possibilidade de um discurso constitucional que se adapte ao novo cenário contemporâneo, mas sem rejeitar as conquistas da modernidade, principalmente no que toca à proteção dos direitos humanos.

5. FUNÇÃO UNIFORMIZADORA DO DIREITO CONSTITUCIONAL COMPARADO

SUMÁRIO: 5.1. Pré-compreensão sobre a função uniformizadora do Direito Comparado. 5.2. O Direito ideal relativo. 5.3. Superação do paradigma juracionalista. 5.4. Reformulação da função uniformizadora do Direito Comparado: o Direito Comparado aplicado. 5.5. A busca da compreensão entre os povos.

5.1. Pré-compreensão sobre a função uniformizadora do Direito Comparado

Nessa altura da pesquisa passa-se à análise das funções do Direito Constitucional Comparado, nomeadamente da chamada função uniformizadora, traduzida no emprego do método comparativo para a harmonização do Direito vigente em diferentes países, cuja importância para a função constituinte foi destacada no capítulo antecedente. O ponto de partida é o estudo da obra de H. C. Gutteridge, *El Derecho Comparado: Introducción al método comparativo em la investigación y em el estudio del derecho*, e os estudos que Saleilles e Lambert apresentaram durante o Congresso Internacional de Direito Comparado de Paris, em 1900, sustentando uma tese universalista do Direito Comparado. A ideia era a de que o Direito Comparado teria a finalidade de servir como um instrumento de uniformização dos sistemas jurídicos das nações civilizadas a partir de alguns princípios gerais de Direito dotados de universalidade.

Curioso observar a similaridade da ideologia que inspirou a proposta uniformizadora, em 1900, e aquela que está subjacente aos recentes desdobramentos das teses desenvolvidas nos campos do Direito Internacional e Constitucional, envolvendo a temática dos direitos humanos. A ideia central é uma só, isto é, a de que existem alguns princípios gerais que são dotados de universalidade porque são objeto de consenso entre as nações civilizadas, podendo-se reconduzi-los a uma consciência jurídica coletiva.

Tomando como ponto de partida as similitudes entre o universalismo dos comparatistas de 1900 e dos defensores dos direitos humanos do século XXI, tem-se a possibilidade de discutir a função uniformizadora do Direito Comparado desde sua primeira formulação teórica séria até os dias atuais, confrontando-a com o fenómeno da globalização.

O estudo das funções do Direito Comparado tangencia a discussão sobre sua autonomia científica e, para alguns autores, é considerado mais importante ainda que a própria questão de saber se a comparação de direitos é um simples método ou uma ciência autônoma. Nesse sentido, é conhecida a afirmação de Gutteridge segundo a qual é inútil a tentativa de

definir o Direito Comparado como se fosse um Direito, pois qualquer empreendimento nesse sentido peca na base por desconsiderar a natureza do método comparativo, abrangendo apenas seu objeto. Para o autor, o Direito Comparado nada mais é senão um método de estudo e, portanto, deve ser definido pela finalidade a que serve; em suas palavras:

O interesse de tais problemas (autonomia científica do Direito Comparado) é puramente acadêmico e, em todo caso, de uma importância relativa. Um método de estudo não pode ser definido por outros meios senão aqueles que indicam a finalidade para a qual se emprega. Portanto, o problema essencial não é: que é o Direito Comparado? A verdadeira questão é a de: para que serve? (GUTTERIDGE, 1954, p. 11 e 15, tradução nossa).

Essa opinião é compartilhada principalmente pela doutrina anglo-saxã que, de forma pragmática, considera a controvérsia acerca da cientificidade do Direito Comparado supérflua, alegando que se trata de uma discussão unicamente teórica e sem importância prática, fato este bem observado por Constantinesco em seu “Tratado de Derecho Comparado” (1981, p. 272-274).¹³

Para quem abraça essa linha de pensamento, o estudo das funções do Direito Comparado assume uma relevância ímpar, pois se torna o centro da problemática teórica, já que o ponto nodal de toda a discussão passa a ser a finalidade do método comparativo e não sua definição. Concordando ou não com esse posicionamento de parte da doutrina, o fato é que as funções do Direito Comparado são de grande importância não só para a sua dimensão prática como também para a sua dimensão dogmática.

Dentre as funções do Direito Comparado, os autores têm destacado uma de singular importância, a chamada função uniformizadora. Em sua obra sobre o Direito Constitucional Comparado, tratando propriamente da questão relativa às funções do Direito Comparado, Ivo Dantas faz um inventário das posições de vários autores a respeito das funções do Direito Constitucional Comparado, mencionando, dentre outras, as lições de Paolo Biscaretti de Ruffia, que fala na função de unificação legislativa do Direito Constitucional Comparado, e Giuseppe de Vergottini, para quem o Direito Constitucional Comparado tem como uma de suas finalidades a unificação de direitos e a harmonização da normativa pluralista (2006, p. 103-104). Como se vê, ambos os autores aludem a uma função de unificação de direitos que seria própria do Direito Constitucional Comparado.

¹³ Aqui, cabe uma ressalva: embora reconheça que a literatura a respeito da cientificidade do Direito Comparado seja repetitiva e, no mais das vezes, estéril, Constantinesco considera essa problemática ao mesmo tempo essencial e preliminar, observando que a crítica deve ser feita à forma como o debate é conduzido e não ao problema debatido em si (1981, p. 275). O autor está entre os defensores da autonomia científica do Direito Comparado.

Para os fins desta tese, compreende-se que a função uniformizadora se identifica com a possibilidade de o Estado utilizar os resultados de uma determinada pesquisa ou investigação de Direito Comparado para com isso modificar a ordem jurídica vigente no país, de maneira a unificar seu conteúdo normativo com o Direito de outros países. Essa, aliás, é uma prática bastante frequente, em especial em algumas áreas específicas e mais técnicas do Direito.

Conforme assinala Alessandro Pizzorusso, a eventualidade de que o Direito estrangeiro sirva de modelo inspirador para o legislador na revisão do Direito nacional é frequente, principalmente quando se trata de matérias de natureza técnica tais como o direito aeronáutico ou outros similares, mas não se deve olvidar casos em que houve a recepção de ordenamentos inteiros ou de amplas partes deles (1987, p. 87).

A importância da chamada função uniformizadora do Direito Comparado, assim entendida a possibilidade de empregar a comparação de direitos como instrumento de unificação da legislação em certas matérias ou no trato de determinados institutos jurídicos, manifesta-se sobremaneira no que diz respeito à denominada recepção ou à circulação de modelos. Isso porque muitas vezes o Direito Comparado viabiliza a recepção de modelos jurídicos estrangeiros, tanto no âmbito da legislação quanto em sede jurisprudencial, tendo em vista a notória tendência de se imitar modelos precedentes elaborados em diversos ordenamentos, fenômeno que se repete inclusive no campo do Direito Constitucional Comparado.

A propósito disso, por razões metodológicas, faz-se necessário esclarecer o exato conteúdo do termo recepção e da expressão circulação de modelos.

É comum o uso indistinto do termo recepção e da expressão circulação de modelos como se ambos pudessem se igualar. Entrementes, Ana Lucia de Lyra Tavares faz uma clara distinção entre ambos, com base na dinâmica do processo de disseminação de modelos jurídicos (1999, p. 6).

Segundo explica, quando a influência entre os sistemas dá-se em uma única direção, no sentido de um sistema exportador para um sistema receptor, dá-se o fenômeno da recepção legislativa; por outro lado, no fenômeno da circulação de modelos pressupõe-se que haja um retorno de elementos novos às fontes de inspiração, numa espécie de *feedback* em que o sistema exportador também recebe influências do sistema receptor, algo como um sistema de retroalimentação (1999, p. 6). Assim, na recepção, a influência dá-se apenas em uma direção, ao passo que na circulação de modelos há uma influência recíproca.

Voltando ao ponto abordado, a função uniformizadora do Direito Comparado mostra sua importância no que diz respeito à recepção ou à circulação de modelos. Há vários motivos para isso, dentre os quais podem-se mencionar o fenômeno crescente da interdependência entre as nações em razão do incremento no comércio e do processo contínuo de integração regional em todo o globo, e o advento da sociedade de massas prenhe de inovações tecnológicas que desafiam a criatividade dos juristas e do legislador na busca de soluções jurídicas adequadas às novas realidades que criam. Ademais, acrescente-se a isso o crescimento nas possibilidades e na velocidade das comunicações gerado pela criação da rede mundial de computadores – *internet* – que aumentou exponencialmente a troca de informações entre os juristas.

De fato, a conjuntura política e cultural contemporânea favorece e estimula o intercâmbio de ideias e a troca de influências entre os juristas, de maneira que os institutos são difundidos entre os países num processo de entrelaçadas mimetizações de modelos jurídicos. Assim é que o Direito Comparado acaba funcionando como instrumento viabilizador da disseminação de soluções normativas entre diversos países, tanto mais porque os problemas insurgentes tornam-se cada vez mais parecidos para todos, em razão da globalização.

Falando sobre a importância da recepção legislativa e da circulação de modelos, Rodolfo Sacco afirma que “o nascimento de um modelo original é um fenômeno mais raro do que a imitação” e, ainda, que:

é necessário ter presente que dentre mil mutações jurídicas destinadas a criar raízes, talvez uma seja original. E a originalidade nem é sempre acompanhada da ressonância que suscita em torno de si. Um pesquisador disposto a um trabalho inútil poderia reunir numa antologia do grotesco as exaltações da originalidade e do ineditismo de todo modelo jurídico copiado ou imitado (*apud* DANTAS, 2006, p. 223-224).

É importante, contudo, enfatizar a circunstância de que cada sistema jurídico tem suas características e peculiaridades próprias que o fazem único, tendo-se sempre presente o alerta de que não se pode “transportar um instituto de uma sociedade para outra, sem se levar em conta os condicionamentos a que estão sujeitos todos os modelos jurídicos” (DANTAS, 2006, p. 105).

Pelo contrário, insista-se na necessidade de se promover a aclimação da legislação ou instituto jurídico estrangeiro através de um processo de ajuste necessário à sua adaptação

ao sistema jurídico receptor, espécie de processo antropofágico em que o Direito recepcionado é deglutido e digerido pelo sistema jurídico receptor.¹⁴

5.2. O Direito ideal relativo

Caio Mário assinala que foi no Congresso de Paris, em 1900, que se fixaram as primeiras concepções sobre a Teoria do Direito Comparado, sendo que os estudos mais destacados foram os de Saleilles, Demogue e Lambert (1955, p. 35-51). Saleilles via no Direito Comparado a função de descobrir os princípios jurídicos universais da humanidade civilizada, os quais seriam universais, mas não imutáveis, compondo um modelo do Direito que chama de Direito ideal relativo (*Droit ideal relatif*). Já Lambert distinguia duas finalidades no Direito Comparado: a finalidade relativa à investigação da História Comparativa do Direito, função puramente científica, e a finalidade relativa à investigação da legislação comparada, esta de cunho prático, voltada para o propósito de formular regras comuns a diversos países que alcançaram o mesmo grau ou o mesmo nível de civilização, criando um Direito comum internacional (v. tb. GUTTERIDGE, 1954, p. 16).

Essas referências têm o mérito de resumir em algumas palavras a concepção corrente, naquele período, acerca da existência de princípios gerais de Direito que teriam a característica da universalidade. Esses princípios seriam comuns aos sistemas jurídicos que alcançaram o mesmo nível de civilização, o que Saleilles chama de “Direito ideal relativo” e Lambert designa de “Direito comum internacional”.

Tal concepção, denominada de teoria universalista, era bastante disseminada na época do Congresso de Paris, e sua influência pode ser verificada na redação do artigo 38, alínea “e”, do Estatuto do Tribunal Permanente de Justiça Internacional, segundo o qual o Tribunal tem a função de decidir em conformidade com o Direito Internacional as controvérsias que lhe forem submetidas, aplicando na solução de disputas os princípios gerais de Direito reconhecidos pelas nações civilizadas.

Encontra-se referência à teoria universalista em escritos de Pontes de Miranda quando, tratando dos limites do Direito supraestatal ao poder constituinte, o autor fala em princípios superiores de Direito que dependem do grau de evolução do próprio ser humano, participando daquilo que denomina de círculo da civilização. Além disso, o autor sustenta que os poderes constituintes sofrem limitações na medida em que o legislador constituinte tem de atender ao

¹⁴ Alusão ao movimento modernista segundo o qual é necessário engolir as influências estrangeiras para digerilas junto com os valores das raízes brasileiras.

que, no momento e no lugar, é compatível com o ritmo da civilização, o que ele chama de princípio da praticabilidade (1970, p. 192-193).

Como se vê, o círculo da civilização de que fala Pontes de Miranda é um conceito muito próximo do chamado Direito ideal relativo e do Direito comum internacional antes referidos, retomando a ideia de normas compatíveis com as necessidades das sociedades que alcançaram o mesmo grau ou o mesmo nível de civilização; isso aproxima o pensamento do autor da teoria universalista do Direito Comparado, na medida em que admite a existência de princípios jurídicos dotados de universalidade por serem comuns aos sistemas jurídicos do mundo civilizado.

A teoria universalista tem vários pontos de contato com o pensamento racionalista do Direito natural ou do jusracionalismo, designadamente ao admitir a existência de normas jurídicas que têm uma validade universal por decorrerem da razão humana.

Sabe-se que o Direito Natural tem uma natureza ideal, é um Direito que permanece imutável no tempo e no espaço; na sua versão racionalista, é um Direito cujo conhecimento obtém-se através da razão, uma vez que deriva da natureza das coisas como são na essência. A aproximação entre a teoria universalista e o jusracionalismo explica o porquê de se afirmar que Estados no mesmo nível de civilização reconhecem os mesmos princípios gerais de direito: significa que eles chegaram a um estágio tal de evolução civilizatória que conseguiram deduzir da natureza as mesmas normas de conduta.

Evidentemente esse pensamento está impregnado de uma certa dose de idealismo, e não é por outro motivo que, para Gutteridge, a teoria universalista é de uma “aspiração bem intencionada, fundada, em parte, no desejo de colaboração entre as nações, tanto no campo jurídico como em outros, mas, sobretudo, numa crença na unidade essencial do gênero humano” (1954, p. 17, tradução nossa).

A teoria universalista sofreu também grande influência do movimento iluminista, pois, em boa verdade, na ideologia do Iluminismo está subjacente a ideia de que seria possível realizar um Direito unitário a ser presidido pela razão, uma espécie de ciência do legislador que seria apta a estabelecer as leis universais e imutáveis que deveriam regular a conduta humana, daí decorrendo que a teoria universalista não é senão consequência dessa pretensão.

Quanto à relação entre o Iluminismo e o pensamento jusracionalista, vale mencionar um escrito de Kant argumentando em favor do uso da razão como meio de criticar e aperfeiçoar a legislação:

Pus o ponto central do Iluminismo, a saída do homem da sua menoridade culpada, sobretudo nas *coisas de religião*, porque em relação às artes e às ciências os nossos governantes não têm interesse algum em exercer a tutela sobre os seus súditos; por outro lado, a tutela religiosa, além de ser mais prejudicial, é também a mais desonrosa de todas. Mas o modo de pensar de um chefe de Estado, que favorece a primeira, vai ainda mais além e discerne que mesmo no tocante à sua *legislação* / não há perigo em permitir aos seus súditos fazer uso público da sua própria razão e expor publicamente ao mundo as suas ideias sobre a sua melhor formulação, inclusive por meio de uma ousada crítica da legislação que já existe; um exemplo brilhante que temos é que nenhum monarca superou aquele que admiramos (*in* KANT, 2004, p. 18).

Sabe-se que o jusracionalismo grassou no período das grandes codificações ocorridas entre o fim do século XVIII e o início do século XIX, o que o situa como um antecedente ou causa histórica da teoria universalista.

De outro lado, viu-se que o movimento das codificações tinha inspiração francamente iluminista, ideologia que pregava, entre outras ideias, a tese de que através da razão se encontrariam princípios gerais de Direito universalmente válidos e reconhecidos pelas nações civilizadas; isso estabelece uma relação clara entre a codificação, o Iluminismo e a formação da teoria universalista do Direito Comparado.

Quanto à relação entre as codificações e o jusracionalista de inspiração iluminista, vale citar a menção que Norberto Bobbio faz ao artigo I do projeto preliminar para o Código Civil francês, o qual foi posteriormente suprimido na redação definitiva, segundo o qual: “Existe um Direito universal e imutável, fonte de todas as leis positivas, não é outro senão a razão natural, visto esta governar todos os homens” (1995, p. 55).

Explica-se, assim, a tese defendida pela teoria universalista do Direito Comparado segundo a qual a comparação de direitos deveria ser empregada como instrumento para unificar a legislação das nações “civilizadas” em torno de normas ou princípios gerais compatíveis com as necessidades das sociedades que alcançaram o mesmo grau ou o mesmo nível de civilização: ela remonta ao ideal iluminista de que existem princípios gerais de Direito que são universais e imutáveis, verdades evidentes *per se* que podem ser deduzidas através de um processo puramente racional uma vez que decorrem da própria natureza das coisas.

Curioso observar que ao mesmo tempo em que o movimento pelas codificações foi inspirado na ideologia jusracionalista, segundo a qual seria possível deduzir um sistema de normas descobertas pela razão e estatuí-las como Direito positivo através da lei ou, mais precisamente, dos códigos, paradoxalmente, acabou servindo de incentivo ao advento do positivismo jurídico, mesmo nos países que não formularam a codificação, porque o impulso para a legislação por ele gerado acabou resultando no acatamento generalizado da ideia da

prevalência da lei sobre as demais fontes do Direito, e, dessa forma, desaguando na identificação entre o Direito e a lei que possibilitou a construção dos princípios teóricos positivistas.

A guisa de conclusão dessas primeiras observações, importa ressaltar a essencialidade da função uniformizadora do Direito Comparado para a teoria universalista.

A função uniformizadora identifica-se com a finalidade essencial do Direito Comparado de servir como meio de conformar (dar forma) os princípios jurídicos universais. De acordo com a tese universalista do Direito Comparado, a finalidade principal da comparação de direitos seria a de servir como o instrumento por excelência para identificar e declarar os princípios gerais de Direito reconhecidos pelas nações civilizadas, isto é, para dar forma ao Direito ideal relativo de que falava Saleilles, construir o Direito comum internacional de Lambert ou, finalmente, estabelecer os princípios gerais de Direito que são próprios ao círculo da civilização de que fala Pontes de Miranda.

Todavia, essa concepção do Direito Comparado foi aos poucos sendo abandonada, principalmente com o advento do positivismo jurídico que contribuiu significativamente para abalar os seus fundamentos teóricos.

A análise da influência do positivismo na superação da teoria universalista será objeto de uma análise mais minuciosa no próximo item, mas, além do positivismo jurídico, vários outros fatores contribuíram para o enfraquecimento da teoria universalista, dentre os quais se destacam as graves incompatibilidades entre os institutos jurídicos adotados em cada país, as diversidades de técnicas empregadas nos diversos ordenamentos e a virtual impraticabilidade de uniformizar o Direito em virtude das diferenças culturais entre as nações.

Quanto a esse ponto, vale relembrar a lição de Cláudio Souto, para quem constitui um equívoco identificar no mal nominado Direito Comparado¹⁵ a finalidade de encontrar elementos comuns nos sistemas jurídicos existentes nos países de civilização moderna, conquanto reconheça a existência de uma tendência progressiva de uniformização do conteúdo normativo de diferentes sistemas jurídicos, isso sem prejuízo das diferenciações regionais que são implícitas ao Direito positivo (1956, p. 144).

Veja-se que, nada obstante a superação da teoria universalista, a importância da função uniformizadora do Direito Comparado está presente até hoje e, inclusive, vem sendo

¹⁵ O texto grifado “mal nominado Direito Comparado” refere-se a uma expressão utilizada por Cláudio Souto para assinalar sua posição de que o Direito Comparado não existe como uma ciência autônoma. Segundo o autor a comparação de direitos é uma indagação comparativa mais específica da Ciência do Direito. Para maiores detalhes ver SOUTO, Cláudio. *Da Inexistência Científico-Conceitual do Direito Comparado*. Recife, 1956.

incrementada em vários ramos da Ciência Jurídica, principalmente nos ramos do Direito Econômico e Empresarial, em virtude do crescente grau de interdependência do comércio mundial, e nos estudos de Direito Constitucional e Internacional, tendo em vista o processo gradual de internacionalização dos direitos humanos.

