

Newton de Oliveira Lima

JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E CONSTRUÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NO BRASIL E NOS **ESTADOS UNIDOS**

SEGUNDA EDIÇÃO

Com o Pós-Escrito: a atualidade da teoria dos valores e o direito político-constitucional



O fundamento moral e político da hermenêutica constitucional dos EUA é seu aspecto mais relevante e único, então trouxemos elementos desse debate constitutivo da história constitucional dos EUA e suas correntes primaciais (originalismo, interpretativismo, não interpretativismo), e a relação daquelas com os pólos políticos (liberalismo, republicanismo, progressismo, conservadorismo), assim, discutimos seus fundamentos e métodos e propomos uma comparação crítica com o modelo de jurisdição constitucional do Brasil, ainda carente de aperfeiçoamento democrático e de abertura política e jusfilosófica.

Acrescento a essa segunda edição um pós-escrito inédito sobre a Teoria dos Valores e o Direito Político-Constitucional, onde a ideia de valor é discutida em seus fundamentos epistemológicos contemporâneos e reconstruída em sua aplicação discursiva e racional-procedimental para a teoria juspolítica e a práxis constitucional.

O livro é um convite ao pensamento valorativo e crítico das normas constitucionais, onde o que se obtém de comparação ao sistema norte-americano para a hermenêutica constitucional brasileira é a reflexão sobre valores que norteiam princípios dentro da moralidade política e da construção republicano-institucional de paradigmas de inovação do interesse público e fortalecimento da democracia.

Newton de Oliveira Lima

Professor Permanente do PPGCJ da UFPB

Líder do grupo de pesquisa

“Filosofia do Direito e Pensamento Político”



ISBN 978-65-6006-056-2



9 786560 060562 >



JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E CONSTRUÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NO BRASIL E NOS ESTADOS UNIDOS





Prof. Dra. Adriana Goulart De Sena Orsini
Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG

Prof. Dr. Alexandre Miguel Cavaco Picanco Mestre
Universidade Autónoma de Lisboa, Escola Superior de Desporto de Rio Maior, Escola Superior de Comunicação Social (Portugal), The Football Business Academy (Suíça)

Prof. Dra. Amanda Flavio de Oliveira
Universidade de Brasília - UnB

Prof. Dr. Carlos Raul Iparraguirre
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional del Litoral (Argentina)

Prof. Dr. César Mauricio Giraldo
Universidad de los Andes, ISDE, Universidad Pontificia Bolivariana UPB (Bolívia)

Prof. Dr. Eduardo Goulart Pimenta
Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG, e PUC - Minas

Prof. Dr. Francisco Satiro
Faculdade de Direito da USP - Largo São Francisco

Prof. Dr. Gustavo Lopes Pires de Souza
Universidad de Litoral (Argentina)

Prof. Dr. Henrique Viana Pereira
PUC - Minas

Prof. Dr. Javier Avilez Martínez
Universidad Anahuac, Universidad Tecnológica de México (UNITEC), Universidad Del Valle de México (UVM) (México)

Prof. Dr. João Bosco Leopoldino da Fonseca
Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG.

Prof. Dr. Julio Cesar de Sá da Rocha
Universidade Federal da Bahia - UFBA

Prof. Dr. Leonardo Gomes de Aquino
UniCEUB e UniEuro, Brasília, DF.

Prof. Dr. Luciano Timm
Fundação Getúlio Vargas - FGVSP

Prof. Dr. Mário Freud
Faculdade de direito Universidade Agostinho Neto (Angola)

Prof. Dr. Marcelo Andrade Féres
Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG

Prof. Dr. Omar Jesús Galarreta Zegarra
Universidad Continental sede Huancayo, Universidad Sagrado Corazón (UNIFE), Universidad Cesar Vallejo. Lima Norte (Peru)

Prof. Dr. Raphael Silva Rodrigues
Centro Universitário Unihorizontes e Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG

Prof. Dra. Renata C. Vieira Maia
Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG

Prof. Dr. Rodolpho Barreto Sampaio Júnior
PUC - Minas e Faculdade Milton Campos

Prof. Dr. Rodrigo Almeida Magalhães
Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG, PUC - Minas

Prof. Dr. Thiago Penido Martins
Universidade do Estado de Minas Gerais - UEMG

Direção editorial: Luciana de Castro Bastos

Diagramação e Capa: Editora Expert

Revisão: Do Autor

A regra ortográfica usada foi prerrogativa do autor.



Todos os livros publicados pela Expert Editora Digital estão sob os direitos da Creative Commons 4.0 BY-SA. <https://br.creativecommons.org/>
"A prerrogativa da licença creative commons 4.0, referencias, bem como a obra, são de responsabilidade exclusiva do autor"

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

LIMA, Newton de Oliveira

Título: Jurisdição constitucional e construção de direitos fundamentais no Brasil e nos Estados Unidos - Belo Horizonte - Editora Expert - 2023

Autor: Newton de Oliveira Lima

ISBN: 978-65-6006-056-2

Modo de acesso: <https://experteditora.com.br>

1.Direito Constitucional 2.Filosofia do Direito 3.Estados Unidos 4.Brasil

I. I. Título.

CDD: 341.2

Pedidos dessa obra:

experteditora.com.br

contato@editoraexpert.com.br



EXPERT
EDITORA DIGITAL

“Quando as pessoas temem o governo, isso é tirania.
Quando o governo teme as pessoas, isso é liberdade.”
Thomas Jefferson

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADC	Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADI	Ação Direta Interventiva
ADIn	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
CP	Código Penal
CPC	Código de Processo Civil
CRFB	Constituição da República Federativa Brasileira
E.C.	Emenda Constitucional
EUA	Estados Unidos da América
HC	Habeas Corpus
MI	Mandado de Injunção
MS	Mandado de Segurança
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TFR	Tribunal Federal de Recursos
TSE	Tribunal Superior Eleitoral
U.S.	United States
USA	United States of America

NOTA DO AUTOR À SEGUNDA EDIÇÃO REVISTA E ATUALIZADA

A dissertação de mestrado defendida com distinção atribuída pela banca e com financiamento da CAPES em 2009 no programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN), “Jurisdição Constitucional e Construção de Direitos Fundamentais no Brasil e nos Estados Unidos”, e publicada sob o mesmo título no mesmo ano.

Devido ao recente e crescente interesse no debate político e jurídico nos EUA, resolvemos repropor a obra ao mercado jurídico nacional, focando no aspecto da história da hermenêutica constitucional da Suprema Corte dos EUA, o que passa pelo resgate de elementos da história política estadunidense, sob um foco analítico constitucional e jusfilosófico de sua estruturação, como proposto nesta obra.

O fundamento moral e político da hermenêutica constitucional dos EUA **é seu aspecto mais relevante e único, então trouxemos elementos desse debate** constitutivo da história constitucional dos EUA e suas correntes primaciais (originalismo, interpretativismo, não interpretativismo), e a relação daquelas com os pólos políticos (liberalismo, republicanismo, progressismo, conservadorismo), assim, discutimos seus fundamentos e métodos e propomos uma comparação crítica com o modelo de jurisdição constitucional do Brasil, ainda carente de aperfeiçoamento democrático e de abertura política e jusfilosófica.

Acrescento a essa segunda edição um pós-escrito inédito sobre a Teoria dos Valores e o Direito Político-Constitucional, onde a ideia de valor é discutida em seus fundamentos epistemológicos contemporâneos e reconstruída em sua aplicação discursiva e racional-procedimental para a teoria juspolítica e a práxis constitucional.

Espero uma contribuição da obra no concernente ao conhecimento da jurisdição constitucional dos EUA e ao debate constitucional e jusfilosófico no Brasil. Agradeço a editora digital

EXPERT pela assimilação do projeto da segunda edição, solícitos e competentes na formação do circuito da publicação e da avaliação da obra.

Agradeço ao amigo e professor Raphael Silva Rodrigues, primoroso professor, advogado e doutor em Direito pela UFMG, que apresenta minha pessoa ao público.

Agradeço ao Prof. Dr. Ivan Lira de Carvalho, professor do PPGD da UFRN, meu professor de Direito Ambiental no Mestrado, que gentilmente aceitou fazer o Prefácio da obra, o qual me deixa em posição de seu devedor acadêmica e pessoalmente, dada a abordagem competente sobre a temática do livro e sua inserção no contexto do debate jurídico atual.

Agradeço por prefaciar o livro ao amigo e professor titular da UFPB, José Ernesto Pimentel Filho, pós-Doutor em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR) e pesquisador-visitante com estágio pós-doutoral na New York University, EUA, historiador que migrou para o Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da UFPB com notória contribuição à pesquisa jurídica brasileira.

Novamente deixo ao público o julgamento da obra.

João Pessoa, em 17 de Novembro de 2023.
Newton de Oliveira Lima
Professor Associado da UFPB, lotado no Departamento de Ciências Jurídicas.
Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da UFPB
Líder do Grupo de Pesquisa 'Filosofia do Direito e Pensamento Político' (UFPB/Cnpq)

APRESENTAÇÃO

O Professor Doutor Newton de Oliveira Lima, cujo cartel de méritos e atribuições está no pórtico da obra que humildemente apresento.

De fato, o Professor Newton é uma pessoa ímpar, sendo que a missão na qual me coloco nesse momento se estabelece hercúlea, haja vista a representatividade do autor, no cenário acadêmico. Com prazer e honra agradeço ao Professor Newton a missão que me confiou, na condição de seu eterno aprendiz, para elaboração da presente apresentação.

Trabalhar com educação e formação de pessoas é um privilégio e um grande prazer. É saber-se útil e ter a convicção de que está contribuindo para uma sociedade melhor. O estudo é a única ferramenta capaz de levar o indivíduo a níveis mais altos, de expandir horizontes.

E não poderia ser diferente para o Professor Newton, já que o exímio cientista do direito há muito tem-se dedicado ao magistério superior. Ele é Professor Associado lotado no Departamento de Ciências Jurídicas do Centro de Ciências Jurídicas da UFPB e Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da UFPB.

Sem dúvidas, é mais uma valiosa obra, como tantas outras do Professor Newton, que ora brinda a comunidade acadêmica.

Belo Horizonte, Novembro de 2023.
Raphael Silva Rodrigues
Doutor e Mestre em Direito pela UFMG.
Professor Universitário e Advogado.

PREFÁCIO

A missão do docente não termina com o encerramento da caderneta (hoje virtual...), com a consolidação da turma ou com a eventual participação em banca de titulação (quando é o caso de orientação). Ela se protraí nos destinos escolhidos pelo discente, uns coincidentes do objeto do curso, outros distanciados da área, merecendo respeito todas as escolhas. Mas, de modo muito especial para mim, é motivo de regozijo quando encontro ex-alunos firmados na docência, mesmo que reconheça ter sido ínfima a contribuição que dei para aquela formação e para a conseqüente opção pela regência. É o caso do orgulho que senti no reencontro com o Professor Doutor Newton de Oliveira Lima, destacado lente da Universidade Federal da Paraíba, onde contribuí eficazmente com a formação de novas gerações de juristas, através da distribuição de conhecimento e do estímulo à pesquisa, notadamente nas áreas da Filosofia do Direito, do constitucionalismo e do pensamento político em geral. Redobrada é a minha satisfação por acolher o convite para produzir estas linhas, à guisa de apresentação do autor, bem como da obra “Jurisdição constitucional e construção de direitos fundamentais no Brasil e nos Estados Unidos”, servindo de peça prefacial no livro a ser inserida no universo bibliográfico jurídico em segunda edição.

Newton Lima é Mestre em Direito pelo PPGD da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (o foi meu dedicado aluno), obtendo posteriormente o grau de Doutor em Filosofia pela congênere federal paraibana, com período de pesquisa compacta na Universidad de Buenos Aires, sob o manto de projeto CAPES/MERCOSUL/PPCP/UFPE/UBA. A sua consistência curricular foi de grau forte para o seu acesso, por óbvio concurso público, aos quadros da docência permanente da UFPB, na graduação e na pós-graduação em Ciências Jurídicas. Atraiu para o seu escopo a missão de liderar o grupo de pesquisa Filosofia do Direito e Pensamento Político, que incorpora as linhas de pesquisa “Filosofia Kantiana do Direito”, “Filosofia dos valores juspolíticos e “Constitucionalismo, democracia e estado de Direito”. A

intensa produção científica de Newton se reflete nos inúmeros artigos e capítulos de obra publicados e nos livros-solo que deu a lume, a saber: “O estado de Direito em Kant e Kelsen”, “10 lições sobre John Rawls”, “Teoria dos valores jurídicos: o neokantismo e o pensamento de Gustav Radbruch”, além do presente livro.

Com precedentes curriculares tão vastos, não vai causar admiração ao leitor – assim como a mim não causa – este produto intelectual, repaginado em nova edição, onde o autor faz foco sobre o tema sensível da jurisdição constitucional, que é o poder conferido ao Judiciário de interpretar e aplicar a Constituição de um país. Isso significa que os tribunais têm a autoridade de analisar as leis e as ações do governo e dos particulares, à luz dos princípios e normas estabelecidos na Carta Política, em jurisdição específica e fundamental para garantir a supremacia da Constituição e proteger os direitos fundamentais dos cidadãos. Ademais, desempenha papel fundamental na manutenção do equilíbrio entre os poderes do Estado, assegurando que nenhum deles exerça autoridade de forma arbitrária ou contrária aos princípios constitucionais.

Espaço de importância na presente obra é localizado na parte dedicada ao instituto da *construction*, que é o método de prestar jurisdição constitucional realizando a tutela de direitos fundamentais e de interesses das minorias, traçando elo destes com os valores políticos da democracia efetiva. Nesse caminhar, dedica-se o livro a demarcar os limites da *contruction*, deixando espaço para a participação do cidadão na concretização dos direitos basilares através da jurisdição constitucional.

Outrossim, em passo firme, não se furta o escritor de abordar o “ativismo judicial”, assunto que é frequentemente alvejado por néscios de boa-fé ou por juristas de má-fé, cada um maneando o assunto como base para empunhar os seus próprios ou alheios estandartes ideológicos. Claro que a discussão do posicionamento proativo de juízes, com análise das suas causas e consequências, não pode ser distanciada do bom debate jurídico, como o empreendido no livro que se apresenta. O que se censura é a abordagem vesga da matéria.

Não pode ser esquecido a tarefa comparativa levada a efeito pelo autor, pondo em apreciação o sistema brasileiro e o sistema estadunidense de jurisdição constitucional, notadamente no quesito do controle de compatibilidade vertical dos atos e normas.

Assim, está aberta à consulta, à pesquisa e à crítica mais este excelente trabalho do Professor Newton de Oliveira Lima, com os ajustes e adequações postos nesta nova edição.

Outubro de 2023

IVAN LIRA DE CARVALHO

Professor da UFRN (na Graduação e no Mestrado).
Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco.

Membro da Academia Norte-riograndense de Letras,
da Academia de Letras Jurídicas do Rio Grande do Norte,
do Instituto Histórico e Geográfico do Rio Grande do Norte e do Conselho Estadual de Cultura.
Juiz Federal.

ESTUDO INTRODUTÓRIO

Por José Ernesto Pimentel Filho

Historiador e Jurista

Newton de Oliveira Lima, um dos maiores expoentes da pesquisa e do ensino jurídico de nossa escola de pensadores na UFPB, brinda-nos com uma reflexão das mais importantes para o Direito Constitucional. Isso numa época em que muitos professores abandonaram o esclarecimento em favor de bandeiras fáceis de encantar nas mídias sociais. O pesquisador é atuante em todo Brasil, em especial no campo da Filosofia do Direito, mas este seu estudo é próprio da teoria e história do Direito. É obra de um jurista comprometido com a sociedade e a ciência.

A Política Constitucional é e será sempre o enfoque da Suprema Corte no desenho estadunidense que tem fortes influências sobre o modelo brasileiro, ao lado do controle concentrado de constitucionalidade à moda de Kelsen. Conforme definiu Kermit Roosevelt III, a política constitucional não é hermética à política:

“As disposições prospectivas, portanto, nos dão uma explicação de como os resultados constitucionais podem mudar, como uma prática que foi aceita na ratificação da Cláusula de Proteção à Igualdade pode ser inconstitucional alguns anos depois sem uma emenda intermediária. A operação da política constitucional apresenta argumentos que parecem “meramente” políticos ou morais - argumentos sobre justiça e hierarquia - de estatura constitucional¹.”

¹ Kermit Roosevelt III, “Reconstruction and Resistance”, Faculty Scholarship, paper 440, 2012, p.130. Disponível em: “Reconstruction and Resistance” by Kermit Roosevelt III (upenn.edu) http://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/440 Acesso em: 22 fev 2021. Tradução minha para o Português.

Diz ainda Roosevelt III que se trata aproximadamente da mesma conceituação de Jack Balkin para *constitutional construction*. Neste sentido, os frutos da atuação do professor Newton Lima acerca da *construction* são incontornáveis, concordemos ou não com eles.

A Constituição é o Pacto Cidadão por excelência, a Lei Maior do País sobre a qual atua a jurisdição. Nunca o termo “carta” poderá traduzir o sentido de atuação do Povo, seja no caso concreto de uma demanda subjetiva, seja no plano objetivo da configuração do Estado quando seus legisladores terminam por produzir dispositivos que se chocam com os valores e as regras constitucionais. Dois pontos fundamentais a distanciam de uma carta: ela não é a concessão personalista e absolutista de um chefe supremo acima da nação, nem mesmo quando essa supremacia pudesse ser prevista em lei - caso da primeira constituição francesa, nascida dos movimentos de 14 de julho de 1789; ela não é uma declaração abstrata de princípios ideais, mas tem efetividade jurisdicional. O poder da constituição estadunidense em caso concreto faz-se presente na jurisdição. *We the people do ordain and establish...*

Em virtude disto, é compreensível como o direito não é um privilégio da operação legislativa. Direito não é apenas legislação, mas lei, jurisprudência, doutrina, norma infralegal e costume enquanto um conjunto de garantias substanciais e formais. Assim, no final do quarto capítulo, na lista de oito pontos sobre a construção de direitos, é possível compreender o que diz o autor no item três sobre a diferença entre a simples interpretação e a operação hermenêutica do jurista: “Os direitos fundamentais passam a ser concebidos enquanto estruturas linguísticas que possuem uma textura ‘aberta’, funcional, flexível, passível de ser componível hermeneuticamente conforme a necessidade concreta e atual, não formalista.” A Suprema Corte constrói direitos.

O compatriota politicamente ativo chega por vezes a dizer que a lei é aprovada e os tribunais a reinventam. Verifica-se não raro um forte equívoco sobre o constitucionalismo da América, quando se reduz a constituição ao texto de 1787. Entretanto, quando os arautos

politicamente exaltados que defendem a pureza da lei chegam a detalhar supostos fatos de politização da Corte brasileira, eles não são capazes de demonstrar o mínimo discernimento sobre a definição de política e sua relação com o Direito. Trata-se comumente de um discurso não jurídico, tornando-se mero queixume contra a existência da democracia, do STF ou contra este ou aquele ministro. Isto sem falar na vaidade do militante que de tudo sabe.

As cortes legitimamente formulam regras que emergem de casos. Nosso sistema de direito romano é por vezes tomado de forma simplista e acaba por induzir a raciocínios rasos sobre esse assunto, querendo-se imputar impropriedade às cortes judiciais brasileiras nos atos de formular princípios e regras dentro do escopo de uma decisão judicial.

Albert Venn Dicey, no século 19, buscou clarear o estado de direito que deveria ser compreendido mais profundamente, em sua opinião. Ele seleciona precisamente as dificuldades de Tocqueville e destaca uma longa citação. Veja-se o tópico relativo ao amor pela justiça na tradição britânica: “Seus tribunais [dizia Tocqueville dos suíços] não têm lugar nos arranjos políticos do país e não exercem influência sobre a opinião pública”. E conclui sobre o ambiente anglo-americano: “O amor pela justiça, a introdução pacífica e legal do juiz no domínio da política, são talvez as características mais marcantes de um povo livre” - Tocqueville *apud* Dicey.² É extremamente difícil definir a paixão das pessoas por discussões acerca do governo da lei e é vazio de sentido dizer que o problema está na política querendo em verdade manifestar que a decisão não foi a seu gosto. Esse sentimento é tão legitimamente político quanto os pronunciamentos em juízo.

De fato, então, onde está o limite para a atuação em caso concreto? Para Newton Lima, nestes elementos onde deve atuar a reflexão dos juizes: a) Textura aberta da linguagem; b) Funcionalidade da decisão; c) Flexibilidade enquanto hermenêutica aceitável para a passagem entre o caso e a lei. Finalmente, o pesquisador não esqueceu

² Albert Venn Dicey. *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*. London: Macmillan and Co., 1885, p. 170.

de conceitos como concretude e atualidade, o que supera o aspecto do formalismo. A garantia do direito é o que mais importa.

Muitos enfatizam o precedente como uma grande novidade do Código de Processo Civil atual, mas esquecem de dar ênfase a seu enfoque substancialista, em que se privilegia o acordo extrajudicial enquanto elemento crucial para fazer-se presente a atuação da jurisdição. Assim também a superação de pequenos vícios da demanda no pedido inicial e o princípio da cooperação das partes estão ali diretamente abordados no novo diploma processual civil. O juiz é elemento responsável, também ele, para que o contraditório se faça e não haja negativas desnecessárias ao funcionamento da competência jurisdicional. O justo processo legal substitui o estancamento da lide em imbrólios procedimentais. Ao mesmo tempo, mais recentemente, as mudanças processuais na justiça especial do Trabalho não deixaram mais impune o litigante de má-fé.

Embora o comentário acima esteja feito em termos conceituais gerais, o trabalho de Newton Lima é especialmente vinculado a um objeto preciso, a Suprema Corte Federal dos Estados Unidos da América. Lembro que o *Writ of Certiorari* imbricaria a constituição em uma prática difusa de controle, na visão do autor. Conforme diz Lima no último capítulo: “No caso dos EUA, a jurisdição constitucional é exercitada principalmente enquanto controle difuso, sendo por essa via judiscional que atinge a Suprema Corte, manuseando-se um *Writ of Certiorari*, que funciona na prática como recurso apelativo para o tribunal constitucional norte-americano.” O case law estadunidense dá conta de resolver questões judiciais no âmbito da casuística. As *Circuit Courts* operam ainda como filtro importante.

O termo difuso versus concentrado é típico da doutrina brasileira. De 1803 a 1891, temos um período da história da Suprema Corte da América. Depois do *Judiciary Act de 1891*, o controle difuso foi enxuto e não existe mais em seu modelo original. Claro que há sempre a possibilidade de pedir informação mais completa à Corte Constitucional, ou seja, peticionar pela jurisdição constitucional após a decisão da respectiva *Court of Appeals*, num litígio que tenha

se originado numa das 94 cortes distritais. O “céu não é perto” e uma quantidade ínfima de petições à Suprema Corte é apreciada. Isto é quando ocorre o *granting of certiorari*: a Suprema Corte se abre para ouvir o caso e apreciá-lo. Atualmente algo em torno de pouco mais de 1% das petições é discricionariamente objeto de apreciação da Suprema Corte estadunidense.

Razões de política constitucional se mostram imperiosas para uma decisão doutrinária relevante na *U.S. Supreme Court*. Quando há grande impacto público e uma nova mentalidade jurídica se instala na sociedade em anuência à decisão da Corte, estamos diante de um *leading case*, ou ainda similarmente, um *landmark case*. Em verdade, o concentrado e o difuso fariam uma distinção doutrinariamente mais significativa ao tratarmos da inconstitucionalidade da lei *in abstracto*, ou *in casu*.

Assim, recomendo a leitura atenta da introdução do livro de Newton Lima para que não se faça o salto direto ao primeiro capítulo, pois ali ele esclarece instrumentais importantes ao leitor, dentre eles, a distinção entre controle difuso e concentrado. O sistema judicial, a *judicial review* americana, trata sempre de calibrar a vida diária do cidadão com a constituição, promovendo o encontro da doutrina com o caso. Sem o caso, não existe norma constitucional possível, pois as pessoas não vivem nas letras de leis escritas.

Dito isto, é preciso destacar pelo menos o ponto mais central aonde quer chegar o professor Newton de Oliveira Lima. A propositura se concentra na hermenêutica da Constituição em método dito “estruturante”. Neste ponto, temos fundamento em Muller mas considerando ainda as reflexões de Alexy. Não está principalmente preocupado o autor com o debate propriamente das realidades alienígenas, mas com o uso que dele se faz no judiciário nosso, pátrio. Ora, hermenêutica constitucional *in abstracto*? Não, ele almeja o ponto de efetividade dos direitos fundamentais, daí sua elaboração neste livro não ser em tom professoral. Lima fala como especialista que orienta a prática do militante constitucionalista.

É leitura indispensável a todos que desejam compreender o direito em ação. O fenômeno da mutação constitucional não escapa ao autor, embora se diga, não é debate propriamente estadunidense. Dentre outros autores, Uadi Bulos é referência para uma propositura estrutural de criação de direitos que atendam à dinâmica da sociedade brasileira. Conforme as palavras de Newton de Oliveira Lima no quarto capítulo:

Admite-se que a formação da jurisprudência e a relação da Suprema Corte com a estrutura política norte-americana é diferente da relação entre política e jurisdição no Brasil, necessário se faz analisar a adaptação da interpretação política que a construção de direitos deve receber no âmbito da jurisdição constitucional brasileira.

Não quero adiantar toda a elaboração feita em torno da *construction* e os vários pontos de apoio com seus respectivos autores mobilizados por Newton Lima para elaborar sua reflexão original, que já faz algum tempo foi publicada em primeira edição. Entretanto, o autor tinha antecipado no tempo vários pontos da interpretação dos juristas brasileiros acerca da Constituição.

Os professores da América costumam ensinar em sala que a Constituição é o texto original, as emendas e as decisões da suprema corte. Daí a ideia de mutação e de criação de direitos ser natural ao mundo político e intelectual estadunidense. Indiretamente, isso explicaria talvez por que motivo os americanos não têm atenção especial a nenhuma rigidez: eles vivem a constituição como os ingleses num certo sentido, mas não dispensam balizas históricas no processo de diálogo sobre a construção de direitos efetivos. A Suprema Corte americana já errou muito, mas por vezes acertam como em qualquer país. É o mundo sublunar: aqui na Terra é assim. O fato é que muitas realidades nas Américas conformam um plano de circulação cultural. O Brasil não pode dar as costas para a América sob

o sentimento preconceituoso do antiamericanismo, pois são países indissociavelmente, ligados em maior ou menor medida.

Neste sentido, cada vez mais sob a influência das lógicas jurisprudencias, o STF é a constituição e a política constitucional é fenômeno legítimo, perene, porém, delicado e complexo. Não se trata de política no sentido voluntarista, personalista ou partidário. Newton de Oliveira Lima está entre os autores a serem lidos sobre este tema e é por isto que ele operou esta nova edição de indispensável valor. É estudo atual e propositivo. Brilha e merece ser lido.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	29
2. AS FEIÇÕES DA CONSTRUCTION NO DIREITO CONSTITUCIONAL NORTE-AMERICANO	63
2.1. Panorama histórico da suprema corte norte-americana: a interrelação entre direito e política nas suas decisões	65
2.2. Jurisdição constitucional e controle de constitucionalidade nos estados unidos da américa	92
2.3. Tradição e metodologia da <i>construction</i>	103
2.4. Discussão dos métodos hermenêuticos na jurisprudência constitucional estadunidense	116
2.5. Moralidade política e legitimação democrática da atividade hermenêutica do ativismo judicial constitucional	148
3. CORRENTES DA HERMENÊUTICA APLICÁVEIS À JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA	163
3.1. Hermenêutica processualista-democrática da jurisdição constitucional procedimentalista	165
3.2. Hermenêutica construtiva-concretizadora da jurisdição constitucional substancialista	182
3.3. A <i>construction</i> como método hermenêutico aplicável à jurisdição constitucional brasileira	192

4. ATIVISMO JUDICIAL E A CONSTRUCTION NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA	203
5. COMPARAÇÃO ENTRE A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA E A NORTE-AMERICANA	231
6. CONCLUSÃO	243
7. PÓS-ESCRITO SOBRE A ATUALIDADE DA TEORIA DOS VALORES E O DIREITO POLÍTICO-CONSTITUCIONAL	255
7.1 Fundamentos da relação ético-axiológica na era contemporânea	257
7.2 Valor e criação de valores	263
7.3 Kant <i>versus</i> Scheler, Nietzsche e Schmitt: esboço para uma síntese	269
7.4 Bem comum, política e valores	281
7.5 A crítica de Heidegger ao valor e a confrontação com o procedimentalismo constitucional	303
8. REFERÊNCIAS	307

1

INTRODUÇÃO



A ideia de uma jurisdição constitucional passa pela articulação de elementos: 1) Estritamente processuais, como ações e procedimentos previstos diretamente na Constituição ou em leis infraconstitucionais, mas complementares à matéria constitucionalmente prevista, a ser desenvolvidos por cidadãos como garantias de seus direitos; 2) Por competências de julgamento de determinados órgãos jurisdicionais, expostas num quadro de previsão e divisão legal de funções.

A jurisdição constitucional engloba uma série de estruturas de julgamento sobre matérias previstas na Constituição, e cujo núcleo fundamental seriam exatamente os direitos fundamentais do cidadão – inseridos na parte de direitos e garantias das constituições.

Se a jurisdição constitucional está em estrutura de adequação e proteção concretizadora de direitos e garantias fundamentais, implica reconhecer a possibilitação da cidadania e da função social da pacificação de conflitos e de consecução do bem comum como sua meta primacial.

A estrutura normativa que integra a Constituição exprime-se, principalmente, em termos de direitos subjetivos públicos e garantias individuais como corolários destes últimos. As garantias devem ser concretizadas mediante instrumentos do processo constitucional.

A estrutura da garantia constitucional implica, pois, uma esfera judicial constitucional como espaço de processamento das demandas oriundas da constitucionalidade da causa de pedir.

Uma jurisdição constitucional deve, portanto, assegurar acessibilidade ao cidadão a partir da construção de direitos fundamentais oriundos da sua possibilidade de agir.

Deve ainda, a jurisdição constitucional, possibilitar meios de instrumentação e defesa, bem como respostas judicativas condizentes com o nível de exigência das demandas sociais, da cidadania e da dignidade humana – assim far-se-á a construção de uma legitimidade decisória capaz de ser afeita ao reclamo de justiça presente na sociedade (enquanto sentimento difuso de igualdade e de bem-estar das pessoas, ainda que tal conceito do ‘justo’ seja provisório e mutável para as concepções desenvolvidas mais adiante).

Claro que essa processualização de direitos e garantias deve ser construída com fulcro na implantação de formas de participação do cidadão e de democratização em máxima extensão possível da interpretação constitucional, seguindo a ideia de Häberle³.

Ora, a questão central da temática da jurisdição constitucional nas democracias modernas é que deve existir uma abertura de democratização na sua tutela judicial a fim de interligá-la aos processos políticos dominantes socialmente e responder às exigências de implementação de condições de igualdade e oportunidade universais.

Daí a perspectiva discursiva esclarecedora que se busca instituir pela confrontação das concepções substancialista e procedimentalista de jurisdição constitucional, pois a construção da legitimidade do judiciário implica num diálogo com dois caminhos de legitimação: a aceitação de valores formais e procedimentais ‘abertos’ na Constituição, com a processualização de seus conteúdos normativos, e a efetivação de direitos fundamentais por uma atividade hermenêutica construtiva da normatividade constitucional, caso necessário pelo ativismo judicial.

Assim, a hermenêutica da jurisdição constitucional vincula-se genericamente com sua aceitação de concreção de valores constitucionais: se democratizante e processualista, inclina-se mais para uma ideia de jurisdição procedimental, se axiológica e ativista-concretista, aproxima-se da ideia de uma jurisdição substancialista.

Dialogando com os paradigmas de ambas as correntes e suas variações é que se buscará analisar adiante, com a colocação das visões em conflito e as posições de convergência e possibilidades aproximativas de ambas, a referência ao problema central da legitimidade da jurisdição constitucional.

A Constituição é a norma fundamental, ou seja, é nela que se busca o fundamento de validade formal ou lógico-transcendental das normas existentes no ordenamento jurídico, ocupando o último

3 HÄBERLE, Peter. *A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997, p. 38.

escalão da validade do direito positivo na “pirâmide” de Kelsen-Merkel, organizadas segundo a sistematicidade unificante da norma hipotética fundamental. A partir da teoria de kelseniana, concebendo-se uma visão constitucionalista do conteúdo da norma fundamental, toma-se a CRFB como norma conferidora de validade a todo o ordenamento.

Concordando com Jorge Miranda tem-se que conceber a Constituição como conjunto de regras e princípios legais constitucionais, mas sem aderir a um rígido normativismo⁴ (o que tornaria a hermenêutica constitucional abstrata), todas as normas jurídicas devem guardar relação de compatibilidade com a norma constitucional, sob pena de nulidade ou de controle de constitucionalidade.

Na verdade, como bem assentado pelo princípio da supremacia da Constituição, todas as normas que integram a ordenação jurídica nacional só serão válidas se pertinentes com as normas da CRFB.

No sistema constitucional brasileiro está presente a característica da rigidez da CRFB, sobressaindo-se sua força pelo referido princípio da supremacia das normas constitucionais, que é como uma pedra angular em que assenta o edifício do direito político.

Com o escopo de assegurar essa supremacia constitucional, há previsão na própria CRFB de toda uma sistemática voltada a controlar a constitucionalidade da ordem jurídica, tanto no que concerne ao controle da constitucionalidade propriamente dito, como no tocante à tarefa específica de dar efetividade às normas constitucionais, principalmente àquelas que congregam os direitos fundamentais, núcleo normativo da CRFB.

Quanto à inconstitucionalidade, podemos dizer que consiste na incompatibilidade do conteúdo de determinado ato normativo ou comportamento regulado de acordo com dada normatividade, ou do seu processo de elaboração com a CRFB.

Atualmente sustenta-se que a inconstitucionalidade pode ser a ação ou omissão que ofende, no todo ou em parte a CRFB. Em outros

4 MIRANDA, Jorge. *Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p.12.

termos, há também inconstitucionalidade quando ocorre a omissão do Poder Público que deixa de regulamentar dispositivo constitucional⁵.

A incompatibilidade entre uma conduta positiva exigida pela constituição e a conduta negativa do Poder Público omissivo, configura-se na denominada inconstitucionalidade por omissão⁶.

Pode-se dizer que a inconstitucionalidade se caracteriza pela violação de normas constitucionais em geral e, mais importante, pelo ataque ou não efetivação das normas de direitos fundamentais. Violar direitos fundamentais trata-se de uma inconstitucionalidade de âmbito maior ou mais grave.

A ideia de uma jurisdição constitucional surge exatamente onde ocorre a necessidade de corrigir os rumos do direito, verificando constantemente sua pertinência com o sistema jurídico-constitucional e com os fins políticos maiores insculpidos na CRFB, expressos nos princípios dos arts. 1º, 3º, 5º, 6º, dentre outros: dignidade da pessoa humana, legalidade, república democrática, devido processo legal, direitos sociais etc.

Como assera Hage⁷ a jurisdição constitucional assomou no contexto da juridicidade como garantia de subordinação do poder estatal, notadamente o executivo, à vontade constituinte; representa uma garantia frente a eventual poder legislativo que poderia promulgar leis, em algum sentido, consideradas injustas, isso de um ponto de vista axiológico da Constituição, a qual baseia o modelo de organização política e jurídica da sociedade.

Como coloca Miranda⁸, o importante é que a jurisdição constitucional consiga garantir a efetividade da norma constitucional.

Com esta finalidade de sanar o vício de inconstitucionalidade e aplicando a sanção de nulidade ao ato normativo inconstitucional, existe o controle de constitucionalidade, que no ordenamento pátrio

5 HAGE SOBRINHO, Jorge. *Omissão Inconstitucional e Direito Subjetivo*. Brasília: Brasília Jurídica, 1999, p. 115.

6 Id. *Ibid.*, p.117-118.

7 Id. *Ibid.*, p.115-116.

8 MIRANDA, Jorge. *Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p.220.

adquire feições peculiares em relação a sistemas de controle de outros países, mas basicamente o sistema brasileiro segue os métodos ou sistemas para o exercício do controle repressivo de constitucionalidade: o concentrado e o difuso.

No Brasil, adotou-se um sistema de controle de constitucionalidade que, quando exercido pelo Poder Judiciário, inspira-se, basicamente, em dois modelos distintos: na concepção dita *norte-americana*, tem-se o controle difuso, que se manifesta de forma incidental, concreta, realizado pelo judiciário através de variados mecanismos processuais.

Já a outra modalidade de controle, dita europeia, teve inspiração em Kelsen, criador do controle concentrado de constitucionalidade, tendo sido adotado na Constituição Austríaca, em 1927⁹. Por este meio, ataca-se diretamente o ato normativo, independentemente da existência de um caso concreto, objetivando a exclusão deste do ordenamento jurídico. O objeto principal da ação é a própria declaração de inconstitucionalidade da norma.

A ideia do controle de constitucionalidade realizada difusamente por todos os órgãos do judiciário, como observa Moraes¹⁰, possui sua previsão primeira no caso *Madison v. Marbury*, em que o magistrado Marshall da Suprema Corte norte-americana afirmou que compete ao judiciário a interpretação e aplicação da lei.

No caso do controle difuso, a questão constitucional suscitada não é o objeto principal da lide, mas obstáculo que se impõe ao julgamento final do mérito. Somente é exercitável perante um caso concreto, ou seja, não se pode arguir diretamente a norma, estando sua interpretação condicionada à resolução de um caso prático.

O controle difuso possui como marco definidor de sua natureza a possibilidade de ser concretizado em todos os escalões da judicatura, diante de um determinado caso concreto e no âmbito do mesmo se decidirá sobre a pertinência de determinado ato com a Constituição,

9 Id. *Ibid.*, p.89.

10 MORAES. Alexandre de. *Direito Constitucional*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 587.

isso enquanto questão preliminar imprescindível à apreciação judicial da demanda concreta¹¹.

No controle difuso a declaração de inconstitucionalidade não exprime o escopo primordial da lide, convolvendo-se em questão acessória, ou seja, não é elemento de disputa de direito material de que dependa o *decisum* judicativo a ser proferido no âmbito processual, apenas consistirá em parte da estrutura motivadora da decisão enquanto apreciação judicial incidental para o caso concreto.

O decisório judicial constituído em processo que incida controle difuso de constitucionalidade faz coisa julgada entre as partes e com relação restrita ao caso concreto litigado em juízo, não vinculando decisões outras, exceto se o tribunal constitucional resolver estender efeitos, o que atualmente representa uma tendência jurisprudencial.

O ato normativo eivado de inconstitucionalidade declarada difusamente, somente poderá ter suspensa sua execução se a inconstitucionalidade seja definitivamente abrigada pela tutela do Supremo Tribunal Federal e, posteriormente, a edição de resolução do Senado, em vista da norma do artigo 52, inciso X, da CRFB, gerando efeito de inconstitucionalidade *ex nunc* sobre a lei declarada inconstitucional, depois com o necessário aforamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade para complementar o processamento da inconstitucionalidade da norma objeto da declaração, obter-se-ia o efeito *ex tunc*¹².

Já em sede de controle concentrado de constitucionalidade, busca-se obter a declaração de inconstitucionalidade de um ato normativo em tese, de modo independente à existência de uma disputa concreta entre partes processuais.

No controle concentrado de constitucionalidade, o próprio objeto da ação intentada será a inconstitucionalidade do ato, que deverá ser declarada no decisório, isto em sede de julgamento principal.

11 SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 53-54.

12 STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica- uma nova crítica do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p.858.

O controle judicial abrange a Ação Declaratória de Constitucionalidade, a Reclamação perante o STF, a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Ação e Omissão, a Ação Direta Interventiva e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental¹³.

É preciso asseverar que as ações constitucionais especiais previstas na própria Constituição de 1988 também funcionam como instrumentos de controle de constitucionalidade, como aponta Mendes¹⁴, tais como Habeas Corpus, Habeas Data; Mandado de Segurança Individual e Coletivo; Mandado de Injunção; Ação Popular.

Todo sentido e a eficácia de uma jurisdição constitucional, na democracia, implica em reconhecer a prevalência desses direitos como fundamentos de co-legitimação da atuação estatal, diz-se co-legitimante porque a legitimação da jurisdição constitucional deve ser afeita também ao reconhecimento do papel do processo legislativo de condensar na nomogênese os fatores políticos e a discussão política definitórias da atuação estatal enquanto discussão jurídico-político-axiológica processualizada nos marcos democráticos, são os aspectos constitutivos da legitimidade do “modelo constitucional processual democrático”¹⁵.

Afinal, se a teoria da separação dos poderes ainda pode pontificar é em torno na divisão de funções do Estado enquanto instrumentos de garantia da legitimidade democrática na defesa dos direitos fundamentais e dos processos de participação democrática e de cidadania ativa, e não do rígido aferramento do exercício de funções estáticas e pré-estabelecidas, nem muito menos na ideia de uma sobreposição de uma função de poder sobre a outra, gerando um ‘judiciário’ ou um ‘legislativismo’ unilateralistas e autocráticos, a questão é encontrar um equilíbrio entre jurisdição constitucional com

13 Id. *Ibid.*, p. 541.

14 MENDES, Gilmar Ferreira. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental (I)* (§ 1º do art. 102 da Constituição Federal). Revista Jurídica Virtual, n.07, dezembro/99, p.1. Disponível no site <http://www.planalto.gov.br>. Acesso: 05 de dezembro de 2008.

15 LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Processual da Decisão Jurídica*. São Paulo: Landy, 2002, p.194.

elemento de poder contra-majoritário e hermenêutico e os processos linguístico-democráticos que realizam a crítica ao poder.

Como preconiza Binenbojm¹⁶ a predominância da Constituição e da jurisdição constitucional são meios com que certos princípios e direitos, tomados como inalienáveis pelo poder constituinte originário, são retirados do campo decisório comum dos agentes políticos com mandato popular, sendo resguardados pelos mecanismos de controle de constitucionalidade da legalidade e dos atos administrativos.

A jurisdição constitucional é, portanto, uma instância de poder contramajoritário, no sentido de que sua função é mesmo a de anular determinados atos votados e aprovados, majoritariamente, por representantes eleitos.

Nada obstante, entende-se, hodiernamente, que os princípios e direitos fundamentais, constitucionalmente assegurados, são, em verdade, condições estruturantes e essenciais ao bom funcionamento do próprio regime democrático; assim, quando a justiça constitucional anula leis ofensivas a tais princípios ou direitos, sua intervenção se dá a favor, e não contra a democracia. Esta é a maior fonte de legitimidade da jurisdição constitucional.

A polêmica entre Habermas e Dworkin estudada por Binembojm¹⁷, o primeiro defendendo que os direitos fundamentais são expressão da discursividade democrática processualizada no espaço público e o segundo afirmando a gestação dos direitos fundamentais a partir do reconhecimento e aplicação de princípios morais e axiológicos comuns à determinada sociedade que é básica na construção dos direitos fundamentais.

Gustavo Binenbojm¹⁸ invoca a possibilidade de convivência da ideia de democracia processualizada em Habermas com a congregação de princípios morais determinantes na acepção de Dworkin, pois é lícito asseverar que as razões filosóficas de Dworkin

16 BINENBOJM, Gustavo. *A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 224.

17 BINENBOJM, op. cit., p.117-118.

18 BINENBOJM, op. cit., p. 117-118.

e Habermas sobre a jurisdição constitucional, mesmo desenvolvendo-se com fundamentos filosóficos diversos, acabam por apresentar vários pontos de cruzamento, isto porque só existe democracia com resguardo dos direitos fundamentais, mas também deve haver aberturas a canais de expressão para a concretização de tais normas de direitos fundamentais pela ação participativa do cidadão.

A função da jurisdição constitucional assoma como de relevância prevalente, haja vista, nesse processo de proteção da constitucionalidade, o exercício de uma jurisdição dessa natureza implica no reconhecimento das questões políticas a serem tratadas pelas Cortes Constitucionais.

Entende Binjenbojm¹⁹ que o projeto de juridicização da realidade política não se exaure na promulgação da Constituição, mas continua na atividade das Cortes Constitucionais, ao fortalecer a racionalização do debate político, possibilitando que algumas questões tradicionalmente resolvidas no campo das disputas de poder sejam tratadas como questões de direito.

O fato é que para Habermas e Dworkin direitos fundamentais são basicamente princípios normativos portadores de efetividade direta no sistema jurídico por serem normas jurídicas de natureza mais elevada e não “valores políticos”.

Hage²⁰ assevera, com acerto, que tanto para Habermas como para Dworkin, os princípios são, em geral, ‘normas’ de mais elevado patamar, por meio dos quais outras normas podem ser justificadas, possuindo um sentido deontológico, ao passo que os valores têm um sentido de realizabilidade teleológico, universal e *a priori* não redutível a normas estrito senso de nenhum sistema jurídico. Os valores devem ser compreendidos como preferências intersubjetivamente vivenciadas, mas as normas portam pretensão de validade binária, sendo legítimas ou ilegítimas²¹.

19 BINENBOJM, op. cit., p. 118.

20 HAGE SOBRINHO, Jorge. *Omissão Inconstitucional e Direito Subjetivo*. Brasília: Brasília Jurídica, 1999, p. 97.

21 HAGE, op. cit., p. 97.

Asserta o próprio Habermas que princípio é “metanorma, da qual as normas podem ser geradas”²². Essa posição da sociologia habermasiana condensa e reforça a teoria dos direitos fundamentais como teoria principiológico-normativa, mas sem excluir concomitantemente a ideia de um refazimento dos contornos dos referidos direitos como direitos construídos linguisticamente e dialeticamente no espaço da crítica democrática, o que está presente em autores que, assim como Habermas, preconizam uma esfera constitucional processualista-democrática²³.

No entanto, urge reconhecer que existe uma carência de instrumentos processuais adequados à proteção direta dos direitos fundamentais consagrados constitucionalmente, seja os direitos individuais, sociais, de participação democrática ou os referentes ao acesso do cidadão aos bens histórico-culturais, cibernéticos e ecológicos.

O manuseio dos próprios instrumentos de realização da jurisdição constitucional está mal estruturado em função da tendência da concentração de poderes pelo STF, pela ainda modesta utilização pelos cidadãos das ações constitucionais especiais supracitadas, pela presença de um formalismo anti-democrático que não admite a legitimação para a propositura de muitas ações constitucionais pelo cidadão comum, restringindo excessivamente a legitimação para poucos entes institucionais ou indivíduos²⁴, enfim, pela limitação hermenêutica dos intérpretes constitucionais, tanto no manejo dos instrumentos processuais como na acanhada visão hermenêutico-concretizante dos direitos fundamentais que não abre a interpretação à comunidade dos intérpretes (cidadãos).

É considerando, exatamente, a processualidade democrática que Leal²⁵ caracteriza a teoria da constituição pós-moderna,

22 HABERMAS, Jürgen. *A crise de legitimação no capitalismo tardio*. Tradução de Vamireh Chacon. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002, p.113.

23 LEAL, op. cit., p. 191.

24 STRECK, op. cit., p. 812.

25 LEAL, op. cit., p. 181.

preconizando amplo acesso do cidadão para também realizar controle de constitucionalidade, deveria poder qualquer do povo propor a arguição, com fundamento de se conceder um acesso irrestrito, direto e individual ao Supremo Tribunal Federal.

Para essa concepção de radicalização democrática da interpretação constitucional a limitação que a Lei 9.882/99 impôs à ampla maioria dos cidadãos²⁶ do manuseio do controle de constitucionalidade é incompatível com uma visão 'aberta' da ordem jurídica. Por esse raciocínio com a não extensão ao cidadão comum do direito de interpor a ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental perdeu-se importante momento de modificar a estrutura elitista da ordem constitucional brasileira.

Portanto, necessário se faz o fomento de pesquisas de metodologias de interpretação jurídico-constitucionais que revelem instrumentos jurídicos de efetivação maximizada dos direitos fundamentais.

Entende-se que pelo ativismo judiciário, enquanto instrumento de controle judicial ligado ao modelo substancialista, pode-se contribuir com a pesquisa de metodologias de construção de direitos evitando os procedimentos abstratos e generalizantes de controle de constitucionalidade, concentradores de poderes e não observadores do aspecto difuso e individualizado das demandas concretas e sua necessária vinculação à concreticidade dos direitos fundamentais.

Decorre dessa necessidade de pesquisa, também no âmbito do direito comparado, da reflexão e ampliação de remédios processuais e de métodos hermenêuticos na defesa das liberdades fundamentais, como o diálogo que se pretende realizar na presente obra com o sistema de controle de constitucionalidade estadunidense.

O que se propõe é que a interpretação dos direitos fundamentais pela jurisdição constitucional dê-se em sentido de concretização como possibilidade de construção judiciária em casos omissos ou contraditórios de incidência das leis constitucionais, que é a defesa do

26 LEAL, op. cit., p. 178-179.

método da construção judicial da norma constitucional, metodologia hermenêutica típica da jurisdição constitucional norte-americana, inquirindo como tal metodologia hermenêutica constitucional pode ser aplicada no Brasil.

Esse debate estará presente no decorrer de toda a obra entre a visão paradigmática democrático-processual (procedimentais) de interpretação constitucional, e a visão hermenêutica, em geral concretizante, a qual defende a jurisdição constitucional e o controle de constitucionalidade.

A jurisdição constitucional é concretizadora dos direitos fundamentais e protetora dos desvios na sua implementação no processo aplicativo. Apregoou-se também a necessidade de uma conjugação no âmbito da jurisdição constitucional, entre um paradigma hermenêutico, assentado na constitutividade de princípios jurídico-morais e a visão democratizante, assegurada pela autorreferência democrática da sociedade na definição de direitos fundamentais, o que implica na divisão de tarefas entre a linguagem produtiva e crítica de normas no campo democrático (incluindo aí o espaço político-legislativo e o espaço de participação popular) e a atividade hermenêutica que congrega valores e princípios, regras e *standards* (modelos) de interpretação fixados no âmbito do sistema e protegidos pela ação judicativa da jurisdição constitucional.

O fato é que se debate a efetividade, pela jurisdição constitucional, dos direitos fundamentais, mas cabe ainda um questionamento acerca da sua fundamentação, o que nesse sentido pode-se buscar em um breve histórico e análise dos fundamentos dos referidos direitos.

Os direitos fundamentais possuem relevância para o cidadão na medida em que são direitos subjetivos básicos que garantem um respeito mínimo às pessoas humanas, protegendo-as das ingerências do poder.

Quando falha a proteção proporcionada por esse conjunto de direitos assim chamados de fundamentais, pois norteiam bens jurídicos essenciais no âmbito da sociedade, as pessoas ficam extremamente

vulneráveis e desrespeitadas em suas condições minimamente dignas de existência.

A proteção aos direitos humanos e sua fundamentação - a dignidade pessoal na ordem jurídica, deve ressaltar que o estatuto jurídico das pessoas humanas é também de prioridade essencial na esfera das atividades do Estado (obrigação de proteção e assistência integrais ao cidadão). Embora seja discussão de ampla repercussão filosófica e jurídico-moral, é preciso trabalhar um ponto de partida para a discussão em torno do estatuto jushumanitário. O ordenamento jurídico deve adotar sempre uma dada visão apriorista sobre o que pode significar essa visão pré-humanista.

A CRFB foi primorosa ao tutelar os direitos do cidadão brasileiro, dispondo em uma multiplicidade de normas-garantias que em parte compõem e, por outro aspecto, protegem abrangentemente os direitos fundamentais.

Tão complexa é a questão dos direitos fundamentais, que a discussão acerca da sua fundamentação é longa, ensejando várias posições e definindo correntes as mais diversas no contexto da teoria jurídico-filosófico-constitucional.

Assim, como posição básica, a corrente que apregoa uma fundamentação filosófica, que seria um jusnaturalismo de cunho assim chamado de 'metaético' como na visão jusnaturalista tradicional, que preconiza uma fundamentação dos direitos humanos em valores absolutos; nessa corrente se pautam as correntes axiologistas de fundo axiológico 'absoluto' e 'intuitivo' e de origem geralmente cristã. O problema dos direitos humanos é, ou superado pelos valores transcendentais do cristianismo ou subjulgado pelos valores cristãos tradicionais e morais em detrimento do que possam considerar uma ética humanista; de modo geral - seja cristã ou não, éticas transcendentais de fundo religioso, estão mais alinhadas como metafísicas de cunho espiritual ou finalístico-transcendente, e não como valorização do homem na História e sua liberdade digna e autônoma, calcada principalmente na virada kantiana humanista da ética no século XVIII.

No entanto, como contraponto crítico a esse posicionamento e que vem direcionando os debates em torno da acepção do que sejam os direitos fundamentais, é que para sua caracterização integram-se fatores provenientes da ética, da política, da linguística, da cultura, da filosofia, numa visão interdisciplinar das problemáticas do Direito na atualidade.

Assim, a tarefa de realizar um panorama das principais tendências contemporâneas da jusfilosofia como embasamento dos direitos fundamentais implica examinar vários posicionamentos de fundamentação jurídica, pode-se colocar que a dignidade humana deve necessariamente ser um conceito linguístico e axiológico que possa congrega diversas correntes de pensamento, e que o seu resguardo pela positividade jurídica constitui importante passo para a formação de um Direito integrado em função da legitimidade democrática que deve possuir.