Aliás, é oportuno ressaltar que o pensamento jurídico contemporâneo acerca dos direitos humanos aproxima-se e muito da antiga teoria universalista do Direito Comparado. A busca por um Direito ideal relativo, deduzido pelo uso da razão humana, tem a mesma base ideológica da concepção, hoje difundida mundialmente, sobre os princípios de direitos humanos, gozando de razoável consenso, junto à doutrina especializada, a noção de que esses direitos são provenientes de imperativos éticos superiores vinculados a uma consciência jurídica coletiva, retirando daí sua qualificação de princípios transcendentais de Direito supranacional, já que transcendem as fronteiras nacionais e assumem a característica da universalidade (MIRANDA, 2002, p. 107).

Entretanto, antes de se prosseguir com a análise do papel da comparação de direitos na atualidade, em especial de sua função uniformizadora, em face do fenômeno da globalização, é importante examinar mais a fundo o processo de superação da teoria universalista do Direito Comparado: as causas que levaram ao seu abandono e as consequências desse abandono para o desenvolvimento da função uniformizadora por ela apregoada. Em outras palavras, é preciso determinar as razões do insucesso da teoria universalista para, com isso, estabelecer qual a repercussão desse insucesso no emprego do Direito Comparado como instrumento de uniformização do Direito das nações.

5.3. Superação do paradigma jusracionalista

Afirmou-se, no item anterior, que vários fatores contribuíram para o enfraquecimento da teoria universalista, a exemplo das incompatibilidades entre os institutos jurídicos adotados em cada país, a diversidade entre as técnicas empregadas nos diversos ordenamentos e a impraticabilidade de uniformizar o Direito em virtude das diferenças culturais entre as nações. Mas, além desses fatores, há a registrar que a causa mais importante para a superação da teoria universalista do Direito Comparado foi o advento do positivismo jurídico e a mudança que ensejou na Filosofia do Direito.

O positivismo jurídico contribuiu significativamente para afastar a pretensão da teoria universalista de construir, através da comparação de direitos, um Direito ideal relativo, em virtude de sua fundamental oposição à tese jusnaturalista de que existiria um conjunto

sistemático de normas jurídicas dotadas de universalidade e passíveis de serem deduzidas apenas através da razão humana.

É consabido que o positivismo jurídico sustenta a tese de que não existe um outro Direito senão o Direito positivo estatuído pelo Estado através da lei, no seu sentido formal, contestando a ideia de um Direito Natural de caráter universal. Por outro lado, a teoria universalista do Direito Comparado tinha forte influência jusracionalista, uma vez que a busca por um Direito ideal comum às nações civilizadas nada mais é senão o ideário iluminista de se estabelecer um conjunto sistemático de normas jurídicas deduzidas pela razão e feitas valer através da lei.

As incompatibilidades entre o positivismo jurídico insurgente e a teoria universalista, de cunho eminentemente jusnaturalista em sua faceta racional-iluminista, resultaram no enfraquecimento da tese universalista do Direito Comparado, isso em virtude do triunfo quase absoluto do pensamento juspositivista no âmbito da Ciência do Direito.

O positivismo jurídico – que não se confunde com o positivismo no sentido filosófico – é a corrente doutrinária segundo a qual não existe um Direito natural ou ideal, mas tão-somente o Direito positivo, assim entendido aquele posto pelo Estado mediante normas gerais e abstratas. Norberto Bobbio ensina que o fundamento do positivismo jurídico está no fato histórico da produção legislativa do Direito, resumindo essa ideia da seguinte maneira: “o positivismo jurídico nasce do impulso histórico para a legislação, se realiza quando a lei se torna a fonte exclusiva – ou, de qualquer modo, absolutamente prevalente – do Direito, e seu resultado último é representado pela codificação” (1995, p. 119).

A doutrina do positivismo jurídico pode constar do quadro mais amplo do pensamento moderno, marcado pela busca da racionalidade fundada em critérios e métodos científicos. Realmente, a ciência moderna é guiada por um modelo de racionalidade desenvolvido a partir da revolução científica do século XVI, construído fundamentalmente no terreno das ciências naturais. Esse modelo de racionalidade científica é totalitário no sentido de recusar “o caráter científico a todas as formas de conhecimento que se não pautarem pelos seus princípios epistemológicos e pelas suas regras metodológicas” (SANTOS, 2005, p. 21). Assim, o positivismo jurídico busca construir um ordenamento racional da sociedade, a partir de critérios e métodos científicos, dando prevalência à lei como fonte do Direito.

Ainda segundo Norberto Bobbio, a doutrina do positivismo jurídico apoia-se em sete pontos fundamentais, os quais constituem os cânones do positivismo jurídico (1995, p. 131-134). Em apertadas linhas, pode-se dizer que a ideia central é que, para o positivismo, o Direito é considerado um fato e não um valor, de maneira que o jurista deve estudá-lo do

mesmo modo que o cientista estuda a realidade natural, abstendo-se de juízos de valor. Consequentemente, o Direito é definido em função do elemento da coação, porque, sendo um fato, Direito é o que vige como tal em determinada sociedade.

Além do mais, considera-se Direito positivo aquele posto pelo Estado mediante normas gerais e abstratas, de modo que a legislação é a fonte exclusiva ou absolutamente prevalente do Direito. Por fim, há a registrar, como derivações do positivismo jurídico, a teoria da norma jurídica, a teoria do ordenamento jurídico, a teoria da interpretação e a teoria da obediência, cujo desdobramento aqui é inadequado porque impróprio aos objetivos do estudo, sendo certo que um detalhamento mais completo consta da própria obra Bobbio, já referida.

Uma das características mais importantes na doutrina positivista é o chamado formalismo jurídico, que importa numa separação conceitual entre o Direito e a Moral. O princípio é o de que a “lei é a lei”, significando que toda lei é legítima apenas por ser lei e, conseqüentemente, deve ser obedecida; quer-se com isso dizer que a validade da lei prescinde de qualquer fundamento exterior ao próprio sistema jurídico, fazendo-se uma identificação entre o legal e o jurídico. Essa qualidade do positivismo jurídico é analisada por Francisco Laporta ao explicar que, para o positivismo, a existência de um sistema jurídico se produz por alguma prática social que define os critérios de juridicidade, de modo que as conexões entre Direito e Moral podem ser históricas e empíricas, mas não são lógicas nem conceitualmente necessárias (1995, p. 30).

A incompatibilidade do positivismo jurídico com a teoria universalista reside justamente nesse seu aspecto formal e na oposição que faz ao jusnaturalismo de matriz racionalista, implicada na separação conceitual entre o Direito e a Moral.

Segundo a doutrina positivista, o Direito é simplesmente aquilo que consta da lei ou da jurisprudência dos tribunais, não se reconhecendo na definição do Direito nenhum ingrediente moral. Em outras palavras, o Direito nada mais é que um conjunto de normas coercitivas impostas pelo Estado e, por isso mesmo, não possui nenhuma conexão necessária com o ideal de justiça; as normas jurídicas podem ser imorais e injustas e nem por isso deixam de ser normas jurídicas, ou seja, nem por isso deixam de corresponder ao Direito no sentido estrito.

Isso se explica porque, na perspectiva formalista do positivismo jurídico, considera-se válida a norma criada em conformidade com o processo legislativo estatuído por outras normas superiores, a Constituição, que, por sua vez, tem seu fundamento de validade em uma norma fundamental ou *Grundnorm*, que é o acatamento generalizado do sistema jurídico.

A validade é uma relação de pertinência entre a norma ou ato e o sistema jurídico, e assim, a norma válida é aquela que pertence ao sistema, bastando, para tanto, que tenha ela sido construída dentro da legalidade formal (KELSEN, 2000, p. 210). Ainda a respeito da tese positivista da separação entre o Direito e a Moral, há um excerto da Teoria Pura do Direito de Kelsen que merece ser trazido à colação porquanto paradigmático em relação a esse aspecto da doutrina positivista: “a validade de uma ordem jurídica positiva é independente de sua correspondência, ou de sua falta de correspondência, com certo sistema moral [...] a validade das normas jurídicas positivas não depende de sua correspondência com a ordem moral” (2000, p. 60).

Considerando a característica formalista do positivismo jurídico, constata-se que o acolhimento da doutrina positivista implica a superação da teoria universalista do Direito Comparado, em virtude da negação de sua premissa, a saber, a ideia de que os diversos ordenamentos jurídicos compartilham um conjunto de elementos comuns próprios ao seu estágio de civilização.

Explica-se. Do ponto de vista da doutrina positivista, carece de sentido buscar a uniformização do Direito em torno de elementos comuns ou princípios gerais universais, porque o conteúdo dos ordenamentos será sempre arbitrário e multivariado e, em última análise, não tem sentido tentar definir o Direito a partir de seu conteúdo. Por via de dedução, é inconsistente com o positivismo jurídico tentar construir um Direito ideal relativo ou um Direito comum internacional a partir de princípios gerais dotados de universalidade, porque, para a doutrina formalista do positivismo, não existe um conjunto ideal de elementos que deva servir de referência para definir o conteúdo normativo do ordenamento.

É bem verdade que atualmente existe uma tendência para a superação dessa concepção formalista do Direito, principalmente em face da constitucionalização de princípios e do fortalecimento do constitucionalismo. Tem prevalecido, atualmente, o entendimento de que os princípios constitucionais são dotados de normatividade e tem-se lhes atribuído primazia em relação às regras, o que se pode imputar em grande monta às teses de Dworkin, para quem não existe uma separação rígida entre o Direito e a Moral.

O sentido dessa mudança pode ser resultado de uma busca de legitimidade. Nesse quadrar, Francisco Laporta sustenta que, ao longo de um processo histórico, o sistema jurídico vem numa crescente incorporação de princípios morais para justificar seu conteúdo, aplicando-se um esquema de controle das normas jurídicas mediante critérios éticos, um controle que se estende por todo o ordenamento, numa tarefa complexa e diversificada que se denomina de moralização do Direito (1995, p. 64).

Essa tendência de reaproximação entre o Direito e a Moral se revela principalmente na doutrina que prega a internacionalização dos direitos humanos. O movimento de internacionalização dos direitos humanos surgiu após a Segunda Guerra, nomeadamente a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 10 de dezembro de 1948, como reação aos abusos cometidos pela Alemanha nazista antes e durante a Guerra Mundial.

Segundo Valério Mazzuoli, a prevalência dos direitos humanos e do valor democrático constitui a tônica do novo paradigma global, enfatizando-se os direitos dos indivíduos e os direitos dos povos como uma dimensão da Soberania universal, o que tem provocado alterações profundas nas ideias de Soberania e Cidadania vigentes no mundo ocidental desde a Revolução Francesa (2005, p. 332 ss.).

Antes, porém, de tratar da globalização, do processo de internacionalização dos direitos humanos e de sua repercussão no Direito Comparado, cumpre analisar de forma mais detida as (re)formulações teóricas atuais sobre o tema da função uniformizadora da comparação de direitos, a partir do estudo do denominado Direito Comparado aplicado.

5.4. Reformulação da função uniformizadora do Direito Comparado: o Direito Comparado aplicado

Viu-se que o advento do positivismo jurídico, com sua definição formalista do Direito, contribuiu de modo significativo para a superação da teoria universalista do Direito Comparado ao negar a existência de princípios gerais universais que pudessem servir como referência de conteúdo para a elaboração do Direito.

O abandono da teoria universalista, contudo, não implicou a supressão do uso uniformizador do Direito Comparado, já que a possibilidade de o Estado utilizar os resultados de uma determinada pesquisa ou investigação de Direito Comparado, para com isso modificar o Direito vigente em seu país, independe do reconhecimento ou mesmo da existência de princípios jurídicos dotados de universalidade.

A função uniformizadora do Direito Comparado atualmente é identificada como uma das possibilidades do Direito Comparado aplicado. O Direito Comparado aplicado é definido em oposição ao Direito Comparado descritivo, com base na finalidade do emprego do método comparativo, se voltado para a solução de problemas de ordem prática ou se voltado para questões de cunho teórico, visando ao aperfeiçoamento da cultura jurídica.

Quando o objetivo é de ordem prática, como o de possibilitar a aplicação do Direito estrangeiro no âmbito interno por força de disposições do Direito Internacional Privado ou o de reformar a legislação para recepcionar institutos jurídicos estrangeiros, fala-se no Direito

Comparado aplicado; quando o objetivo é puramente o de aprofundar os estudos jurídicos do pesquisador, produzindo o conhecimento, finalidade puramente teórica, portanto, fala-se no Direito Comparado descritivo (GUTTERIDGE, 1954, p. 18-21).

A distinção teórica referida, proposta por Gutteridge, pretende divisar a comparação de direitos voltada apenas para a obtenção de informações sobre o Direito estrangeiro e a investigação que serve a outras finalidades, de ordem prática, qualificando a primeira de Direito Comparado descritivo e a segunda de Legislação comparada ou Direito Comparado aplicado.

O Direito Comparado descritivo consiste no tipo de investigação comparativa que se limita a analisar as divergências entre diversos sistemas jurídicos, sem buscar solução para problema algum, enquanto o Direito Comparado aplicado é um tipo de comparação que vai além da mera descrição para buscar uma finalidade prática, buscando, na maioria das vezes, “a reforma do Direito ou a unificação de sistemas distintos e esta é a modalidade de investigação comparativa que é mais propagada e fértil em resultados” (GUTTERIDGE, 1954, p. 18-23, tradução nossa).¹⁶

Mesmo usando termos diferentes, Alessandro Pizzorusso faz distinção semelhante ao afirmar que o Direito Comparado tem o objetivo de contribuir para a evolução dos estudos jurídicos, possibilitando uma melhor interpretação do Direito nacional, função interpretativa, e de possibilitar a reforma do Direito nacional para unificá-lo com o Direito de outros países, função instrumental, esta última se manifestando principalmente nas tentativas de unificação legislativa negociadas em tratados internacionais e em respeito do ordenamento da comunidade internacional e das organizações internacionais (1987, p. 84-88).

Caio Mário também aborda o tema ao asseverar que o Direito Comparado pode ser uma disciplina mais teórica:

quando utilizado para o melhor entendimento entre os povos e maior interpenetração internacional, ou quando se propõe ao aperfeiçoamento da cultura jurídica, aproveitando para ilustração e alargamento dos horizontes do conhecimento jurídico, proporcionando ao homem do direito a oportunidade de realizar a compreensão do fenômeno em sentido universal [ou mais prática] quando utilizada no rumo da política legislativa com o objetivo de melhoria do Direito nacional [ou] quando se

¹⁶ Observe-se que o uso da expressão Legislação comparada, neste caso, consiste num equívoco de natureza terminológica, pois modernamente entende-se que o Direito Comparado não se limita a pesquisar a legislação estrangeira, mas também sua doutrina e a jurisprudência construídas a partir dessa legislação. O mais correto, portanto, seria falar unicamente no Direito Comparado aplicado. A propósito disso vale consultar DANTAS, I., 2006, p. 63 ss. Registre-se, outrossim, que, além dessas duas funções, Gutteridge aponta também a existência de uma terceira que denomina de Direito Comparado abstrato ou especulativo, voltada exclusivamente para a solução de uma curiosidade científica, a qual não foi incluída no texto, uma vez que o próprio autor reconhece que uma investigação como essa seria tão rara que quase poder-se-ia dizer inexistente.

põe como auxiliar do Direito Internacional Privado, ajudando-o na eleição da norma aplicável (1955, p. 42).

Desvinculada da teoria universalista, a função uniformizadora do Direito Comparado enquadra-se como uma das finalidades práticas do Direito Comparado e, portanto, como uma das possibilidades do Direito Comparado aplicado.

Considerando que a função uniformizadora do Direito Comparado não se circunscreve apenas à busca de um Direito ideal, isto é, dos princípios jurídicos universais reconhecidos pelas nações civilizadas, é necessário reformular a concepção que se tem dela, inicialmente a partir desse enquadramento e, em seguida, analisando o conteúdo da função uniformizadora na perspectiva do Direito Comparado aplicado.

Falou-se da utilização do Direito Comparado aplicado como instrumento de uniformização de sistemas ou de institutos jurídicos, enfatizando a importância da reforma do Direito ou a unificação de sistemas distintos através de uma política legislativa.

Sucedem, porém, que muitas vezes o Direito Comparado é utilizado como instrumento de uniformização de soluções jurídicas de maneira informal, isto é, prescindindo de uma mudança no sistema através do processo legislativo institucionalizado. Isso ocorre principalmente no exercício da função interpretativa, inclusive da função constituinte da Justiça Constitucional, onde existe a possibilidade de que o juiz atribua à letra da lei novos sentidos e conteúdos, modificando a substância de comandos prescritos pelo legislador, porém sem alterar-lhes a forma, o que se denomina de mudança informal ou processos de mutação constitucional, já examinados no decorrer da tese.

Não se pode ignorar a importância dos processos oblíquos de reforma da legislação, e até mesmo da Constituição, na reforma do Direito vigente, restando saber qual o papel do Direito Comparado na mutação legislativa ou constitucional informal.

Parece claro que o uso do Direito Comparado como referência na solução de questões jurídicas pelos tribunais, especialmente naqueles casos em que a decisão importa uma mudança informal no texto da lei ou mesmo da Constituição, também produz como resultado a harmonização não das leis no sentido formal, mas do Direito positivo efetivamente aplicado através da jurisprudência. Surge daí a questão de saber se não existiria também uma função uniformizadora do Direito Comparado no emprego do método comparativo pelos tribunais que resulte na unificação judicial de direitos, inclusive com o acolhimento de teorias e jurisprudência estrangeiras ou internacionais.

Ao que parece, nada obsta a inclusão dessa aplicação do Direito Comparado na definição da função uniformizadora. Quando menos, seria necessário reconhecer a existência

de uma função uniformizadora exercida através da política legislativa e de uma função uniformizadora exercida através da política judicial. Para os propósitos desta pesquisa, optou-se por defender a necessidade de reformular a ideia tradicional a respeito da função uniformizadora do Direito Comparado, para incluir, entre as suas aplicações, a de uniformização realizada pela política judicial, tanto mais porque esta se aproxima em grande medida da política legislativa, sendo ambas espécies de política jurídica.¹⁷

5.5. A busca da compreensão entre os povos

O uso do Direito Comparado pelo legislador ou pelos tribunais como instrumento de reforma do Direito nacional, de forma a uniformizá-lo com o de outros países, tem crescido muito em face da globalização, fenômeno que leva à crescente interdependência entre as nações em razão do incremento no comércio e do processo contínuo de integração regional em todo o globo.

Com efeito, a globalização é um fenômeno multidimensional uma vez que tem implicações nos mais diversos aspectos da vida humana, repercutindo nas áreas econômica, política, cultural, social, tecnológica, ambiental, dentre outras; em razão disso, os fenômenos globalizadores são complexos e multidimensionais.

Especificamente no que diz respeito às relações entre a globalização e o Direito, impende destacar que ao mesmo tempo em que a globalização exerce forte influência no Direito por ser um fator determinante na construção de novos conteúdos normativos, ao transformar a dinâmica das relações sociais e fomentar o surgimento de um número infinito de novas situações a serem reguladas, é por sua vez muito influenciada pelo Direito, porque os intercâmbios materiais dependem em larga medida dos condicionamentos jurídicos das relações sociais, isto é, o desenvolvimento das relações econômicas globalizadas depende do grau de desenvolvimento das condições políticas e jurídicas que permitam esse intercâmbio.