Como núcleo essencial desses direitos está o princípio da dignidade da pessoa humana, que é a síntese da proteção do ser humano na ordem jurídica e que consiste no mais importante fator a ser levado em conta na atuação do Estado. Quando o Poder Público eventualmente fere esses direitos fundamentais e, principalmente, o da pessoa humana, ele se torna contrário aos ditames preceituais constitucionais centrais e, portanto, está sujeito ao controle de constitucionalidade.

Assim, a adoção de instrumentos de garantia estruturados em função da hermenêutica constitucional (construção de direitos), é que se poderá reconhecer à pessoa humana os direitos fundamentais que lhe são inerentes, pois sem instrumentalização dos direitos fundamentais em verdade estar-se negando a própria dignidade humana.

Já para Silva²⁷ o conceito de dignidade da pessoa humana incita uma concepção axiológica que leve em consideração seu

27 SILVA, op. cit., p. 106.

sistema normativo e constitucional e não uma acepção de valor aprioristicamente concebida do que é a natureza do ser humano.

Não é mais possível a concepção de direito tradicional essencialista e jusnaturalista da dignidade sem vinculá-la prioritariamente aos aspectos metodológicos de sua cognição e processualistas de sua garantia, a ideia de valor é ampla demais para uma sociedade democrática pluralista, a ideia de essência moral pode parecer moralmente vinculada a apenas a alguns grupos que acreditam em dados valores, assim, a concepção de ser humano para a ordem jurídica fica entre um conceito provisório e consensuado juridicamente com base em certa doutrina, e a luta jurisdicional para a construção desse conceito, que envolve diversas disputas de valor e a função integradora do judiciário constitucional sobre a luta política ou político-axiológica expressa nas díspares posições axiológicas no espaço público, onde se faz a construção da tolerância ou da rejeição de certos valores públicos, democracia é a capacidade de convivência institucional entre essas diferenças.

Partindo da constatação de que os atuais problemas do conhecimento jurídico se voltam para a análise da linguagem, o estudo da linguagem para a problematização do Direito é de fundamental relevância para o entendimento do fenômeno jurídico e sua incidência regulatória na realidade social.

Estatuindo esses pressupostos críticos sobre a acepção dos direitos fundamentais, deve-se preconizar uma visão problematizadora dos conceitos e modelos jurídicos estanques que explicam os mesmos, herança do dogmatismo jurídico positivista e da filosofia metafísica.

Assim, as novas correntes jurídicas da contemporaneidade, com a 'teoria crítica' jurídica (neomarxismo, pós-modernismo etc.) e as visões processualista-democráticas do direito (Alexy, Ely, Nino, Rawls, Habermas etc.), pautam-se numa visão acentuadamente não essencialista da concepção de dignidade humana e dos direitos fundamentais²⁸, pelo que se deve permear a análise por um pensamento

28 LEAL, op. cit., p.38.

crítico que considere a dialética, a hermenêutica e linguística por metodologia, que busque a reconstrução da concepção de dignidade humana nos moldes traçados pela estrutura histórica, discursiva e crítico-democrática, não os concebendo como modelos não históricos.

A dimensão principiológico-normativa dos direitos humanos, por exemplo, deve ser valorizada. Afinal, não se concebe os direitos fundamentais sem levar em conta sua normatividade constitucional essencial, como alerta Hesse²⁹.

No entanto, nem essa previsão constitucional nem a própria proteção legal parecem ser suficientes para que os direitos fundamentais sejam efetivamente tutelados no âmbito do social, principalmente diante da inércia do legislador ordinário, surgindo então a necessidade de tornar eficaz direitos já consagrados por nosso sistema normativo, principalmente no plano dos direitos humanos e sociais insertos na CRFB³⁰, que logo no Preâmbulo preceitua “(...) assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceito”.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 normatizou em nível de legislação universalmente paradigmática congregando direitos personalísticos, históricos, políticos, econômicos e culturais³¹.

Conforme Faria³² os direitos fundamentais previstos em normas programáticas deveriam ser protegidos de modo abrangente e decisivo, efetivando a respeitabilidade sistemática da ordem jurídica.

Faria considera que, em geral, as declarações de direitos terminam por adquirir apenas uma função tópica, retórica e

29 HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991, p.3.

30 BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2007, p.4.

31 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1995, p.45.

32 FARIA, José Eduardo. *Direitos Humanos, Sociais e Justiça*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 97-98.

ideológica. O fito delas acaba por ser não as implementações de justiça substancial, nem minorar as desigualdades sociais, mas tão somente instaurar as construções simbólicas de aceitação acrítica da ordem jurídica pela população.

O fato é que as declarações de direitos humanos tendem a ficar apenas no plano ideológico, uma vez que a ausência de regulamentação e as dificuldades de concretização os tornam materialmente ineficazes.

É exatamente este ponto que merece atenção, pois de nada adianta a existência de um texto constitucional extremamente avançado em questões referentes aos direitos humanos e sociais, se não há mecanismos que os tornem viáveis, terão apenas ‘constitucionalização simbólica’³³ e não normatividade incidente aplicada.

Faz-se necessária uma abordagem materialmente garantista dos direitos fundamentais, por isso as constituições contemporâneas tutelam os direitos inseparavelmente de suas garantias. Analisando o tema, Bonavides³⁴ assevera que as garantias servem para assegurar a fruição dos bens e valores previstos constitucionalmente.

As garantias tanto podem ser próprias da Constituição, como dos direitos subjetivos expressos ou outorgados. Garantias qualificadas ou de primeiro grau, conforme ressaltou Bonavides³⁵, são aquelas que impedem o legislador constituinte, ou seja, o titular da reforma constitucional, alterar cláusulas que o texto constitucional da CRFB conferiu uma proteção máxima.

O fato é que os direitos fundamentais guarnecem princípios e valores da Constituição. São garantias contra a eventual mutação constitucional feita por interesses políticos momentâneos que poderiam suprimir valores centrais da democracia, como também norteiam a atuação do poder constituinte derivado, pois com a mutação axiológico-político-material das normas constitucionais³⁶

33 NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização Simbólica*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007, p.148.

34 BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p.482.

35 BONAVIDES, op. cit., p. 488-489.

36 BULOS, op. cit., p.121.

não se pode deixar de efetivar os direitos fundamentais, ao contrário, deve-se efetivá-los o maximamente possível.

Assim sendo, pode-se assertar que as propostas de hermenêutica constitucional como meio de controle de constitucionalidade concedem efeito de defesa e concretização dos direitos fundamentais, dirigindo a atuação do Poder Público em prol do bem comum exercitado dentro de um direcionamento efetivador de direitos fundamentais.

É preciso conceber também que os direitos fundamentais não existem só explicitamente no seio do texto literal, explícito da Constituição. Primeiro, porque por via formal o Estado brasileiro pode ratificar outros diplomas normativos que prevejam direitos humanos em outras ordens de juridicidade e recepcionar suas normas no sistema brasileiro, a partir do art. 5º, § 2º, da CRFB, que dispõe: “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Existe mesmo uma abertura no sistema da ordem jurídica pátria para os direitos fundamentais que estejam construídos a partir de um processo hermenêutico construtivo que como prevê o parágrafo segundo do artigo 5º da CRFB decorrem do regime e dos princípios constitucionais³⁷, o que implica reconhecer que a tarefa de construção

37 Nesse sentido a lição de SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2005, p. 95: “em primeiro lugar, da expressão literal do art. 5º, §2º, da CF, que menciona, de forma genérica, os ‘direitos e garantias expressos nesta Constituição’, sem qualquer limitação quanto à sua posição no texto. Em segundo, lugar (mas não em segundo plano), da acolhida expressa dos direitos sociais na CF de 1988, no título relativo aos direitos fundamentais, apesar de regradados em outro capítulo, inserindo a nossa Carta na tradição que se firmou no constitucionalismo do segundo pós-guerra, mas que encontra suas origens mais remotas na constituição mexicana de 1917 e, com particular relevo, na constituição mexicana de 1917; na Constituição alemã de 1919 (Constituição de ‘Weimar’). Da mesma forma, virtualmente pacificada na doutrina internacional a noção de que – a despeito da diversa estrutura normativa e de suas consequências jurídicas – ambos os ‘grupos’ de direitos se encontram revestidos pelo manto da ‘fundamentalidade’. Por derradeiro, é evidente que a mera localização topográfica do dispositivo no capítulo I do título II não pode prevalecer diante de uma interpretação que, particularmente, leve em conta a finalidade do dispositivo”.

de direitos seja feita a partir da matriz paradigmática e sistemática estabelecida no próprio diploma constitucional, dentro de uma visão sistêmica instrumentalizada pela hermenêutica política que filtre as mutações constitucionais como fonte de apreensão de sentido dos direitos estatuídos ou que, em consonância com o sistema de direitos e valores dominantes, possa construir direitos que explicitamente não estejam no texto normativo da Constituição.

A construção de direitos fundamentais deve estar ancorada em princípios, que são estruturas normativas abertas, estruturantes de outras normas, pautas de nível interpretativo em relação à normatividade primária; são *standars* (modelos) jurídicos de nível superior que se diferenciam de normas comuns, como leciona Dworkin³⁸. São proposições que descrevem direitos para casos difíceis.

Para Alexy³⁹ princípios são mandatos de otimização de valores que estão como o norte do ordenamento. Existem valores superiores inseridos na Constituição que devem ser orientadores da aplicação dos princípios e balisamentos primordiais na concretização constitucional levada a cabo pelo judiciário. Instrumentalizam e ampliam o poder de normatização do ordenamento jurídico-constitucional.

No entanto, valores carecem de uma estrutura na positividade jurídica, pois são por natureza universais e ideais. Os valores presentes como princípios no ordenamento estariam conjugados aos direitos fundamentais e, dessa forma, seriam fins supremos do ordenamento. No entanto, o juiz somente pode aplicar fórmulas jurídicas traduzidas em normas no ordenamento.

O fato é que a institucionalização em nível normativo de valores quando estes são concebidos por modelos não discursivos (linguisticamente normativo, portanto) é perigosa como demonstra Alexy⁴⁰, haja vista o fato de que valores devem ser concebidos dentro

38 DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 151.

39 ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*. Tradução de Zilda Hutchinson Schild da Silva. São Paulo: Landy, 2001, p. 48.

40 ALEXY, op. cit., p. 48.

de um paradigma racional: o tribunal constitucional deve concretizar os direitos fundamentais não a partir de uma visão intuicionista dos valores tomando estes por objetos ideais ou absolutos em sentido filosófico, mas como normatividade concretizável e linguisticamente controlável.

Alexy⁴¹ rechaça a tese de conhecimento intuicionista dos valores (Max Scheler, Rudolf Smend etc.), refuta ainda a visão de valores como fins máximos (fundamentos metafísicos do direito) a ser atingidos, porque deve haver a manutenção da liberdade racional e crítica como atividade linguística de fundamentação racional da opção por valores que operem sobre a base normativa dos direitos fundamentais.

Assim, as funções dos direitos fundamentais em relação a uma hermenêutica instrumental para o controle de constitucionalidade, podem ser resumidas nos seguintes pontos:

1. Os direitos fundamentais são os objetos centrais do controle de constitucionalidade, pois enquanto fundamentos da ordem constitucional devem prioritariamente ser protegidos pela jurisdição constitucional;
2. Os direitos fundamentais são portadores de uma natureza normativa e principiológica que lhes assegura uma textura linguística 'aberta', indeterminada, não literal, e modificações de sua incidência normativa, associada que está pela aplicação da norma como um sentido de concreticidade na esfera sociocultural, refletindo a mutação informal ou material sobre os significados do texto normativo da Constituição. Os direitos fundamentais se abordados e fundamentados sob um viés de cunho filosófico-ideológico absolutista, objetivista rígido e de fundo geralmente religioso, levando a 'ordens de valores materialmente incidentes'⁴², perdem a funcionalização e a flexibilidade,

41 Idem Ibidem.

42 Veja-se a crítica de CANOTILHO, J.J. *Direito Constitucional*. Lisboa: Almedina, 2000, p. 1303.

obscurecem o sentido linguístico de sua estrutura legal e a abertura hermenêutica de seu deve-ser, daí porque uma acepção histórico-dialética, democrática e linguística de tais direitos é preferível a uma acepção fechada, apriorística, hermeneuticamente intuitiva ou espiritual. Nesse sentido, Canotilho⁴³ critica Rudolf Smend e a concepção deste de uma ‘ordem concreta de valores constitucionais’ como base dos direitos fundamentais. Observe-se também a crítica de Alexy⁴⁴ aos processos intuitivos ou emocionais de apreensão de valores, e a proposta racionalista (discursiva argumentativa) e linguística alexyana de perscrutação cognitiva dos valores.

3. Os direitos fundamentais também não devem se prestar a declarações retóricas ou demagógico-populistas em textos constitucionais, mas devem ser entendidos como garantias do cidadão contra o arbítrio, contra a concentração de poderes e a não efetivação de normas constitucionais;
4. Os direitos fundamentais devem ser tomados numa acepção de superlegalidade, de norteamentos paradigmáticos para a interpretação do ordenamento jurídico;
5. Os direitos fundamentais não consistem apenas naqueles presentes explicitamente no texto constitucional, mas também os que são decorrentes da interpretação sistemática da Constituição, da visão concretizadora dos mesmos a partir da mutação constitucional e de um sentido que congregue os valores políticos dominantes na sociedade (*construction*). Uma interpretação concretizadora trabalha com direitos fundamentais como princípios abertos a novas sínteses de sentido e eficácia, e não como normas constitucionais definitivas, pré-decidas no sistema constitucional sem a legitimação e reconstrução discursiva acessível amplamente

43 CANOTILHO, op. cit., p. 1303.

44 ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*. Tradução de Zilda Hutchinson Schild da Silva. São Paulo: Landy, 2001, p. 48.

pelos cidadãos⁴⁵ através do processo constitucional ou num sentido de abertura hermenêutica concretizadora pela criação judicial, como fez a tradição da construção de direitos fundamentais na jurisprudência constitucional norte-americana.

O fato é que as concepções teóricas sobre os direitos fundamentais no Brasil não são adequadas para uma hermenêutica, pois os métodos de efetivação pela jurisdição constitucional dos direitos fundamentais prosseguem com um tratamento político-retórico, objetivando tão somente a um enaltecimento discursivo com fins de obtenção de legitimação formal da ordem jurídica, sem que esta funcione como ordem normativa destinada à resolução dos problemas sociais crecentes e diversificados.

Há uma carência na vinculação entre a atividade judiciária constitucional e a interpretação dos direitos fundamentais mediante a adoção de métodos hermenêuticos que prevejam sua eficácia e um papel de resolutividade do judiciário em relação às aporias e lacunas do contexto de interpretação. A discussão em torno do ativismo judicial e sua aplicabilidade à jurisdição constitucional começam nesse ponto.

O ativismo judicial coloca-se como problema de concepção hermenêutica e de papel político-institucional do judiciário dentro do horizonte do Estado de Direito principalmente no século XX. O dilema de coexistência entre o Estado-juiz e o Estado-legislador de um lado, e Estado-sociedade democrática do outro implica em reconhecer mudanças e tentar aperfeiçoar insuficiências no âmbito do papel jurídico-estatal de normatização da conduta humana.

A separação das esferas estatais já não pode ser entendida como na visão de Montesquieu, no sentido de uma tripartição estanque de funções do judiciário. No dizer de Cappelletti⁴⁶:

45 LEAL, op. cit., p.68-69.

46 CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1993, p.52.

De um lado, existe o gigantismo do Poder Legislativo, chamado a intervir ou a ‘interferir’ em esferas sempre maiores de assuntos e de atividade; de outro lado, há o conseqüente gigantismo do ramo administrativo, profunda e potencialmente repressivo (...) As sociedades mais sãs esforçaram-se e se esforçam por encontrar a cura desses desenvolvimentos, potencialmente patológicos. (...) A justiça constitucional, especialmente na forma do controle judiciário da legitimidade constitucional das leis, constitui um aspecto dessa nova responsabilidade.

O ativismo passa pela perspectiva de construção ou criação de normas para casos concretos, extensíveis ou não *erga omnes*, pelo julgador. Se o juiz é membro de uma carreira típica de Estado, o ativismo deve ser compreendido, previamente, como um fenômeno que indica um problema da relação Estado-sociedade e das fases críticas do ente estatal, buscando conceder uma resposta às demandas sociais por meios não convencionais, que modificam a tradicional divisão tripartite do Estado de Direito.

A crise do Estado liberal e do liberalismo econômico desde 1929, por exemplo, levou o judiciário a colocar-se diante da questão dos direitos sociais, laborais etc. Claro que o estatismo forte, conjugado com a ideologia intervencionista de proteção de direitos sociais a partir da década de 30 do século XX, em todo o Ocidente, passou a exigir juízes igualmente ‘fortes’, ativistas, “criadores de normas”. Busca-se no Estado-juiz a consecução das políticas públicas previstas na Constituição, mas não efetivadas ou mal concretizadas pelo Estado-Administração ou, quando este último exaspera seus poderes, é no judiciário que a sociedade espera uma salvaguarda contra os desmandos e autoritarismos.

Quanto ao legislativo, se inerte ou anacrônico na construção da normatividade, fatalmente será circundado e até mesmo antecipado pelo judiciário nessa tarefa de normatização. Há tempos que a dinâmica da sociedade capitalista, desde a crise do liberalismo *laissez faire*

laissez passer e a inércia clássica do judiciário, criado no Estado liberal exige uma celeridade nas respostas ou uma presteza na consecução das garantias, seja em processos nos quais estejam em jogo interesses individuais ou coletivos.

Por ativismo entendem-se vários movimentos de abertura do Estado-juiz em função de uma concepção superadora da função ‘estática’ do juiz no Estado Liberal e na ‘Escola da Exegese’ e na ‘jurisprudência dos conceitos’, de ser o magistrado completamente inerte somente agindo quando provocado e de ser a o aplicador de normas abstratas conceituais.

O ativismo é efetivamente multifacial, indo desde o movimento do ‘Direito Livre’ na França do início do século XX, percorrendo a tradição de interpretação política e criativa de direitos dos juízes norte-americanos até atingir o “Direito Alternativo” no Brasil do final do século passado.

Mas o que importa é que essa caracterização ampla em torno de ‘movimentos judiciais’ deve ceder lugar à discussão acerca da metodologia da decisão e dos fatores de poder que a circundam e que dela decorrem. Essa a pauta de discussões a ser travada na presente obra.

Primeiro, há que se reconhecer a existência de uma deficiência técnica da interpretação judicial a fim de perceber os valores políticos mutáveis que embasam o Direito, especificamente os que embasam direitos fundamentais.

Ainda domina a jurisprudência brasileira um positivismo legalista sem metodologia de aplicabilidade, sem crítica axiológica, sociológica ou ideológica na construção da norma de decisão pelo juiz que faz com que o decisório enquanto micro-norma criada para o caso concreto esteja eventualmente em discordância do anseio das partes e na contramão dos valores e exigências globais da sociedade.

A mera subsunção de fatos a hipóteses legais abstratas e genéricas tomadas como premissas maiores de silogismos jurídicos dispensa, inclusive, a revolução metodológica que foi a teoria da argumentação e a retórica no direito, tornando carente de fundamentação as sentenças

exaradas e descumprindo, dessa maneira, a própria exigência de fundamentação do artigo 93, inciso IX, da CRFB.

Não se concede um olhar percuriente sobre a metodologia, hermenêutica e a argumentação jurídicas; não se trabalha linguisticamente o processo, inclusive o processo constitucional, que ainda é moldado pelo processo civil infraconstitucional, quando o oposto é que deveria ocorrer. Recentemente, em sede de processo constitucional, tem-se buscado a consecução de institutos inovadores que possibilitem a participação dos litigantes e de terceiros interessados, como o *amicus curiae*⁴⁷, ainda em fase de aperfeiçoamento.

O ativismo judicial brasileiro existe, mas está carente de metodologias hermenêuticas. Corre o perigo de tornar-se gigante ou assistemático. O fato é que os órgãos judiciais estão há muito, ainda que de modo não científico e até sem um controle de conteúdo (via recursal), realizando ativismo a fim de construir normas para casos de omissão legislativa ou necessidade premente de concretização normativa.

O Ministro Celso de Mello⁴⁸ é bem claro a respeito do papel ativista do STF em concretizar e criar direitos fundamentais na ausência da

47 STAMATO, op. cit., p.167.

48 MELLO, Celso de. *Supremo Constituinte. Juízes devem ter um papel mais ativo na construção da lei*. Disponível em: <http://conjur.estadao.com.br/static/text/42712,1>. Acesso: 26 de outubro de 2008: “O STF, sob a atual Constituição, tomou consciência do alto relevo de seu papel institucional. Desenvolveu uma jurisprudência que lhe permite atuar como força moderadora no complexo jogo entre os poderes da República. Desempenha o papel de instância de equilíbrio e harmonia destinada a compor os conflitos institucionais que surgem não apenas entre o Executivo e o Legislativo, mas, também, entre esses poderes e os próprios juízes e tribunais. O Supremo acha-se investido, mais do que nunca, de expressiva função constitucional que se projeta no plano das relações entre o Direito, a Política e a Economia (...) O tribunal promove o controle de constitucionalidade de todos os atos dos poderes da República. Atua como instância de superposição. A Suprema Corte passa a exercer, então, verdadeira função constituinte com o papel de permanente elaboração do texto constitucional. Essa prerrogativa se exerce, legitimamente, mediante processos hermenêuticos. Exerce uma função política e, pela interpretação das cláusulas constitucionais, reelabora seu significado, para permitir que a Constituição se ajuste às novas circunstâncias históricas e exigências sociais, dando-lhe, com isso, um sentido de permanente e de necessária atualidade. Essa função é plenamente compatível com o exercício da jurisdição constitucional. O desempenho desse

atividade legislativa ou nos casos políticos relevantes e urgentes que merecem atenção imediata da jurisdição constitucional.

O estudo do direito comparado Brasil-EUA, no corte metodológico proposto, pode-se perceber as limitações ao poder das respectivas Cortes constitucionais e os respectivos problemas hermenêuticos e político-institucionais de legitimação.

Se o Supremo Tribunal Federal (e o judiciário em geral) deve incidir com um papel tão veemente na atividade construtiva de direitos fundamentais, como aponta o Ministro Celso de Mello, deve-se arguir quais os limites desse ativismo e as formas de participação do cidadão no processo constitucional a fim dele agir como co-construtor dos direitos fundamentais.

É de se perceber na dimensão da jurisdição constitucional a dimensão fundante de toda a jurisdição, para a qual converge, em último caso, a definição de toda a lide pelo controle de constitucionalidade último exercido pelo Tribunal Constitucional, ainda que no caso do Brasil se questione tal natureza ao Supremo Tribunal Federal⁴⁹, pois ele concentra excessivos poderes de decisão e cumula competência de corte constitucional com competência de corte judicial recursal⁵⁰.

Pelos menos enquanto institucionalização posta pela própria CRFB (arts. 102 e 103) em seu sistema de competência jurisdicional e recursal a função de defesa da Carta Política é do STF.

Podem-se criar formas metodológicas e hermenêuticas de concretização de direitos fundamentais que envolvam a participação cidadã e ao mesmo tempo a processualização eficaz desses direitos pelo judiciário enquanto poder ativista e construtivo? A doutrina brasileira tem-se esforçado nesse sentido, embora ainda com caminhos bastante

importante encargo permite que o STF seja co-partícipe do processo de modernização do Estado brasileiro”.

49 BINENBOJM, Gustavo. *A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 143-144.

50 BONAVIDES, Paulo. *Jurisdição Constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil)*. In: Separata Del Anuario Iberoamericano de Justiça Constitucional, n. 7, p.92, 2003.

difíceis de percorrer, como apontam Binembojm, Leal, Stamato⁵¹ dentre outros.

A partir do reconhecimento dessa carência hermenêutica é que se deve abrir o diálogo com sistemas constitucionais de outros países a fim de testar e, se possível, apreender lições de outras metodologias de interpretação.

Um dos objetivos da presente pesquisa é, pois, o estudo comparativo entre os sistemas hermenêuticos constitucionais brasileiro e estadunidense, por entender-se o relevo deste último, no debate, em torno da legitimação política e democrática da jurisdição constitucional por um lado, e da função hermenêutica desta a jurisdição, por outro.

A carência da hermenêutica constitucional brasileira em concretizar direitos fundamentais e a tentativa ativista-concretista do judiciário em implementá-los é um dos problemas centrais que conduzem a nossa pesquisa. Traçar os limites e as formas de controle desse ativismo é outra faceta de problematização importante a ser abordada.

É pré-condição para a hermenêutica constitucional concretizadora uma concepção funcional e “aberta” dos direitos fundamentais. O embasamento axiológico para os princípios e/ou direitos fundamentais é premente como diretiva hermenêutica da verdadeira inter-relação referente a valores e direitos fundamentais, especificamente da relação de concretização e interpretação dos direitos fundamentais a partir de valores ditos “culturalmente dominantes”, o que implica numa hermenêutica estrutural de valores, significando uma interpretação que se faça levando em conta a mutação do sistema constitucional.

Especificamente no Brasil a mutação dos valores implica em tomadas de posicionamentos distintos de enquadramentos

51 BINEMBOJM, op. cit; LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Jurisdição Constitucional Aberta: Reflexões sobre a legitimidade e os limites da Jurisdição Constitucional na Ordem Democrática- uma abordagem a partir das Teorias Constitucionais Alemã e Norte-americana*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007; STAMATO, Bianca. *Jurisdição Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

conservadores e sofre a transformação dos valores de maneira célere por fatores os mais diversos tais como a mídia, o crescimento educacional, econômico etc., como observa Araújo⁵².

Assim, uma hermenêutica das mutações axiológicas em que se baseiam os direitos fundamentais, passa necessariamente por uma postura interpretativa, que se vincule ao aspecto político e social de modo concreto. Estabelecer a metodologia da *construction* judicial e suas técnicas adequadas a essa perscrutação do sentido da mutação axiológica, em que os direitos fundamentais se embasam.

A hermenêutica constitucional deve perceber a carência de sentido, verdadeiramente axiológico-político do processo de discussão, formação e aplicação das normas constitucionais que prevêm os direitos fundamentais.

Se a norma jurídico-constitucional, principalmente os direitos circunscritos no artigo 5º da CRFB, pretende expressar valores culturais e políticos eleitos pela sociedade, deve-se adotar uma visão concretizante e uma correlação hermenêutica entre direitos fundamentais constitucionais e valores culturais e políticos dominantes socialmente.

A questão contextual de interpretação dos direitos fundamentais é encarar a norma constitucional que os prevê como mutável, a partir de condições não formais, previstas na própria Constituição, uma verdadeira mutação difusa, pois a Carta Política é um “organismo vivo que reflete a consciência de um povo”⁵³.

A necessária interpretação dos direitos fundamentais como, normas permeadas de valores, deixa a cargo do juiz a função de visualizar, de encontrar o sentido original ou de buscar novas sínteses de sentido normativas e, concomitantemente, atualizadoras da expressão de valores jurídicos que interagem com as normas de direitos fundamentais.

52 ARAÚJO, Caetano Ernesto Pereira de (org.) *Política e Valores*. Brasília: Edunb, 2000, p.35.

53 BULOS, Uadi Lammego. *Mutação Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997, p.13.

No esteio do ensinamento de Binjenbojm⁵⁴, a jurisdição constitucional deve atuar num sentido de afeiçoamento às mudanças de valores na sociedade e procurar congregar os mesmos no processo de construção dos direitos previstos na Constituição.

Resgatar a interação dos direitos fundamentais com seu sentido axiológico, em função dos valores políticos e jurídicos em constante mutação dialética na sociedade, implica na pesquisa de um direcionamento metodológico pela construção de direitos fundamentais nas decisões judiciais pátrias, visando à interpretação do seu sentido político-axiológico.

A estrutura da norma de direito fundamental há de ser entendida como passível de concretização por um processo hermenêutico de vinculação com o contexto sócio-político atualizador, e a jurisdição constitucional detém tarefa primordial nessa atualização de conteúdo dos direitos fundamentais.

Se a interpretação constitucional deve voltar-se aos valores político, jurídico e cultural que embasam a interpretação dos direitos e garantias fundamentais, na esfera da concretização dos direitos fundamentais, o aspecto construtivo da norma de direito fundamental passa pela análise de sua vinculação ao contexto político-cultural.

Claro que, dentro da tradição constitucional norte-americana, ocorreu um ativismo de interpretação constitucional não apenas judicial, mas fortemente no âmbito do executivo e do legislativo, e o nível das concepções hermenêuticas e do debate, em torno do fenômeno ativista, foi bem mais intenso que no caso brasileiro, que em verdade teve um esporádico e não metódico ativismo, em geral, bem mais assistemático que o norte-americano.

Bulos⁵⁵ explica as nuances centrais da *construction* constitucional a partir da doutrina e na metodologia hermenêutica norte-americana, visando exatamente a que esse caráter supletivo vislumbre estruturar, concretizando o conteúdo que a norma constitucional prevê em termos

54 BINENBOJM, Gustavo. *A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.74.

55 BULOS, op. cit., p.13.

de espaço para o intérprete, no sentido de atualização e concretização do conteúdo normativo.

O que gestou o método da *construction*, segundo Bulos⁵⁶, foi a tradição de interpretação política da Constituição no sistema constitucional norte-americano, o que para o juiz constitucional estadunidense, tanto em controle difuso, como concentrado, implica na manutenção da tradição ativista de vinculação com a realidade sociopolítica dos valores concretos da vida nacional, e não numa aplicação da norma constitucional dentro de uma lógica racionalista ou abstrativista.

Um dos debates centrais na hermenêutica constitucional norte-americana vem sendo a disputa entre interpretativismo e não-interpretativismo, a primeira corrente defendendo a visão da constitucionalidade como tendo que ser interpretada com seus elementos internos, genéticos, textuais, mediante um esforço de esclarecimento de termos normativos.

A segunda corrente preconiza a consecução da interpretação a partir do extrapolamento dos sentidos dos termos linguísticos e normativos, intrinsecamente constitucionais, pois criam interpretações que avaliam os elementos exteriores e circundantes à Constituição e sua história de formação, como fatores políticos, sociológicos etc.

No ativismo estadunidense há posturas tanto interpretativistas quanto não-interpretativistas. Geralmente, o que se entende por construtivismo afeiçoa-se à segunda corrente (por exemplo, Earl Warren, juiz da Suprema Corte na década de 60)⁵⁷.

Entretanto, há ativistas que defendem o originalismo e buscam a percepção dos valores e intenções (e seus resultados práticos) defendidos pelo Constituinte original de 1787⁵⁸, numa aferrada

56 BULOS, op. cit., p. 14.

57 ACKERMAN, Bruce. *Nós, o povo soberano. Fundamentos do Direto Constitucional*. Tradução de Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p.204.

58 DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida. Aborto, eutanásia e liberdades individuais*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p.187.

pesquisa das ‘fontes da Constituição’ no liberalismo, individualismo etc., que é caso de William Rehnquist, juiz da Suprema Corte a partir de 1972.

Essa última postura é considerada pelos liberais estadunidenses como politicamente conservadora e reacionária, daí a identificação dos liberais (abrigados em geral nas alas “progressistas” ou “sociais” e ainda chamadas “multiculturais” do Partido Democrata) com um ativismo judicial construtivista (*judicial constructionism*)⁵⁹.

A postura conservadora prefere uma hermenêutica constitucional estritamente interpretativa (*strict constructionism*) ou originalista (*originalism*), que em todo caso não alarga o campo de incidência da norma constitucional sem deliberação pública ou sem vincular-se aos valores e virtudes morais e políticas tradicionais do povo norte-americano, posição defendida pelas alas mais conservadoras do Partido Republicano, não sem base geral em arraigadas crenças religiosas⁶⁰.

Vê-se a clara vinculação da opção político-axiológica como fortemente influenciadora da formação do juiz constitucional norte-americano, que em geral vincula-se ao ideário do presidente que o nomeou. A política influi decisivamente na hermenêutica constitucional, principalmente nas pré-condições institucional e ideológica de interpretação.

Vidal⁶¹ menciona que o metodologicamente a *construction* enquanto ativismo judicial associa-se ao realismo sociológico-jurídico “moderado”, principalmente de Karl N. Llewellyn, que liga os problemas de mutação dos valores da sociedade norte-americana com aplicações de teorias do discurso e da linguagem jurídica no contexto jurisprudencial. No capítulo 2 este embasamento metodológico da *construction* será especificamente estudado.

59 Cf. ACKERMAN, op. cit., p.13; p.204.

60 DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p.220.

61 VIDAL, Isabel Lifante. *La interpretación jurídica en la teoría del Derecho contemporânea*. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999, p.72.

A *construction* configura-se como meio de captação da mutação constitucional, sendo não uma técnica unilateral de interpretação, mas um método que se acrescenta aos demais (concretização, estruturação, processualidade democrática na interpretação constitucional etc.) na concretização hermenêutica das normas da Constituição.

Para Llewellyn *apud* Vidal⁶², a interpretação da Constituição passa pela vivência de categoria de valores políticos com abertura textual passível de interpretação, dentro de um programa de concretização de direitos previstos no texto constitucional dos EUA.

Edward Re⁶³ traça metodologias de aplicação da *construction* e define as principais características do método da construção de direitos fundamentais dentro da doutrina do *stare decisis* (estabilização das decisões judiciais por precedentes). As colocações dos autores supracitados e muitos outros estudados serão colocadas com propriedade no capítulo 2, que dará uma visão analítica da jurisdição e hermenêutica constitucional nos Estados Unidos da América.

Observa-se que o método hermenêutico da *construction* constitucional foi gestado na doutrina e na jurisprudência constitucional estadunidense, mas não se trata de importá-lo pura e simplesmente e aplicá-lo sem as devidas cautelas e conotações específicas para o contexto brasileiro, pois como observa Canotilho⁶⁴, cada povo deve entender a jurisdição constitucional, de modo específico a concretizar os valores dominantes em seu contexto histórico, e adotar métodos condizentes com sua realidade constitucional.

62 VIDAL, op. cit., p.72.

63 RE, Edward D. *Stare decisis*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Revista de Informação Legislativa, n. 122, maio/jul.1994.

64 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. Lisboa: Almedina, 2000, p. 458.

2

**AS FEIÇÕES DA
CONSTRUCTION NO
DIREITO CONSTITUCIONAL
NORTE-AMERICANO**



2.1. PANORAMA HISTÓRICO DA SUPREMA CORTE NORTE-AMERICANA: A INTERRELAÇÃO ENTRE DIREITO E POLÍTICA NAS SUAS DECISÕES

Analisar a estrutura do judiciário constitucional norte-americano é percorrer o itinerário de volta a 1787, ano da reunião da Convenção da Filadélfia onde se iniciaram os debates em torno da gestação da nova carta política do país, o que significou o primeiro grande movimento de debate de uma nação moderna sobre a definição de seu destino, abrangendo todas as questões circundantes e de monta na discussão: religião, moral, política, direito etc.

De antemão, é de se dizer que o peculiar nessa estruturação constitucional, é que ela buscou debater a fundo as questões de uma nação em formação, mesmo admitindo uma ascendência nos debates da classe escravocrata e comercial, da elite política nascente nos treze Estados inaugurais da federação estadunidense.

Percebe-se que o processo de discussão que vai se desenvolver até julho de 1788 com a promulgação do texto da Convenção da Filadélfia (1787) e sua aprovação pelo Congresso (1788)⁶⁵, teve a participação de diversos setores integrantes da vida nacional, como os profissionais liberais, os pequenos comerciantes, enfim, a pequena burguesia esteve presente na confecção da Constituição.

Tanto houve discussões sobre a configuração da Constituição de 1787 que do contexto dos debates, da época, originou-se a clássica obra de ciência política e direito constitucional e político que é “O Federalista”⁶⁶, de autoria de James Madison, Alexander Hamilton e John Jay, verdadeiro monumento da consolidação das discussões políticas e jurídicas. O grande adversário do federalismo foi Thomas Jefferson⁶⁷, que desenvolveu uma forma de populismo democrático.

65 FARNSWORTH, Allan. *Introdução ao Sistema Jurídico dos Estados Unidos*. Tradução de Antônio Carlos Diniz de Andrada. Rio de Janeiro: Forense, 1944, p.7.

66 HAMILTON, Alexander et al. *O Federalista*. Brasília: Edunb, 1984.

67 BESSETE, Joseph M. *Democracia Deliberativa: O Princípio da Maioria no Governo Republicano*. In: GOLDWIN, Robert e SCHAMBRA, A (Editores). *A Constituição*

‘O Federalista’ é prova maior da vitalidade da democratização constitucionalizada discursivamente nos Estados Unidos, pois inspirou o movimento jurisdicional que marcou decisivamente a vida constitucional do país na ‘Corte Marshall’ a partir de 1803, e a vida política, sendo a base doutrinária para a edificação do Partido Federalista, ao qual pertenceu o primeiro presidente, o general George Washington, que tomou posse em 1789.

As minorias da época, tais como mulheres, negros, operários, não participavam do processo, mas se preconizava um liberalismo conservador e um conservadorismo religioso de base protestante como noção ideológica dominante na diretiva de debates pré-formadores da Constituição dos Estados Unidos, houve uma configuração ainda elitista, sem dúvida, entretanto comparada às demais nações que redigiram textos constitucionais, como a França, e logo depois, no início do Século XIX, Portugal, Brasil e a América espanhola recém-libertada, a Constituição estadunidense mostra um rico processo discussivo de institucionalização de condições políticas e jurídicas capazes de sustentar uma durabilidade democrática ininterrupta de mais de duzentos e trinta anos.

Surge, então, a indagação: que condições jurídicas e políticas foram essas presentes na Constituição de 1787 e que perduram como de fundamental importância para a construção da democracia norte-americana? Como a configuração das forças políticas originais influenciou sobre a construção do direito constitucional e sua jurisdição nos EUA?

Começar a análise pela clássica posição de Alexis de Tocqueville concede uma luminosidade e direcionamento interessantes. O clássico “A Democracia na América”⁶⁸ imprime uma análise sócio-política global da juridicidade e da politicidade estadunidenses, revelando como esse *ethos* democrático original incitou o povo norte-americano a criar uma cultura jurídica democrática e ao mesmo tempo fortemente

Norte-Americana, 1ª parte, A Constituição e o Capitalismo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996, p.344.

68 TOCQUEVILLE, Alexis de. *A Democracia na América*. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2005, vol. 1.

judicial, com o destacado papel da Suprema Corte desde os primórdios da vida da nação.

Tocqueville⁶⁹ mostra como nos EUA a cultura de participação cívica difundida formou-se em torno do mecanismo da associação civil para os mais diversos fins e como essa cultura de participação se contrapôs ao Estado e todas as formas de centralização de poder.

Essa cultura pública de participação, que originou um espaço público⁷⁰, desde o início da história americana, com o intuito de se constituir em meio material de fiscalização e atualização do texto constitucional, o que, aliado à formulação dos debates na base de cada Estado para a votação de suas Constituições regionais e a repercussão desses debates na formação da Constituição de 1787, fez com que o processo político-federativo norte-americano recebesse desde os primórdios o influxo de um forte participacionismo estadual nos destinos da União, vinculando desde sempre a vontade concreta de cada distrito e condado à atuação de seus representantes federais.

A intensa participação dos representantes estaduais na votação da Constituição pela Convenção de Filadélfia a partir de 1786, fez com que o sistema constitucional constituísse o centro de construção jurídica no qual a base de repercussão social das decisões sempre foi notável, posto que a população desenvolveu uma cultura de acompanhamento e fiscalização do poder público, desde da formação basilar do país, uma cultura antiaristocrática com fortes condições de desenvolvimento da democracia⁷¹.

Por óbvio que os processos de implementação da democracia e da constitucionalidade não foram completamente determinados por uma radicalização da democratização, mas implicaram em disputas bem acentuadas entre defensores de um constitucionalismo com

69 TOQUEVILLE, op. cit., p.78.

70 Emprega-se, aqui, a noção de espaço público como campo de discussão e de pressão e participação política de cidadãos livres que opinam sobre a vida nacional agindo intersubjetiva e comunicativamente, no sentido empregado por Habermas, Jürgen. *O Discurso Filosófico da Modernidade*. São Paulo: Martins Fontes, 2002a, p. 500.

71 CAENEGEM, R. C. van. *An Historical Introduction to Western Constitutional Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 1995, p. 157.

características de defesa de direitos fundamentais e de mecanismos de dificuldades de eleição e expressão populares (federalistas), capitaneados por James Madison⁷², e outra corrente política que defendia a radicalização dos processos de participação e discussão democrática, sem elitismos nem direitos não votados pela maioria, posição liderada por Thomas Jefferson, Thomas Paine, dentre outros⁷³.

Dessa forma o poder judiciário não se estruturou apenas com a base doutrinária do liberalismo político e suas bandeiras clássicas de divisão dos poderes, inércia do juiz perante a lei, não ingerência nos demais poderes etc, mas formou-se e sempre esteve atento, porque desde o início foi-lhe cobrada, uma atenção específica com a vontade social material (expressão dos valores tradicionais das comunidades de cada Estado da federação), não tanto no aspecto da fundamentação das sentenças, mas na aferição dessa vontade.

O judiciário (principalmente a Suprema Corte) nunca foi, assim como o Estado Federal em geral, um ente abstrato, distante, que se impunha sobre os acossados Estados membros e suas populações. Pelo contrário, observa-se na história norte-americana o inverso, sendo que por vezes, diversos Estados criaram entraves e intensas discussões sobre projetos federais, cuja expressão mais drástica foi a guerra civil entre 1861 e 1865⁷⁴.

O sistema de estruturação do judiciário norte-americano nasceu, dessa forma, de uma formatação presa à pressão política principalmente dos movimentos de representantes de Estados membros que reivindicavam posições junto à recém-formada União, bem como recebeu o influxo de correntes poderosas como os democratas capitaneados por Thomas Jefferson e os federalistas agrupados em torno de Alexander Hamilton e James Madison, autores

72 BESSETE, Joseph M. *Democracia Deliberativa: O Princípio da Maioria no Governo Republicano*. In: GOLDWIN, Robert e SCHAMBRA, A (Editores). *A Constituição Norte-Americana*, 1ª parte, *A Constituição e o Capitalismo*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996, p. 292.

73 BESSETE, op. cit., p. 310.

74 ACKERMAN, Bruce. *Nós, o povo soberano. Fundamentos do Direto Constitucional*. Tradução de Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p.58.

de ‘O Federalista’ juntamente com John Jay. Sem olvidar, é claro, a grande repercussão da opinião pública estadunidense sobre as instituições.

A estrutura básica do judiciário estadunidense foi-se desenhando desde o nascedouro, como dependente da política e do civismo popular fiscalizador. Foi um judiciário marcado desde o princípio com um compromisso de forte intercâmbio comunicativo com a opinião pública e o espaço político, o espaço público enfim, para expressar e sintetizar na atual linguagem filosófico-sociológica habermasiana⁷⁵, o que se traduziu por uma constante cobrança pelo direcionamento ético-político na aplicação do direito pelos tribunais.

O fato é que a evolução política americana é diretiva constante para se entender o processo de desenvolvimento do direito judicial e constitucional norte-americano. Assim, desde as primeiras disputas políticas, emergiram questões jurídicas de fundo. Primeiramente, é de se mencionar a disputa entre os democratas e os federalistas.

O projeto de construção da União esbarrou desde as discussões da Convenção da Filadélfia e até mesmo antes, na Confederação de 1776 ratificada pelos treze Estados- membros em 1781, e mesmo depois, com o *Bill of Rights* (Declaração de Direitos) de 1791, conjugando as dez primeiras emendas à Constituição⁷⁶, como uma forma de minimizar o poder do Estado sobre o cidadão e os Estados-membros.

A querela entre federalistas, que defendiam um governo central forte e destinado a expressar grandes políticas comuns para o país, incluindo aí um judiciário constitucional centralizado que protegesse direitos fundamentais, e os democratas de então, que pretendiam a autodeterminação do povo ante ao formalismo constitucional e a gestão regional, expressaram-se no processo político e sua ascendência sobre a construção do papel da Suprema Corte.

A eleição de John Adams em 1797 representou um federalista convicto no poder, o qual nomeou John Marshall em 20 de janeiro

75 HABERMAS, op. cit. p. 502.

76 CAENEGEM, R. C. van. *An Historical Introduction to Western Constitutional Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 1995, p. 154.

de 1801 para *Chief Justice* (Chefe de Justiça) da Suprema Corte⁷⁷. O problema político circundante à atividade da “Corte Marshall’ entraria em voga, pois o presidente Adams (Partido Federalista) fora derrotado por Thomas Jefferson em 1801, o que representou a ascensão dos democratas ao poder, com o Partido Democrata Republicano.

John Marshall, comprometido com os princípios do liberalismo conservador e do federalismo implementado nos governos de George Washington (1789-1797) e John Adams (1797 a 1801)⁷⁸, logo se chocaria com a visão democrata e descentralizadora de Jefferson.

William Marbury⁷⁹ fora nomeado pelo presidente Adams para o posto de juiz de paz do Distrito de Colúmbia, tendo sua posse retardada, somente podendo ser feita já no mandato presidencial de Jefferson, cujo Secretário de Estado James Madison se recusou a efetivar a nomeação por motivos obviamente políticos. O fato, porém, é que a nomeação foi ato do presidente Adams e a Lei do Judiciário em sua seção 13 autorizava a Suprema Corte a se pronunciar a respeito.

Marbury⁸⁰ interpôs um *Writ of Mandamus* (mecanismo de controle abstrato de constitucionalidade) contra o ato de Madison perante a Suprema Corte a fim de assegurar sua posse baseado na legalidade do ato administrativo de Adams. A decisão da corte constitucional norte-americana, da lavra do seu presidente John Marshall em 1803, foi no sentido de declarar inconstitucional a seção 13 da Lei do Judiciário, mantendo a decisão do presidente Adams, pois na declaração de nulidade a Suprema Corte não poderia se pronunciar sobre o conteúdo decisório do ato administrativo, mas apenas sobre a constitucionalidade.

Dessa forma, a Suprema Corte utilizava de maneira paradigmática o poder de revisão judicial sobre a interpretação da lei e o controle de

77 LEVY, Leonard W (editor). *Marshall Court (1801-1835)*. In: American Constitutional History: selections from the Encyclopedia of the American Constitutions. New York: Macmillian Publishing Company, 1989, p. 68.

78 LEVY, op. cit., p.73.

79 LEVY, op. cit., p. 69.

80 O'BRIEN, David M. *Constitutional Law and politics*. 6.ed. New York: W.W. Norton & Company Inc., 2005, p.50.

constitucionalidade, evitando um conflito de poderes e fixando essa função hermenêutica precípua da corte constitucional estadunidense.

A partir da gestão Marshall, a Suprema Corte fixou sua independência frente ao Executivo. E isso não foi feito à revelia de uma postura política, pelo contrário, expressou o compromisso com a decisão jurídica expressa na contextualidade dos fatos políticos relevantes. Caso a decisão de Marshall não fosse aquela, estaria aberta uma querela direta entre poderes de consequências imprevisíveis para os destinos da recém-criada federação americana.

Outro aspecto paradigmático da decisão de 1803, esse referente intrinsecamente à hermenêutica constitucional, é que ela concede uma interpretação “originalista”, consonante à Constituição, que em seu artigo 3º, Seção segunda, prevê a competência do judiciário para apreciar a lei⁸¹. A Lei do Judiciário (*Judiciary Act* de 1789) ampliava essa competência. Marshall interpreta em sentido estrito a incidência da supracitada norma constitucional, e constrói uma decisão conforme a Constituição.

A decisão, dessa forma, incita uma doutrina de pensamento conservador na hermenêutica constitucional estadunidense que terá larga influência no decorrer dos anos – o “originalismo”, corrente de interpretação da Constituição que preconiza a busca do sentido original de um texto e a fixação hermenêutica desse sentido. Grande parte da tradição conservadora na tradição interpretativa constitucional nos EUA seguirá esse paradigma, justificando um respeito às metas, valores e contexto originais de formação constitucional. A paradigmática busca da intenção original dos “pais fundadores” da república norte-americana.

Por outro lado, a decisão de 1803 implica doutrinariamente em um interpretativismo, porquanto indica, ao anular a seção 13 da Lei do Judiciário, que existe uma intenção na Constituição que não pode ser modificada, a de que somente a Suprema Corte pode se

81 Constituição dos Estados Unidos da América (apêndice). In: COOLEY, Thomas M. *Princípios Gerais de Direito nos Estados Unidos da América*. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russell, 2002, p.353.

pronunciar sobre constitucionalidade da lei e do ato administrativo. Ora, essa estrita *interpretatio* conforme não admite construção, já se tem, portanto, o nascimento de uma visão ‘interpretativista’, que depois viria a ser questionada por uma aceção ‘construtiva’ ou ‘não-interpretativista’ da constitucionalidade.

A decisão de Marshall em *Marbury v. Madison* 5 U.S. 137 (1803) prossegue o projeto federalista de independência e centralidade da Suprema Corte na condução da vida judicial do país, ao tempo que reforçava a independência administrativa do mérito da decisão do chefe do Executivo, no caso do ato de Adams. O poder de revisão judicial (*judicial review*) enquanto controle de constitucionalidade está firmado. As decisões posteriores, *Gelston v. Hoyt* 16 U.S. 246 (1818), *McCulloch v. Maryland* 17 U.S. 316 (1819) confirmam a tendência⁸².

Em *Gibbons v. Ogden* 22 U.S. 1 (1824)⁸³, a Suprema Corte anulou por inconstitucionalidade uma lei do Estado de New York que restringia o poder do Congresso de regulamentar a liberdade comercial, tal como previsto na Constituição e na Lei Federal das Águas Costeiras de 1793. Thomas Gibbons, que possuía licença expedida com base na lei federal pôde comerciar, em detrimento da ação movida por seu concorrente Aaron Ogden, que possuía licença concedida com fulcro em lei estadual e queria barrar a atividade de Gibbons. O liberalismo do livre-comércio e o poder federal saíram amplamente vitoriosos com essa decisão.

No domínio do ideário federalista, o fortalecimento do poder da União Federal e do judiciário ante os demais poderes, foi a tônica do período de liderança na Suprema Corte de John Marshall até 1835. A partir do presidente Andrew Jackson, eleito em 1829, e seu sucessor Martin Van Buren (1837-1841), a Suprema Corte passa por modificações graduais, com a nomeação de juízes que estavam mais alinhados aos postulados de seu projeto político democrata.

82 LEVY, op. cit., p. 75.

83 LEVY, op. cit., p.78.

Se os federalistas haviam nomeado juizes que comungavam de seu ideário, com Jackson essa tendência se reverteria⁸⁴, o que fica claro é o compromisso dos juizes com o campo político, porém sem se reduzirem a ele, mas dialogando⁸⁵, seja a favor ou contra o poder governativo então dominante, caminho percorrido pelo judiciário estadunidense desde então.

Jackson consegue impor-se nomeando vários juizes entre 1835 e 1837⁸⁶, e desde a chamada “Corte Taney” (1836-1864) o ideário democrata prevalece: descentralização do poder da União em benefício dos Estados-membros, anti-abolicionismo e anti-indigenismo, em favor da autodeterminação do povo americano branco⁸⁷.

A Suprema Corte em *Worcester v. Georgia* 31 U.S. 515 (1832) optou pela decisão favorável aos índios contra a vontade do presidente Jackson e da população do Estado da Geórgia que se negava a desocupar área destinada à moradia indígena⁸⁸.

O ideário democrata de defesa dos Estados federados saiu vitorioso na decisão do caso *New York v. Miln* 36 U.S. 102 (1837); neste caso a tendência de regulamentação federal do comércio estabelecida, por exemplo, em *Gibbons v. Ogden* 22 U. S. 1 (1824) como visto acima, foi descaracterizada, concedendo-se a cada Estado o direito de traçar políticas estaduais de fomento ao comércio e de combate à miséria da população⁸⁹.

O antiabolicionismo fortaleceu-se na decisão do *case Dred Scott v. Sandford* 60 U.S. 393 (1857). O escravo Dred Scott não obteve o reconhecimento de sua liberdade mesmo tendo residido dez anos no Estado de Illinois, que abolira a escravidão e seu Estado de origem, o Missouri, possuía lei estadual que previa o compromisso de

84 ACKERMAN, op. cit., p. 105.

85 ACKERMAN, op. cit., p.104-105.

86 ACKERMAN, op. cit, p. 105.

87 ACKERMAN, op. cit.,p.109.

88 ACKERMAN, op. cit., p.104.

89 Disponível em: http://www.oyez.org/cases/1792-1850/1837/1837_0/. Acesso: 26 de Outubro de 2008.

reconhecimento da liberdade em casos como o de Scott. A Suprema Corte decidiu que a lei estadual do Missouri era inconstitucional, pois não poderia ser extensível ao escravo a condição de cidadania ⁹⁰.

Os conflitos internos nos EUA entre a maioria democrata do Sul do país, escravagista, latifundiária, defendendo uma visão interpretativa estrita do *Bill of Rights* (Declaração de Direitos) integrante da Constituição, e a maioria republicana (o atual Partido Republicano foi fundado em 1854) no Norte, ex-federalistas, abolicionistas, liberalistas econômicos, industrialistas, fez explodir entre 1861 e 1865 a Guerra Civil.