Ainda a propósito do aspecto jurídico da globalização, Eduardo Felipe Matias observa que, afora a consolidação de normas internacionais, tanto os Estados quanto os atores privados contribuem em comunhão de esforços para a elaboração de instituições e regras de caráter transnacional, especialmente no que diz respeito ao comércio internacional e no campo de investimentos (2005, p. 276 ss.). Além disso, ainda segundo esse autor, muitas vezes:

¹⁷ Quanto à aproximação entre a função legislativa e a função judiciária como instrumentos de Política jurídica consultar BUSATO, 2009.

os atores privados são os principais responsáveis pela criação dessas regras, que surgem independentemente da vontade dos Estados – caso da chamada *lex mercatoria* – e são adotadas por tribunais arbitrais que fogem ao controle estatal. Outras vezes, os próprios Estados celebram contratos com particulares nos quais aceitam submeter-se a tribunais arbitrais, que podem ter, inclusive, caráter institucionalizado, como é o caso do Cirdi... (2005, p. 227).¹⁸

Isso porque a globalização jurídica não se limita ao âmbito do Direito Constitucional, alcançando também o campo privado, onde proliferam tratados internacionais e uma gama multivariada de normas de origem não-estatal.

Cada vez mais as relações jurídicas travadas no espaço do comércio internacional ensejam a elaboração de regras globalizadas de origem privada, fazendo com que as partes regulem seus direitos e deveres através de contratos que baseiam os termos do acordo não no Direito estatal, mas sim em “um conjunto de regras transnacionais, normalmente designadas pela doutrina como *lex mercatoria*” (MATIAS, 2005, p. 227). A *lex mercatoria* fundamenta-se em usos e costumes do comércio internacional que se consolidam pela incorporação aos contratos, regras essas que também são utilizadas por tribunais arbitrais na análise dos casos a eles submetidos, o que faz com que surja como uma importante fonte do Direito do comércio internacional (MATIAS, 2005, p. 227).

Nesse contexto, cresce em importância o emprego do Direito Comparado como instrumento apto a facilitar a construção de modelos adequados às transformações no cenário jurídico global. Isso porque a conjuntura mundial impõe muitas vezes uma integração da legislação, sendo certo que a investigação através da comparação de direitos permite que o jurista utilize experiências de sujeitos de diferentes nacionalidades.

Aliás, essa conclusão salta aos olhos e pode ser encontrada até mesmo em trabalhos menos profundos sobre o tema, a exemplo do artigo de Ana Luísa Celino Coutinho que observa que o Direito Comparado, tomado em sua dimensão prática “no ato de observar, de comparar e, muitas vezes, de importar (com ou sem adaptações) o modelo jurídico estrangeiro, corresponde a instrumento de jurisdicizar novas situações econômicas, políticas e sociais desencadeadas pela globalização” (2003, p. 40).

É lícito afirmar, mercê do exposto, que, em tempos de globalização, o Direito Comparado assume posição de destaque. E dentre as finalidades da comparação de direitos, cresce em importância a função uniformizadora do Direito Comparado, porque o emprego do método comparativo vem viabilizar uma demanda cada vez maior de harmonização das

¹⁸ A sigla CIRDI está para o Centro Internacional para a Resolução de Disputas relativas aos Investimentos.

legislações nacionais, em alguns pontos, para possibilitar a aprovação de diretrizes de caráter supranacional.

Em face do fenômeno da globalização, a utilização do Direito Comparado como instrumento de uniformização passa a ser fundamental para os Estados e os para agentes privados, na medida em que o estabelecimento de um conjunto de normas de caráter transnacional, principalmente em matéria de direitos humanos e de comércio internacional, confere a segurança jurídica necessária ao desenvolvimento das relações humanas no mundo globalizado.

Em uma análise percuciente acerca do papel do Direito Comparado na globalização, Ana Lúcia de Lyra Tavares faz ver que o Direito Comparado possibilita a conscientização das identidades sociojurídicas das nações. Segundo defende, nos textos em que prevalece uma abordagem juscomparativa, “sobressaem certas particularidades, a maioria decorrente do próprio tipo de mentalidade e da cultura jurídica dos Estados sob exame, outras específicas de uma determinada conjuntura sociojurídica” (*in* ARNAUD, 2005, p. 514). A identificação dessas particularidades alerta para os graus em que será possível absorver influências jurídicas estrangeiras ou supranacionais, indicando como esses institutos jurídicos, conceitos, regras e princípios irão funcionar nos sistemas receptores de Direito.

Ao possibilitar essa conscientização, inclusive do Direito estrangeiro, o Direito Comparado faz com que sejam identificadas as similitudes e divergências em variados aspectos dos sistemas jurídicos, de maneira que a compreensão passa a caracterizar a postura do comparatista.

Já se afirmou, aqui, que a cultura é intrínseca e essencialmente uma questão de diferenças e que o pluralismo deve presidir qualquer projeto de convivência pacífica entre as nações, viabilizando o intercâmbio ensejado pela globalização. Do mesmo modo, é preciso enfatizar que os sistemas jurídicos são construídos em função dos valores culturais de cada nação, sendo falacioso pretender que um sistema jurídico seja *prima facie* superior a outro, pois cada um deles deve ser avaliado dentro de suas particularidades socioculturais.

É com essa preocupação que se deve pretender utilizar o Direito Comparado como instrumento de harmonização de direitos, dentro de um projeto comum das nações de cultivar a convivência pacífica e próspera, na busca da compreensão entre os povos.

6. UNIVERSALISMO *VERSUS* RELATIVISMO CULTURAL: A AFIRMAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS NO ÂMBITO DO DIREITO CONSTITUCIONAL INTERNACIONAL

SUMÁRIO: 6.1. O universalismo na fundamentação ético-política dos direitos humanos e em sua afirmação histórica. 6.2. O universalismo dos direitos humanos no Direito Constitucional Internacional. 6.3. Relativismo cultural e outras objeções ao caráter universal dos direitos humanos. 6.4. Argumentos em defesa da afirmação universal dos direitos humanos. 6.5. A afirmação universal dos direitos humanos no âmbito do Direito Constitucional Internacional.

6.1. O universalismo na fundamentação ético-política dos direitos humanos e em sua afirmação histórica

Neste capítulo conclui-se a análise dos parâmetros jurídicos à função constituinte da Justiça Constitucional a partir do panorama teórico do universalismo dos direitos humanos no âmbito do Direito Internacional, designadamente em face do relativismo cultural, corrente de pensamento que opõe variadas objeções ao caráter universal desses direitos. A partir da fundamentação ético-política dos direitos humanos e sua afirmação histórica nas primeiras declarações de direitos, analisa-se o universalismo dos direitos humanos desde sua primeira formulação teórica até a situação atual, no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

A questão relativa ao caráter universal dos direitos humanos é elemento constante de sua fundamentação ético-política e se encontra bem delineada no processo de sua afirmação histórica, nomeadamente nas primeiras declarações de direitos, importantes documentos que marcaram a formação do pensamento constitucional. Nesse sentido, Bobbio assevera que o problema do reconhecimento dos direitos humanos surgiu no início da era moderna, com a divulgação das doutrinas jusnaturalistas e a evolução das declarações dos direitos do homem que acompanharam o constitucionalismo clássico ou liberal (1992, p. 49).

As raízes do movimento liberal, que impulsionou a doutrina dos direitos humanos, “são encontradas na revolta contra o império religioso sob o qual viveu toda a cosmologia e o pensamento medievais, sempre a serviço da justificação do cristianismo nascente”, onde “a razão e a livre crítica eram subordinadas a princípios e preceitos religiosos” (DANTAS, 1999, p. 29). Aliás, a origem do termo “direitos fundamentais” vem de *droits fondamentaux* que remonta ao movimento político e cultural que resultou na Revolução Francesa e sua Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão; posteriormente, a expressão alcançaria

relevo na doutrina para designar um “sistema de relações entre indivíduos e Estado, enquanto fundamento da ordem jurídico-política” (SOARES, 2000, p. 28).

Sabe-se que a doutrina dos direitos humanos nasceu da filosofia jusnaturalista, a qual procura justificar a existência de direitos pertencentes ao homem enquanto tal, independentemente do Estado. O pensamento das escolas jusnaturalistas e juracionistas admite a existência de normas de validade universal que “precedem a formação de toda agregação associativa humana, onde deveres e direitos inerentes aos seres humanos são passíveis de serem conhecidos mediante indagações racionais que concentram foco na obtenção de conhecimento a respeito de lei(s) natural(is) ou prática(s)” (MÖLLER, 2006, 109).

A corrente do jusnaturalismo tomista ou religiosa encontra um de seus principais ícones em São Tomás de Aquino, para quem a *lex humana* deve obedecer à *lex naturalis*, que é fruto da razão divina, mas pode ser percebida pelos homens. Já o jusnaturalismo de cunho racionalista tem como um de seus fundadores Hugo Grotius, o qual defendia a existência de um conjunto de normas ideais deduzidas da natureza a partir da razão humana. Além de ser um dos fundadores do Direito Internacional, o pensador sustentava, já no século XVI, a existência de um Direito Natural revelado pela razão do homem e superior às leis positivas, sendo certo que o Direito “dos legisladores humanos só seria válido quando compatível com os mandamentos daquela lei imutável e eterna” (RAMOS, 2005, p. 39).

A relação entre o universalismo dos direitos humanos e sua fundamentação ético-política se evidencia na forte influência do Racionalismo e do Iluminismo no processo histórico de formação da doutrina dos direitos do homem; o Racionalismo de Descartes e de Galileu serviu de inspiração para o Iluminismo, cuja tendência universalizante se apresenta como nota característica. Nelson Saldanha ensina que o pensamento intelectual iluminista “corresponde a um universalismo característico, que falava redondamente do *homem* e da razão como entidades intemporais e inespaciais, sendo o próprio homem razão e sendo a razão a contraprova dos direitos inatos do ser humano” (2000, p. 41, grifo do original).

É bem verdade que atualmente a fundamentação jusnaturalista de cunho racionalista, que serviu como inspiração para os direitos humanos quando de seu surgimento, não é mais aceita pela Ciência do Direito. A discussão acerca da fundamentação dos direitos humanos repercute em seu âmbito de eficácia, na medida em que pode implicar a negação do universalismo que lhe é característico. Com o advento do positivismo jurídico, passou-se a identificar o fundamento dos direitos humanos na lei positiva, não mais em princípios de

Direito Natural, enquanto para alguns sequer seria possível identificar uma fundamentação absoluta para os direitos humanos.

Entre aqueles que negam a existência de um fundamento absoluto para os direitos humanos está Norberto Bobbio, o qual pondera que o problema fundamental em relação aos direitos do homem não seria tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los, mesmo porque a fundamentação dos direitos humanos seria impossível. Bobbio argumenta que há divergências na definição do que seria o conjunto de direitos humanos, que esses direitos constituem uma classe variável, sendo impossível fundamentá-los de modo unívoco, pois cada contexto histórico possui sua própria fundamentação e, por fim, que os direitos humanos são uma categoria heterogênea, contendo pretensões muitas vezes conflitantes, de maneira que a busca de um fundamento absoluto para os direitos do homem pode representar um obstáculo à introdução de novos direitos, total ou parcialmente incompatíveis com aqueles já estabelecidos (1992, p. 15-24).

De outro lado, o positivismo jurídico sustenta a tese de que não existe um outro Direito senão o Direito positivo estatuído pelo Estado através da lei, no seu sentido formal, contestando a ideia de um Direito natural de caráter universal. Assim, o fundamento dos direitos humanos estaria em seu reconhecimento formal pelo Direito positivo, cujo pressuposto de validade está em sua edição conforme as regras estabelecidas na Constituição. Afigura-se que a vinculação do fundamento dos direitos humanos à ordem política estatal conduz à impossibilidade de se lhes atribuir o caráter universal, na medida em que não se trataria “de atributos inerentes à condição humana, mas unicamente a determinada nacionalidade” (COMPARATO, 2005, p. 58-59).

Atualmente, o paradigma neoconstitucionalista do Estado Constitucional e Democrático de Direito levou à superação da concepção formalista do Direito oriunda do positivismo jurídico, principalmente em face da constitucionalização de princípios. Como visto, ao longo de um processo histórico, o sistema jurídico vem numa crescente incorporação de princípios morais para justificar seu conteúdo, aplicando-se um esquema de controle das normas jurídicas mediante critérios éticos, um controle que se estende por todo o ordenamento, numa tarefa complexa e diversificada que se denomina de moralização do Direito (LAPORTA, 1995, p. 64).

No centro dessa nova vertente teórica estão os princípios são dotados de normatividade, isso a partir da hegemonia axiológico-normativa a eles atribuída pela Constituição (cf. BOMFIM, 2008, p. 64), o que, segundo visto, decorre em grande medida da teoria dos direitos de Dworkin, segundo a qual não existe uma separação rígida entre o Direito

e a Moral. Para Dworkin, o conceito de direitos morais consiste no “conjunto de direitos subjetivos originados diretamente de valores (contidos em princípios), independentemente da existência de prévias regras postas” (RAMOS, 2005, p. 44-45).

A mudança de concepção trazida pelo neoconstitucionalismo representa a superação da dicotomia entre jusnaturalismo e positivismo, com o reconhecimento de que a ordem jurídica inclui tanto princípios quanto regras; resta superado outrossim o paradigma da legalidade, surgindo em seu lugar uma compreensão ampla do Direito por princípios. O sentido dessa mudança pode ser resultado de uma busca de legitimidade.

Assim, os direitos do homem não aferem sua validade de leis positivas, mas de valores éticos incorporados à própria civilização humana. A fundamentação dos direitos humanos como direitos morais corresponde à tentativa de conciliar o fundamento ético dos direitos humanos com sua concepção como direitos positivados, no sentido de que “há uma fundamentação ética dos direitos humanos, que consiste no reconhecimento de condições imprescindíveis para uma vida digna que se entroniza como princípio vetor do ordenamento jurídico” (RAMOS, 2005, p. 46).

Essa tendência de reaproximação entre o Direito e a Moral se revela principalmente na doutrina que defende a internacionalização dos direitos humanos, movimento que surgiu após a Segunda Guerra, nomeadamente a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), como reação aos abusos cometidos pela Alemanha nazista antes e durante a Segunda Guerra Mundial. A traumática experiência histórica do exemplo nazista demonstrou, para além de qualquer discussão, o quanto é insuficiente a fundamentação dos direitos humanos com base tão-somente no Direito positivo, sobrelevando a importância de encontrar fundamentos para a vigência dos direitos humanos além da organização estatal. Leia-se, a propósito disso, a opinião de Fábio Konder Comparato:

É irrecusável encontrar um fundamento para a vigência dos direitos humanos além da organização estatal. Esse fundamento, em última instância, só pode ser a consciência ética coletiva, a convicção, longa e largamente estabelecida na comunidade, de que a dignidade da condição humana exige o respeito a certos bens ou valores em qualquer circunstância, ainda que não reconhecidos no ordenamento estatal, ou em documentos normativos internacionais (2005, p. 59).

A busca de uma fundamentação ético-política dos direitos humanos para além da lei positiva contribui para renovar sua característica universalizante presente nas declarações de direitos das revoluções liberais. A ideia é a de possibilitar a justificação de direitos humanos

dotados de validade universal, “fundada em uma base intersubjetiva e intercultural organizada sob a forma de sociedade mundial” (MÖLLER, 2006, p. 151 ss.).

As declarações de direitos das revoluções liberais mostram a presença marcante da jusnaturalista que deu origem à doutrina dos direitos do homem. Essas declarações representam a conclusão da primeira fase da história dos direitos humanos e o primeiro passo rumo à sua afirmação histórica, culminando “nas primeiras Declarações de Direitos não mais enunciadas por filósofos, e, portanto, *sine imperio*, mas por detentores do poder de governo, e portanto *cum imperio* ...” (BOBBIO, 1992, p. 73).

As declarações de direitos são frutos da filosofia liberal e do movimento do século XVII, “consistindo em princípios axiomáticos necessários à fundamentação de organização política justa e racional, sendo recepcionados e proclamados solenemente pelos constituintes dos primeiros textos constitucionais liberais” (SOARES, 2000, p. 32).

As declarações de direitos representam marcos do processo histórico de formação da teoria constitucional, originado com o movimento e a doutrina liberal. As declarações inglesas, dos séculos XVI e XVII, são antecedentes históricos da ideia de Constituição como instrumento de organização política do Estado. As ideias de um sistema de poderes divididos e em equilíbrio em que se atribui a titularidade do poder constituinte e da Soberania nacional ao povo têm origem no chamado movimento constitucional, consolidado pelas revoluções americana e francesa. Dentre os vários documentos de relevância no processo de formação do pensamento constitucional inglês, destacam-se a *Magna Carta* (1215) e o *Bill of Rights* (1689).

A *Magna Carta* foi uma declaração solene do rei da Inglaterra, conhecido como João Sem Terra, assinada em 51 de junho de 1215, perante o alto clero e os barões do reino. Existe um consenso de que esse documento constitui um pacto entre os barões feudais e o monarca, pelo qual se reconhecia certos privilégios especiais àqueles. Sua importância decorre também do fato de que a *Magna Carta* deixa implícito pela primeira vez na história que o rei está vinculado pelas leis que edita.

A cláusula 39 normalmente é apontada como a parte mais importante da Carta e serve de precursora do princípio do devido processo legal do constitucionalismo americano, incorporado pela Constituição Federal brasileira de 1988. Segundo dispõe: “nenhum homem livre será detido ou preso, nem privado de seus bens, banido ou exilado ou, de algum modo, prejudicado, nem agiremos ou mandaremos agir contra ele, senão mediante um juízo legal de seus pares ou segundo a lei da terra”.

Por sua vez, o *Bill of Rights* resultou de uma rebelião que fermentava há vários anos da qual adveio a abdicação do monarca Jaime II. O rei foi sucedido pelo Príncipe Guilherme de Orange e sua Mulher, Maria de Stuart, a convite de um grupo de nobres de dois partidos políticos, após aceitarem uma Declaração de Direitos votada pelo Parlamento, o *Bill of Rights*, que passou a constituir uma das Leis Fundamentais do reino. O documento tem a importância de consolidar a monarquia constitucional inglesa, porque institucionalizou a separação de poderes no Estado. Embora não seja uma declaração de direitos humanos, criou uma estrutura de organização do Estado que tem a finalidade de proteger os direitos fundamentais. Seu conteúdo essencial está na consolidação da monarquia constitucional e da separação de poderes, com o reconhecimento do Parlamento como um órgão encarregado de defender os súditos contra o soberano (cf. ABREU in SÁNCHEZ, 2004, p. 175).

As declarações inglesas estão nas origens das declarações de direitos americanas, que sofreram grande influência do *Bill of Rights* inglês e do pensamento filosófico de Locke, Montesquieu e Rousseau. De fato:

a percepção que os americanos tinham da tradição jurídica inglesa, juntamente com sua interpretação pelos tribunais e juristas ingleses, bem como o discurso europeu acerca do direito natural, sobretudo o de John Locke, produziu efeitos na Revolução americana, e fez com que os debates acerca das políticas inglesas em relação aos assuntos americanos tivessem rapidamente resultado numa discussão geral sobre as responsabilidades do governo e as suas obrigações para com o indivíduo (DIPPEL, 2007, p. 182-183).

A aplicação dessas ideias jurídicas nos Estados Unidos da América influenciou o discurso americano sobre os direitos humanos, produzindo alguns dos documentos históricos mais importantes no processo de positivação dos direitos humanos, como a Declaração de Independência (1776) e a Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia (1776). O reconhecimento dos direitos humanos assumiu papel tão relevante no constitucionalismo americano que a ausência de uma declaração de direitos motivou a rejeição de uma proposta de rejeição em Massachusetts em 1778, e somente a promessa de acrescer-se uma declaração de direitos assegurou a ratificação da Constituição Federal, resultando nas primeiras dez emendas de 1791, também conhecidas como *Bill of Rights* (cf. DIPPEL, 2007, p. 186-187).

Os americanos foram além das declarações inglesas ao transformarem os direitos naturais em direitos positivos, isso porque, através das Emendas Constitucionais de 1791, os direitos humanos foram incorporados ao ordenamento jurídico constitucional, com prevalência sobre as leis. Daí se dizer que a concepção formal moderna de Constituição é uma criação do constitucionalismo americano.

A Declaração de Independência dos Estados Unidos diz respeito às antigas treze colônias britânicas, reunidas em 1776 sob a forma de confederação e constituídas em Estado Federal, em 1787. A importância da Declaração de Independência vem do fato de inaugurar a institucionalização dos princípios democráticos na história política moderna. Realmente, trata-se do primeiro documento político que reconhece a existência de direitos humanos inerentes a todos, independentemente das diferenças de sexo, raça, religião, cultura ou posição social (cf. COMPARATO, 2005, p. 103).

A Declaração de Independência tem uma finalidade legitimadora que toma por base ideias e fundamentos jusnaturalistas, invocando as leis da natureza e Deus como princípios de Direito Natural. Essa assertiva pode ser verificada do que consta de seu preâmbulo: “Consideramos estas verdades como evidentes por si mesmas, que todos os homens foram criados iguais, foram dotados pelo Criador de certos direitos inalienáveis; que, entre estes, estão a vida, a liberdade e a busca da felicidade”. Como se vê, essas notas de evidência e inalienabilidade são próprias de um Direito Natural jusracionalista, e são peculiares do Direito “suprapositivo, reconhecendo o direito de reformar ou abolir qualquer forma de governo que atente contra os fins de direito natural, bem como instituir novo governo fundado em tais princípios superiores” (SOARES, 2000, p. 35).

Juntamente com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, promulgada pela Assembleia Nacional Francesa em 1789, as declarações americanas representam a emancipação do indivíduo através da afirmação de sua autonomia, doutrina que vinha se afirmando na consciência europeia desde fins da Idade Média.

Há, no entanto, traços característicos que distinguem as declarações americanas da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão da Revolução Francesa. Os americanos estavam voltados para o estabelecimento de sua independência e a elaboração de seu regime político, ao passo que os revolucionários franceses acreditavam ter a função de anunciar uma nova era de liberdade a outros povos, daí o estilo abstrato e universalizante da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. A ideia é a de que os direitos humanos são universais, eternos e invariáveis. Fábio Konder Comparato menciona que, em razão desse espírito de universalismo militante, o espírito da Revolução Francesa foi difundido por todo o mundo desencadeando a supressão das desigualdades entre indivíduos e grupos sociais (2005, p. 130-132).

Por fim, no que diz respeito à Justiça Constitucional é importante registrar que as primeiras declarações americanas de 1776, de Virgínia, de Maryland e da Pensilvânia, deixavam claro que o povo era o guardião absoluto de seus direitos. Isso, no entanto, sofreu

uma mudança importante com a Declaração de Massachusetts (1780), em que, apesar de o povo continuar a ser fonte da Soberania, com direito de alterar ou mudar o seu governo, os magistrados e funcionários do governo exerciam seu poder como substitutos e agentes do povo, seus curadores e servidores (cf. DIPPEL, 2007, p. 193-195).

As primeiras declarações de direitos foram marcos importantes do processo de afirmação histórica dos direitos do homem e apresentam forte característica universalizante, especialmente a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), já que os revolucionários franceses assumiram a tarefa de divulgarem o ideário liberal com um fervor quase religioso.

É importante notar que o pensamento jurídico contemporâneo acerca dos direitos humanos aproxima-se e muito de suas origens nas declarações de direitos do constitucionalismo clássico. A esse respeito, Francisco Javier Quel López observa que os Estados possuem uma obrigação geral de proteção e respeito de determinados direitos fundamentais, especialmente a proteção contra a prática da escravidão e a discriminação racial, decorrente de normas imperativas do Direito Internacional geral contemporâneo: “resulta claro que existem normas imperativas no setor da proteção dos direitos humanos cuja violação pode pôr em questão os princípios básicos de coexistência entre Estados” (*in* ROMANI, 2003, p. 95).

6.2. O universalismo dos direitos humanos no Direito Constitucional Internacional

O universalismo dos direitos humanos possui vários significados, implicando que seus titulares são todos os seres humanos, sem distinção de qualquer ordem; que esses direitos são atemporais, porque os homens possuem direitos humanos em qualquer época; e que os direitos humanos permeiam todas as culturas humanas, em qualquer parte do globo. O universalismo é uma tese que goza de acatamento generalizado no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos, fruto do movimento de internacionalização dos direitos humanos que surgiu a partir do pós-guerra, nomeadamente a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), como parte da reação aos crimes cometidos pelo nacional-socialismo antes e durante a Segunda Guerra Mundial (SOMMERMANN *in* PÉREZ LUÑO, 1996, p. 97 ss.).

Juntamente com a regionalização e a globalização econômica, o “cosmopolitismo ético”, decorrente do desenvolvimento de um sistema universal de direitos humanos, é um dos fatores que mais influenciam o realinhamento e rearticulação do constitucionalismo contemporâneo (SUNDFELD, VIEIRA, 1999, p. 29).

A Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) é o ponto de partida da moderna sistemática de proteção internacional dos direitos do homem, mas encontra precedentes históricos no Direito Humanitário, na Liga das Nações e na Organização Internacional do Trabalho.

O Direito Humanitário constitui o conteúdo de direitos humanos no Direito da guerra, estabelecido com a finalidade de limitar a atuação do Estado na observância da proteção humanitária, designadamente para proteger os militares postos fora de combate e as populações civis.

A Convenção da Liga das Nações (1920) reforçou a concepção do Direito Humanitário e da proteção dos direitos do homem ao prever sanções de caráter econômico e até mesmo militar a serem impostas pela comunidade internacional nas hipóteses de comprovada violação desses direitos, abrindo a discussão pertinente à necessidade de relativizar a Soberania estatal.

Por sua vez, a Organização Internacional do Trabalho contribuiu para a consolidação do Direito Internacional dos Direitos Humanos em sua atuação dirigida ao estabelecimento de padrões internacionais de condições de trabalho e bem-estar (cf. PIOVESAN, 2006a, p. 109 ss.).

A despeito da importância desses antecedentes, o fato é que somente após a Segunda Guerra Mundial se pode chegar a um amplo consenso no sentido de que a comunidade internacional deveria zelar pela proteção aos direitos do homem, de maneira que essa questão não mais poderia ser tida como uma competência exclusiva dos Estados, mas deveria ser assumida por todas as nações.

Segundo Karl-Peter Sommermann, embora essa afirmação possa parecer surpreendente em face das declarações de direitos do homem americanas e francesas, até o início do século XX, a doutrina internacionalista partia do pressuposto de que “só podiam ser objeto do Direito Internacional os direitos e deveres dos Estados, e que, portanto, os indivíduos, que carecem de personalidade jurídica internacional, só podiam ser protegidos de maneira indireta ou reflexa por normas internacionais” (*in* PÉREZ LUÑO, 1996, p. 98). Assim, a Declaração Universal dos Direitos Humanos é o primeiro texto jurídico internacional que estabelece um catálogo de direitos humanos que deve valer universalmente.

A Declaração Universal, entretanto, tendo sido aprovada sob a forma de resolução pela Assembleia Geral das Nações Unidas, não apresenta a normatividade própria dos tratados ou acordos internacionais, logo, o propósito da Declaração é apenas o de promover o reconhecimento universal dos direitos humanos e das liberdades fundamentais.

Sucedee que, muito embora não assuma a forma de tratado internacional, a Declaração Universal de 1948 se consolidou na prática internacional como uma espécie de modelo com inegável valor jurídico como “interpretação legítima das normas da Carta (das Nações Unidas) relativas à obrigação jurídica dos Estados de promover a observância dos direitos humanos”. Assim, a despeito do debate doutrinário acerca de sua força jurídica, “a Declaração foi se integrando no Direito das Nações Unidas como parte da estrutura constitucional da comunidade internacional” (cf. SALCEDO, 2004, p. 70, tradução nossa).

A normatividade da Declaração Universal dos Direitos Humanos ganha relevo em virtude de se tratar de um documento jurídico internacional extremamente relevante e que tem sido reconhecido como Direito Internacional costumeiro.

O universalismo dos direitos humanos proclamado na Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948) foi objeto de debates na I Conferência Mundial de Direitos Humanos das Nações Unidas, em Teerã, de 22 de abril a 13 de maio de 1968, que avaliou as duas primeiras décadas de experiência da proteção internacional dos direitos humanos na era das Nações Unidas. Segundo Cançado Trindade, a grande contribuição da Conferência de Teerã consistiu no tratamento e reavaliação globais da matéria, sendo que parte das adotadas “referem-se à promoção da observância e gozo universais dos direitos humanos, tomam os direitos civis e políticos e econômicos e sociais e culturais em seu conjunto, e avançam assim um enfoque essencialmente globalista da matéria” (1993, p. 1).

A Proclamação de Teerã sobre Direitos Humanos, adotada na Conferência, é considerada um marco na evolução da sistemática de proteção internacional dos direitos humanos, por abrir caminho para a consolidação da tese da interrelação ou indivisibilidade dos direitos humanos, merecendo destaque o seu parágrafo 13: “Uma vez que os direitos humanos e as liberdades fundamentais são indivisíveis, a realização plena dos direitos civis e políticos sem o gozo dos direitos econômicos, sociais e culturais, é impossível”. Foi muito importante nesse sentido a atuação de ex-colônias emancipadas que “trouxeram para a pauta das discussões a problemática comum da miséria, das doenças endêmicas, das condições desumanas de vida, do *apartheid* e da discriminação racial” (CASTRO, 2005, p. 136).

A Conferência de Teerã (1968) foi sucedida pela II Conferência Mundial de Direitos Humanos de Viena (1993), que teve como temáticas principais a pobreza, a democracia e os instrumentos legais e jurídicos de efetivação dos direitos humanos.

Nos trabalhos preparatórios da Conferência de Viena, a Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas recomendou que o Comitê Preparatório mantivesse em mente o tema da interrelação entre direitos humanos, democracia e desenvolvimento, assim como a

igual importância e indivisibilidade de todas as categorias de direitos humanos, tendo sido assinalada pelo Secretário-Geral da Conferência Mundial de Direitos Humanos a importância da formulação de programas concretos no campo da educação em direitos humanos, insistindo na “ratificação universal dos tratados de direitos humanos, e exortando os Estados a que lograssem um maior grau de cooperação internacional em favor dos direitos humanos” (TRINDADE, 1993, p. 7).

A Segunda Conferência Mundial de Direitos Humanos ocorreu num momento histórico bastante significativo, uma vez que a guerra fria havia terminado e a Alemanha fora reunificada, de maneira que as circunstâncias eram favoráveis à construção de um amplo consenso a respeito dos direitos humanos. Ademais os trabalhos se desenvolveram de forma muito participativa, em que:

mais de 180 Estados, foram credenciados como observadores oficiais mais de oitocentas organizações não-governamentais e cerca de duas mil reuniram-se no ‘Fórum das ONG’s’. Ao longo de quinze dias, aproximadamente dez mil pessoas, com experiência na proteção dos direitos humanos ou representando seus Estados, dedicaram-se exclusivamente à discussão do tema (RAMOS, 2005, p. 180).

Durante a Conferência de Viena (1993), os esforços se concentraram no fortalecimento das instituições nacionais para a vigência dos direitos humanos, na mobilização de todos os setores das Nações Unidas em prol da promoção dos direitos humanos e o resultado foi a elaboração de uma Declaração e um Programa de Ação para a promoção e proteção desses direitos.

A importância da Conferência de Viena (1993) decorre principalmente da consolidação definitiva da noção de indivisibilidade dos direitos humanos, cujos preceitos devem se aplicar tanto aos direitos civis e políticos quanto aos direitos econômicos, sociais e culturais, enfatizando também direitos de solidariedade, como a paz, o direito ao desenvolvimento e à proteção ao meio-ambiente. Já quanto ao tema do universalismo dos direitos humanos, houve muita controvérsia, tendo sido ressaltada a questão da diversidade cultural que tornaria os princípios de direitos humanos não aplicáveis ou relativos, segundo os diferentes padrões culturais e religiosos.

Apesar de haver clara resistência à noção de universalidade dos direitos humanos, o primeiro artigo da Declaração estabeleceu que a natureza universal desses direitos e liberdades não admite dúvidas. Já no seu parágrafo 5º, reconheceu-se a universalidade como

característica marcante do regime jurídico internacional dos direitos humanos, afirmando que todos os direitos humanos são universais.

Essas resistências não representaram nenhuma surpresa uma vez que, segundo Cançado Trindade, já durante os trabalhos preparatórios da Conferência, houve sinais de que a noção do universalismo dos direitos do homem seria objeto de polêmicas. O jurista, que participou de todo o processo preparatório da Conferência Mundial, inclusive da Reunião Regional Preparatória da América Latina e do Caribe (San José de Costa Rica, janeiro de 1993) como Consultor do Instituto Interamericano de Direitos Humanos, observa que a manifestação mais notória nesse sentido veio:

de alguns círculos de países asiáticos e de Estados membros da Organização da Conferência Islâmica, que resistentemente identificam no movimento internacional dos direitos humanos um suposto produto do ‘pensamento ocidental’ que não tem levado em conta as chamadas ‘particularidades regionais’, razão pela qual ainda não há Convenções regionais de direitos humanos em seus espaços geográficos respectivos (1993, p. 28).

Posteriormente, ao tratar do tema no seu Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos, Cançado Trindade reconheceu que o tema da universalidade dos direitos humanos e dos “particularismos culturais” tem sido objeto de debates prolongados e inconclusos nos foros internacionais tanto acadêmicos quanto políticos. Segundo afirma:

A suposta contraposição dos “particularismos” culturais à universalidade dos direitos humanos foi uma das questões centrais dos debates da II Conferência Mundial de Direitos Humanos (Viena, 1993), seguidos dos da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento (Cairo, 1994). A questão foi retomada com eloquência na IV Conferência Mundial sobre a Mulher (Beijing, 1995). No plano regional interamericano, os *travaux préparatoires* da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará de 1994) reconheceram que a violência de gênero existe em grande parte porque a estrutura legal, econômico-social e cultural das sociedades da região “a permitem e até a fomentam”, cabendo assim combatê-las (2003, p. 304).

A despeito da controvérsia suscitada a respeito do tema, a Declaração de Viena foi clara ao estabelecer o universalismo dos direitos humanos, admitindo tão-somente que as particularidades culturais locais deveriam ser consideradas, bem como os diferentes contextos históricos, culturais e religiosos, sendo dever do Estado promover e proteger todos os direitos humanos, independentemente de seus sistemas políticos, econômicos e culturais. A propósito disso, André de Carvalho Ramos observa que:

restam dúvidas e críticas a tal universalização. A universalidade dos direitos humanos é, para muitos, forma de colonialismo, e a proteção de direitos humanos, uma indisfarçável ingerência estrangeira (ocidental) nos assuntos domésticos internos, cuja consequência seria a imposição de valores com o consequente sacrifício da diversidade cultural (2005, p. 182).

Ainda que não venham a ser acolhidas em sua totalidade, as críticas opostas ao universalismo dos direitos humanos ao menos têm o mérito de chamar atenção para uma questão digna de reflexão: o universalismo não pode ser imposto.

Com efeito, é inviável a busca de um ideal de universalidade cunhado exclusivamente a partir de padrões valorativos ocidentais, tidos como parâmetro de todos os povos e nações. Pelo contrário, existe um razoável consenso no sentido de que o projeto de uma civilização humana universal é contraditório com a própria ideia de cultura, pois a cultura é intrínseca e essencialmente uma questão de diferenças, de maneira que a busca de uniformização deve-se dar com base no consenso, respeitadas as particularidades de cada nação (BREMS, 2001, p.511-513).

Não significa dizer que toda universalização seja boa ou ruim em si mesma, mas tão-somente que o universalismo dos direitos humanos não deve servir de pretexto a uma aculturação das nações, sendo importante privilegiar as uniformizações pautadas no comum acordo. Nesse sentido as observações de Tomlinson:

A modernidade global implica várias formas de universalidade, mas a universalidade não é *em princípio* má. Ao reconhecer suas formas nocivas, temos de evitar tirar o trigo bom com o mal, posto que [...] a conectividade complexa da globalização faz com que algumas perspectivas universalizadoras benignas – na forma de políticas culturais cosmopolitas – sejam cada vez mais pertinentes (TOMLINSON, 1999, 77-82).

É preciso atentar, portanto, para a necessidade de um diálogo intercultural que possibilite a busca de um consenso nas políticas de proteção aos direitos humanos, sem que se possa aventar uma injustificável imposição unilateral de valores pelos países ocidentais, principalmente no que diz respeito à valorização do mercado em detrimento do ser humano.

Vale mencionar a esse respeito a reflexão de Ahmet Davutoglu, professor turco, no sentido de que o falso universalismo identificado com a o consumismo decorrente da globalização econômica e da exclusão geopolítica na ordem mundial constitui barreira real para o diálogo e a cooperação entre civilizações, pois “o consumismo, voltado à padronização dos estilos de vida, cria uma pseudoglobalização sem qualquer esforço para desenvolver um sistema de valores que funcione como referência maior de universalidade” (*in* BALDI, 2004, p. 135).

A questão continuará a suscitar debates enquanto subsistir como uma das preocupações da atualidade, sendo importante ressaltar que o melhor conhecimento da diversidade cultural pode fomentar a constatação de que nenhuma cultura pode se arrogar detentora da verdade absoluta. As culturas, vistas através desse prisma, não ameaçam nem impedem um consenso universal sobre os direitos humanos, ao contrário, contribuem para a universalidade porquanto os valores universais são construídos a partir da diversidade do gênero humano. Assim, “há que se manter aberto às distintas manifestações culturais, ao mesmo tempo em que cabe envidar esforços para que as distintas culturas se mantenham abertas aos valores básicos subjacentes aos direitos humanos universais” (TRINDADE, 2003, p. 306).

Do que se vem de ver, o reconhecimento do universalismo dos direitos humanos esteve presente na elaboração de sua fundamentação ético-política e no seu processo de afirmação histórica, nomeadamente nas declarações de direitos dos homens que permearam as revoluções liberais. Todavia, no plano jurídico, essa universalidade somente foi reconhecida definitivamente através do processo de internacionalização dos direitos humanos, no pós-guerra, consolidando-se na Declaração de 1948 que, nos mais de cinquenta anos de sua vigência, alcançou um altíssimo grau de aceitação em todas as civilizações, o que foi possível apesar das diferenças culturais.

Ocorre que as resistências identificadas na Conferência de Viena (1993) demonstram que existe uma corrente de pensamento que opõe críticas à aplicação de determinados direitos que seriam contrários a práticas culturais ou opções legislativas locais. Daí por que é imprescindível refletir sobre esse importante tema da universalidade dos direitos humanos, enfrentando com desassombro o discurso relativista.

6.3. Relativismo cultural e outras objeções ao caráter universal dos direitos humanos

Já se asseverou alhures que o tema atinente ao relativismo cultural é dos capítulos mais difíceis do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Para os objetivos desta pesquisa, afigura-se importante identificar e sistematizar as principais críticas opostas ao universalismo dos direitos humanos, o que se fará a partir das relevantes observações de Cançado Trindade, André de Carvalho Ramos e Flávia Piovesan.

Para Cançado Trindade, os aspectos mais importantes da contraposição entre universalismo e relativismo dizem respeito à diversidade cultural; à proteção dos direitos das

minorias; à evolução dos direitos dos povos; à ameaça da idolatria do mercado; à contraposição dos particularismos regionais, sobretudo nas relações de direito privado; aos direitos humanos da mulher; aos vínculos entre os vivos e os mortos e ao legado universal das religiões.

Em termos de diversidade cultural, identificam-se divergências sobre pontos como a liberdade de religião e problemas atinentes à adoção de menores. Observa-se também que alguns direitos humanos podem se afigurar mais relevantes em um determinado meio social do que em outro. O fato é que cada cultura possui uma identidade e valores próprios, de forma que nenhuma cultura pode se arrogar em detentora da verdade final e absoluta. Pelo contrário, as culturas devem respeitar-se mutuamente, “dado que todas ajudam os seres humanos na compreensão do mundo que os circunda e na busca de sua autorrealização” (TRINDADE, 2003, 305-306).

No campo da proteção dos direitos das minorias (culturais, étnicas, linguísticas, religiosas, dentre outras), importa gizar que há direitos que são mais bem protegidos através do grupo ou comunidade a que pertencem, designadamente a salvaguarda da identidade cultural; assim, a preocupação manifestada na proteção dos direitos das minorias dirige-se contra a imposição de modelos, a insensibilidade e a uniformização, “um alerta em relação aos dogmas, por definição absolutos e excludentes [...] em relação à recusa de considerar o *modus vivendi* dos demais, como se a verdade pudesse prestar-se ao apanágio de uns poucos detentores da mesma” (cf. TRINDADE, 2003, p. 311 ss.).