Com a vitória do Norte e a presidência de Abraham Lincoln (1861-1865), inicia-se uma fase de Reconstrução, embora o assassinato do presidente reeleito (1865) marcasse a continuidade do ódio entre as facções sociopolítico e ideológicas, de Andrew Johnson (que assumiu com o assassinio de Lincoln) em diante o predomínio do Partido Republicano, que elegeu boa parte dos presidentes entre 1865 a 1933, período constitucional caracterizado pelos seguintes elementos, segundo Ackerman⁹¹:

(...) podemos identificar com clareza a extensão da transformação republicana. As novas emendas que aboliram a escravatura, garantiam os “privilégios ou as imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos”, assegurando “igual proteção” e “devido processo legal”, salvaguardando o direito ao voto contra a discriminação racial – nossa discordância atual com relação ao significado preciso dessas disposições não deve nos cegar perante ao grande salto que os republicanos deram na nacionalização da proteção dos direitos individuais contra a interferência dos estados.

90 Disponível em: http://www.oyez.org/cases/1851-1900/1856/1856_0/. Acesso: 26 de Outubro de 2008.

91 ACKERMAN, op. cit., p.112.

O fato é que com o Partido Republicano um novo *ethos* político passa a dominar o país e sua influência sobre a Suprema Corte, que soube traduzir jurisprudencialmente o paradigma político, foi fundamental para provocar decisões de proteção à igualização formal entre brancos e negros e, com o passar dos anos, amplia a igualdade aos demais extratos étnicos do povo estadunidense.

No entanto, o compromisso maior da Suprema Corte no período que vai de 1865 a 1933 foi com o liberalismo econômico do *laissez-faire laissez-passer* (deixar fazer, deixar passar), beneficiando o crescimento econômico para a população branca em detrimento da distribuição de renda e da igualdade material entre as etnias⁹².

O'Brian deixa isso claro:

*Between 1865 and 1937, during the Reconstruction and Industrial Revolution, the dominant political controversy revolved around balancing regulatory interests and those of businesses, and the Court defended the interests of American capitalism and private enterprise*⁹³.

O projeto de universalização dos direitos fundamentais do Partido Republicano e a defesa do mesmo perante a Suprema Corte ficou na esteira da modernização econômica do país e a superação do modelo socioeconômico latifundiário sulista, sendo que o negro livre poderia ser tomado como mão-de-obra paga inserido, dessa forma, no crescente industrialismo dos EUA.

Quando a igualdade atingiu os reclamos de direitos sociais a partir do início do século XX, como ressonância das reivindicações desde o final da escravidão e a falta de assistência social aos negros libertados

92 O'BRIAN, op. cit., p.38

93 Tradução livre: "Entre 1865 e 1937, durante a Reconstrução e a Revolução Industrial, a controvérsia política dominante revolve em torno de balancear interesses reguladores e aqueles dos negócios, e a Corte defendeu os interesses do capitalismo e da empresa privada americanos".

desde a XIII Emenda de 18 de Dezembro de 1865⁹⁴, a Suprema Corte firmou seu liberalismo conservador, como no caso *Lochner v. New York* 198 U.S. 45 (1905), considerando inconstitucional a lei do Estado de New York que limitava em 10 horas por dia ou 60 horas semanais o contrato de trabalho, por atacar a liberdade contratual prevista na 14^a Emenda sendo uma lei “sem fundamento razoável”⁹⁵.

A partir da decisão desse caso começa a chamada “Era Lochner” de um liberalismo econômico incisivo que se reflete nas tendências decisórias da Suprema Corte e do judiciário norte-americano como um todo, período que prossegue até a década de 30, que se caracteriza também pela Suprema Corte realizar um controle acentuado dos atos legislativos e administrativos⁹⁶.

Em *Plessy v. Ferguson* 163 U.S. 537 (1896)⁹⁷ Adolph Pessy negou-se a sentar na parte do trem no Estado de Louisiana destinado a negros e, sentindo-se discriminado, ingressou judicialmente para obter declaração de inconstitucionalidade da lei estadual que concedia vagões de iguais características, mas separados para brancos e negros. A Suprema Corte considerou a lei compatível com a 14^a Emenda da Constituição e sua determinação por igualdade, assim, a segregação não seria anti-isonômica.

Em *Berea College v. Kentucky* 211 U.S. 45 (1908)⁹⁸, uma lei estadual do Kentucky que vedava escolas particulares matricularem alunos brancos e pretos na mesma instituição foi julgada constitucional pela Suprema Corte, inclusive fazendo retrocesso das práticas do colégio Berea, que era anti-segregacionista.

94 Emendas à Constituição (Apêndice). In: COOLEY, Thomas M. *Princípios Gerais de Direito nos Estados Unidos da América*. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russell, 2002, p.361.

95 Disponível em: http://www.oyez.org/cases/1901-1939/1904/1904_292/. Acesso: 26 de outubro de 2008.

96 SCHWARTZ, Bernard. *Direito Constitucional Americano*. Tradução de Carlos Nayfeld. Rio de Janeiro: Forense, 1966, p.260.

97 Disponível em: http://www.oyez.org/cases/1851-1900/1895/1895_210/. Acesso: 26 de outubro de 2008.

98 Disponível em : <http://supreme.justia.com/us/211/45/case.html>. Acesso: 26 de outubro de 2008.

No caso *Corrigan v. Buckley* 271 U.S. 323 (1926)⁹⁹, foi decidido que era constitucional uma cláusula do contrato de compra e venda de imóvel que vedava que posteriormente à compra de um imóvel por um branco fosse o mesmo alugado ou alienado a negros. A Suprema Corte firmou, também, que os direitos fundamentais previstos na 5ª e na 14ª Emendas da Constituição incidiam somente como limitação do poder estatal e não entre relações particulares.

A interpretação restritiva da Quarta Emenda através da adoção da doutrina do *separate but equal* (separados, mas iguais) teve incidência nas decisões *Buchanan v. Warley* 245 U.S. 60 (1917) e *McCabe v. Atchison, Topeka & Santa Fe Railway* 235 U.S. 151 (1914)¹⁰⁰.

O combate da Suprema Corte sob a chefia do juiz Edward White (1910-1921)¹⁰¹ aos trustes comerciais, aplicando a lei Sherman antitruste (*Sherman Act Antitrust* de 1890) nos casos *United States v. Standard Oil Company* 221 U.S. 1 (1911) e *American Tobacco Company v. United States* 221 U.S. 106 (1911), expressa o compromisso com a livre concorrência enquanto parte do ideário liberal econômico.

Esse liberalismo econômico extremamente fortalecido foi que, sem controle do Estado e sem visão social e laboral, esteve entre as causas da crise de 1929, e as medidas do presidente republicano Hebert Clark Hoover (1929-1933) impotentes diante do caos econômico, tiveram de ser suplantadas por uma visão econômica intervencionista do Estado e implementadora de direitos e proteção sociais na presidência democrata de Franklin Delano Roosevelt (1933-1944), o qual mitigou o poder da Suprema Corte, encerrando o chamado “governo dos juizes” que controlaram judicialmente várias ações administrativas do Estado até 1937¹⁰².

Roosevelt chocou-se frontalmente contra a Suprema Corte de ideário liberal econômico privatista, e seu mandato foi marcado

99 Disponível em : <http://supreme.justia.com/us/271/323/>. Acesso: 26 de outubro de 2008.

100 LEVY, op. cit., p. 204.

101 LEVY, op. cit., p. 199.

102 RODRIGUES, Lêda Boechat. *A Corte Suprema dos Estados Unidos e o governo dos juizes (1895-1937)*. Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 161, p.63-84, 1955.

pela tentativa de combater a corte em sua visão conservadora, sendo que por fim o presidente logrou êxito após utilizar-se de larga pressão política¹⁰³, e a partir de 1933 a 1937 a postura do tribunal constitucional foi em geral favorável às medidas de ampliação dos direitos sociais, de reconhecimento da constitucionalidade das políticas públicas intervencionistas e de transformação dos grandes valores constitucionais (liberdade, igualdade etc)¹⁰⁴.

O presidente da Suprema Corte até 1941, Charles Hughes¹⁰⁵, terminou por modificar a linha ideológica econômico-liberal das decisões do tribunal para uma linha de reconhecimento de direitos sociais, trabalhistas etc., condizentes com as intenções de Roosevelt.

Até a mudança de direcionamento da Suprema Corte de 1933 a 1937 sob o impacto do *New Deal*, a aplicação do devido processo para assegurar liberdades privadas de diversas espécies (concorrência, comércio, circulação, locomoção de bens e pessoas etc.) e o escanteamento da *equal protection* da 14^a Emenda da Constituição representava uma concepção formalista de processo e não uma visão finalística e substancialista que buscasse concretizar e estender efeitos da referida Emenda.

Uma decisão relevante é a de 1937, no caso *National Labor Relations Board v. Jones & Laughlin Steel Corp.* 301 U.S. 1. Esta última descumpriu dispositivos da Lei Nacional das Relações de Trabalho (votada sob influência do governo Roosevelt pelo Congresso) de 1935, ao demitir trabalhadores e prejudicar o comércio interestadual. A Junta Nacional de Relações de Trabalho levou o caso **à Suprema Corte que considerou:**

a paralisação das operações de produção por conflito industrial teria um impacto muito sério sobre o comércio interestadual. A prática tem sido pródiga

103 O'BRIEN, op.cit., p.128.

104 ACKERMAN, op. cit., p.150.

105 BERGER, Monroe. *Equality by Statute. The revolution in civil rights*. Garden: Double Day & Company Inc., 1967, p.89.

em demonstrar que o reconhecimento do direito dos empregados de ter suas próprias organizações e de escolher representantes para atuar em negociações coletivas é quase sempre uma condição essencial para a paz industrial¹⁰⁶.

A Suprema Corte optou por uma decisão que beneficiou o direito trabalhista ao definir a constitucionalidade da Lei Nacional das Relações de Trabalho, firmando a regulamentação do comércio, a proteção e auto-organização laboral. Em *National Labor Relations Board v. Jones & Laughlin Steel Corp.* 301 U.S. 1 (1937) a Suprema Corte considerou os direitos trabalhistas como direitos fundamentais, numa clara construção inovadora para a época¹⁰⁷.

Em *A.L.A. Schechter Poultry v. United States* 295 U.S. 495 (1935)¹⁰⁸ a Suprema Corte decidiu em prol da liberdade de comércio e da ética comercial. Em *Carter v. Carter Coal Co.*, 298 U.S. 238 (1936)¹⁰⁹ julgou-se em favor da possibilidade da liberdade de comércio entre os Estados.

O período histórico de extensão de direitos fundamentais seria então iniciado, em um amplo movimento que foi desde os direitos sociais e econômicos, incluindo os trabalhistas, até a busca da equiparação civil completa, desconstruindo as formações jurídicas tradicionais e construindo novas interpretações para as cláusulas de igualdade, criando por assim dizer novos direitos.

Sob a presidência de Vinson (1946-1953) a Suprema Corte entra num período de enfraquecimento de seu papel ativo e interventor, não controlando a constitucionalidade das perseguições políticas da Comissão parlamentar impulsionada pelo senador Joseph MacCarthy,

106 Disponível em: <http://supreme.justia.com/us/301/1/case.html>. Acesso: 26 de outubro de 2008.

107 Idem. Ibidem.

108 Disponível em: <http://supreme.justia.com/us/295/495/index.html>. Acesso: 26 de outubro de 2008.

109 Disponível em: <http://supreme.justia.com/us/298/238/index.html>. Acesso: 26 de outubro de 2008.

que difamou e caluniou milhares de pessoas, ferindo direitos da personalidade¹¹⁰.

A fase que vai de 1954 até meados da década de oitenta indica o período de maior ativismo judicial não-interpretativista (construtivista) em prol da construção de direitos fundamentais da história da Suprema Corte. A chamada “Corte Warren” (1954-1964) a “Corte Burger” (1964-1986) que a sucedeu e o governo de John Fitzgerald Kennedy (1960-1963) são marcos dessa mudança de paradigma judicial e administrativo a respeito da função social e igualitarista do Estado.

A Suprema Corte sob a condução de Earl Warren (1954-1964) e Warren Burger (1964-1986) decidiu casos relevantes em favor de uma interpretação construtiva e ampliadora de incidência do *Bill of Rights* e das Emendas constitucionais (13^a, 14^a) sobre as relações privadas.

Expressão paradigmática que levou ao fim a segregação escolar entre negros e brancos na decisão proferida no caso *Brown v. Board of Education of Topeka* 347 U. S. 483 (1954), que reconheceu que a não admissão de crianças negras em escolas públicas com vagas destinadas a brancos causava um sentimento de inferioridade nas mesmas e era atentatório à igual proteção prevista constitucionalmente. A doutrina ‘separados, mas iguais’ foi considerada inadmissível na educação pública¹¹¹. A decisão estendeu-se para diversos casos semelhantes tais como *Briggs v. Elliott e Davis v. County School Board of Prince Edward County*¹¹².

Em *Brown v. Board of Education of Topeka* 349 U.S. 294 (1955)¹¹³, foi decidido que as escolas teriam que implementar o mais rapidamente possível as diretrizes igualitaristas definidas em *Brown v. Board of Education of Topeka* 347 U. S. 483 (1954).

110 RODRIGUES, Lêda Boechat. *As liberdades civis nos Estados Unidos*. Revista Brasileira de Estudos Políticos (UFMG), Belo Horizonte, p.65-80, jul. 1958.

111 Disponível em: http://www.oyez.org/cases/1950-1959/1952/1952_1/. Acesso: 28 de outubro de 2008.

112 Idem. *Ibidem*.

113 Disponível em: http://www.oyez.org/cases/1950-1959/1954/1954_1/. Acesso: 28 de outubro de 2008.

Os tribunais federais e os estaduais também praticaram o construtivismo judiciário, como os exemplos do tribunal federal do então distrito federal do Havaí, que em 1956, no caso *Dyer v. Kazuhisa Abe*, sob o influxo de *Brown v. Board of Education of Topeka* 347 U.S. 483, pôs fim à segregação entre brancos e negros em escolas locais¹¹⁴, alegando a inconstitucionalidade do *Hawaiian Organic Act* (Lei Orgânica do Estado do Havaí) que continha uma norma que era discriminatória, o que segundo a corte local feriu o devido processo e a cláusula de “igual proteção”.

Em *Magraw v. Donovan* (1958), o tribunal federal de Minnesota declarou inconstitucional uma lei estadual que previa condições anti-isonômicas, as quais, segundo a corte, eram atentatórias à 14ª Emenda da Constituição¹¹⁵.

Quanto ao devido processo legal, decisões que garantiram a presunção de inocência, a ampla defesa e o contraditório aos acusados em *Gideon v. Wainwright* 372 U. S. 335 (1963)¹¹⁶ foi assegurado o direito do acusado ser acompanhado por um advogado no processo.

Em *Miranda v. Arizona* 384 U. S. 436 (1966)¹¹⁷ se firmou que o processo penal no qual o acusado foi ouvido em sala de interrogatório fechada e sem ser informado do direito a assistência de um advogado é inconstitucional por violar a 5ª Emenda. Firmou-se o direito do acusado de permanecer em silêncio até ser acompanhado de advogado. O conceito de tortura não é apenas físico, mas também psicológico. A promotoria não poderia utilizar-se de provas obtidas de confissões feitas sem assistência de advogado ou mediante tortura psíquica.

O governo do democrata John Kennedy (1960-1963) tornou-se paradigmático na defesa das minorias. O próprio presidente pertencia a uma minoria religiosa (católicos), e todas as suas políticas públicas

114 MITAU, G. Theodore. *Decade of decision. The Supreme Court and the Constitutional Revolution (1954-1964)*. Washington: s/e, 1967, p.92.

115 Idem. *Ibidem*.

116 Disponível em: http://www.oyez.org/cases/1960-1969/1962/1962_155/. Acesso: 28 de outubro de 2008.

117 Disponível em: http://www.oyez.org/cases/1960-1969/1965/1965_759/. Acesso: 28 de outubro de 2008.

e de seu Secretário de Justiça e irmão Robert Kennedy, foram no sentido de afrontar posturas conservadoras, como a do governador do Arkansas George Wallace, que se negava a aceitar o ingresso de negros em colégios do seu Estado.

Por fim, as lutas políticas e judiciais do período culminaram na aprovação do *Civil Rights Act* (Lei dos Direitos Civis) de 1964, que garantiu o fim da segregação civil entre brancos e negros. A partir de 1963 políticas de ação afirmativa (*affirmative actions*) foram implantadas no governo democrata de Lyndon Johnson (1963-1968) com o fito de realizar condições de promoção social de negros e outras minorias étnicas e sexuais, e nomeou o primeiro juiz negro para a Suprema Corte, Thurgood Marshall, em 1967¹¹⁸.

A 'Corte Burger' decidiu, ainda, o importante caso *Roe v. Wade* 410 U.S. 113 (1973) no qual ficou decidido que a mulher pode interromper a gravidez até o primeiro trimestre da gestação¹¹⁹. Considerou-se o direito à intimidade como assegurado pela 14ª Emenda, já protegido no caso da intimidade dos cônjuges em decidir pelo uso de contraceptivos e a proibição ao Estado de deixar de vender contraceptivos a casais, na decisão precedente *Griswold v. Connecticut* 381 U.S. 479 (1965)¹²⁰.

Norma MacCorvey (vulgo 'Jane Roe') alegou ter sido vítima de estupro e por isso ingressou na Corte local do Estado do Texas, a fim de obter autorização para abortar. O Tribunal estadual reconheceu o direito apenas com base no fundamento de que houve estupro, mas negou a liminar para a realização imediata do aborto.

Jane Roe ingressou na Suprema Corte contra o Estado do Texas (representado na pessoa do procurador-geral, Henry Wade) alegando violação do direito a privacidade previsto na 14ª Emenda à Constituição dos EUA no sentido de que privacidade implica a livre disposição do

118 Disponível em: http://www.oyez.org/justices/thurgood_marshall/. Acesso: 28 de outubro de 2008.

119 DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida. Aborto, eutanásia e liberdades individuais*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p.7

120 Disponível em: http://www.oyez.org/cases/1960-1969/1964/1964_496/. Acesso: 28 de outubro de 2008.

próprio corpo, e no caso da mulher implica reconhecer o direito de continuar ou não uma gravidez¹²¹.

O juiz da Suprema Corte, Harry Blackmun¹²², que lavrou o parecer da Corte, alegou que a decisão do tribunal do Texas violou a 14ª Emenda e concedeu liminar para Roe realizar o aborto.

A decisão de *Roe v. Wade* 410 U.S. 113 (1973) causou polêmica porque era considerada antidemocrática¹²³, já que limitou as legislações estaduais de 46 Estados que proibiam o aborto no sentido de que só poderiam restringir o direito da mulher interromper a gravidez a partir do último trimestre de gestação.

Ficou decidido que no primeiro trimestre de gestação, é opção da mulher abortar livremente; no segundo trimestre de gestação (4º ao 6º mês), embora a mulher não possua o direito de fazer o aborto, não pode haver lei que proíba sua realização, podendo ocorrer proibição legal por legislações estaduais, apenas a partir do terceiro trimestre da gestação¹²⁴. O fato implícito à decisão é que a Suprema Corte reconheceu que a vida humana somente se caracteriza como merecedora de proteção jurídica a partir do terceiro mês de gestação, pois seria menor risco tanto para a gestante como para o feto¹²⁵.

A partir dessa decisão, os movimentos conservadores de matriz cultural, religiosa e política, encampados, geralmente, pelo Partido Republicano, passaram a colocar a nomeação de juízes ‘originalistas’, ‘interpretativistas’ ou conservadores como sua plataforma política de campanha eleitoral.

Já Richard Nixon em sua campanha de 1972, dizia ser defensor de um judiciário comprometido em manter-se nos limites da lei e dos “valores tradicionais”, e não fazer como a ‘Corte Warren’ que ‘dobrou’

121 Disponível em: http://www.oyez.org/cases/1970-1979/1971/1971_70_18/. Acesso: 28 de outubro de 2008.

122 Disponível em: http://www.oyez.org/cases/1970-1979/1971/1971_70_18/. Acesso: 28 de outubro de 2008.

123 Cf. DWORKIN, op.cit., p.7.

124 Disponível em: http://www.oyez.org/cases/1970-1979/1971/1971_70_18/. Acesso: 28 de outubro de 2008.

125 Idem. Ibidem.

a lei¹²⁶. Nixon nomeou William Rehnquist para a Suprema Corte, que inclusive votou contra a decisão majoritária em *Roe v. Wade* 410 U.S. 113 (1973) juntamente com o Justice Byron White.

Na verdade, as políticas de governo voltadas para as ações afirmativas foram consideradas pela Suprema Corte, a partir da década de 70 do séc. XX em várias formas de aplicações extensivas de direitos civis e trabalhistas com base em interpretações sobre a incidência de políticas públicas de promoção de grupos discriminados.

Em *Steelworkers v. Weber* 443 U.S. 193 (1979)¹²⁷ Brian Weber, um empregado branco da indústria Kaiser, sentiu-se discriminado pelo programa de promoção da empresa que segundo ele, facilitava por demais o acesso de empregados negros em detrimento dos brancos. A questão era saber se o Título VII do *Civil Act* de 1964 determinava se a política de igualdade seria para algum grupo étnico ou social, em específico.

A Suprema Corte decidiu, através de voto relator do juiz William J. Brennan¹²⁸, que a lei não especificava grupos de proteção, mas no caso concreto, a política de promoção dos negros da empresa não era desproporcional à cláusula de proteção, pois o programa era voluntário e os empregados brancos poderiam ascender na hierarquia mediante treinamento. Foi mantido o programa de promoção da empresa com respeito aos empregados negros.

Em *Goldberg v. Kelly*, 397 U.S. 254 (1970)¹²⁹, o juiz Brennan proferiu um voto fundamental relacionando o devido processo substancial e a *equal protection* (igual proteção) prevista na 14ª Emenda. Uma família dependente teve suspenso o benefício pago pela agência governamental *Aid to Families with Dependent Children (AFDC)* sem ser previamente avisada; o referido magistrado entendeu como requisitos

126 DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p.220.

127 Disponível em: <http://supreme.justia.com/us/443/193/index.html>. Acesso: 28 de outubro de 2008.

128 Idem. *Ibidem*.

129 Disponível em: <http://supreme.justia.com/us/397/254/>. Acesso: 28 de dezembro de 2008.

do devido processo protetor dos direitos fundamentais da família (daí porque substancial o devido processo): ser assistida por advogado; ser avisada previamente do corte no benefício pela Administração Pública; ser ouvida em depoimento pessoal (princípio da oralidade). A pressuposição do Estado em fazer uso das próprias razões de modo unilateral sem conceder chance de defesa ao cidadão foi refutada por ser irrazoável.

Brennan¹³⁰ considerou que fora irrazoável a forma da suspensão do benefício, e que a concepção liberal-econômica do Estado americano deveria ser substituída por um devido processo substancial protetor de direitos sociais e processuais do cidadão.

A Suprema Corte, nesses e em vários outros casos, decidiu em prol das políticas de promoção e proteção de grupos historicamente fragilizados. O que os conservadores na verdade, combatiam era o que consideravam excessos de intervenção do judiciário através de um construcionismo judicial exacerbado e desrespeitoso para com a vontade popular. O antigo debate entre democratas deliberativos e federalistas constitucionalistas estava renovado, agora, entre os republicanos tradicionalistas e deliberativistas e os liberais considerados de ‘esquerda’, defensores políticos dos juízes ativistas¹³¹.

Ronald Reagan e George Bush prometeram nas respectivas campanhas eleitorais mudar a Suprema Corte e nomearam como juízes Sandra O'Connor, David Souter, Anthony Kennedy, Clarence Thomas e Antonin Scalia¹³², na busca de reverter precedentes de proteção aos direitos de minorias como *Roe v. Wade* 410 U.S. 113 (1973) e de colocar, no tribunal constitucional e nos demais tribunais federais do país, juízes conservadores.

No entanto, a decisão prossegue vigorante, pois na prática os juízes decidem com razões jurídicas e não simplesmente sob o ideário de determinada orientação político-ideológica. Em *Planned Parenthood*

130 Idem. Ibidem.

131 DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida. Aborto, eutanásia e liberdades individuais*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p.9.

132 DWORKIN, op.cit., p.175.

of *Southeastern Pennsylvania v. Casey*, a Corte poderia ter desconstruído *Roe v. Wade* e não o fez¹³³, mantendo consequências de limitação de *Roe v. Wade* sobre a legislação antiaborto estadual, o que desagradou os conservadores.

Já em *Ada v. Guam Society of Obstreticians and Gynecologist et al* 113 S. Ct. 633 (1992) a Suprema Corte rejeitou o recurso constitucional de uma mulher que ingressou para obter declaração de inconstitucionalidade de uma lei antiaborto da ilha de Guam o que foi considerada uma decisão conservadora¹³⁴.

Na decisão de *Bowers v. Hardwick* 478 U.S. 186 (1986) a Suprema Corte considerou a lei anti-sodomita do Estado da Geórgia constitucional, uma plausível restrição da liberdade sexual com base em uma interpretação restritiva da abrangência da intimidade¹³⁵.

Michael Hardwick foi observado, por um oficial de polícia de Geórgia, em ato homossexual consensual com um outro adulto no quarto de seu repouso (recinto privado). Foi detido com base em uma lei estadual do Estado da Geórgia que considerava a sodomia um ato imoral e antijurídico¹³⁶.

Michael Hardwick ingressou com uma ação no Tribunal Federal da Geórgia que julgou a lei estadual inconstitucional, por ferir a cláusula da igualdade e da liberdade privada prevista na Constituição dos EUA. O procurador-geral da Geórgia, Michel Bowers, ingressou com um *Writ of Certiorari* perante a Suprema Corte pedindo a reforma da decisão¹³⁷.

Aqui se observou uma clara ideia de reversão da construção de direitos para a esfera da intimidade. Considerou-se a sodomia imoral e contrária às tradições do país¹³⁸.

133 DWORKIN, op. cit., p.9.

134 DWORKIN, op. cit., p.9.

135 DWORKIN, op. cit., p.181.

136 Disponível em: http://www.oyez.org/cases/1980-1989/1985/1985_85_140/. Acesso: 29 de outubro de 2008.

137 Idem. Ibidem.

138 Idem. Ibidem.

No caso *Bush v. Gore* 511 U.S. 98 (2000)¹³⁹, a Suprema Corte entendeu inconstitucionais os procedimentos determinados pelo Tribunal da Flórida de recontagem de votos a mão no Condado de Leon e o procedimento de conferência dos votos em todos os condados da Flórida para verificar-se, com clareza, o preenchimento do voto pelo eleitor.

O *Chief Justice* Rehnquist, que lavrou o voto vencedor (parecer da Corte), considerou que os procedimentos de recontagem violaram a cláusula 2, da seção 1^a do artigo II da Constituição dos EUA, ao estabelecerem padrões diferenciados entre votos válidos e não válidos. Na prática, a decisão do Tribunal da Flórida fazia uma nova eleição, que, só baseada em lei estadual poderia ocorrer. Violou-se, assim, a *equal protection* (igual proteção) na decisão anulada.