Relativamente à temática dos direitos dos povos, o autor suscita dois aspectos: o atinente à consagração do direito de autodeterminação dos povos e o relativo à vindicação propriamente dita dos direitos dos povos. O direito de autodeterminação dos povos significa, no plano externo, o direito de todo povo de estar livre de qualquer forma de dominação estrangeira e, no plano interno, o direito de todo povo de escolher seu destino e afirmar sua própria vontade, se necessário contra seu próprio governo. A Vindicação dos Direitos dos Povos diz respeito à aplicabilidade da autodeterminação dos povos a todos os territórios sem governo próprio, reconhecendo-o como a “expressão livre e genuína da vontade do povo do Território” (cf. TRINDADE, 2003, p. 327-329).

No item dedicado à “ameaça da idolatria do mercado”, o autor sustenta que a globalização da economia tem gerado um paradoxo na medida em que o crescimento da competitividade econômica vem aumentando a pobreza e o endividamento, e diminuindo a capacidade dos Estados de proteger os direitos dos seres humanos sob suas jurisdições. A abertura das fronteiras aos capitais tem sido acompanhada pelo fechamento das fronteiras a

milhões de seres humanos, que tentam fugir da miséria em busca de melhores condições de sobreviver:

as disparidades crescentes em escala global dão mostra de um mundo em que um número cada vez mais reduzido de ‘globalizadores’ tomam decisões que condicionam as políticas públicas dos Estados quase sempre em benefício de interesses privados, – com consequências nefastas para a maioria esmagadora dos ‘globalizados’. Só a firme determinação de reconstrução da comunidade internacional com base na solidariedade humana poderá levar à superação deste trágico paradoxo (cf. TRINDADE, 2003, p. 330-331).

Trata-se, na realidade, de uma posição compartilhada por boa parte da doutrina nacional dedicada ao estudo dos direitos humanos. Relativamente à situação brasileira, no que diz respeito ao reconhecimento e à implementação dos direitos humanos universais em face da globalização, vale mencionar trabalho de Yolanda Catão que examinou detidamente os avanços e retrocessos dos direitos humanos no Brasil, demonstrando grande preocupação com a questão. Segundo essa autora, as conquistas da globalização só alcançam as elites brasileiras e, em contrapartida ao avanço da informática e das telecomunicações, o Brasil perdeu posições no Índice de Desenvolvimento Humano (IDH), o que demonstra que não estão ocorrendo avanços suficientes nos problemas da diminuição da desigualdade de renda e do desenvolvimento humano. Em sua opinião:

enquanto o processo de globalização for comandado pelas grandes corporações multinacionais e instituições internacionais a serviço de seus interesses, o mundo e as nações em seu interior, estarão divididos entre os incluídos nos benefícios da globalização e os excluídos desse processo (CATÃO *in* ARNAUD, 2005, p. 378-379).

Essa também é a opinião de António José Avelãs Nunes, crítico mordaz do processo de globalização, o qual sustenta que o desenvolvimento econômico deve necessariamente passar por caminhos que respeitem a dignidade humana, sendo certo que o direito ao desenvolvimento é um direito fundamental dos povos, reconhecido no art. 55 da Carta das Nações Unidas.

Segundo Nunes, o desenvolvimento econômico desacompanhado do desenvolvimento humano é perverso, um modelo que atende aos interesses das multinacionais e das elites a quem “pouco importa que milhões de pessoas não tenham poder de compra. Pura e simplesmente, não contam com elas, é como se elas não existissem”, sendo certo que “a exclusão social crescente (a ‘nadificação do outro’, na expressão do cineasta brasileiro Walter Salles) é a outra face deste tipo de desenvolvimento perverso ou maligno” (2003, p. 107-109).

No que diz respeito, propriamente, à contraposição dos particularismos à universalidade dos direitos humanos, Caçado Trindade explica que a manifestação mais notória nesse sentido vem de alguns círculos de países asiáticos e de Estados membros da Organização da Conferência Islâmica. A crítica consiste em identificar no movimento internacional dos direitos humanos um fruto do pensamento ocidental que não leva em consideração as chamadas particularidades regionais, “razão pela qual ainda não há Convenções regionais de direitos humanos em seus espaços geográficos respectivos” (2003, p. 335 ss.). As resistências se manifestam principalmente no domínio das relações privadas dos indivíduos, como o tratamento dispensado à condição da mulher, ao direito de casar e divorciar, da escolha quanto ao planejamento familiar, da proteção das crianças e outras (2003, p. 346).

Outro ponto sensível na questão do universalismo dos direitos humanos consiste nos direitos humanos da mulher em face das tradições e práticas seculares. Nesse aspecto, os particularismos culturais têm sido utilizados para justificar discriminações e atos de violência contra a mulher, como a prática baseada no costume, crenças religiosas ou origens étnicas de permitir casamentos forçados, discriminações no direito de família e sucessões, circuncisão feminina, obstáculos na educação, além de atos de violência privada.

A IV Conferência Mundial sobre a Mulher em Beijing (1995) insurge-se fortemente contra essas práticas, adotando um amplo programa para promover e emancipar a mulher, eliminando todos os aspectos, inclusive as práticas baseadas no costume e na cultura, que a impedem de exercer um papel ativo, em pé de igualdade em todos os domínios da vida pública e privada, erradicando a discriminação (cf. TRINDADE, 2003, p. 355).

A questão da vinculação entre os vivos e os mortos é um dos temas que denotam com mais clareza a questão da universalidade, uma vez que o respeito aos mortos é cultivado nas mais diversas culturas e religiões e sua proteção visa preservar não só a memória do morto como também os sentimentos dos vivos.

Disso decorre que o sentimento de harmonia entre os vivos e os mortos merece ser reconhecido como objeto de preocupação e tutela do Direito Internacional dos Direitos Humanos, o que sobressai ainda mais nos casos de negligência e desrespeito aos restos mortais das vítimas de violações dos direitos humanos. O consenso existente acerca do respeito aos mortos assenta como demonstração inequívoca de que a diversidade cultural não é obstáculo para o universalismo dos direitos humanos, devendo-se distinguir o necessário pluralismo, que implica o respeito às identidades culturais, do relativismo cultural, o qual

abdica da própria noção de valor ao rejeitar a possibilidade de sua objetivação (TRINDADE, 2003, p. 363-373).

No mais, questão relevante no que diz respeito à universalidade dos direitos humanos é aquela pertinente ao legado universal das religiões. As religiões influenciaram muito na evolução do Direito Internacional, exercendo papel importante nos esforços em busca da construção da paz mundial e da preservação dos direitos humanos, entretanto o desvirtuamento das religiões pela intolerância e pelo fanatismo leva a graves violações dos direitos humanos.

Em comunicado apresentado durante a II Conferência Mundial de Direitos Humanos, a Comunidade Baha'í Internacional, em seu nome e no de diversas organizações não governamentais, sustenta vários argumentos dentre os quais o de que:

a intolerância não raro tem raízes nos antagonismos culturais e históricos associados com tradições religiosas. Dado que os antagonismos nascem com frequência da ignorância e do conhecimento limitado, a educação pode revelar os valores espirituais comuns subjacentes a várias crenças e práticas e pode desse modo fomentar a tolerância religiosa (cf. TRINDADE, 2003, p. 378-379).

Ao tratar da questão do relativismo cultural, André de Carvalho Ramos se pronuncia de forma mais sistemática, ainda que se abstenha de abordar questões pontuais importantes no debate entre o universalismo e o relativismo.

O autor identifica seis argumentos fundamentais em prol do relativismo: a existência de cosmovisões inconciliáveis nas diversas culturas; a falta de adesão formal à Declaração de Viena ou sua adesão apenas para fins de política externa; o uso do discurso dos direitos humanos como instrumento para fins econômicos e políticos; as diferenças de relação do homem e sua comunidade existente na cultura ocidental e nas culturas africana e asiática; a imposição de valores do pensamento ocidental e o argumento desenvolvimentista que justifica o desrespeito a direitos humanos básicos, sob a alegação de falta de recursos econômicos suficientes.

O primeiro argumento, de cunho filosófico, funda-se na existência de diversas cosmovisões na comunidade humana. O autor menciona Raimundo Pannikar – “*Is the notion of human rights a western concept?*” – o qual argumenta que “o conceito de direitos humanos é fundado na visão antropocêntrica do mundo, desvinculada da visão cosmoteológica que ainda predomina em algumas culturas, o que contraria a sua alegada universalidade” (*apud* RAMOS, 2005, p. 184). Além disso, existem poucos elementos antropológicos e filosóficos comuns para formar o conjunto de direitos humanos universais, como o direito à vida e à

liberdade, o que torna o próprio universalismo desprovido de significado na maioria dos casos (RAMOS, 2005, p. 184).

O segundo argumento, atribuído a Adamantia Pollis e Peter Schwab – “*Human Rights: a western construct with limited applicability*” –, é no sentido de que, embora a Declaração Universal dos Direitos Humanos tenha sido aprovada sem voto em sentido contrário sob a forma de resolução da Assembleia Geral da ONU, houve oito abstenções e, na época, as potências ocidentais possuíam colônias e diversos territórios dominados que não participaram de sua formulação. Além disso, a pretensa adesão dos Estados às declarações de direitos do homem não é prova do universalismo, porque muitas vezes essa adesão é mero instrumento de política externa que não se traduz em ações práticas (cf. RAMOS, 2005, p. 185).

O terceiro argumento consiste em que vários Estados, especialmente os Estados ocidentais, utilizam-se do discurso dos direitos humanos como instrumento para fins econômicos e políticos, mostrando-se incoerentes quando se trata da defesa de seus interesses e descartando o discurso dos direitos humanos quando inconveniente. Um exemplo claro disso seria a condução das relações internacionais dos Estados Unidos da América, seja no embargo econômico a Cuba, seja ou nas violações a direitos humanos na prisão de acusados de terrorismo na base militar americana em Guatánamo, Cuba, e em Abu Ghraib, no Iraque, isso sem mencionar o constante apoio americano a Estados que violam sistematicamente direitos humanos (cf. RAMOS, 2005, p. 186-187).

O autor menciona a crítica de Boaventura Santos ao que denomina de supervisibilidade de certas violações de direitos humanos e total opacidade de outras, a depender de critérios geopolíticos, a exemplo do caso *Otto-Preminger Institut* em que houve a censura e confisco de filme na Áustria considerado ofensivo à Igreja Católica, além de outros para quem “a incoerência está na defesa de direitos humanos universais no plano externo e na preservação, do plano interno, da margem de manobra dos Estados” (cf. RAMOS, 2005, p. 188).

O quarto argumento refere-se às diferenças de relação do homem e sua comunidade existente na cultura ocidental e nas culturas africana e asiática, isso porque, na maioria das sociedades africanas, os direitos da comunidade precedem os direitos individuais; as decisões são tomadas por meio do recurso ao consenso do grupo e a riqueza também sofre formas de apreciação coletiva (cf. RAMOS, 2005, p. 189). De outro lado, as sociedades asiáticas possuem valores culturais de difícil assimilação com as normas de direitos humanos promovidas pelo Ocidente, segundo Niara Sudarkasa: “a complexa relação entre o indivíduo e sua comunidade, baseada em quatro obrigações: respeito, responsabilidade, autorrestrrição e

reciprocidade, não sendo baseada, então, na noção de Direito oriunda da tradição ocidental” (cf. RAMOS, 2005, p. 189).

O quinto argumento é no sentido de que a doutrina dos direitos humanos possui um forte viés cultural ocidental, o que gera o sentimento de que o pretense universalismo dos direitos humanos corresponderia, na realidade, a uma tentativa de impor valores ocidentais às demais culturas. A doutrina dos direitos humanos opõe-se a várias práticas costumeiras e crenças de diversas culturas, como a clitoridectomia, os direitos sucessórios desiguais no mundo mulçumano, o dote obrigatório das noivas, os casamentos combinados, entre outros casos (cf. RAMOS, 2005, p. 190).

Há, por fim, o argumento, de grande importância para os países latino-americanos, de que a proteção a alguns direitos humanos, nomeadamente os direitos sociais e culturais, depende do atingimento de um grau superior de desenvolvimento econômico, de maneira que a falta de recursos materiais suficientes serve de pretexto para o inadimplemento de direitos humanos básicos. Segundo o autor, “os direitos sociais, com isso, são sistematicamente violados, existindo, por exemplo, regiões no Brasil com índices de desenvolvimento que fariam corar Estados miseráveis da África” (RAMOS, 2005, p. 191).

Além dos argumentos delineados, merece destaque a “Teoria da Margem de Apreciação” (*margin of appreciation*). Essa teoria é um dos instrumentos de interpretação dos direitos humanos adotados pela Corte Europeia de Direitos Humanos. A tese se fundamenta no princípio da subsidiariedade da jurisdição internacional, arguindo que determinadas questões polêmicas relacionadas às limitações estatais impostas aos direitos humanos devem ser discutidas pelas comunidades nacionais, pois, em princípio, caberia ao próprio Estado estatuir as condições e limites para o exercício desses direitos em face do interesse público (cf. RAMOS, 2005, p. 110-111).

A utilização dessa teoria é controlada pela Corte Europeia com base no princípio da proporcionalidade, mas para muitos críticos a sua aceitação tende ao relativismo dos direitos humanos ao admitir que práticas costumeiras possam servir de pretexto para impedir mudanças sociais, especialmente na esfera da moralidade pública, resultando na opressão e discriminação de minorias.

Segundo André de Carvalho Ramos:

Essa perigosa aceitação do relativismo na proteção de direitos humanos é ainda mais dramática por advir de uma Corte especializada de direitos humanos e não de um Estado autoritário qualquer ou de membros dirigentes de uma comunidade religiosa opressora. É bom lembrar que o texto da Convenção Europeia de Direitos Humanos não contém nenhuma menção à ‘margem de apreciação’ nacional: pelo contrário, há

a expressa obrigação dos Estados em garantir e respeitar os direitos humanos, sem ressalvas ou titubeios (2005, p. 117).

Em conclusão, seguem as observações de Flávia Piovesan sobre o tema que traduzem, em feliz síntese, os principais argumentos do relativismo cultural à tese seguinte:

Na análise dos relativistas, a pretensão de universalidade desses instrumentos (Declaração Universal dos Direitos do Homem) simboliza a arrogância do imperialismo cultural do mundo ocidental, que tenta universalizar suas próprias crenças. A noção universal de direitos humanos é identificada como uma noção construída pelo modelo ocidental. O universalismo induz, nessa visão, à destruição da diversidade cultural (2006a, p. 144).

6.4. Argumentos em defesa da afirmação universal dos direitos humanos

A busca de caminhos para a afirmação universal dos direitos humanos demanda, antes de tudo, o enfrentamento de todas e cada uma das objeções antes mencionadas que põem em dúvida a legitimidade e a substância jurídica do universalismo.

Como se vem de ver, ainda que o problema possa parecer superado no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos, em virtude da adesão maciça à Declaração de Viena (1993), do ponto de vista acadêmico não se pode simplesmente ignorar a existência de teses contrárias à universalidade dos direitos humanos. Seguem, a propósito disso, os argumentos apresentados pelos autores antes citados para rebater as críticas do relativismo cultural.

Além de ser uma das maiores autoridades no tema, Cançado Trindade é um dos maiores defensores do universalismo dos direitos humanos. Em seu *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, o autor faz várias ponderações sobre o problema, as quais são explicadas em seguida.

Inicialmente, tratando das objeções de alguns círculos de países asiáticos, Cançado Trindade articula que, conquanto tradicionalmente as concepções prevalecentes nesses países não prevejam limitações à autoridade estatal, ainda assim tem-se notícia de protestos contra abusos do poder público, o que demonstra que o reconhecimento do direito de resistência à opressão não é algo estranho à cultura asiática. Para verificá-lo basta mencionar a recente onda de protestos promovidos pela população no Irã com o objetivo de denunciar a ocorrência de fraudes no processo eleitoral.

Assim, a questão não seria tanto a de se opor a cosmovisão ocidental à tradição oriental, mas sim de colocar a questão de saber se as elites governantes atendem ou não às necessidades básicas dos governados. O autor menciona que a Comissão Econômica e Social

para a Ásia e o Pacífico, “em documento apresentado à quarta sessão do Comitê Preparatório da II Conferência Mundial de Direitos Humanos (Viena, 1993), assinalou as implicações para os direitos humanos da diversidade e heterogeneidade dos países da região asiática” (cf. TRINDADE, 2003, p. 339-340).

Outro ponto relevante desenvolvido pelo autor é o de que a Convenção de Viena apenas tinha a intenção de desenvolver a legislação e de melhorar os mecanismos de proteção internacional dos direitos humanos, uma vez que a questão dos particularismos culturais já parecia superada. Antes mesmo da Conferência, a questão do universalismo já tinha sido objeto de três Convenções regionais, a europeia, a americana e a africana, e em todas elas houve o reconhecimento de direitos universais do homem. Para Cançado Trindade, é emblemático o exemplo da Convenção Africana de 1981 que “reafirma o caráter universal dos direitos humanos ao mesmo tempo em que leva em conta traços culturais especiais da região em que se aplica” (TRINDADE, 2003, p. 340).

Assim, é de se considerar que a questão do universalismo dos direitos humanos não constitui nenhuma inovação, de forma que seria até mesmo desnecessário seu reconhecimento na Conferência de Viena, já que os instrumentos globais atuam de forma complementar aos instrumentos regionais. Em outras palavras, carece de fundamento a oposição ao caráter universal dos direitos humanos adotado na Declaração de Viena, quando se sabe que os instrumentos de proteção desses direitos nos níveis global e regional são complementares, conforme vasta prática internacional, de forma que interagem e se reforçam mutuamente em prol dos seres humanos por eles protegidos.

Quanto à alegada vinculação da doutrina dos direitos humanos ao pensamento ocidental, o autor observa que esta na realidade é uma expressão muito vaga, uma vez que, por tal pensamento, podem-se identificar tanto as raízes gregas da democracia quanto o humanismo da renascença, o legado do Iluminismo e o pensamento filosófico ocidental moderno. Ademais, muito do que se diz parte do pensamento ocidental tem um alcance muito mais amplo, estando presente em vários países de várias regiões do mundo; nas palavras do autor:

muito do que se atribuía àquele pensamento passava na atualidade a encontrar manifestações em países de diferentes regiões do mundo, sobretudo no tocante a determinados pontos básicos como as liberdades fundamentais, o direito de participação na vida pública, e a igualdade de todos perante a lei; por outro lado, em relação a tantos outros aspectos tornava-se difícil reduzir aquele pensamento a um todo homogêneo (TRINDADE, 2003, p. 341-342).

Igualmente, o argumento da diversidade cultural não pode ser utilizado como obstáculo para o universalismo, porque os valores universais resultam de um consenso elaborado a partir da diversidade do gênero humano, o que se manifesta em uma consciência jurídica universal. Em outras palavras:

o argumento das ‘culturas regionais’ não há de ser exagerado ou levado a extremos. Tais culturas não são e nunca foram obstáculos à evolução dos direitos humanos; ao contrário, é perfeitamente possível a elas incorporar os valores dos direitos humanos, como passo rumo à cristalização de obrigações de direitos humanos, como o demonstram os avanços nos últimos anos, e.g., nos campos dos direitos da mulher, da criança, e dos povos indígenas (TRINDADE, 2003, p. 342).

Para além disso, apesar de se valerem do argumento dos particularismos regionais, vários desses mesmos países efetivamente são partes em tratados universais de proteção e ratificaram diversas convenções internacionais do trabalho adotadas pela Organização Internacional do Trabalho (OIT), de maneira que não se pode ter essa posição como uma posição em bloco, mas sim como “um argumento pouco convincente avançado por alguns círculos em alguns daqueles países”, sendo mesmo que vários direitos humanos já se incorporaram ao Direito costumeiro, o que reforça seu caráter universal independentemente de uma adesão formal a tratados ou convenções (TRINDADE, 2003, p. 343).