Os *Justices* Ruth Ginsburg e John Paul Stevens¹⁴⁰ (votos vencidos) discutiram que em razão do federalismo, a Corte da Flórida era soberana e sua decisão devia ser respeitada. Além disso, a decisão do Tribunal da Flórida era fundamentalmente correta porque a Constituição exige que cada voto esteja contado. Os *Justices* Stephen Breyer e David Souter¹⁴¹ (votos vencidos) entenderam que não estava prescrito o momento de recontagem, pois o tempo é insubstancial quando se trata de direitos fundamentais.

Um balanço analítico da *Rehnquist's Court* mostra que os juízes Scalia, Rehnquist e Thomas formaram um bloco conservador; O'Connor e Kennedy um bloco conservador 'moderado', de 'centro' e Ginsberg, Stevens, Breyer e Souter, um bloco liberal e ativista¹⁴².

Esse movimento conservador da 'Corte Rehnquist' (1986-2005) como se caracterizou sucintamente acima, teve sério compromisso

139 Disponível em: http://www.oyez.org/cases/2000-2009/2000/2000_00_949/. Acesso: 29 de outubro de 2008.

140 Idem. Ibidem.

141 Idem. Ibidem.

142 WOLFE, Christopher. *The Rehnquist Court and conservative judicial activism*. In: *That Eminent Tribunal: judicial supremacy and the Constitution*. Wolfe, Christopher (org.) Princenton: Princenton University Press, 2004, p.204.

com a concepção ‘originalista’ e *self-restraint* (auto-restritiva) do papel criador do juiz constitucional¹⁴³.

Em 2005, o presidente George Bush nomeou *Chief Justice* da Suprema Corte John Roberts, o que representa na prática uma volta do tribunal constitucional norte-americano a um combate contra a postura ativista liberal ou construtivista, em prol de uma interpretação *self-restraint* (auto-restritiva) do papel criador do juiz e comprometida, ainda, com a busca de uma visão ‘originalista’ da Constituição¹⁴⁴.

O fato é que com a atual “Corte Roberts”, o sistema de proteção das ações afirmativas, intensamente desenvolvido pela Suprema Corte, desde 1954, a partir do caso *Brown v. Board of Education of Topeka* 347 U.S. 483, começa a ser revisto. Em *Parents Involved in Community Schools v. Seattle School Dist. No. 1 et al.* 551 U.S. (2007)¹⁴⁵, o sistema de desenvolvimento do espaço escolar segregacionista entre brancos e negros julgado inconstitucional pela Suprema Corte desde 1954 voltava a ser reconhecido como aplicável em algumas escolas de Seattle e Louisville.

O interessante é que a supracitada decisão merca bem a divisão ideológica da Corte: de um lado, votaram vitoriosamente, acompanhando o *Chief Justice* John Roberts¹⁴⁶ os juizes Antonin Scalia, Samuel Alito, Clarence Thomas e Anthony Kennedy, definindo o campo conservador e interpretativista; do outro lado, os votos vencidos dos *Justices* John Paul Stevens, Ruth Ginsburg, Steven Breyer e David Souter de postura independente ou comprometidos com os pensamentos progressista, liberal ou ativista-construcionista.

Sintetizando esse painel histórico, ainda bastante sucinto para descrever uma história constitucional tão rica e detalhada, o que efetivamente extrair em termos de contribuição

143 WOLFE, op. cit., p. 205.

144 Disponível em: <http://www.oyez.org/courts/roberts/robt2/>. Acesso: 29 de outubro de 2008.

145 Disponível em: <http://supreme.justia.com/us/551/05-908/index.html>. Acesso: 29 de outubro de 2008.

146 Idem. Ibidem.

hermenêutico-constitucional dessa evolução da jurisprudência da Suprema Corte norte-americana?

Percebe-se que a grande influência do elemento político nas decisões causa um direcionamento objetivo na condução do processo decisória. A noção de imparcialidade e legalidade estritas, presentes na ideologia judicial que permeia o Estado Moderno em termos de racionalidade da decisão, parece comprometida em decorrência da politicidade estrutural que cerceia os julgamentos da Suprema Corte.

Essa politicidade em grau elevado, como elemento sintético do Estado Constitucional enquanto mediador entre questões políticas e questões jurídicas que estruturalmente, envolvem os casos constitucionais.

No caso americano, o judiciário constitucional, historicamente, transcendeu a legalidade em função de optar por uma forma de “voz da consciência da nação” nos momentos de superação da desigualdade, ou um meio de discussão das temáticas públicas, como no caso das decisões que asseguraram o desenvolvimento do *New Deal* a partir de 1933-1937.

Na busca de se constituir naquilo que Rawls¹⁴⁷ denominou de ‘foro da razão pública’ no Estado Democrático de Direito, a experiência histórica da Suprema Corte fez com que se tornasse a corte constitucional mais ativista jamais existente. Esse ativismo que encaminhou as discussões jurídicas sob um grande pano de fundo e uma finalidade política fez com que a sociedade fosse tomando a corte como um norte de racionalidade pública não meramente jurídico-formal, mas sociopolítica que incita a uma legitimidade construída discursivamente nas decisões judiciais.

No entanto, a transcendência da legalidade estrita e a presença das pressões políticas sobre a Suprema Corte, por vezes, fizeram do ativismo igualmente um perigo de substituir a análise jurídico-metodológica dos casos pela necessidade de se dar uma resposta às indagações políticas que contextualizam os casos concretos.

147 RAWLS, John. *O liberalismo político*. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 2000, p.287-288.

Esse, aliás, é um argumento constantemente utilizado pelos conservadores para atacar os excessos ativistas dos juízes ‘liberais’. Robert Bork¹⁴⁸ defende que a Suprema Corte deixou-se influenciar pela estruturação de programas políticos sem a devida interpretação estritamente jurídica e metodológica da Constituição. Para Bork, o ativismo levou a Suprema Corte a decidir politicamente e não juridicamente, deturpando a própria racionalidade jurídica¹⁴⁹.

Levando em consideração as matrizes do positivismo em sua concepção de construção da decisão a partir da racionalidade silogística e objetiva de uma interpretação limitada aos ditames internos da legalidade, pode-se concordar com a crítica de que a *construction* feita pela Suprema Corte, que apela para fatores além da lei na interpretação, seja realmente uma “deturpação da lei”.

Por outro lado, a crítica da legalidade a partir do reconhecimento de sua insuficiência e de sua auto-referência validativa, enfim, problematizando o objeto de interpretação (a norma) e o conceito de interpretação conforme a lei, ou conforme a Constituição vê-se que os cânones da interpretação clássica (filologia, sistematicidade, logicidade silogística, historicidade) de Savigny¹⁵⁰ já não servem para abarcar a politicidade, a publicidade, a socialidade, o multiculturalismo e todas as hipercomplexas nuances que envolvem a hermenêutica constitucional.

Nesse sentido, trabalhar com elementos além da legalidade, que interceptando, fora da lei, a esfera de relação da concretização

148 BORK, Robert H. *The Tempting of America. The political seduction of the Law*. New York: Free Press, 1990, p. 112 apud DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida. Aborto, eutanásia e liberdades individuais*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p.142.

149 As posições jurídicas e ideológicas conservadoras de Bork foram exaradas em seu livro *Constitutional Government: The design, the reality, the prospect.*, o qual contribuiu para ele ser rejeitado pelo Senado americano em 1987 na sabatina de nomeação para juiz da Suprema Corte, porque segundo alguns senadores ele era um interpretativista que entendia a Constituição como lei e queria interpretá-la como se fosse uma “tabela taxiconômica”. Cf. BRIDGS, Linda; COYNE JR, John R. *Strictly Right: William Buckley Jr. and the American conservative movement*. Hoboken: John Wiley & Sons Inc., 2007, p.256.

150 SAVIGNY, Friedrich Karl von. *Metodologia Jurídica*. Tradução de Heloísa da Graça Buratti. São Paulo: Rideel, 2005, p. 24.

da norma constitucional, o plano fático-axiológico em suas tensões na sociedade multicultural, se perceberá a necessidade de uma construção (interpretação criadora de direitos) e não simplesmente de uma interpretação sobre a norma constitucional.

Esse o cerne da problemática constitucional nos EUA (e num contexto aproximado também no Brasil) entre um ativismo judicial construtor de direitos e uma mera atividade judicial meramente ‘interpretativa’ ou autolimitativa dentro da legalidade.

Percebendo, positivamente, uma acepção democrática sobre a Suprema Corte, ela pode ser entendida historicamente, a partir da observação das forças que a pressionaram politicamente a tomar certas decisões e, no âmbito dos embates metodológicos, entre métodos construtivos-ativistas e métodos restritivos-interpretativistas na confecção de suas decisões, como a esfera pública descrita por Habermas¹⁵¹, a qual reflete nos seus embates epistemológicos e metodológicos as visões de mundo e as posições políticas em confronto na sociedade.

No entanto, a análise dos métodos de interpretação, seus caracteres políticos e metodológicos na jurisdição constitucional norte-americana merecem um estudo detalhado das características dessa jurisdição como desenvolvimento da *construction* de direitos fundamentais.

Nas seções 2.2 e 2.3 serão especificadas nuances para que uma visão de conjunto fique esclarecida, somente então se poderá visualizar melhor os embates entre as concepções democrática e concretizante de direitos fundamentais, aclarando no que a experiência hermenêutico-constitucional dos EUA pode contribuir para a jurisprudência constitucional no Brasil.

151 HABERMAS, Jurgen. *Entre naturalismo e religião. Estudos filosóficos*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2007, p.137.

2.2. JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

Primeiramente, não se pode deixar de colocar a filiação do direito norte-americano ao sistema de direito de tradição inglesa. Isso repercute diretamente na estruturação do judiciário do país.

O Direito Costumeiro ou Comum (*Common Law*) resulta de uma estrutura ínsita que se baseia na pressuposição de que a fonte primordial do ordenamento jurídico são os fatores sociais costumeiros.

A norma jurídica é para o Direito Comum uma regulação fiel aos anseios do povo, o que muitas vezes leva à colocação dos *standards* (modelos) empíricos construídos dentro das tradições de linhas decisórias sobre determinadas matérias, que funcionam enquanto plano de orientação paradigmática para a criação da norma de decisão do caso concreto e até da legislação objetiva pelo parlamento no processo de nomogênese (criação de normas).

O Direito Comum, em sua estrutura judicial, é dominado pela pesquisa e vinculação decisória pragmática em relação à jurisprudência. O juiz, apesar de possuir a liberdade de julgar, fica bastante atrelado ao construído jurisprudencial anterior (doutrina do *stare decisis*), o qual, por sua vez, busca manter-se estritamente ligado ao que determinam as decisões precedentes¹⁵².

O direito norte-americano **mantém-se na tradição** do Direito Comum, porém na atualidade sua vinculação com a **tradição** do sistema de precedentes vem perdendo força, ao passo que a sistemática da legislação assume um papel cada vez maior na estrutura jurídica estadunidense¹⁵³.

152 Cf. BALLE, José Maria Lafuente. *El método en la interpretación jurídica*. Madrid: Colex, 2002, p.155.

153 A VII Emenda, que prevê que as causas oriundas do sistema costumeiro sejam julgadas conforme o mesmo e não a lei foi mitigada com o tempo, sendo que hoje em dia a lei abarca essa exceção à legalidade escrita originalmente prevista no *Bill of Rights* em 1791. Cf. BALLE, José Maria Lafuente. *El método en la interpretación jurídica*. Madrid: Colex, 2002, p.155 aponta essa tendência de mudança no sistema de precedentes no sistema legal do *Common Law*.

Essa tendência iniciou-se com os processos judiciais, ainda na fase colonial dos EUA, implementando o devido processo (processo legal) a fim de barrar a arbitrariedade da metrópole britânica com **tributações excessivas e desrespeitos à liberdade pessoal** dos colonos, o que foi feito não apenas com base em práticas costumeiras, mas na interpretação da **própria Magna Carta inglesa**, à realidade judicial das Treze Colônias, e a votação de leis coloniais de proteção aos interesses do nascente país: Declaração de Direitos do Congresso Continental (1774), Declaração de Direitos de Maryland (1776) e Declaração de Direitos de Massachusettes (1780) ¹⁵⁴.

Como diz Pound¹⁵⁵, a lei é a proteção contra o arbítrio e serviu para barrar as pretensões de espoliação dos britânicos contra os colonos norte-americanos, a partir de então começa a jurisprudência norte-americana de proteção às liberdades públicas e aos direitos civis.

Outro importante reforço da legalidade no nascente direito norte-americano foi o *Bill of Rights*, em 1791, enquanto conjunto de garantias de respeito à pessoa humana expressando direitos fundamentais.

A Carta Constitucional de 1787 foi um passo legislativo importante e amplamente interpretada dentro de um sistema de criação de direitos pelos Estados e pelo povo, consoante previu a IX Emenda à Constituição¹⁵⁶ e na forma das correntes hermenêuticas construtivistas da jurisprudência e reconstruída historicamente com uma textura **linguística aberta a sínteses hermenêuticas com forte ênfase nos valores políticos**.

O sistema judicial foi instituído pelo artigo III, **Seção 1** da Constituição dos EUA¹⁵⁷, que determina ser o judiciário composto por

154 POUND, Roscoe. *Desenvolvimento das Garantias Constitucionais da Liberdade*. Tradução de E. Jacy Monteiro. São Paulo: Ibrasa, 1965, p.151-161.

155 POUND, Roscoe. *Justiça Conforme a Lei*. Tradução de E. Jacy Monteiro. São Paulo: Ibrasa, 1976, p.98.

156 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Constituição dos Estados Unidos da América (apêndice). In: COOLEY, Thomas M. *Princípios Gerais de Direito nos Estados Unidos da América*. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russell, 2002, p.360.

157 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Constituição dos Estados Unidos da América, op. cit., p.353.

uma Suprema Corte e tribunais inferiores. A partir dessa determinação constitucional foram implementados tribunais federais e estaduais em cada Estado da federação.

Já juízes federais organizados em 91 distritos federais (*US District Courts*) de competência territorial no âmbito dos Estados, o que seria equivalente às seções estaduais da justiça federal brasileira¹⁵⁸. A diferença é que até três distritos federais podem se organizar em uma segunda instância (tribunais federais) que pode comportar competência para a área territorial de mais de um Estado, atualmente em número de treze¹⁵⁹.

As funções do judiciário estão definidas no artigo III, Seção 2, da Constituição dos EUA¹⁶⁰, onde está prescrito que o poder judiciário tem competência para julgar os casos de aplicação da lei e da equidade envolvendo: a Constituição, a lei e os tratados concluídos pelos Estados Unidos; julgar as questões de jurisdição marítima; as questões entre um Estado da Federação e outro; as questões entre um cidadão do mesmo Estado reivindicando terras em virtude de concessões feitas por outros Estados; as questões entre cidadãos de diferentes Estados; as questões entre um Estado ou um seu cidadão e potências estrangeiras ou um cidadão estrangeiro.

À Suprema Corte compete, especificamente, conforme o artigo constitucional supracitado, atuar em grau de recurso pronunciando-se tanto em matéria de direito, como de fato, observando as exceções que o Congresso estabelecer, em todas as matérias acima relatadas, e como instância originária nas questões relativas aos ministros e representantes estrangeiros em geral, bem como naquelas questões em que estiver envolvido um Estado da Federação¹⁶¹.

158 SOARES, Guido Fernando da Silva. *Common Law – Introdução ao Direito nos EUA*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p.90.

159 SOARES, G, op. cit., p.91.

160 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Constituição dos Estados Unidos da América, op. cit., p.353-354.

161 Idem. Ibidem.

Houve, posteriormente, discriminações legais infra-constitucionais acerca de competências específicas de tribunais federais sobre certas matérias, bem como discriminação de competências para as cortes estaduais¹⁶², por vezes em sentido concorrente com a justiça federal.

Ambas as cortes também realizam interpretação constitucional difusa, tradição que se iniciou com as cortes estaduais interpretando atos do poder público e as cortes federais, a partir de sua competência constitucional (artigo III, seção 2, da Constituição dos EUA) de reger conflitos entre cidadãos de Estados diferentes, eminentemente conflitos privados (*diversity case*)¹⁶³.

O fato é que a Suprema Corte continua sendo o grau de instância recursal **última para as** jurisdições federais e estaduais¹⁶⁴.

A Suprema Corte analisa, em grau de recurso, matérias decididas pelas Cortes federais e estaduais e o faz em controle difuso, atualmente exercido instrumentalmente pela petição de *Certiorari*¹⁶⁵.

De fato, o sistema de controle de constitucionalidade estabelecido em 1791, foi praticado desde *Marbury v. Madison* (1803), onde ocorreu a instituição da possibilidade de exame da constitucionalidade dos atos do Legislativo e do Executivo. A partir de então, a autoridade interpretativa da Suprema Corte sobre a Constituição estava firmada. Pela atuação da Suprema Corte nos chamados *diversity cases* envolvendo conflitos de direito privado, desde a decisão em *Swift v. Tyson 41 U.S. 1* (1842), que ela passou a julgar o direito federal, e a justiça federal a atuar apenas com competência complementar¹⁶⁶.

A questão é que na ausência de normatizações específicas estaduais (*statutes*) para casos envolvendo comércio interestadual, comércio internacional e outras matérias, a Suprema Corte e a justiça

162 COOLEY, Thomas M. *Princípios Gerais de Direito nos Estados Unidos da América*. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russell, 2002, p.121.

163 RIGAUX, François. *A lei dos juízes*. Tradução de Edmir Missio. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p.213.

164 Idem. *Ibidem*.

165 RIGAUX, op. cit., p.213.

166 RIGAUX, op. cit., p.214.

federal inferior, na prática, criaram normas para casos concretos e estenderam efeitos a casos semelhantes, construindo um Direito Comum (*Common Law*) a partir da atividade judicial construtiva sobre o genérico *Law Merchant* (Direito Mercantil) federal¹⁶⁷.

Somente na década de 30 do século XX, a partir de decisórios como *Erie Railroad v. Tompkins* 304 U.S. 64 (1938), a Suprema Corte reconhece que compete somente aos tribunais federais julgar causas (inclusive interpretando a Constituição) de matéria referente a legislação comercial interestadual ou internacional¹⁶⁸. A Suprema Corte vai *pari passu* retirando-se de tal seara, exceto se provocada em último grau de jurisdição.

O sistema de controle de constitucionalidade nos EUA é, pois, misto, mesclando controle difuso e controle concentrado. O controle difuso é exercido por todas as instâncias, que podem se pronunciar sobre matéria constitucional inerente a qualquer lide posta a julgamento, como ensina Cooley¹⁶⁹, com apoio na jurisprudência que firmou o controle difuso de constitucionalidade: *Tennessee v. Davis* 100 U.S. 257 (1879), *Metcalf v. Watertorn* 128 U.S. 586 (1888), *Southern Pacific Railroad Removal Company v. California* 115 U.S. 2 (1886).

Assevera Thomas Cooley¹⁷⁰ ainda no século XIX, explicando o controle difuso de constitucionalidade:

O dever de examinar uma questão de Direito Constitucional pode recair sobre um tribunal de qualquer grau, tanto da jurisdição federal como da estadual. Toda vez que em um tribunal possa suscitar-se a questão sobre a conformidade de uma lei com a Constituição, esse tribunal perante o qual se apresentou a questão é que deve, até certo ponto, resolvê-la, e o poder de o tribunal aplicar a lei ao caso controvertido, necessariamente, implica o poder de

167 RIGAUX, op. cit., p.214.

168 RIGAUX, op. cit., p. 217.

169 COOLEY, op. cit., p. 121.

170 COOLEY, op. cit., p.153.

decidir qual a lei que há de prevalecer. Na falta de precedentes, que constituam autoridade, não pode haver outra senão o julgado do tribunal.

Pode-se observar que o papel recursório da Suprema Corte em controle difuso desde sua criação no século XVIII até 1891 foi muito relevante e por isso ela recebeu um número excessivo de demandas, numa filtragem constitucional mais incisiva¹⁷¹. A partir da Lei Judicial de 1891, no entanto, através do mecanismo de *Writ of Certiorari*¹⁷² a Suprema Corte determina que se institua um mecanismo de controle admissional na própria instância judicial inferior a fim de avaliar a pertinência de subida ou não do recurso constitucional¹⁷³.

Devido ao trabalho de leitura de razões de recurso e de ouvir memoriais e emitir parecer de admissão ou não do *Certiorari*, o acúmulo de demandas deu-se novamente e a Lei Judicial de 1925 limitou mais uma vez a matéria constitucional, concedendo discricionariedade à Suprema Corte para pronunciar-se sobre a admissibilidade recursal, sendo que em 1988 nova lei concedeu completa discricionariedade à Corte para processar demandas constitucionais¹⁷⁴.

No entanto, a não admissão da demanda para análise de constitucionalidade através do *denied certiorari* (denegação de certificação, isto é, de processamento do recurso constitucional) não abala a decisão *a quo*, surtindo a mesma todos os efeitos *ex ante* ao juízo de admissibilidade da Suprema Corte¹⁷⁵.

Qualquer parte, em processo que tenha se sentido prejudicada em matéria constitucional num **juízo estadual de última instância**

171 MESSITE, Peter J. *Writ of Certiorari: decisão sobre que casos revisar*. Fonte: <http://usinfo.state.gov/journals/itdhr/0405/ijdp/messitte.htm>. Acesso: 12 de Novembro de 2008.

172 Significa literalmente Direito de Certificação, de ser informado, tecnicamente traduz-se por Carta Requisitória.

173 MESSITE, Peter J. *Writ of Certiorari: decisão sobre que casos revisar*. Fonte: <http://usinfo.state.gov/journals/itdhr/0405/ijdp/messitte.htm>. Acesso: 12 de Novembro de 2008.

174 Idem. *Ibidem*.

175 RIGAUX, op. cit., p.

(corte estadual) ou num julgamento definitivo de um Tribunal Federal de Recursos, pode opor um *Writ of Certiorari* perante a Suprema Corte¹⁷⁶, através de petição, após pagar a quantia de U\$ 300,00 (trezentos dólares) acompanhada de quarenta cópias do recurso. É aberto prazo para a parte respondente se manifestar (caso queira) e para o peticionário treplicar¹⁷⁷.

É admitida a figura do *amicus curiae*. Peter J. Messite cita o caso *Novo México v. Reed* de 1998 no qual a presença de quarenta Estados da Federação como *amicis curiae* foi imprescindível para a subida do recurso à Suprema Corte¹⁷⁸.

O juízo de admissibilidade é completamente discricionário, mas segue a uma tradição **de que**, se quatro juízes optarem por receber a petição, ela será devidamente processada pela Suprema Corte¹⁷⁹. O fato é que após 1988 o número de processos em apreciação pela Suprema Corte caiu drasticamente, com a adoção do juízo de admissibilidade completamente discricionário¹⁸⁰.

O *Writ of Certiorari* pode ser negado por diversas razões, inclusive por motivos **técnicos ou de apreciação** de mérito, pois, em geral, a Suprema Corte aprecia causas de controversa interpretação da legalidade constitucional¹⁸¹. Diz Messite¹⁸²:

Por isso tudo, essa Corte enfatizou em inúmeras ocasiões que a negativa da carta recursória não tem grande significado. A negativa significa apenas que a Suprema Corte recusou o caso. A negativa não pode

176 MESSITE, Peter J. *Writ of Certiorari: decisão sobre que casos revisar*. Fonte: <http://usinfo.state.gov/journals/itdhr/0405/ijdp/messitte.htm>. Acesso: 12 de Novembro de 2008.

177 Idem. Ibidem.

178 MESSITE, Peter J. *Writ of Certiorari: decisão sobre que casos revisar*. Fonte: <http://usinfo.state.gov/journals/itdhr/0405/ijdp/messitte.htm>. Acesso: 12 de Novembro de 2008.

179 Idem. Ibidem.

180 Idem. Ibidem.

181 Idem. Ibidem.

182 Idem. Ibidem.

ser citada como aprovação da decisão do juízo de instância inferior, mesmo que como resultado disso a decisão do tribunal inferior seja mantida em vigor. Contudo, é verdade que um juiz pode ocasionalmente manifestar de público sua discordância sobre a decisão da Suprema Corte de negar o *cert*. Isso pode resultar em simples registro de discordância ou pode tomar a forma de um parecer mais elaborado.

Se a demanda for recebida, diz Messite¹⁸³:

Se a Suprema Corte atender à petição de *cert*, o secretário da instituição prepara e assina um mandado nesse sentido e notifica os advogados e o tribunal cuja sentença será revisada. Se os autos da instância inferior não tiverem sido apresentados à Suprema Corte, o secretário solicitará ao colega do tribunal inferior que os certifique e envie.

Quanto ao controle de constitucionalidade abstrato, ele é exercitado pelo cidadão perante a Suprema Corte, de modo a manusear ações constitucionais consistindo o *Habeas Corpus* o mecanismo de controle abstrato mais relevante previstos na Constituição dos EUA (artigo 1º, Seção 9).

É preciso frisar que o diálogo da jurisdição constitucional brasileira com a norte-americana tem na adoção pelo Brasil do *Habeas Corpus* um dos aspectos evolutivos mais importantes do controle de constitucionalidade pátrio, haja vista o fato de Rui Barbosa haver interposto *Habeas Corpus* previsto na Constituição Republicana de 1891 para assegurar a liberdade de locomoção de líderes políticos perseguidos pelo governo federal.

O STF começou a tutelar, na prática, o instituto que na verdade representou a importação, no ordenamento jurídico-constitucional

183 Idem. Ibidem.

brasileiro do *Writ* estadunidense, como via de controle abstrato de constitucionalidade, como observa Lessa¹⁸⁴.

Voltando à análise da corte constitucional estadunidense, observa-se que a estrutura normativa que regula a nomeação de juízes para a Suprema Corte concede ao Presidente da República uma influência poderosa, haja vista o fato de que as pessoas e grupos de interesse que o apoiam, considerem que nomeie juízes cujo histórico pessoal reflita seus valores políticos¹⁸⁵. Isso pode ir contra o dever de imparcialidade na concepção do Estado liberal e positivista e leve o debate jurídico a uma interpenetração com a política que se revele perigosa para a racionalidade processual constitucional.

O fato é que o sistema judicial dos EUA comporta um controle concentrado através do próprio *Writ of Certiorari* que pode ser utilizado diretamente contra uma norma jurídica para pedir sua declaração de inconstitucionalidade em abstrato, como observa Foruria¹⁸⁶.

O procedimento é o mesmo descrito para qualquer *Certiorari*, o que muda é o objeto da declaração de inconstitucionalidade por ser norma em tese e não recurso contra decisão de tribunal inferior. O caso paradigmático em que a Suprema Corte admitiu o uso do *Certiorari* como impugnação direta de inconstitucionalidade foi o *Tornhill v. Alabama* 310 U. S. 88 (1940).

Byron Thornhill fora condenado com base na seção 3448 do Código do Estado do Alabama que proibia piquetes laborais. Ele ingressou com um *Certiorari* requerendo à Suprema Corte que declarasse inconstitucional o referido dispositivo legal no sentido de que no âmbito da liberdade de expressão deve haver a restrição pelo meio menos restritivo ao referido direito fundamental¹⁸⁷.

184 LESSA, Pedro. *Do Poder Judiciário*. Edição Fac-simile. Prefácio de Roberto Rosas. Brasília: Senado Federal, 2003, p.338.

185 EPSTEIN, Lee e SIGAL, Jeffrey. *Advice and consent: the political advice appointments*. New York : Oxford University Inc., 2005, p.3.

186 FORURIA, Eduardo Vírgala. *Control Abstrato y Recurso Directo de Inconstitucionalidad em los Estados Unidos*. Revista Espanhola de Direito Constitucional, ano 62, n. 62, p.77-124, 2001.

187 FORURIA, op. cit. p.100.

Esse é um caso de *construction* de um procedimento judicial (*Certiorari* contra lei em tese) e de um direito fundamental, todavia serviu não apenas a um fito processual, mas ajudou a firmar o *Due Process of Law* como técnica de balanceamento de direitos.

Outro procedimento que pode ser adotado como controle abstrato de constitucionalidade são os interditos (*injunctive relief*) de suspensão das atividades de servidores públicos que possam aplicar leis consideradas inconstitucionais pelo demandante da ação¹⁸⁸. Interposto o interdito, o juiz pode prolatar uma ordem imediata de suspensão de aplicação da norma pelo servidor público. Depois de instruído o processo com o contraditório da parte adversa, o juiz prolata a sentença de maneira a declarar ou não a inconstitucionalidade da norma. Da sentença cabe apelação perante os Tribunais Federais¹⁸⁹.

Foruria cita também, como exemplo de controle abstrato de constitucionalidade de lei, em tese, não por ofensa direta à Constituição norte-americana, mas por vagueza (*vagueness*) de seu enunciado linguístico, haja vista que se '*una Ley se dissuade sustancialmente el ejercicio de determinados derechos fundamentales es manifestamente nula*'¹⁹⁰.

Essa forma de declaração de inconstitucionalidade seria por extralimitação do sentido da lei (*Overbreadth*)¹⁹¹.

Existe ainda um *Writ of Injunction to stay proceedings* (Direito de interdição de processo estatal) que é um interdito para declarar nula norma jurídica produzida pelo processo legislativo de um Estado federado, a fim de evitar que seja aplicada. Inicialmente (Lei de 02 de março de 1793) competia apenas à Suprema Corte a declaração da nulidade do ato legislativo, mas após o Código Judicial de 1948, estabeleceu-se que os tribunais estaduais também poderiam exercer o controle de constitucionalidade preventivo e abstrato sobre atos

188 FORURIA, op. cit. p.95.

189 FORURIA, op. cit. p.97.

190 FORURIA, op. cit.,p.104.

191 FORURIA, op. cit.,p.105.

legislativos de sua jurisdição, o que se denominou doutrina do “nosso-federalismo” (*our federalism*)¹⁹².

Essa preferência de apreciação pelos tribunais estaduais da constitucionalidade dos atos legislativos de sua jurisdição pode ser mitigada, caso exista um interesse específico de interpretação de lei federal por um tribunal federal, que então determina a paralisação do processo em nível estadual a fim de avaliar a constitucionalidade deste¹⁹³.

Mas a regra geral é a abstenção de uma esfera judicial interferir na atuação da outra, porque a doutrina do “nosso-federalismo” é uma derivação da doutrina da “abstenção” de interferências recíprocas entre cortes de esferas diversas¹⁹⁴. Foruria¹⁹⁵ deixa claro que nos EUA são utilizadas as formas concentrada e difusa de controle de constitucionalidade e que ambas podem ser empregadas na construção de direitos e de procedimentos na jurisdição constitucional norte-americana.

Há casos também de utilização dos instrumentos de garantia constitucional que podem chegar à Suprema Corte por via difusa do controle de constitucionalidade, quando interpostos originalmente em instâncias judiciais inferiores ou podem ser manuseados diretamente perante o próprio Tribunal Constitucional se se tratar de caso de sua competência originária. O *Habeas Corpus* previsto no artigo 1º, Seção 9 da Constituição dos EUA é exemplo de garantia-direito processualizável no sistema constitucional estadunidense pelas vias difusa ou concentrada¹⁹⁶.

Sintetizando, o que se pode observar é que grande parte das ações que chegam à Suprema Corte são oriundas em sede de controle difuso de constitucionalidade, no qual a Corte recebe as demandas na

192 FORURIA, op. cit.,p.111.

193 FORURIA, op. cit.,p.112.

194 FORURIA, op. cit, p,112.

195 FORURIA, op. cit.,p.112.

196 NEWMAN, Edward. *Liberdades e direitos civis*. Tradução de Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Forense, 1967, p.47.

função de tribunal de apelação de última instância, que é sua prática rotineira.

Os efeitos *erga omnes* e de obrigação passiva para o Estado, nas ações afirmativas atribuídos pela Suprema Corte, nas decisões de demandas oriundas da jurisdição infraconstitucional foram em sede de apreciação do *Writ of Certiorari*, como se observará na seção 2.3.

Mesmo com a existência dos instrumentos acima estudados, capazes de ser manuseados em controle concentrado de constitucionalidade, a feição difusa do controle constitucional estadunidense não mudou, ainda, porque a tendência da Corte não é absorver mais processo, mas restringir o número de demandas por ela apreciadas.

2.3. TRADIÇÃO E METODOLOGIA DA CONSTRUCTION

A expressão *construction* (construção) é definida, no contexto do direito norte-americano, sempre que for necessário fixar o sentido de uma norma constitucional, cuja aplicação não esteja clara, ou tutelar uma situação jurídica em relação à qual as normas constitucionais estejam em contradição ou em omissão¹⁹⁷.

O *Oxford Companion* da Suprema Corte dos EUA define ativismo judicial como: “*the charge that judges are going beyond their appropriate powers and engaging in making law and not merely interpreting it*”¹⁹⁸.

Historicamente utilizado pela Suprema Corte que buscou vinculá-la ao sistema de precedentes (*stare decisis*) e ao sistema de controle de constitucionalidade e interpretação da constituição (*judicial review*), a *construction* ou *judicial constructionism* exerceu um papel importante na jurisdição constitucional norte-americana, pois possibilitou uma

197 BULOS, Uadi Lâmmego. *Manual de Interpretação Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997, p.91-92.

198 Cf. ZINES, Leslie. *Judicial Activism and the Rule of Law in Australia*. In: CAMPBELL, Tom; GOLDSWORTHY, Jeffrey. *Judicial Power, Democracy and Legal Positivism*. Bodmin: Ashgate Publishing Ltd., 2000, p.391. Tradução livre: “A função que os juízes assumem quando estão indo além de seus poderes, acomplando algo às leis e não meramente as interpretando”.

interpretação de natureza política que assegurou a expansão dos direitos fundamentais aos setores sociais que reclamavam efetividade e extensão igualitária dos mesmos.

Assim, pôde-se atualizar o sentido e superar contradições na aplicabilidade de um texto constitucional sucinto e programático como o norte-americano, realizando a hermenêutica sistemática e unitária do texto constitucional com eficácia globalizante de sentido¹⁹⁹, perfazendo a expressão de conquistas democráticas materiais, setoriais, concretizantes de direitos fundamentais.

O que gestou o método da *construction*, segundo Bulos²⁰⁰, foi a tradição de interpretação política da Constituição no sistema constitucional norte-americano pela manutenção da tradição jusfilosófica e sociológica de vinculação com a realidade sócio-política dos valores concretos da vida nacional e não numa aplicação da norma constitucional presa a uma lógica racionalista ou abstrativista.

A *construction* configura-se como meio de captação, de filtragem da mutação constitucional, como apregoa Ferraz²⁰¹, sendo não uma técnica unilateral de interpretação, mas um método que se acrescenta aos demais, na construção hermenêutica das normas da Constituição que integram a macro-atividade interpretativa constitucional em função de critérios políticos.

Visualizando a matriz estadunidense de jurisdição constitucional, o método da construção, efetivamente, consiste em controle de constitucionalidade empregado tanto difusa como concentradamente, na medida em que concretiza e protege direitos fundamentais violados ou não implementados por decisões pontuais de tribunais infraconstitucionais²⁰².

199 BULOS, op. cit., p.93.

200 BULOS, op. cit., p.92.

201 FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986, p.10.

202 GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. Direito comparado. Introdução ao direito constitucional norte-americano. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 1515, 25 ago. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10282>>. Acesso em: 02 de dezembro de 2007.

O fato, porém, é que o sistema americano de controle de constitucionalidade prende-se muito ao estudo do perfil do julgador, das correntes ideológicas, culturais, axiológicas e principalmente políticas por ele seguidas²⁰³, apesar da proibição do judiciário norte-americano de decidir sobre questões estritamente políticas, pois os conteúdos substanciais da política devem ser livremente exercidos²⁰⁴.

Ferraz²⁰⁵ dirá que as normas constitucionais são mutáveis por condições políticas, axiológicas e sociológicas a que se submete a legislação e que a norma tende a assumir finalidades outras que não as esperadas pelos princípios do próprio sistema jurídico.

Bulos²⁰⁶ explica as nuances centrais da *construction* constitucional a partir da noção supletiva que esse método recebe na doutrina e técnica hermenêutica norte-americana, visando, exatamente, que esse caráter supletivo vislumbre aplicar o conteúdo que a norma constitucional prevê em termos linguísticos “não herméticos”.

Deve haver espaço hermenêutico para que o intérprete atue no sentido de atualização e concretização do conteúdo normativo linguístico levando em conta elementos gerais da estrutura constitucional. A jurisdição constitucional deve desenvolver-se na atividade de construção de direitos²⁰⁷.

O fato é que a simples interpretação da norma não basta. O texto constitucional requer suplementação aditiva de interpretação para sua efetividade, o que é denominado por Streck²⁰⁸ de sentenças aditivas ou construtivas. Dessa forma, concebe-se como sendo construção o que amplia o significado da norma para fins de atualização político-axiológica de seu conteúdo e processualização de sua eficácia.

Assim, a jurisdição constitucional está presa ao complexo processo de evolução político norte-americano, pois as correntes ditas

203 LEAL, op. cit., p.144.

204 LEAL, op. cit., p.142-143.

205 FERRAZ, op. cit., p.10.

206 BULOS, op. cit., p.98.

207 BULOS, op. cit., p.104.

208 STRECK, op. cit., p.600.

progressistas que nos EUA são geralmente denominadas de liberais, defrontam-se com correntes conservadoras, em geral alinhadas ao Partido Republicano²⁰⁹.

O fato é que a partir de 1937, o liberalismo patrimonialista, individualista, social e politicamente conservador, defensor da visão axiológica implementada pelos ‘pais fundadores’ do texto constitucional, vai sendo combatido no interior da Suprema Corte por ação das reformas do *New Deal* do presidente democrata Franklin Roosevelt, pois se necessitava, naquele momento, de uma construção de direitos a partir do texto constitucional que servisse de instrumento de combate à crise econômica de 1929 cujos efeitos ainda se faziam sentir e a posição conservadora da Suprema Corte alinhava-se a pressupostos culturais, político-ideológicos voltados para a manutenção do *status quo* da economia, da política e do direito norte-americanos²¹⁰.

Mediante a interpretação construtiva (não-interpretativista) e política do texto constitucional, assumiu-se, nas hostes progressistas e por definição ‘construtivas’ ou ‘ativistas’, interpretações com características de garantir direitos fundamentais em seus aspectos socialmente mais significativos, quando conjugado a uma linha política democrática, social-liberal e multiculturalista. É a corrente do ativismo judiciário denominada de não-interpretativista, que admite mudança de sentido das normas constitucionais e seu significado atualizados moral e filosoficamente e na história política de cada época nos Eua.

209 GODOY, 2007.

210 Para a descrição da evolução histórica do constitucionalismo estadunidense cfr. NEWMAN, Edward. *Liberdades e direitos civis*. Tradução de Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Forense, 1967; SCHWARTZ, Bernard. *Direito Constitucional Americano*. Tradução de Carlos Nayfeld. Rio de Janeiro: Forense, 1966; BERLOWITZ, Leslie; DONOGUE, Dennis; MENAND, Louis (orgs.) *A América em Teoria*. Tradução de Márcio Cavalcanti de Brito Gomes. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1977; COOLEY, Thomas M. *Princípios Gerais de Direito nos Estados Unidos da América*. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russell, 2002; PADOVER, Saul K. *A Constituição dos Estados Unidos*. Tradução de A. Della Nina. São Paulo: Ibrasa, 1987.

Por outro lado, quando a atividade construtiva é implementada com base no liberalismo conservador de matrizes ético-religiosas, que, geralmente, é encampado pelo Partido Republicano no século XX ao nomear diversos juízes conservadores para a Suprema Corte²¹¹, interpreta-se mediante um ‘originalismo’ ou “interpretativismo” a Constituição, buscando apenas uma interpretação à luz do próprio texto constitucional, querendo encontrar a vontade do legislador original da Constituição da nação.

Mesmo o conservadorismo sócio-político-ideológico nos EUA representado pelos movimentos “auto-restritivos” e “originalistas” do judiciário que combatem os institutos da “discriminação positiva” e da ‘igualdade material’, na ótica de uma democracia multicultural e participativa (discursiva), objetivada pela ‘cidadania ativa’ e pelas políticas governamentais das ações afirmativas (*affirmative actions*), refuta também a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas²¹², mas, ainda assim, admite uma atividade ‘construtiva’ dos direitos fundamentais sob a ótica histórica de proteção de direitos econômicos, individualistas, que entendem ser a intenção original do constituinte de 1787²¹³.

211 DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 206.

212 CANOTILHO, op. cit., p.1321.

213 Nesse sentido veja-se a análise feita por Godoy (2008) do caso *United States v. Lopez*, de 1995: “Lopez foi preso em flagrante e julgado pela posse de arma, em área estudantil, crime federal. Foi condenado em primeira instância. Apelou para tribunal superior. Defendeu a tese de que tal lei era inconstitucional, porque o Congresso não detinha poderes para legislar sobre a matéria. Venda de armas não é assunto de comércio interestadual, que o Congresso pode regulamentar. Lopez ganhou em segunda instância. Procuradores federais conseguiram levar a matéria a Suprema Corte, por meio de um *writ of certiorari*. A questão consistia em se indagar se o Congresso de fato tinha competência para legislar sobre restrição de armas de fogo em áreas escolares. Decidiu-se que o Congresso não possuía poderes para legislar sobre a matéria. A maior parte da legislação federal norte-americana decorre dessa cláusula, chamada de *commercial clause*. O Congresso pôde legislar sobre meios e instrumentos de comércio interestadual, bem como sobre atividades que tenham efeito em relação a esse comércio entre os estados da federação. No caso, o relator, juiz Renhquist, entendeu que o porte de armas em proximidade de escola é matéria de interesse local, e não afeta a comércio interestadual. Voto vencido do juiz Stevens entendeu que a educação da juventude tem impacto substancial na economia nacional e que é matéria de comércio interestadual, tomando-se esse em seu aspecto mais

Dworkin²¹⁴ também alerta para o perigo das divisões rígidas quanto à opção ideológica entre juízes liberais e juízes conservadores, entre juízes ‘ativos’ e ‘passivos’, demonstrando que, geralmente, magistrados progressistas em questões morais, são liberais em questões econômicas, e que julgadores que são primorosos em decidir acerca da eficácia de direitos fundamentais nem sempre acompanham construções ‘ativas’ ou ‘extensivas’ de direitos fundamentais, para isso cita como exemplo a não extensão da proteção à dignidade humana a estrangeiros pela Suprema Corte, como no caso *Plessy v. Korematsu*, em que a Corte Constitucional estadunidense denegou liberdade a japoneses naturalizados americanos presos sob suspeita de colaboracionismo com o Japão durante a II Guerra Mundial²¹⁵.

Hage²¹⁶, em artigo que explica o pensamento de John Hart Ely, alerta para não se cair num maniqueísmo que estatui uma identificação plena entre democratas-constitutivistas (não-interpretativismo judicial e progressismo político) e republicanos-originalistas (interpretativismo judicial e conservadorismo político). No entanto, Ely combate, claramente, o interpretativismo da norma isolada (*clause-bound*) e traça parâmetros de reavaliação axiológica do não-interpretativismo, buscando uma terceira via que congregue democracia e visão axiológica da Constituição²¹⁷.

Ely, em crítica ao interpretativismo norte-americano²¹⁸, menciona o método da construção de direitos não-escritos como

concreto. Voto vencido do juiz Souter entendeu que a Suprema Corte deveria atuar prospectivamente, e que a maioria qualificava um retrocesso em relação ao ativismo judicial que marcou a Corte nos primeiros trinta anos do século XX, mediante decisões que realmente representaram controle de constitucionalidade em relação a atuação do Congresso”.

214 DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p.441.

215 DWORKIN, op. cit., p.449.

216 HAGE SOBRINHO, Jorge. *Democracy and distrust – a theory of judicial review – John Hart Ely: resumo e breves anotações à luz da doutrina contemporânea sobre interpretação constitucional*. Arquivos do Ministério da Justiça, Brasília, 48(186), p.201-225, jul./dez. 1995.

217 HAGE SOBRINHO, op. cit., p.205-207.

218 HAGE SOBRINHO, op. cit., p.205.

constituído de uma “descoberta de valores constitucionais” por diversas etapas: crítica dos valores do próprio julgador; do “direito natural”, dos “princípios neutros”, da ‘razão’, da “tradição”, do “consenso” e dos *predicting progress* (tomar os ‘valores de amanhã’, realizar a ‘prospecção de valores’).

Ely²¹⁹ propõe então um modelo teórico para o *judicial review* (o poder de revisão das decisões estatais pela Suprema Corte norte-americana) como garantia de supremacia da Constituição, como um modelo de “constituição aberta”, com caráter processual, procedimentalizando interpretações de direitos fundamentais e de aplicações hermenêuticas da legislação.

O método de Ely compromete-se em construir uma jurisdição constitucional aberta, voltada para a discussão constante e continuada dos valores constitucionais. Ely trata de um modelo que implica uma remissão à teoria política da democracia deliberativa. Em verdade, ele aproxima-se de Habermas e Carlos Santiago Nino nesse pormenor, perfazendo um itinerário que é via de duplo sentido: implica uma jurisdição constitucional que preconiza um aprofundamento das práticas deliberativas democráticas, e por outro lado, uma democracia deliberativa que encontra seu ponto na vivência dos direitos fundamentais, como assevera Nino²²⁰:

El proceso democrático actúa como el método más confiable para reconocer los derechos individuales fundamentales. A su vez, el respeto de esos derechos promueve el valor epistémico del procedimiento democrático de discusión y toma de decisiones. La continuidad de la práctica constitucional garantiza la eficacia de las decisiones tomadas a través de ese método. Em forma adicional, la voz de la deliberación pública – el componente esencial de la democracia – y el respeto de los derechos individuales generan

219 HAGE SOBRINHO, op. cit., p.206.

220 NINO, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 2003, p.302.

um profundo consenso que promueve la continuidad de la prática constitucional.

Habermas²²¹ considera que o Estado contemporâneo implica a satisfação dos interesses e de proteção das posições das instâncias de poder informais, não-estatais: assim, o direito constitucional deve servir a uma síntese interpretativa das posições liberais e individuais dos grupos componentes da sociedade.

O fato é que o sistema de *Common Law* no EUA foi gradativamente mitigado pela força das decisões uniformizantes da Suprema Corte e pela lei, sendo, pois, o papel da jurisprudência essencial na configuração de um sistema aberto de interpretação de constituição, a própria teoria dos direitos fundamentais requer uma estruturação da atividade hermenêutica em função de uma mediação de concretização que parta da dimensão de compreensão linguística, não-literal da lei, mas com textura normativa aberta, a fim de possibilitar uma margem de interpretação para o julgador ou uma ligação a elementos extrínsecos (políticos, morais etc.) ao texto legal.

O modelo dominante de efetivação da *construction* pela Suprema Corte e pelo restante do judiciário norte-americano não foi como preconizava Ely, o de uma jurisdição proedimentalista e “aberta”, mas o da jurisdição substancialista, que partiu da interpretação de valores políticos como subjacentes aos princípios constitucionais, assegurando a interpretação política da Constituição que, mediante um ativismo judicial estabeleceu mudanças de valores constitucionais, representando uma atuação concretizante de determinados direitos fundamentais e de princípios constitucionais genéricos (*equal protection, due process of law*), dentro dos reclamos que para tanto fez a sociedade norte-americana em seus ‘setores progressistas’, através

221 HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, vol. 2, p.295.

da decisão de vários casos paradigmáticos como os narrados na seção 2.1²²².

O movimento de construção de direitos pelo ativismo é considerado uma adoção pelo judiciário de uma visão de “esquerda” no espectro político, denominada nos EUA de liberalismo, tido como uma defesa de posições não essencialistas de concepção de valores fundamentais da Constituição, mas de valores ‘abertos’ construtivos dentro de um processo de democracia deliberativa e ativista (pelos grupos de interesse) e de interpretação constitucional implementadora de políticas públicas de afirmação.

As chamadas ações afirmativas, projetadas no governo Kennedy e executadas a partir do governo de Lindon Jonhson, fizeram

222 GODOY, 2007: ‘O caso *Brown v. Board of Education of Topeka*, de 1954, revogou a doutrina até então dominante, do *equal but separate*, aplicado desde *Plessy v. Ferguson*. Em 1948 Ada Lois Sipuel, estudante negra, provocou a Corte Suprema porque a faculdade de direito de Oklahoma indeferiu seu pedido de matrícula. Por ordem do tribunal a universidade nomeou três advogados que dariam aulas à pretendente. A mesma universidade teve de deferir o pedido de C.W. McLaurin, que se matriculou num programa de pós-graduação em Educação. Porém o aluno foi obrigado a sentar-se em ambiente contíguo à sala de aula, em lugar separado na biblioteca, bem como foi constrangido a usar o refeitório em horário diverso dos outros estudantes. A Corte ordenou o fim das restrições.

Um outro afrodescendente, Sweatt, teve pedido indeferido para matricular-se na faculdade de direito do Texas, que lhe negou acesso por preconceito racial. A Corte assinou prazo para que se instalasse uma faculdade de direito separada para negros, ou então que se deferisse o pedido de matrícula. Sweatt matriculou-se na faculdade para negros, de cuja qualidade reclamou. 188 professores de Direito do país enviaram petição à Suprema Corte, para que se revogasse a segregação racial nas escolas.

Em 1952 a Corte preparava-se para apreciar casos do Kansas (*Brown v. Topeka*), da Carolina do Sul, da Virgínia, e de Delaware. Embora sob premissas, fatos e condições distintas, as quatro ações versavam sobre a segregação racial nas escolas e seriam julgadas conjuntamente. Decisão unânime concluiu que não havia igualdade entre escolas. Crianças brancas tinham opções, enquanto a educação de crianças negras era praticamente inexistente. Concluiu-se que em tema de educação pública a doutrina do *equal but separate* era inaplicável. Iniciava-se nova fase nas relações raciais norte-americanas. Dava-se início a extinção da segregação nas escolas públicas, circunstância marcada por intensas reações. Em 1964 a lei dos direitos civis fez da igualdade racial matéria de lei federal (cf. SCHWARTZ, 1995). A política de desmonte da segregação racial nas escolas norte-americanas foi um dos maiores desafios que o direito daquele país viveu na década de 1950 (cf. COX, 1987, p. 250). Ressurge contemporaneamente informando políticas de ações afirmativas, que objetivam correções de injustiças historicamente realizadas (cf. SPANN, 1999)¹.

com que a construção de direitos fosse processada no aspecto da Administração, provendo políticas públicas²²³ e da justiça, criando uma tradição jurisprudencial desde a chamada Corte Warren (1954-1964) no sentido de fortalecer e concretizar o *Civil Act* de proteção aos direitos fundamentais como garantias individuais e sociais.

Os objetivos da ação afirmativa, enquanto política pública administrativa, são amplos: avaliação da intenção dos atos discriminatórios, eliminação da desigualdade econômica e proteção da legislação anti-discriminação²²⁴.

A Suprema Corte²²⁵ utilizou-se da doutrina do *stare decisis* (estabilização dos precedentes judiciais sobre uma matéria e vinculação da decisão atual às decisões semelhantes anteriores) para firmar a estabilidade das decisões de tutela e concretização dos direitos fundamentais, criando uma verdadeira cultura de *traditional reverence of civil rights* (reverência pelos direitos civis)²²⁶.

A série de decisões históricas da Suprema Corte e outros órgãos judiciários dos EUA foi firmada para reverter a desigualdade social e a discriminação (problemas sócio-políticos), como bem afirma Menezes²²⁷, e para isso, a Suprema Corte desenvolveu técnicas de abordagem analítica das atitudes a serem coibidas, a fim de se proteger os direitos fundamentais: o *standard of review* (modelo de revisão) para normas que ferissem direitos fundamentais foi, então, com base no critério de controle de constitucionalidade definido pelo *Justice Harlan Stone*:

1. O nível inferior, mais flexível, implica um controle de constitucionalidade próximo ao usualmente exercido pela

223 SKRENTNY, John David. *The Ironies of Affirmative Action: Politics, culture, and justice in America*. Chicago: Oxford University Press, 1996, p.146.

224 SKRENTNY, op. cit., p. 147.

225 SKRENTNY, op. cit., p.147.

226 SKRENTNY, op. cit., p.146.

227 MENEZES, Paulo Lucena de. *A Ação afirmativa (affirmative action) no direito norte-americano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 62.

- Corte, referentes as classificações de temas econômicos e sociais;
2. O nível superior implica um controle de constitucionalidade superior, no qual se aferia: a) Se a lei adotava raça ou etnia para diferenciação dos indivíduos, o que seria uma classificação suspeita; b) Aquelas leis que empregam outros meios de classificação envolvendo direitos fundamentais, sob o qual incidiria um exame judicial rigoroso, exercendo um juízo sobre o *discrimen* adotado, pois o critério da lei afetaria um interesse cogente a ser defendido pelo Estado²²⁸.

Menezes assevera que o critério de “sensível”, ou seja, de nível primariamente importante concebido pela “Corte Warren” (1954-1964) era principalmente a tomada de posição em torno da questão racial como questão política essencial da época²²⁹.

A defesa de posições estritamente voltadas para a proteção dos interesses mais importantes (raciais, por exemplo) evoluíram para outros campos, colocando num primeiro nível de análise de importância constitucional, saindo do segundo nível, a questão dos direitos da mulher, exemplarmente defendidos pelo juiz da Suprema Corte Brennan, como ocorreu na histórica decisão da qual ele foi o prolator do voto vencedor em *Roe v. Wade* (1973)²³⁰.