Assim, segundo Cançado Trindade, uma vez examinando-se a universalidade dos direitos humanos em perspectiva adequada, não se verifica fundamento para a crítica relativista. É importante, porém, envidar esforços no sentido de buscar um consenso mínimo entre as diversas culturas que poderá ser ampliado mediante um *cross-cultural dialogue*, enriquecido pela legitimidade cultural universal dos direitos humanos. Em conclusão, cumpre registrar um excerto da obra em análise bastante significativa da posição sustentada pelo autor acerca do tema:

Nos últimos anos, vêm-se envidando esforços meritórios no sentido de, a partir da diversidade cultural, buscar um denominador comum mínimo entre as distintas culturas do mundo, para então ampliá-lo mediante um *cross-cultural dialogue*, enriquecido pela legitimidade cultural universal dos direitos humanos. Este enfoque da matéria, cujo propósito é o de ampliar e aprofundar o consenso universal sobre os direitos humanos, pressupõe que os indivíduos, assim como as sociedades que integram, compartilham certos interesses e preocupações e valores básicos, desvendando o quadro geral para a conformação de uma cultura comum dos direitos humanos universais. A busca da universalidade dos direitos humanos requer a identificação e o cultivo de suas *cross-cultural foundations* (2003, p. 310).

Insista-se nesse ponto. A universalidade, ora perseguida, não consiste em aplicar a todos os povos as idênticas normas de direitos humanos sem nenhuma adaptação, nem, por

outro lado, permite que se deixe a proteção dos direitos humanos ao capricho de cada Estado, sem que se eleja um critério objetivo. A ideia defendida é a de que se possam construir valores universais a partir de valores particulares, numa espécie de processo de abstração em que se respeitam as identidades culturais e se aprende com a experiência coletiva, num diálogo intercultural que conduz ao consenso (cf. BEUCHOT, 2005, p. 65 ss.).

Veja-se agora a posição de André de Carvalho Ramos, que também rebate as críticas do relativismo, enfrentando cada um dos seis argumentos que menciona em sua obra, os quais foram relacionados anteriormente.

Às objeções filosóficas o autor responde com base em Shashi Tharoor – “*The universality of human rights and their relevance to developing countries*” –, especialista de direitos humanos indiano, para quem “é razoável afirmar que conceitos de justiça e Direito, legitimidade do governo, dignidade do ser humano, proteção contra a opressão ou arbítrio, participação na vida da comunidade, são encontrados em qualquer sociedade”. Com base nessa reflexão, o autor pondera que os direitos humanos não pretendem substituir os valores ou a cosmovisão das sociedades, apenas oferecendo um substrato jurídico-normativo para a tutela da liberdade (cf. RAMOS, 2005, p. 192).

Relativamente ao suposto caráter ocidental da doutrina dos direitos humanos, André de Carvalho Ramos argumenta que o fato de os direitos humanos terem origem no jusnaturalismo europeu e nas primeiras declarações de direitos é meramente um dado histórico, porque os direitos humanos consubstanciam uma conquista que não pertence a uma dada tradição cultural. Pelo contrário, trata-se de um objeto de constante disputa política, durante a qual tradições culturais e religiosas podem se modificar e novas leituras dessas tradições podem surgir (2005, p. 193).

Realmente, os direitos humanos hoje se contrapõem a tradições religiosas e culturais como já o fizeram no passado, inclusive em relação a tradições ocidentais, sendo exemplo disso a necessidade de mudanças da Igreja Católica em relação à liberdade religiosa. Não se trata de buscar uma denominação mínima dos valores culturais, mas de afirmar a pluralidade de culturas com o reconhecimento da liberdade e participação com direitos iguais para todos. Em boa verdade, as justificativas culturais a condutas contrárias a direitos humanos têm forte traço totalitário ao implicar a possibilidade e discriminar as minorias que não se identificam com os valores da comunidade (cf. RAMOS, 2005, p. 192-193).

No que toca à questão geopolítica, identificada com o uso seletivo do discurso dos direitos humanos para camuflar interesses econômicos ou políticos, ou mesmo a hipocrisia de

defender algo externamente e não aplicá-lo internamente, o autor argumenta que a mesma crítica vale para qualquer outro aspecto do Direito Internacional. Em suas palavras:

não é somente o Direito Internacional dos Direitos Humanos que sofre com o uso seletivo e politicamente orientado de suas normas. A história do Direito Internacional mostra que o direito dos tratados, a teoria da responsabilidade internacional, entre outros temas, já sofreram interpretações de modo a justificar o atingimento de fins políticos e econômicos por parte de Estados (em geral, os mais poderosos), da mesma forma que o Direito Internacional dos Direitos Humanos (RAMOS, 2005, p. 195).

Assim, a crítica não deve se aplicar ao Direito Internacional dos Direitos Humanos, mas sim às próprias características da sociedade internacional, designadamente quando no campo dos direitos humanos existem mecanismos coletivos aptos à averiguação de violações de direitos humanos, dado que demonstra o significativo avanço no sentido de extirpar a seletividade antes criticada. Aliás, relativamente à teoria da margem de interpretação nacional, registre-se que não há nada parecido com essa construção na Corte Interamericana de direitos humanos, devendo-se mencionar que existem precedentes na própria Corte Europeia em que foram rejeitadas alegações de Estados embasadas nessa teoria, para se reconhecer a universalidade dos direitos do homem (cf. RAMOS, 2005, p. 196).

Ainda nesse tema há a registrar o argumento do autor de que a subsidiariedade da jurisdição internacional não pode importar na redução da competência dos órgãos internacionais na avaliação de eventuais violações de direitos humanos, porque os mecanismos de proteção internacional dos direitos humanos foram elaborados justamente para fornecer uma garantia dos indivíduos contra o Estado, quando esgotados os recursos internos. Dessa forma, o caráter polêmico de determinada questão não poderia justificar o afastamento da jurisdição internacional sob pena de esvaziar-se a sua própria razão de existir (cf. RAMOS, 2005, p. 120).

Afinal, no que pertine à crítica *desenvolvimentista* contra a universalidade dos direitos humanos, o autor observa que o acatamento desse argumento, em última análise, importa em negligenciar uma determinada classe de direitos sob o falso argumento de sua realização progressiva que é indefinidamente adiada. Tal argumento seria falho porque desmentida pela realidade, segundo alega:

o Brasil, com uma das maiores economias industriais do mundo, é amostra evidente de que o aumento da riqueza não leva a maior proteção de direitos humanos. Muito pelo contrário: a lógica da postergação da proteção de direitos humanos e em especial dos direitos sociais faz com que o desenvolvimento econômico beneficie poucos, em geral àqueles que circundam a elite política dominante (RAMOS, 2005, p. 197).

Do exposto, na opinião do autor, as objeções ao caráter universal dos direitos humanos não devem ser acolhidas; pelo contrário, impende prevalecer a exigência de garantia da plena e universal realização dos direitos humanos que consta do preâmbulo da Declaração de Viena de 1993, sendo importante prosseguir na supervisão internacional dos direitos humanos com a finalidade de garantir um mínimo de garantias a todos em cada comunidade humana.

Concluindo essa análise, importa trazer as importantes reflexões de Flávia Piovesan acerca do tema.

Após indicar resumidamente a crítica relativista ao universalismo dos direitos humanos, a autora traz o argumento contrário dos universalistas, no sentido de que “a existência de normas universais constitui uma exigência do mundo contemporâneo” e que, se alguns Estados optaram por ratificar instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos, isso significa que “consentiram em respeitar tais direitos, não podendo isentar-se do controle da comunidade internacional na hipótese de violação desses direitos e, portanto, de descumprimento de obrigações internacionais” (PIOVESAN, 2006a, p. 146).

A autora defende a posição de que a abertura do diálogo entre as culturas que respeite a diversidade cultural é condição para a obtenção de um consenso e a formação de uma cultura universal dos direitos humanos que observe um mínimo irreduzível alcançado por um universalismo de confluência (cf. PIOVESAN, 2006a, p. 148).

6.5. A afirmação universal dos direitos humanos no âmbito do Direito Constitucional Internacional

O universalismo dos direitos humanos é uma herança do legado da influência do Iluminismo no processo histórico de formação da doutrina dos direitos do homem e do processo de sua afirmação através das primeiras declarações de direitos emitidas nas revoluções liberais. A ideologia do Iluminismo traz subjacente a ideia de que seria possível realizar um Direito unitário a ser presidido pela razão, uma espécie de ciência do legislador que seria apta a estabelecer as leis universais e imutáveis que deveriam regular a conduta humana.

A despeito do positivismo jurídico e de sua concepção formalista do Direito, que reduz a fundamentação dos direitos humanos ao seu reconhecimento pelas leis positivas, há uma tendência atual no sentido de buscar fundamentos jurídicos para os direitos humanos além da organização política estatal. Nesse passo é importante a concepção de direitos morais de

Ronald Dworkin, segundo a qual é possível identificar um fundamento ético-político para os direitos humanos, independentemente de sua positivação.

A adoção de fundamentos jurídicos supraestatais para o reconhecimento dos direitos humanos é amplamente aceita no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos, principalmente em se considerando que o movimento de internacionalização da proteção dos direitos humanos deveu-se, em grande medida, a uma reação contra os abusos cometidos pelo regime nazista durante a Segunda Guerra Mundial. Essa experiência histórica, por mais hedionda que seja, produziu um grande bem para a humanidade ao assentar definitivamente a necessidade de se reconhecer e tutelar um mínimo de direitos inalienáveis inerentes ao ser humano, independentemente do reconhecimento interno do Estado.

O consenso acerca da responsabilidade da comunidade internacional para com a proteção dos direitos humanos é um marco histórico de enorme relevância para o progresso da humanidade, daí decorrendo mudanças significativas em conceitos tradicionais como a cidadania e a Soberania. Isso porque o indivíduo passa a ser titular de direitos no plano internacional (cf. DOBSON, 2006), o que implica a limitação da Soberania dos Estados, vez que estes ficam obrigados perante a comunidade internacional a envidar esforços no sentido de respeitar e garantir a efetivação plena desses direitos, sob pena de responsabilização.

A existência de direitos humanos universais e inalienáveis é um fato incontestável no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos, tendo em vista a força normativa adquirida pela Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948) como princípio geral de Direito Internacional, e por força da Conferência de Viena (1993) que assentou irrevogavelmente a indivisibilidade e o universalismo dos direitos do homem.

Nesse contexto, as discussões travadas acerca do caráter universal dos direitos do homem, embora relevantes, tendem a desaparecer naturalmente em virtude do fato inegável de que o universalismo já foi incorporado à ordem jurídica internacional. Não obstante isso, as críticas opostas à universalidade dos direitos humanos têm o mérito de ressaltar a necessidade de ter-se uma adequada perspectiva dessa característica dos direitos humanos.

Quer-se dizer com isso que o universalismo não se pode confundir com o unilateralismo, nem muito menos com a imposição de valores da cultura ocidental às demais civilizações. Os valores não são entes ideais e objetivos que podem ser deduzidos da Natureza através da razão humana, como defendiam os iluministas. Apesar de bem intencionada, essa construção peca em negligenciar os particularismos e diversidades das culturas, além das diferenças de cosmovisões e de valores.

A definição de direitos humanos universais não se opera em um processo intelectual de descoberta, demandando uma atividade muito mais elaborada que não prescinde da tolerância e do diálogo, nem dispensa o respeito pelas várias identidades culturais nessa busca de uma pauta de direitos reconhecidos universalmente a partir de valores particulares, mas naturalmente sem abrir mão do padrão mínimo de respeito a esses direitos, estabelecido culturalmente ao longo da história e da civilização humana.

Na lição de Norberto Bobbio, embora os direitos humanos não sejam ideais e objetivos, eles podem ser reconhecidos a partir do consenso, quando então se tornam referência objetiva dotada de caráter universal a partir do seu acatamento generalizado e pela prática do costume internacional.

É possível alcançar um denominador comum mínimo entre as distintas culturas do mundo, que pode então ser ampliado através de um diálogo intercultural, legitimado pela cultura universal dos direitos humanos (CHURCHILL, 2000, p. 97 ss.). Não se trata de uma utopia, mas sim de uma possibilidade real e concreta, um desafio atual para a humanidade, para que, ao lado do progresso científico e tecnológico, possa alcançar o desenvolvimento humano em busca da paz e em prol de um mundo melhor para as futuras gerações.

CONCLUSÕES

Tendo em vista as reflexões desenvolvidas ao longo da tese, com o exame dos diversos aspectos que envolvem o tema, e a partir das impressões colhidas no decurso da pesquisa, cumpre agora recapitular o quanto foi afirmado, sintetizando as ideias alinhavadas por todo o texto de modo a inventariar as conclusões obtidas a partir dessas formulações.

Como afirmado de início, o foco desta tese é a análise da função constituinte da Justiça Constitucional na proteção dos direitos humanos. O problema teórico enfrentado põe em discussão a noção de que a solução de questões constitucionais, relativas a direitos humanos, deva se limitar aos dispositivos do Direito Constitucional nacional, restringindo-se aos termos da própria Lei Fundamental, ou à intenção original dos constituintes.

Ao longo da tese, ficou demonstrado que a gênese da teoria da Justiça Constitucional está no constitucionalismo moderno, processo histórico e cultural de formação de uma teoria constitucional que assume como pressupostos centrais a soberania popular e a garantia dos direitos humanos.

No contexto do constitucionalismo moderno foi formulada a teoria do poder constituinte, a qual se caracteriza como uma teoria da legitimidade do poder, justificando a autoridade da nova forma de organização e estruturação do poder político surgida com as revoluções liberais, em que o Estado civil é concebido como resultado de um pacto político fundamental e a Constituição o estatuto jurídico que lhe confere legitimidade.

A teoria da Justiça Constitucional surge, então, como desdobramento natural dos ideais de limitação do poder político implícitos na teoria do poder constituinte. Seus pressupostos teóricos são: a concepção normativa da Constituição, sua superioridade hierárquica em face das demais normas do sistema jurídico, assegurada formalmente pela rigidez constitucional, e a garantia judicial da Constituição.

A concepção normativa da Constituição tem suas origens históricas no constitucionalismo americano, vez que somente após a independência das treze colônias britânicas foram disseminadas as primeiras constituições escritas.

Os americanos também foram pioneiros na adoção do princípio da supremacia normativa da Constituição em relação às leis, o que se explica em virtude de vários fatores históricos e culturais próprios do seu constitucionalismo, tais como a filosofia dos constituintes americanos e até mesmo sua tradição colonial.

A terceira premissa teórica da teoria da Justiça Constitucional, consistente no reconhecimento de que a defesa da Constituição deve ser confiada a um Tribunal, também tem suas raízes na experiência do *judicial review* americano, merecendo menção a célebre decisão da Suprema Corte no caso *Marbury vs. Madison* em que ficou assentado o poder dos juízes de recusarem aplicação às leis incompatíveis com a Constituição.

A implantação da Justiça Constitucional na Europa só viria a ocorrer a partir da década de 1920, sob inspiração de Hans Kelsen, idealizador do sistema concentrado de controle de constitucionalidade que atribui a um tribunal *ad hoc* a competência para julgar, em sede de controle abstrato, as questões de constitucionalidade. A primeira experiência desse sistema de controle de constitucionalidade ocorreu com a criação da Alta Corte Constitucional da Áustria.

Desse momento em diante configuraram-se os dois principais modelos de Justiça Constitucional, o modelo americano, caracterizado por ser exercido difusamente pelos órgãos do Judiciário no julgamento de casos concretos e tendo em vista a defesa de direitos individuais, e o modelo austríaco, no qual a jurisdição constitucional é concentrada em um órgão com a função precípua de defesa da Constituição, cuja atuação é voltada para a preservação da ordem constitucional, num controle abstrato de constitucionalidade, e só indiretamente viabiliza a proteção de direitos individuais.

Esses modelos foram disseminados por todo o mundo, tornando-se comum a criação de modelos mistos, como o brasileiro, que conjugam instrumentos tanto do sistema americano quanto do austríaco. Nesse passo, tem-se verificado que os expedientes utilizados no sentido de aperfeiçoá-los revelam cada vez mais a tendência de congregar elementos de ambos, contribuindo para uma evolução convergente de modelos.

Apesar das dúvidas e incertezas teóricas sobre a legitimidade dos sistemas de controle de constitucionalidade que atribuem a um tribunal o poder de fiscalizar a atuação do Legislativo, ilustradas na célebre controvérsia entre Kelsen e Schmitt, a Justiça Constitucional se consolidou como instituição central dos regimes democráticos, sobretudo a partir da Segunda Guerra Mundial, sempre legitimada na superioridade normativa da Constituição em face das leis.

Ocorre que a teoria da Justiça Constitucional sofreu mudanças ao longo do tempo, em grande parte pela necessidade de enfrentar e superar as críticas lançadas contra suas premissas fundamentais. Essas críticas questionam especialmente a neutralidade da atuação do juiz constitucional e a noção de que suas decisões estariam fundamentadas em um juízo técnico inspirado exclusivamente em razões jurídicas.

Sem embargo, existe um razoável consenso na doutrina constitucionalista, especialmente no âmbito da moderna hermenêutica constitucional, de que a aplicação da Constituição é mais do que mera subsunção de fatos a normas, é também um ato de criação, em certa medida, de decisão política que envolve a vontade do aplicador.

A criação judicial do Direito desafia as premissas da teoria da Justiça Constitucional problematizando a afirmação de sua legitimidade democrática. A interpretação judicial da Constituição torna-se, então, um ponto crítico na teoria da Justiça Constitucional, principalmente a partir do momento em que se admite a normatividade dos princípios incorporados no texto constitucional.

A partir daí, as respostas oferecidas pela dogmática constitucional não são mais satisfatórias.

Tem-se por superada a doutrina kelseniana do legislador negativo. É mundialmente disseminada a prática da Justiça Constitucional de empregar várias técnicas de decisão que vão além da mera anulação de dispositivos inconstitucionais, como a interpretação conforme a Constituição ou o uso de sentenças aditivas. Além disso, já se observou mesmo quando o Tribunal Constitucional limita-se a anular uma lei inconstitucional por vezes assume o papel de legislador que atua positivamente fixando uma moldura para o futuro, ao influenciar de maneira significativa as decisões políticas do Legislativo.

O mito do legislador negativo, aliás, é definitivamente sepultado pela atuação da Justiça Constitucional para remediar as omissões legislativas inconstitucionais, em que não existe sequer um dispositivo para ser anulado.

Não merecem melhor sorte as correntes teóricas originalistas americanas, em sua vã tentativa de resgatar uma suposta intenção original dos constituintes como parâmetro e limite da atuação legítima da Corte Constitucional. Como visto, o originalismo apresenta-se como uma teoria da interpretação que centra suas preocupações na legitimidade da Justiça Constitucional, no entanto, a problemática enfocada não põe em disputa apenas métodos de interpretação, senão uma visão política acerca do papel da Justiça Constitucional, o que se denota muitas vezes do partidarismo presente nas discussões travadas em torno do assunto.

A dogmática tradicional, enfim, é insuficiente tanto para explicar como para solucionar esses dilemas e perplexidades da teoria da Justiça Constitucional.

Diante disso, a Nova Hermenêutica constitucional surge como alternativa teórica mais completa para lidar de forma coerente e consistente com as dificuldades geradas na interpretação das normas constitucionais principiológicas, de significado vago ou ambíguo.

Dentre os vários métodos propostos na corrente teórica da Nova Hermenêutica destaca-se a teoria da argumentação de Alexy a qual tem alcançado o *status* de doutrina padrão da argumentação jurídica na contemporaneidade. Essa teoria afigura-se como a mais adequada para uma interpretação legítima da Justiça Constitucional por viabilizar uma interpretação judicial da Constituição baseada em critérios de racionalidade, fundamentada na ordem jurídica prevalente e legitimada pelo processo aberto e público de argumentação.

A discussão teórica sobre a legitimidade da Justiça Constitucional, reavivada pelas constatações da moderna hermenêutica constitucional acerca de seu viés criativo e não meramente intelectual, envereda também pelas diversas formulações teóricas que, de um lado, questionam o papel do juiz constitucional, e de outro pretendem oferecer alternativas compatibilizem a instituição ao regime democrático.

A força normativa dos princípios constitucionais, que constitui uma das bases teóricas mais importantes para o paradigma neoconstitucionalista do Direito, contribui para problematizar ainda mais a teoria da Justiça Constitucional, na medida em que confere ao juiz constitucional um espaço de liberdade muito grande para decidir, sem oferecer em contrapartida instrumentos eficientes para limitar essa discricionariedade judicial.

Um dos principais pontos discutidos, nesse toar, consiste na análise da dimensão política da Justiça Constitucional e sua compatibilidade com o regime democrático.

A questão é colocada na perspectiva de que, a despeito da natureza política das questões constitucionais submetidas ao julgamento dos Tribunais, sua atividade não pode ser qualificada como de natureza política, uma vez que a atuação da Justiça Constitucional é pautada por critérios e técnicas jurídicas, a partir de uma postura imparcial e suprapartidária, onde predominam as opções institucionalizadas na própria Constituição.

Verificou-se, entretanto, que, apesar das críticas tecidas à judicialização da política promovida pelo expansão do poder judicial e sua ascensão ao *status* de “Terceiro Gigante”, a Justiça Constitucional não pode ser responsabilizada por esse protagonismo, já que a interferência judicial em decisões políticas institucionais depende menos de uma postura ativista do Judiciário do que das deficiências do próprio processo político.

A análise da dinâmica que leva ao crescimento da importância do papel da Justiça Constitucional no concerto estatal demonstra que isso não seria possível sem a contribuição dos demais atores do processo político, os quais não só reconhecem a autoridade do Tribunal Constitucional, como intérprete em última instância da Constituição, como também muitas vezes se valem dela para se absterem de suas próprias responsabilidades em questões polêmicas que podem gerar desgaste perante a opinião pública.

Desse modo, estão fadadas ao fracasso as iniciativas que pretendem solucionar a dificuldade democrática da Justiça Constitucional na idealização de um modelo de representação democrática em sua composição ou no sistema de escolha dos seus membros, porquanto a judicialização da política e o ativismo judiciais, questões centrais da problemática acerca da legitimação da Justiça Constitucional, dependem menos da composição dos Tribunais que da dinâmica do sistema político e dos incentivos externos que esse sistema apresenta ao protagonismo da Justiça Constitucional.

Mais relevantes, a propósito disso, as teses procedimentalistas que pretendem restringir a atuação da Justiça Constitucional ao argumento central de que não seria compatível com o Estado Democrático de Direito conferir à Corte Constitucional o papel de concretizar as normas de alto caráter valorativo, por meio de uma interpretação criadora, pois essa decisão, ao lado de dispensar a busca pelo consenso na sociedade, não atenderia aos padrões de objetividade que legitimariam a atuação técnico-jurídica da jurisdição.

Seguindo essa linha autores como John Ely e Jeremy Waldron defendem que o processo político deliberativo de formulação das leis seria muito mais compatível com o amplo debate público, necessário à busca do consenso que pode e deve legitimar essas decisões substanciais.

É preciso considerar, no entanto, que as reflexões e preocupações declinadas pelos teóricos procedimentalistas são melhor entendidas quando situadas dentre do contexto histórico e geopolítico em que formuladas, sendo certo que em países que adotam Constituições dirigentes, a exemplo do Brasil, a necessidade de legitimar democraticamente a atuação criadora da Justiça Constitucional no reconhecimento de direitos é bem menor, na medida em que o próprio legislador constituinte já expressou essas opções políticas no texto constitucional.

Entrementes, não se pode negar a importância do debate entre substancialismo e procedimentalismo no caso brasileiro.

A solução desse aparente paradoxo passa pela necessidade de dissociar a noção de democracia do princípio majoritário, ou quando menos de redimensionar a importância do princípio, haja vista que a democracia não é pura e simplesmente o governo da maioria, exigindo, além disso, uma visão humanista do governo, isto é, que o poder político sirva de instrumento de realização do ser humano, a partir da dignidade que lhe é inerente.

Em outras palavras, os direitos humanos, juntamente com o princípio da soberania popular, justificam e legitimam a democracia e o constitucionalismo, de modo que o respeito à dignidade humana é uma condição fundamental e determinante para a formação do Estado

Constitucional e sem ele não se pode sequer conceber um regime democrático; esse o motivo pelo qual a função de proteger os direitos humanos é um dos fatores mais importantes na legitimação democrática da Justiça Constitucional.

Assim, justifica-se a adoção de teoria da Constituição concebida como estrutura normativa que traduz valores objetivos cuja implementação pode e deve ser perseguida pela Justiça Constitucional, na sua função específica de garantidora dos direitos e liberdades fundamentais, uma vez que a Corte Constitucional não pode simplesmente se desvincular do manancial político e ideológico objetivado no texto constitucional para tornar-se uma mera espectadora dos conflitos de interesses.

Nesse passo, faz-se necessário rever as premissas teóricas do positivismo jurídico para compreender a instituição da Justiça Constitucional segundo as premissas do neoconstitucionalismo, uma nova teoria jurídica que aponta para um conceito material de Constituição; uma Constituição que funciona tanto como uma garantia, quanto como uma norma diretiva, estabelecendo uma pauta concreta de valores fundamentais que compõem a referência axiológica do sistema jurídico, em cujo cerne encontram-se os direitos humanos.

O neoconstitucionalismo trouxe um novo paradigma para o Direito e para a teoria da Constituição, uma concepção ética da ordem jurídica centrada nos direitos humanos, sendo certo que é a partir dessa concepção que se deve cogitar do papel da Justiça Constitucional.

Isso posto, a Justiça Constitucional, na sua função específica de garantidora dos direitos e liberdades fundamentais, pode e deve implementar os valores objetivados na Constituição e, no cumprimento desse papel, cabe-lhe a função específica de desenvolvimento de direitos humanos e de atualização da Constituição, função esta que pode ser qualificada de constituinte por criar normas constitucionais prescindindo do processo formal de alteração do texto constitucional.

Essa função, contudo, não se traduz num poder juridicamente ilimitado, uma vez que o Tribunal, no exercício da função constituinte, está sujeito a limites de forma e de fundo, isto é, vincula-se a condicionantes de ordem formal e de conteúdo.

As limitações formais estão ligadas ao princípio constitucional do devido processo legal, tanto na sua aceção substantiva quanto na sua aceção procedimental.

Por sua vez, as limitações materiais à função constituinte remetem à ideia de Direito dominante adotada pela Constituição, ou, em outras palavras, às opções políticas da Constituição que devem ser respeitadas pelo Tribunal Constitucional e nesse sentido suas origens são históricas e culturais.

Nesse âmbito específico, o exercício da função constituinte do Tribunal Constitucional pode ser cotejado com as normas de proteção de direitos humanos em outros sistemas jurídicos, e também com os princípios internacionais de proteção aos direitos humanos. No primeiro caso, tem lugar a importância do emprego do Direito Constitucional Comparado como instrumento de objetivação dos parâmetros jurídicos utilizados pelo Tribunal Constitucional e, no segundo, a interferência da função constituinte com o Direito Internacional dos Direitos Humanos.

De fato, considerando que o Tribunal Constitucional possui a função constituinte de atualização da Constituição e desenvolvimento dos direitos humanos, pode-se compreender por que as decisões sobre matéria constitucional, em especial sobre direitos humanos, não se limitam aos critérios próprios da ordem jurídica interna.

Nesse âmbito específico, as decisões do Tribunal Constitucional devem ter em conta a interculturalidade constitucional e os direitos humanos universais, pois são legitimadas em princípios inerentes a um constitucionalismo que transcende as fronteiras do País.

Assim, a fixação de parâmetros objetivos para orientar a atuação da função constituinte da Justiça Constitucional deve valer-se também dos princípios internacionais de proteção dos direitos humanos, dentro do contexto da constitucionalização do Direito Internacional, tendo em vista que, em matéria de direitos humanos, a atuação da Justiça Constitucional não se restringe exclusivamente a fatores presentes na ordem jurídica interna do Estado, ou da Constituição nacional, recorrendo a princípios que transcendem essa ordem jurídica. Desse modo, conclui-se que a atuação criadora da Justiça Constitucional na garantia e efetivação dos direitos humanos é expressão de um constitucionalismo comum em nível mundial, representando um passo rumo à construção de um novo constitucionalismo global.

REFERÊNCIAS

ABREU, Consuelo Maqueda. “Los derechos humanos en los orígenes del Estado Constitucional”. *In*: SÁNCHEZ, Yolanda Gómez (coord). **Pasado, presente y futuro de los derechos humanos**. México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos - Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2004, p. 159-205.

ACKERMAN, Bruce. “O novo constitucionalismo mundial”. Trad. Diana Margaret Barnsley-Scheuenstuhl. *In*: CAMARGO, Margarida Maria (org.). **1988-1998: uma década de Constituição**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 11-31.

_____. “The New Separation of Powers”. **Harvard Law Review**, v. 113, n. 3, p. 642-727, jan. 2000.

_____. **Nós, o povo soberano: fundamentos do Direito Constitucional**. Trad. Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. 5 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2009.

AGRESTO, John. **The Supreme Court and Constitutional Democracy**. Ithaca: Cornell University Press, 1984.

ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de. **Efeito vinculante e concretização do Direito**. Porto Alegre: SAFE, 2009.

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica**. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.

_____. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALVIM, Joaquim Leonel de Rezende. “Cidadania e integração econômica”. *In*: CASELLA, Paulo Borba (coord.). **MERCOSUL: integração regional e globalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 39-61.

ARAGÃO, Selma Regina. **Direitos humanos na ordem mundial**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

ARAÚJO, Jackson Borges de. **Legitimação da Constituição e soberania popular**. São Paulo: Método, 2006.

ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS DO BRASIL (AMB). **A Imagem das Instituições Públicas Brasileiras**. Pesquisa. Disponível em: <http://www.amb.com.br/docs/pesquisa/imagem_instituicoes.pdf>. Acesso em: 27 mar. 2009.

ATIENZA, Manuel. **As razões do Direito**: teorias da argumentação jurídica. Trad. M. Cristina G. Cupertino. São Paulo: Landy, 2002.

ATRIA, Fernando. “Revisión judicial: el síndrome de la víctima satisfecha”. **Estudios Públicos** (Revista de Humanidades y Ciencias Sociales), n. 79, p. 347-402, 2000.

BACHOF, Otto. **Estado de Direito e poder político**: Os Tribunais Constitucionais entre o Direito e a Política. Trad. J. M. Cardoso da Costa. Coimbra: Almedina, 1980.

BARBOSA, Ana Paula Costa. “A legitimação moral da dignidade da pessoa humana e dos princípios de direitos humanos”. *In*: TORRES, Ricardo Lôbo (org.). **Legitimação dos Direitos Humanos**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 137-168.

BARBOSA, Rui. **Atos inconstitucionais**. Campinas: Russel, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BEARD, Charles A. **The Supreme Court and the Constitution**. Englewood Cliffs, N.J.: Prentice-Hall, 1962.

BEHRENDT, Christian. **Le juge constitutionnel, un législateur-cadre positif**: une analyse comparative en Droit français, belge et allemand. Bruxelles: Bruylant - LGDJ; Paris, 2006.

BELAUNDE, Domingo Garcia. “La interpretación constitucional como problema”. **Revista de Estudios Políticos** (Nueva Epoca), Madrid: Nueva Epoca, n. 86, p. 9-36, out./dec., 1994.

BELTRÁN, Miguel. **Originalismo e interpretación**: Dworkin vs. Bork: uma polémica constitucional. Madrid: Civitas, 1989.

BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e Constituição: para uma crítica ao constitucionalismo**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

BERGER, Raoul. **Congress v. The Supreme Court**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1969.

_____. **Government by Judiciary**: the transformation of the Fourteenth Amendment. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1977.

BEUCHOT, Mauricio. **Interculturalidad y derechos humanos**. México: Siglo XXI - UNAM, 2005.

BLACK., Charles L. **The People and the Court**: judicial review in a democracy. New York: Macmillan, 1960.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. **O positivismo jurídico**: lições de Filosofia do Direito. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. **Stato, Costituzione, Democrazia**: studi di teoria della Costituzione e di Diritto Costituzionale. Trad. ao italiano Omar Brino, Massimiliano Tomba, Francesco Ghia, Guido Dhia, Marco Rampazzo Bazzan, Corrado Bertani. Milano: Giuffrè, 2006.

BODIN, Jean. **Los seis libros de la Republica**. 4 ed., Madrid: Tecnos, 2006.

BOMFIM, Thiago Rodrigues de Pontes. **Os princípios constitucionais e sua força normativa**: análise da prática jurisprudencial. Salvador: Juspodivm, 2008.

BONAVIDES, Paulo; PAES DE ANDRADE. **História Constitucional do Brasil**. Brasília: Paz e Terra, 1989.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 18 ed. at. São Paulo: Malheiros, 2006.

BORGES, José Souto Maior. **Curso de Direito Comunitário**: instituições de Direito Comunitário Comparado: União Europeia e MERCOSUL. São Paulo: Saraiva, 2005.

BOSON, Gerson de Britto Mello. **Constitucionalização do Direito Internacional**: internacionalização do Direito Constitucional: Direito Constitucional Internacional Brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

BREMS, Eva. **Human Rights**: Universality and Diversity. The Hague: Martinus Nijhoff, 2001 (International Studies in Human Rights, v. 66).

BRITO, Miguel Nogueira de. "Originalismo e interpretação constitucional". In: SILVA, Virgílio Afonso da (org.). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 55-113.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Manual de interpretação constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997a.

_____. **Mutação constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997b.

BUSATO, Paulo César. "A Política jurídica como expressão da aproximação entre o *common law* e o *civil law*". **Revista Eletrônica de Ciências Jurídicas (RECJ.01.03./04)**. Disponível em: <<http://www2.mp.ma.gov.br/ampem/artigos/artigo%20Paulo%20Busato.pdf>>. Acesso em: 17 mar. 2009.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra, 1994.

_____. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2007.

CAPPELLETTI, Mauro. “Necesidad y legitimidad de la Justicia Constitucional”. *In*: FAVOREU, L. *et alii*. **Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984 (Colección Estudios Constitucionales), p. 599-662.

_____. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no Direito Comparado**. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. 2 ed. Porto Alegre: SAFE, 1992. Reimpressão, 1999.

_____. **Juízes legisladores?** Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: SAFE, 1993. Reimpressão, 1999.

CAREY, George W. **The Political Writings of John Adams**. Washington D.C.: Gateway, 2001. Disponível em: <http://books.google.com.br/books?id=zwKs6Wf2NUEC&printsec=frontcover&source=gbs_summary_r&cad=0>. Acesso em: 8 jun. 2009.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **A Constituição aberta e os direitos fundamentais**: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CATÃO, Yolanda. “Direitos Humanos: chegaremos à plenitude democrática, dentro do processo de globalização com os direitos humanos realmente universalizados? Avanços ou simples retórica?”. *In*: ARNAUD, André-Jean (org). **Globalização e Direito I**: impactos nacionais, regionais e transnacionais. 2 ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 361-380.

CATTONI, Marcelo. **Poder constituinte e patriotismo constitucional**: o projeto constituinte do Estado Democrático de Direito na teoria discursiva de Jürgen Habermas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.

CHARLES Evans Hughes. *In: Wikipédia: a enciclopédia livre*. Disponível em: <http://pt.wikiquote.org/wiki/Charles_Evans_Hughes>. Acesso em: 12 jun. 2009.

CHURCHILL, Robert Paul. **Human Rights and Global Diversity**. Upper Saddle River, N. J.: Pearson Prentice Hall, 2000.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e justiça distributiva**: elementos da Filosofia Constitucional contemporânea. Prefaciador José Eduardo Faria. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004a.

_____. “Poder Judiciário, ativismo judiciário e democracia”. **ALCEU**, Rio de Janeiro, PUC-RIO, v. 5, n. 9, p. 105-113, jul./dez. 2004b.

CLÉVE, Clèmerson Melin. “Direito Constitucional, novos paradigmas, Constituição Global e processos de integração”. *In: BONAVIDES, Paulo; LIMA, Francisco Gérson Marques de; BEDÊ, Fayga Silveira. Constituição e Democracia: estudos em homenagem ao professor J. J. Gomes Canotilho*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 35-48.

COMELLA, Víctor Ferreres. **Justicia constitucional y democracia**. Madrid: CEPC, 1997.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

CONSTANTINESCO, Léotin-Jean. **Tratado de Derecho Comparado**. v. I. Madrid: Tecnos, 1981.

CORREIA, Fernando Alves. **Direito Constitucional (A Justiça Constitucional)**. Coimbra: Almedina, 2001.

COSTA, Flávio Dino de C. “A função realizadora do Poder Judiciário e as políticas públicas no Brasil”. **Revista do Centro de Estudos Judiciários (CEJ)**, Brasília, n. 28, p. 40-53, jan./mar. 2005.

_____. “Corre-se o risco de uma hiperconcentração de poder”. **O Estado de São Paulo**, São Paulo, 6 jan. 2009.

COUTINHO, Ana Luísa Celino. “Direito Comparado e Globalização”. **Prim@facie** (Revista da Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da UFPB), João Pessoa, ano 2, n. 3, p. 30-41, jul./dez. 2003. Disponível em: <<http://www.ccj.ufpb.br/primafacie>>. Acesso em: 21 jul. 2006.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (org.). **Canotilho e a Constituição Dirigente**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

COUTO, Cláudio Gonçalves; ARANTES, Rogério Bastos. “Constituição, governo e democracia no Brasil”. **RBCS** (Revista Brasileira de Ciências Sociais), v. 21, n. 61, p. 41-62, jun. 2006.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da; PAMPLONA FILHO, Rodolfo (org.). **Temas de teoria da Constituição e direitos fundamentais**. Salvador: Juspodivm, 2007.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle judicial das omissões do poder público**. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. 2 ed., Salvador: Juspodivm, 2008.

DAL RI JÚNIOR, Arno. “O dilema dos direitos humanos e das liberdades fundamentais no sistema jurídico comunitário e na União Europeia”. **Revista do Curso de Pós-Graduação em Direito da UFSC**, Florianópolis, n. 43, p. 147-164, dez. 2001.

DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. **Contributo ao estudo da evolução da tutela jurisdicional no Brasil: do Poder Moderador ao Poder Reformador**. Tese de Doutorado. Lisboa: Faculdade de Direito de Lisboa (FDL), 2003.

_____. **Teoria Geral do Processo: jurisdição, ação (defesa) e processo**, 2 ed., São Paulo: Método, 2007.

DANTAS, Frederico Wildson da S. “O princípio constitucional da inafastabilidade: estudo com enfoque no ativismo judicial”. **Revista da ESMAFE da 5ª Região**, Recife, n. 17, p. 83-113, mar. 2008.

DANTAS, Ivo. **Direito Constitucional Econômico: globalização & constitucionalismo**. Curitiba: Juruá, 1999.

_____. **O valor da Constituição: do controle de constitucionalidade como garantia da suprema legalidade constitucional**. 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. **Direito Constitucional Comparado: volume I: Teoria do Direito Comparado (Introdução. Teoria. Metodologia)**. 2 ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. **Constituição e Processo**. 2 ed., Curitiba: Juruá, 2008.

DANTAS, Miguel Calmon. “Direito fundamental à processualização”. *In*: DIDIER JR., Fredie; WAMBIER, Luiz Rodrigues; GOMES JR., Luiz Manoel (coord.). **Constituição e processo**. Salvador: Juspodivm, 2007, p. 367-435.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do Direito contemporâneo**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DAVUTOGLU, Ahmet. “Cultura global *versus* pluralismo cultural: hegemonia civilizacional ou diálogo e interação entre civilizações”. *In*: BALDI, César Augusto (org). **Direitos humanos na sociedade cosmopolita**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 101-138.

DIMOND, Paul R. **The Supreme Court e judicial choice: the role of provisional review in a democracy**. Michigan: University Press, 1992.

DIPPEL, Horst. **História do constitucionalismo moderno: novas perspectivas**. Trad. António Manuel Hespanha e Cristina Nogueira da Silva. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

DOBSON, Lynn. **Supranational Citizenship**. Manchester: Manchester University Press, 2006.

DUARTE, Fernanda; VIEIRA, José Ribas (org.). **Teoria da mudança constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. **Uma questão de princípio**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

_____. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ELY, John Hart. **Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1980.

ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. **La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional**. 3 ed., Madrid: Civitas, 1994.

FALCÃO, Joaquim. “Xenofobia judicial”. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 25 abr. 2005.

FAVOREU, Louis. **As Cortes Constitucionais**. Trad. Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy, 2004.

FERRAJOLI, Luigi. “Sobre los derechos fundamentales”. *In*: CARBONEL, Miguel (org.) **Teoría del neoconstitucionalismo**: ensayos escogidos. Madrid: Trotta, Instituto de Investigaciones Jurídicas - UNAM, 2007, p. 71-89.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos informais de mudança da Constituição**. São Paulo: Max Limonad, 1986.

FRANCO, Afonso Arinos de Melo. **Direito Constitucional**: teoria da Constituição; as Constituições do Brasil. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

FRANCO JR., H. **A Idade Média**: nascimento do Ocidente. São Paulo: Brasiliense, 1999.

FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución**: de la antigüedad a nuestros días. Trad. Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 2001.

_____. **Los derechos fundamentales**: apuntes de historia de las constituciones. Trad. Manuel Martínez Neira. 5 ed. Madrid: Trotta, 2007.

FUKUYAMA, Francis. **O fim da História e o último homem**. Lisboa: Gradiva, 1999.

GALINDO, Bruno. **Teoria intercultural da Constituição**: a transformação paradigmática da teoria da Constituição diante da integração interestatal na União Europeia e no Mercosul. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

GUASTINI, Riccardo. “La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano”. *In*: CARBONEL, Miguel (org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2005, p. 49-73.

_____. **Teoria e ideologia de la interpretación constitucional**. Madrid: Instituto de Investigaciones Jurídicas - UNAM, Mínima Trotta, 2008.

GUIMARÃES, José Lázaro Alfredo. **Tutela efetiva**: garantia constitucional de justiça eficiente. Recife: Edição do Autor, 2006.

GUTTERIDGE, H. C. **El Derecho Comparado**: Introducción al método comparativo em la investigación y em el estudio del derecho. Barcelona: Institutvo de Derecho Comparado, 1954.

HABA, Enrique P. “Rehabilitación del No-Saber em la Actual Teoría Del Derecho: El Bluff Dworkin”. **DOXA** (Revista de Teoría e Filosofía del Derecho), n. 24, p. 165-201, 2001.

HÄBERLE, Peter. “Derecho constitucional común europeo”. Trad. ao espanhol Emilio Mikunda Franco. *In*: PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique (coord.). **Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio**. Madrid: Marcial Pons, 1996, p. 187-223.

_____. **Hermenêutica constitucional**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: SAFE, 1997.

_____. **Liberdade, igualdade, fraternidade**: 1789 como história, atualidade e futuro do Estado constitucional. Trad. ao espanhol Ignacio Gutiérrez Gutiérrez. Madrid: Mínima Trota, 1998.

_____. **Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura**. Trad. ao espanhol Emilio Mikunda. Madrid: Tecnos, 2000.

_____. **Costituzione e identità culturale**: tra Europa e Stati Nazionali. Trad. Iginio Schraffl. Milano: Giuffrè, 2006.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia entre facticidade e validade**. v. I. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O federalista**. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russel, 2003

HART, Herbert L. A. **The Concept of Law**. Trad. A. Ribeiro Mendes. 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. SAFE, 1991.

HOBBS, Thomas. **Hobbes (Volume II)**: O Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil. 7 ed., São Paulo: Nova Cultural, 1999 (Coleção Os Pensadores, v. XIV).

IANNI, Octavio. **Teorias da Globalização**. 5 ed., Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1998.

IVO, Gabriel. **Constituição Estadual**. São Paulo: Max Limonad, 1997.

JAYME, Fernando G. **Tribunal Constitucional**: exigência democrática. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

KANT, Immanuel. “Resposta à pergunta: que é o Iluminismo?”. *In*: KANT, Immanuel. **A Paz Perpétua e outros opúsculos**. Trad. Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 2004, p. 11-19.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1990.

_____. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado, 6. ed., São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. **Jurisdição constitucional**. Trad. Alexandre Krug, Eduardo Brandão, Maria Ermantina Galvão. Introdução à edição brasileira Sérgio Sérvulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KRELL, Andreas J.: **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: SAFE, 2002.

_____. “As dificuldades de teorias pré-hermenêuticas com a correta interpretação dos textos legais no moderno Estado Social de Direito”. **Revista do Mestrado em Direito da UFAL**, Maceió, v. 3, p. 11-48, 2008.

KRETSCHMANN, Ângela. **Universalidade dos direitos humanos e diálogo na complexidade de um mundo multicivilizacional**. Curitiba: Juruá, 2008.

KUHN, Thomas S. **Estrutura das revoluções científicas**. Trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 9 ed. São Paulo: Perspectiva, 2007.

LAPORTA, Francisco. **Entre el Derecho y la Moral**. 2. ed., México: Fontamara, 1995.

LIMA, George Marmelstein. “Aplicação da lei inconstitucional: a questão do efeito repristinatório injusto ou indesejado”. **Direito Federal: Revista da Associação dos Juizes Federais do Brasil [AJUFE]**, v. 21, n. 71, p.177-187, jul./set. 2002.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoria de la Constitución**. Trad. ao espanhol Alfredo Gallego Anabitarte. 2 ed., Barcelona: Ariel, 1982.

LÓPEZ, Francisco Javier Quel. “La protección internacional de los derechos humanos: aspectos generales”. *In*: ROMANI, Carlos Fernández de Casadevante (coord). **Derecho Internacional de los Derechos Humanos**. 2 ed., Madrid: Dilex, 2003, p. 93-107.

LYRA TAVARES, Ana Lúcia de. “Nota sobre as dimensões do Direito Constitucional Comparado”. **Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, PUC-RIO, n. 14, p. 89-104, jan./jul., 1999.

_____. “O Papel do Direito Comparado na Globalização”. *In*: ARNAUD, André-Jean (org.). **Globalização e Direito I: impactos nacionais, regionais e transnacionais**. 2 ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 509-516.

MAGALHÃES, José Carlos de. **O Supremo Tribunal Federal e o Direito Internacional: uma análise crítica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

MAGALHÃES, Pedro Coutinho; ARAÚJO, António. “A Justiça Constitucional entre o Direito e a Política: o comportamento judicial no Tribunal Constitucional português”. **Revista Análise Social**, Lisboa, v. XXXIII, n. 145, p. 7-53, 1998-1º.

_____. “A Justiça Constitucional: uma instituição contra as maiorias”. **Revista Análise Social**, Lisboa, v. XXXV, n. 154-155, p. 207-240, 2000.

MAIA, Antonio Cavalcanti. **Jürgen Habermas: filósofo do Direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

MALFATTI, Elena; SAULLE, Panizza; ROMBOLI, Roberto. **Giustizia costituzionale**. Torino: Giappichelli, 2003.

MALISKA, Marcos Augusto. **Pluralismo jurídico e Direito moderno: notas para pensar a racionalidade jurídica na modernidade**. Curitiba: Juruá, 2006.

MAQUIAVEL, Nicolau. **O Príncipe**. Trad. Lívio Xavier. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

MARÍN, José Angel. **Naturaleza jurídica del tribunal constitucional**. Barcelona: Ariel, 1998.

MATEOS GARCÍA, Angeles. **A teoria dos valores de Miguel Reale**: fundamento de seu tridimensionalismo jurídico. Trad. Tália Bugel. São Paulo: Saraiva, 1999.

MATIAS, Eduardo Felipe Pérez. **A humanidade e suas fronteiras**: do Estado soberano à sociedade global. São Paulo: Paz e Terra, 2005.

MAUS, Ingeborg. “O Judiciário como superego da sociedade: sobre o papel da atividade jurisprudencial na ‘Sociedade Órfã’”. **Novos Estudos CEBRAP**, São Paulo, n. 58, p. 183-202, nov. 2000.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. “Soberania e a proteção internacional dos direitos humanos: dois fundamentos irreconciliáveis.” **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo: RT, a. 13, n. 52, p. 327-337, jul./set. 2005.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Direitos humanos e conflitos armados**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

MELLO, José Luiz de Anhaia. **Da separação dos poderes à guarda da Constituição**. As côrtes constitucionais. São Paulo: RT, 1968.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**. 2 ed., São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. São Paulo: Saraiva, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**: Tomo II – Constituição e Inconstitucionalidade. 3 ed. Coimbra: Coimbra, 2000.

_____. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MÖLLER, Josué Emilio. **A fundamentação ético-política dos direitos humanos**. Curitiba: Juruá, 2006.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. **O espírito das leis**. 2. ed. Trad. Fernando Henrique Cardoso, Leôncio Martins Rodrigues. Brasília: UnB, 1995.

MORAES, Alexandre de. “Legitimidade da Justiça Constitucional”. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, Centro de Atualização Jurídica (CAJ), v. I, n. 8, nov. 2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_8/dialogo-juridico-08-novembro-2001-alexandre-moraes.pdf>. Acesso em: 23 fev. 2009.

MORAES, Germana de Oliveira. **O controle jurisdicional da constitucionalidade do processo legislativo**. São Paulo: Dialética, 1998.

MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça Constitucional**. t. I. Coimbra: Coimbra, 2002.

MOREIRA, Adriano. **Ciência Política**. Coimbra: Almedina, 1997.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. “A recente reforma da Constituição brasileira e o Supremo Tribunal Federal”. In: BERIZONCE, Roberto Omar; HITTERS, Juan Carlos; OTEIZA, Eduardo David (coord.) **El papel de los tribunales superiores**. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2006, p. 555-569.

MORO, Sérgio Fernando. **Justiça Constitucional como democracia**. São Paulo: RT, 2004.

MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?: a questão fundamental da democracia**. Trad. Peter Naumann. Prefaciador Fabio Konder Comparato. São Paulo: Max Limonad, 1998.

_____. **Métodos de trabalho do Direito Constitucional**. Trad. Peter Naumann. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. **O novo paradigma do Direito**: introdução à teoria e metódica estruturantes do Direito. Vários tradutores. São Paulo: RT, 2007.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

NOBRE JÚNIOR, Edílson Pereira. “O controle das políticas públicas: um desafio à jurisdição constitucional”. **BDA**, São Paulo: NDJ, a. XXI, n. 11, p. 1243-1263, nov. 2006a.

_____. “Sentenças aditivas e o mito do legislador negativo”. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, v. 43, n. 170, p. 111-141, abr./jun. 2006b.

NUNES, António José Avelãs. **Neoliberalismo e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

OTERO, Paulo. “Fragmentação da Constituição formal”. *In*: MARTINS, Ives Gandra da Silva; CAMPOS, Diogo Leite de (coord.). **O Direito contemporâneo em Portugal e no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 31-59.

PAIXÃO, Cristiano; BIGLIAZZI, Renato. **História constitucional inglesa e americana**: do surgimento à estabilização da forma constitucional. Brasília: UNB, 2008.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. “Direito Comparado e seu estudo”. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG** (Nova Fase), Belo Horizonte, a. 7, p. 35-51, 1955.

PIOVESAN, Flávia. “Globalização econômica, integração regional e direitos humanos”. *In*: PIOVESAN, Flávia (coord.). **Direitos humanos, globalização econômica e integração regional**: desafios do Direito Constitucional Internacional, São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 39-75.

_____. **Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 7 ed. rv. ampl. atual. São Paulo: Saraiva, 2006a.

_____. **Direitos humanos e justiça internacional**. São Paulo: Saraiva, 2006b.

PIZZORUSSO, Alessandro. **Curso de Derecho Comparado**. Barcelona: Ariel, 1987.

POGREBINSCHI, Thamy. “Ativismo Judicial e Direito: Considerações sobre o debate contemporâneo”. **Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro: PUC-RIO, v. 9, n. 17, p. 121-143, ago./dez., 2000.

POLLETI, Ronaldo. **Controle da constitucionalidade das leis**. 2 ed. rev. at. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1967**: com a Emenda Constitucional n.º I, de 1969. 2 ed., São Paulo: RT, 1970.

RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

REQUEJO PAGÉS, Juan Luis. **Las normas preconstitucionales y el mito del poder constituyente**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998 (Colección Estudios Constitucionales).

RICHARDS, David. “La intencion de los constituyentes y la interpretacion constitucional”. **Revista del Centro de Estudios Constitucionales**, Madrid, n. 1, p. 141-172, sep./dic. 1988.

ROCHA, Geiza. “Ativismo Judicial: Uma nova postura para um novo tempo”. **Revista Forum** (Revista da AMAERJ), Rio de Janeiro, n. 3, p. 10-13, jun./jul. 2002.

ROSA, André Vicente Pires. **Las omisiones legislativas y su control constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Rousseau (Volume I)**: Do contrato social. Ensaio sobre a origem das línguas. 7 ed., São Paulo: Nova Cultural, 1999 (Coleção Os Pensadores, v. XXIV).

SABÈTE, Wagdi. “De la complexité de détermination des valeurs fondatrices du droit à la difficulté de jugement de fait ou Suite antihumienne”. *In*: SÈVE, René (directeur). **La Création du droit par le juge**. Paris: Dalloz, 2007, p. 371-392 (Collection Archives de Philosophie du Droit, tome 50).

SAGÜÉS, Nestor Pedro. **La interpretación judicial de la Constitución**. 2 ed. Buenos Aires: Lexis Nexis Argentina, 2006.

SALCEDO, Juan Antonio Carrillo. **Soberanía de los Estados y derechos humanos en Derecho Internacional contemporáneo**. 2 ed., Madrid: Tecnos, 2004.

SALDANHA, Nelson. **Formação da Teoria Constitucional**. 2 ed. at. amp. São Paulo: Renovar, 2000.

SÁNCHEZ, José Acosta. **Formación de la Constitución y Jurisdicción Constitucional**. Madrid: Tecnos, 1998.

SANCHÍS, Luis Prieto. **Justicia Constitucional y derechos fundamentales**. Madrid: Trotta, 2003.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Um discurso sobre as ciências**. 13 ed. Porto Alegre: Afrontamento, 2002.

_____. **Um discurso sobre as ciências**. 3 ed., São Paulo: Cortez, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. “A problemática dos direitos fundamentais sociais como limites materiais ao poder de reforma da Constituição”. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Direitos fundamentais sociais**: estudos de Direito Constitucional Internacional e Comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 333-394.

_____. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5 ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SCHMITT, Carl. **La defensa de la Constitución**. Trad. ao espanhol Manuel Sánchez Sarto. Prólogo Pedro Garcia. 2 ed., Madrid: Tecnos, 1998.

_____. **O guardião da Constituição**. Trad. Geraldo de Carvalho. Apresentação Gilmar Ferreira Mendes. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SCHWARTZ, Bernard. **A history of the Supreme Court**. Oxford: University Press, 1993.

SIFFERT, Paulo de Abreu. “Breves notas sobre o constitucionalismo americano”. *In*: VIEIRA, José Ribas (org.) **Temas de Direito Constitucional americano**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 53-91.

SILVA, José Afonso da. “A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia”. **RDA**, Rio de Janeiro, n. 212, p. 89-94, abr./jun. 1998.

_____. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 18 ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SILVA, Virgílio Afonso da. “Interpretação constitucional e sincretismo metodológico”. *In*: SILVA, Virgílio Afonso da (org.). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 115-143.

SIMON, Henrique Smidt. **Direito, hermenêutica e filosofia da linguagem**: o problema do decisionismo em Hans Kelsen e Herbert Hart. Belo Horizonte: Argvmentvm, 2006.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Direitos fundamentais e Direito Comunitário**: por uma metódica de direitos fundamentais aplicada às normas comunitárias. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

SOLA, Juan Vicente. **Control judicial de constitucionalidad**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2001.

SOMMERMANN, Karl-Peter. “El desarrollo de los derechos humanos desde la Declaración Universal de 1948”. Trad. ao espanhol Francisco José Contreras Peláez. *In*: PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique (coord.). **Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milênio**. Madrid: Marcial Pons, 1996, p. 97-112.

SOUTO, Cláudio. **Da inexistência científico-conceitual do Direito Comparado**. Recife: Universitária, 1956.

SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de. **Habermas e o Direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. **Hermenêutica jurídica e(m) debate**: o constitucionalismo brasileiro entre a teoria do discurso e a ontologia existencial. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. **O Tribunal Constitucional como poder**: uma nova teoria da divisão dos poderes. São Paulo: Memória Jurídica, 2002.

SOUZA, Marcelo Rebelo de. “XIV – Legitimação da Justiça Constitucional e composição dos Tribunais Constitucionais”. *In*: BRITO, José de Sousa *et alii*. **Legitimidade e legitimação da Justiça Constitucional**: Colóquio no 10º Aniversário do Tribunal Constitucional – Lisboa, 28 e 29 de Maio de 1993. Coimbra: Coimbra, 1995, p. 211-228.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do Direito. Prefaciador Jorge Miranda. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

STRECK, Lenio Luiz; *et alii*. **A nova Perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o Controle Difuso**: Mutação constitucional e Limites da Legitimidade da Jurisdição Constitucional. Disponível em: <<http://www.anamatra.org.br/geral/ArtigoconjuntoLenioMarceloMartoniovers%C3%A3ofinal.4dejulho.doc>>. Acesso em: 21 jan. 2008.

SUNDFELD, Carlos Ari; VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direito Global**. São Paulo: Max Limonad, 1999.

TATE, Neal C. “Why the Expansion of Judicial Power?”. *In*: TATE, Neal C.; VALLINDER, Torbjörn. **The Global Expansion of the Judicial Power**. New York: NY University Press, 1995, p. 27-37.

TATE, Neal C.; VALLINDER, Torbjörn. “The Global Expansion of Judicial Power: The Judicialization of Politics”. In: TATE, Neal C.; VALLINDER, Torbjörn (org.). **The Global Expansion of the Judicial Power**. New York: NY University Press, 1995, p. 1-10.

TAVARES, André Ramos. **Teoria da Justiça Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005.

TOMÁS Y VALIENTE, Francisco. **Escritos sobre y desde el tribunal constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

TOMILSON, John. **Globalization and Culture**. Trad. Fernando Martínez Valdés. Oxford: University Press, 1999.

TREMPS, Pablo Pérez. **Tribunal constitucional y Poder Judicial**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. “O Processo Preparatório da Conferência Mundial de Direitos Humanos: Viena, 1993”. **Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos**, n. 17, p. 47-85, jan./jun. 1993.

_____. “Dilemas e desafios da proteção internacional dos direitos humanos no limiar do século XXI”. **Revista da Escola Paulista da Magistratura**, São Paulo, n. 3, p. 153-166, mai./out. 1997.

_____. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. 3 volumes, Porto Alegre: SAFE, 2003.

_____. **A humanização do Direito Internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

VERDÚ, Pablo Lucas. **O sentimento constitucional**. Trad. Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

VIANNA, Luiz Werneck *et alii*. **Judicialização da Política e das Relações Sociais**. Rio de Janeiro: REVAN, 1999.

WACHOWICZ, Marcos. **Poder constituinte e transição constitucional**: perspectiva histórico-constitucional. 2 ed., Curitiba: Juruá, 2004.

WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **Derecho y desacuerdos**. Trad. José Luis Martí y Águeda Quiroga. Estudio preliminar de Roberto Gargarella y José Luis Martí. Madrid: Marcial Pons, 2005 (Colección Filosofía y Derecho).

WHITTINGTON, Keith E. **Political Foundations of Judicial Supremacy**: The Presidency, the Supreme Court, and Constitutional Leadership in U. S. History. Princeton: Princeton University Press, 2007.

ZAGREBELSKY, Gustavo. “Jueces constitucionales”. *In*: CARBONEL, Miguel (org.) **Teoría del neoconstitucionalismo**: ensayos escogidos. Madrid: Trotta, Instituto de Investigaciones Jurídicas - UNAM, 2007, p. 91-104.

_____. **El derecho dúctil**: Ley, derechos, justicia. Trad. Marina Gascón. 6 ed. Madrid: Trotta, 2005.

_____. **Principios y votos**. El Tribunal Constitucional y la política. Trad. Manuel Martínez Neira. Madrid: Minima Trotta, 2008.