Antes mesmo da década de 50 do séc. XX, a Suprema Corte encaminhava-se pela extensão de direitos fundamentais aos negros quando da decisão do caso *Sweatt v. Paitner* 339 U.S. 629 (1945), em que se declarou inconstitucional lei estadual do Texas que vedava o ingresso de negros em universidades, sendo que, foi aplicada a *Equal Protection* prevista na 14^a Emenda.

228 MENEZES, op. cit., p.62.

229 MENEZES, op. cit., p.63.

230 MENEZES, op. cit., p.64.

Dworkin²³¹ cita o caso como aplicação de uma ‘discriminação positiva’ como proteção a minorias. Essa decisão foi importante para estabelecer que o cidadão que necessitasse não poderia deixar de receber a tutela do judiciário como efeito concretizador da *Equal Protection* estabelecida na 14^a Emenda.

As decisões que se seguiram nas décadas de 60 e 70 do séc. XX primaram não somente pela garantia da igualdade em função da etnia negra, mas de outras minorias como índios, mulheres etc., e se caracterizaram também por reverter decisões judiciais apoiadoras de práticas sociais discriminatórias que foram então julgadas inconstitucionais por um direcionamento mais liberal e igualitário²³².

As doutrinas do *stare decisis* e da *Rule of Law* do *Common Law* tradicionais seriam, assim, profundamente abalados pela ação construtiva inevitável dos juízes liberais, que ampliaram o *judicial review* e a técnica de balanceamento de princípios constitucionais.

A necessidade de extensão dos âmbitos de eficácia dos direitos fundamentais foi protegida pelas ações afirmativas julgadas constitucionais na Suprema Corte. Esta juridicizou as questões políticas em voga, realizando a aplicação das Emendas e normas constitucionais de proteção aos direitos fundamentais (5^a Emenda, 14^a Emenda), tais como o *due process of law*, a *equal protection* etc.

Claro que a política de ação afirmativa também teve seus problemas de distorção das consequências dela decorrentes. A questão das cotas nas universidades, por exemplo, gerou um problema de discriminação reversa, sobre aqueles que obtiveram a promoção pela política pública de proteção às minorias étnicas²³³.

231 DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p.343.

232 O'BRIEN, David M. *Constitutional Law and politics*. 6.ed. New York: W.W. Norton & Company Inc., 2005, p.129.

233 SIEGEL, Reva B. *The Racial Rhetorics of Colorblind Constitutionalism: The case of Hopwood v. Texas*. In: *Race and representation: affirmative action*. POST, Robert e ROGIN, Michael (orgs.) New York: Zone Books, 1998, p. 43.

Lee Epstein e Jeffrey Segal²³⁴ enumeram algumas características do ativismo judicial, citando dizeres de Tom Delay, deputado republicano, expressam bem o que os norte-americanos entendem comumente como tal fenômeno jurídico:

- a. A tendency by the judiciary toward problem solution rather than grievance-resolution;
- b. A tendency by judiciary to employ the individual plaintiff as a vehicle for the imposition of far-reaching orders extending to broad classes of individuals;
- c. A tendency by the judiciary to impose broad, affirmative duties upon governments and society;
- d. A tendency by judiciary toward loosening jurisdictional requirements such as standing and ripeness; and
- e. A tendency by the judiciary to impose itself upon other institutions in the manner of an administrator with continuing oversight responsibilities.

O fato é que o governo republicano de George Bush (2000-2008) se opôs ao ativismo judicial e a implementação das ações afirmativas, exatamente por considerar, dentre outras coisas, excessiva a intervenção do judiciário na esfera administrativa, buscando a todo custo, seja via medidas políticas, seja com a nomeação de juízes conservadores, reduzir o papel ativista do judiciário²³⁵.

Realizando um breve balanço histórico desde o auge da Suprema Corte ativista e concretista de direitos fundamentais nas décadas de 50

234 EPSTEIN, Lee; SIGAL, Jeffrey. *Advice and consent: the political advice apointments*. New York: Oxford University Inc., 2005, p.64. Tradução livre: “a-Uma tendência pela magistratura para a solução do problema um pouco do que a queixa-definição; b-Uma tendência pela magistratura a empregar a demanda individual como um meio para a imposição das ordens de grande amplitude que se estendem a grandes classes de indivíduos; c-Uma tendência pela magistratura impor deveres amplos, afirmativos, sobre governos e sociedade; d-Uma tendência pela magistratura para o afrouxamento de exigências jurisdicionalmente standartizadas e antigas (maduras); e- Uma tendência pela magistratura impor-se em cima de outras instituições na tutela da continuidade das responsabilidades”.

235 EPSTEIN, Lee; SIGAL, Jeffrey, op. cit., p. 65.

e 60 do século passado se percebem vários momentos variáveis ora de reforço ora de contenção da política de ação afirmativa.

Dworkin²³⁶ informa que em 1989 a Suprema Corte decidiu pela inconstitucionalidade de um programa de proteção social na cidade de Richmond que reservava 30% dos contratos de construção para firmas pertencentes às famílias de minorias étnicas da cidade. Tal previsão contratual foi considerada excessiva para o contexto local e, portanto, irrazoável e desproporcional.

Se para as mulheres as ações afirmativas estão em franca ascensão, protegendo-as de discriminação, não se firma quanto aos homossexuais, haja vista a decisão *Bowers v. Hardwick* (1986)²³⁷. Em *Lawrence v. Texas* 539 U. S. 558 (2003), todavia, a Suprema Corte reconheceu como não inconstitucional a prática homossexual, rejeitando o precedente de *Bowers v. Hardwick*²³⁸ decisão comemorada pelos liberais.

O problema de fundo da prática do ativismo judicial nos Estados Unidos é sua legitimidade política, que, em verdade, remete à discussão entre os liberais que defendem um programa político de moralidade individualista, e os conservadores que preconizam uma restrição de direitos ou pelo menos uma construção ‘estrita e responsável’, a fim de atender necessidades de determinadas minorias políticas. Tal debate será aprofundado na seção 2.5, quando se tratar da moralidade política e os métodos hermenêuticos da jurisdição constitucional nos EUA.

2.4. DISCUSSÃO DOS MÉTODOS HERMENÊUTICOS NA JURISPRUDÊNCIA CONSTITUCIONAL ESTADUNIDENSE

A tradição constitucional norte-americana distingue-se das demais, entre outros fatores, pelo fato de ser dinâmica e extremamente

236 DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida. Aborto, eutanásia e liberdades individuais*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p.193.

237 DWORKIN, op. cit., p. 193.

238 TRIBE, Lawrence. *Hermenêutica Constitucional*. Tradução de Amarílis de Souza Birchal. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. XXXIX.

evolutiva em sua desenvoltura. Ocorre que, nas diversas fases de sua história, essa tradição soube associar texto jurídico e problemática política, de modo a gerar uma inter-relação de cunho nitidamente concreto, num sentido sociológico e não meramente jurídico-formal.

Isto é, política e direito geraram um campo de interferência recíproco que fez surgir efeitos práticos em favor da democracia, seja numa concepção de participação, seja na manutenção de certas tradições republicanas²³⁹.

Quando se analisa tal interpenetração de forças políticas e jurídicas em seu trabalho conjunto e, ao mesmo tempo, sua troca de forças ao longo da história em que se percebe, como assera Ackerman²⁴⁰, uma rica evolução de paradigmas que visam interpretar a Constituição sob a discussão política e a participação cívica como um rico pano de fundo. Existe uma cultura constitucional norte-americana singular, que marcou profundamente a vida cultural do país e a expressão existencial do povo²⁴¹.

Ackerman²⁴² vê na evolução de vida constitucional americana e suas diversas fases (Fundação, Reconstrução etc.) a presença de paradigmas de grandes projetos nacionais que servem para direcionar e circunscrever nos seus limites e objetivos a interpretação da Constituição pelos magistrados.

Assim, as discussões sobre a tradição hermenêutica dos Estados Unidos referentes à sua Constituição, devem partir dessa pré-compreensão, no sentido de se fazer a leitura em função das exigências combinadas do interesse público, tradição de respeito e concretização constitucional e tematização atualizadora dos grandes problemas nacionais.

239 Republicano usado no sentido de bem público e não em vinculação com ideologia do Partido Republicano nos EUA.

240 ACKERMAN, Bruce. *Nós, o povo soberano. Fundamentos do Direito Constitucional*. Tradução de Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p.45.

241 ACKERMAN, op. cit., p.53.

242 ACKERMAN, op. cit., p.79.

Viu-se, retrospectivamente, que política e direito são essencialmente conjugados na tradição estadunidense, fato observado no século XIX por Tocqueville ²⁴³:

Quando se invoca, diante dos tribunais dos Estados Unidos, uma lei que o juiz considera contrária à constituição, ele pode se recusar a aplicá-la, pois. Esse poder é o único particular ao magistrado americano, mas dele decorre uma grande influência política.

A Suprema Corte garantiu direitos civis em diversas oportunidades históricas diferentes, como em 1866, no caso *Ex parte Milligan* 71 U.S. 2 e em 1946 no caso *Duncan v. Kahanamoku* 327 U.S. 304 nas decisões de ambos se estabeleceu que os civis devam ser julgados com base em tribunais civis e não tribunais militares, restringindo a jurisdição destes últimos, numa clara proteção à 14^a Emenda da Constituição²⁴⁴.

Mas a questão de fundo é saber como se relacionam metodologicamente, dentro da hermenêutica jurídica constitucional dos EUA, política e Constituição. A formalização da política em torno de propostas estruturantes de direitos fundamentais passou, desde o início, da história da hermenêutica constitucional dos EUA por um processo de discussão que englobou um profundo debate não somente acadêmico, mas de caráter prático; não somente jurídico, mas político.

A construção da legitimidade do judiciário estadunidense foi de tal maneira voltada para o espaço público, que na verdade não se tem propriamente como cindir a história da Constituição da retrospectiva do debate científico sobre a metodologia de construção da decisão.

A posição positivista em solo norte-americano não foi fraca, tanto pela influência da cultura iluminista do Século XVIII, da cultura cientificista do Século XIX, como pela confluência das correntes do

243 TOCQUEVILLE, Alexis de. *A Democracia na América*. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2005, vol. 2, p. 115.

244 PADOVER, Saul K. *A Constituição dos Estados Unidos*. Tradução de A. Della Nina. São Paulo: Ibrasa, 1987, p.128; p.151.

utilitarismo inglês, principalmente da corrente utilitarista de Jeremy Bentham, que ainda na atualidade, domina a vida acadêmica e o pensamento jurídico estadunidense²⁴⁵.

A Suprema Corte adotou uma postura de realizar a leitura da Constituição comprometida politicamente com o fortalecimento do poder da União, desde o início do século XIX²⁴⁶, e depois, com atitudes restritivas ou conservadoras para com o movimento de extensão dos direitos fundamentais e começaram a tomar corpo evidente a partir do final da Guerra Civil após 1865, quando o movimento para implementação dos direitos civis nos EUA tenderia a se fortalecer.

A Suprema Corte fez a leitura da Constituição à luz da ideologia política das parcelas conservadoras, no fundo discriminativas e racistas da população e certos grupos de elite, o que desde o fim do século XIX tem-se denominado *strict-constructionism* (construcionismo estrito)²⁴⁷.

Dworkin coloca que, a referida concepção de filosofia jurídica preconiza que não pode haver direitos sem processo legislativo que os perceba como legalidade, e que exista a deliberação racional das pessoas em realizar a atividade legislativa²⁴⁸. O positivismo descarta, assim, tanto o jusnaturalismo como o processo de criação não convencional, por exemplo, construtivo, do direito²⁴⁹.

Como coloca Dworkin, a própria necessidade social requer condições de compreensibilidade do direito sobre os fatos econômicos, por exemplo, que geraram a necessidade da jurisprudência estadunidense, ao contrário da inglesa, juridicizar várias questões que, decorrentes do crescimento econômico, tiveram de ser postas à

245 DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. XI.

246 WIECK, William. *Constitutional History (1829-1848)*. In: *American Constitutional history: selections from the Encyclopedia of the American Constitutions*. New York: Macmillan Publishing Company, 1989, p.81.

247 WIECK, op. cit., p. 81.

248 DWORKIN, op. cit., p. XIII.

249 DWORKIN, op. cit., p. XII.

baila da discussão judicial, e muitas vezes recaindo no paradigma de interpretação não legalista²⁵⁰ incorrendo no realismo sociológico.

Para o realismo sociológico, deve haver uma postura céptica em atinência ao legalismo, pois não se pode cristalizar a interpretação da lei com base em paradigmas imutáveis, mas sim institucionalizar valores em mutação através das decisões judiciais²⁵¹. Richards denomina a postura de Holmes, que alia o ceticismo tradicional da filosofia anglo-saxã ao realismo sociológico, de ceticismo jurídico²⁵².

Na verdade, para Dworkin²⁵³, tal realismo sociológico não é interessante para o progresso da interpretação constitucional, dadas as posições extremadas de subjetivismo de juízes que na senda de resolver questões práticas transformam-se num “oráculo de doutrina”, capazes de abandonar métodos e tradições para realizar “justiça social”.

Tanto que, o juiz da Suprema Corte, Frankfurter, reinterpretando o pensamento de Oliver Wendell Holmes e seu realismo sociológico exacerbado, buscava uma volta ‘sensata’, como diz Christopher Wolfe²⁵⁴, ao “positivismo moderado.”

Godoy²⁵⁵ menciona que o método da *construction* foi bastante desenvolvido pela corrente do realismo jurídico moderado norte-americano, que trabalha com a análise da linguagem, principalmente a vertente de Karl N. Llewellyn e que associa os problemas de análise da mutação dos valores da sociedade a aplicações de teorias do discurso (argumentação e retórica) e da linguagem jurídica no contexto jurisprudencial estadunidense.

250 DWORKIN, op. cit., p. 6.

251 RICHARDS, David A. J. *Toleration and the Constitution*. Oxford: Oxford University Press, 1986, p.7.

252 RICHARDS, op. cit., p.7.

253 DWORKIN, op. cit., p.7.

254 WOLFE, Christopher. *That Eminent Tribunal: judicial supremacy and the Constitution*. Princeton: Princeton University Press, 2004, p.202.

255 GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. O realismo jurídico norte-americano, a tese de Charles Beard e a experiência constitucional internacional contemporânea. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1629, 17 dez. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10771>> Acesso: 17 de dezembro 2007.

Fazendo um paralelo com a teoria retórica de Katarina Sobota²⁵⁶, que defende uma espécie de decisionismo jurídico não silogístico e não racionalista, com a confiança na estrutura de lógica retórica criada pelo próprio intérprete, pode-se perceber que a tradição estadunidense de interpretação judicial e de construção de direitos utiliza-se desse paradigma. Diz a doutrinadora²⁵⁷:

As normas utilizadas no processo de decisão judicial são na maior parte alusões, às vezes recheadas de informações sobre a realidade social, mas às vezes também reduzidas a uma atribuição geral, a qual pode ser preenchida com sentimentos inexpressáveis, afirmações casuais de valores e realizações também casuais de modelos estimativos tradicionais.

Como coloca Dworkin²⁵⁸, o realismo sociológico, em geral, apregoava que a decisão e a formação da convicção do juiz viriam anteriormente à justificação racional ou legal.

Na verdade, o fato de que para um pós-positivismo ou um positivismo modificado como o de Herbert Hart, a norma deve possuir uma textura linguisticamente ‘aberta’, que é preenchida pelo poder interpretativo, não sendo norma até que se faça um processo de interpretação²⁵⁹: “O poder discricionário que assim lhe é deixado pela linguagem pode ser muito amplo, de tal forma que, se ela aplicar a regra, a conclusão constitui, na verdade, uma escolha, ainda que possa não ser arbitrária ou irracional”.

Se o processo de construção linguística é argumentativo-racional ou retórico-sociológico é questão de método, mas ele sempre será

256 SOBOTA, Katarina. *Não Mencione a Norma !* In: Anuário do Mestrado em Direito. Recife, ano 7, p.251-273, 1995.

257 SOBOTA, op.cit., p.272.

258 DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p.7.

259 HART, Hebert. *O conceito de direito*. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste-Gulbenkian, 1996, p.143.

um tratamento linguístico sobre a construção da norma. A questão é que os juízes positivistas e conservadores em geral entendem que essa textura aberta somente pode ser concretizada com base em intencionalidades claras e objetivas e não na plurissignificação, mesmo com a argumentação sobre os limites significativos da norma.

Os positivistas possuem um conceito de *Rule of Law* fechado, quase ‘mítico’, que não se abre a reconstruções de sentido, como coloca Richard Posner²⁶⁰ em crítica ao jurista culturalista e positivista Paul Kahn que pretende fazer uma genealogia das intenções e formação das normas constitucionais²⁶¹.

O que os realistas jurisprudentes norte-americanos afirmam, assim como os seus asseclas escandinavos, dentre eles Ross²⁶², concordando com Holmes, é que o juiz deve ser livre e que os antecedentes legislativos podem ser dispensados quando a lei ‘envelhece’, entrando em cena a construção de direitos afinada com a metamorfose constitucional, sem que se opere qualquer mudança em seu texto. Outra coisa não é a *construction*.

Na posição de Ross, percebe-se como a jurisprudência do realismo sociológico supera a concepção originalista da vontade do legislador e dos antecedentes legislativos vinculatórios em prol da liberdade de criação da normatividade para o caso concreto pelo juiz, caso seja necessário para completar lacuna no ordenamento²⁶³.

Para Olivecrona²⁶⁴, Holmes abriu o direito a uma perspectiva crítica da moralidade metafísica tradicional, ao estabelecer o contato com os fatos sociais (realidade) como elemento primordial para a consideração da validade da lei, e não como os elementos jurídicos tomados em si como significados abstratos, formalistas e metafísicos.

260 POSNER, Richard. *Frontiers of Legal Theory*. Cambridge: Havard University Press, 1999, p.192.

261 POSNER, op.cit., p.183.

262 ROSS, Alf. *Direito e Justiça*. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2003, p.174.

263 ROSS, op. cit., p.174.

264 OLIVECRONA, Karl. *Lenguaje Jurídico e Realidad*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Cidade do México: Fontamara, 1999, p.16.

Claro que a definição da metodologia remete para a postura política de decisão do julgador e, estudar sua postura política é importante, exatamente, até onde vai a interrelação, para o intérprete, entre metodologia e postura político-ideológica. A investigação dessa interação foi precedida com a devida importância pelo realismo sociológico moderado norte-americano. Pensando Beard que o juiz é influenciado por fatores sociológicos, não desconectou da postura do magistrado a um fundo ou leitura dos valores sociais²⁶⁵.

O certo é que a tradição da sociologia realista na jurisprudência estadunidense, representou em sua fase áurea (décadas de 30 a 40 no século XX) uma etapa preparatória para a década das grandes decisões de afirmação de direitos fundamentais, de 1954 a 1964, produzindo nomes de relevo na Suprema Corte, tais como Louis Brandeis, Benjamin Natan Cardozo, Oliver Wendell Holmes²⁶⁶.

A posição de Cardozo²⁶⁷, retratada principalmente em sua obra clássica no direito estadunidense, 'A natureza do processo judicial', em que se faz uma referência ao método judicial a partir de seu paradigma sociológico realista: construir a decisão com equidade, sabendo manter a relação viva e atuante entre moral e direito, não perdendo o senso comum de justiça. Afinal, a filosofia subjacente ao *Common Law* é o pragmatismo, que apregoa a confiança no senso comum de julgamento, inclusive o do juiz²⁶⁸.

Os realistas sociológicos tiveram seus adversários no campo metodológico. Um dos mais notáveis foi Hugo Black²⁶⁹, que estabeleceu um paradigma crítico aos colegas da Suprema Corte que aderiram ao realismo nos seguintes termos:

265 GODOY, op. cit., 2007.

266 RICHARDS, op. cit., p.13.

267 CARDOZO, Benjamin Natan. *A Natureza do Processo Judicial*. Tradução de Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p.98.

268 CARDOZO, op. cit., p.74.

269 BLACK, Hugo Lafayette. *Crença na Constituição*. Tradução de Francisco Carlos de Paula Xavier. Rio de Janeiro: Forense, 1970, p.41.

Os tribunais têm o poder de interpretar a Constituição e as leis, o que significa explicá-las e expô-las, e não alterá-las, emendá-las ou refazê-las. Os juízes prestam o juramento de manter a Constituição tal qual ela é, e não como entendem que ela deva ser.

Black, como aponta Schwartz²⁷⁰, tentava demonstrar as incongruências da aplicação dos princípios do devido processo, sendo que seus colegas da Suprema Corte estariam construindo incongruências lógicas ao aplicar uma lógica de desenvolvimento ao devido processo e a igual proteção para a 14^a Emenda e outra para a 5^a Emenda, pois sob o paradigma da primeira, ampliaram a aplicação do referido princípio para concretizar direitos sociais, e sob o enfoque da segunda, restringiram a eficácia do mesmo.

Black²⁷¹ defendia uma interpretação de cunho literalista e histórica para a Constituição, fazendo o elo entre o antigo e o vindouro originalismo nos EUA, pois antes dele já havia originalismo desde a ‘Corte Taney’, passando pela ‘Corte White’ e a ‘Corte Taft’, as grandes fases conservadoras da Suprema Corte até 1937. Para Ely²⁷², o pensamento de Black foi a quintessência do interpretativismo em combate ao não-interpretativismo (construcionismo ativista).

A realidade é que a metodologia da construção de direitos foi desenvolvida pela Suprema Corte quando ela trabalhou em consonância em atinência com o pensamento liberal, atrelado à concepção axiológica de ‘justiça social’ e, portanto, politicamente mais próximo de um aspecto não reacionário e, quando ela foi impulsionada por questões econômicas urgentes, que pressionavam pela criação de políticas públicas e de planejamento econômico necessários, como diz Schwartz²⁷³: “Sem as decisões do Supremo Tribunal, aplicando

270 SCHWARTZ, Bernard. *Os Grandes Direitos da Humanidade (The Bill of Rights)*. Tradução de A. B. Pinheiro de Lemos. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p.247.

271 BLACK, op. cit., p.28.

272 ELY, John Hart. *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*. Cambridge: Harvard University Press, 2002, p.2.

273 SCHWARTZ, op.cit., p.215.

cada vez mais o direito à igualdade, a maioria dos movimentos por igualdade que impregnam a nossa sociedade talvez não tivesse sequer começado”.

O forte movimento de reação ao ativismo encaminhou o debate metodológico pela consideração de defesa do positivismo e das formas de interpretação histórica e semântico-literais evitando, exatamente, a construção de decisões com base em pressões políticas de determinados grupos e por propostas ideológicas momentâneas que transformariam o judiciário em um receptor de interesses aparentemente sociais ou políticos, que trairia a democracia e o processo legislativo, como também a metodologia jurídica da fundamentação decisória. Aqui começa a série de objeções dos positivistas conservadores.

O argumento conservador básico de que a decisão judicial deve ser subordinada à legislação, de que os juízes não são eleitos e, portanto, não podem modificar pragmática e casuisticamente a lei²⁷⁴, como teriam feito os juízes impregnados do ideário do realismo sociológico e depois, os juízes ativistas liberais, principalmente, nas décadas de 50 a 70 do século XX.

O presidente republicano Richard Nixon, como observa Dworkin²⁷⁵, achava que os juízes deveriam julgar e não distorcer a lei se pronunciando sobre questões de moralidade política, por isso a plataforma básica de sua campanha presidencial de 1968 foi a nomeação de juízes ‘não liberais’.

A mesma ideia marcou as propostas de governo republicanas de George Bush (1988) e de George W. Bush (2000)²⁷⁶. O presidente republicano Dwight Eisenhower asseverou que o maior erro da sua vida foi nomear juízes da Suprema Corte Earl Warren e William Brennan, que se revelaram ativistas e liberais contrariando as expectativas do presidente²⁷⁷.

274 DWORKIN, op. cit., p.132.

275 DWORKIN, op. cit., p.220.

276 DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida. Aborto, eutanásia e liberdades individuais*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p.8.

277 DWORKIN, op. cit., p.175.

Os conservadores argumentam que a metodologia de construção é invenção de direitos contra a lei, como fez o *Justice White*²⁷⁸ no voto que proferiu no caso *Bowers v. Hardwick* 478 U.S. 186 (1986).

William Rehnquist votou contra a decisão do caso *Roe v. Wade* 410 U.S. 113 (1973), argumentando que não se poderia construir o direito das mulheres à privacidade e, que tal especialização da jurisprudência seria uma afronta à Constituição, apenas para defender um interesse de grupo, por mais importante que fosse²⁷⁹.

No argumento de Rehnquist, observa-se a conjunção de três tradições de metodologia jurídica: a positivista, a originalista e a utilitarista. A primeira percebe-se porque o apego ao argumento do respeito ao texto da lei é evidente, combinado com a clara defesa da tradição axiológica e intencional do texto constitucional originário. A Constituição é tomada como uma lei ordinária interpretada semanticamente no sentido claro e literal.

O argumento utilitarista é posicionado quando se percebe a redução do debate moral ao interesse de um grupo não poder superar o interesse do todo, protegido legalmente. Percebe-se claros reflexos de Bentham e Mill²⁸⁰, na defesa do interesse moral, do maior número prevalecer, enfim, na concepção do justo servir ao conveniente (interesse).

Na verdade, o movimento conservador no âmbito do judiciário norte-americano desenvolve-se em duas vertentes bem definidas metodologicamente: os *strict-constructionists* (construtivistas estritos) e os *originalists* (originalistas).

As raízes do originalismo seriam antigas, prendendo-se ao caso *Marbury v. Madison* (1803) quando o *Justice Marshall* concedeu uma interpretação conforme a Constituição que a interpretou de maneira estrita e restritiva quanto aos poderes da Administração Pública, pois

278 DWORKIN, op. cit., p.181.

279 DWORKIN, op. cit. p. 182.

280 STUART MILL, John. *A liberdade. Utilitarismo*. Tradução de Eunice Ostrensky. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p.270.

seria um intento original da Constituição norte-americana a divisão dos poderes (artigo III, Seção 1ª da Constituição dos EUA) ²⁸¹.

Depois, com os movimentos conservadores das diversas épocas, que se refletem na interpretação original da Constituição quanto à 5ª Emenda, pela qual não se poderia tolher o sentido original da Constituição que não previu a situação de liberto para escravos, assim, no caso *Dred Scott v. Sandford* 60 U.S. 393 (1857) uma lei do Estado do Missouri que previa a liberdade para ex-escravos foi julgada inconstitucional, o que ajudou a desencadear forte oposição ao antiabolicionismo das elites judiciais, políticas e econômicas do país, desembocando na Guerra Civil de 1861-1865.

O que a interpretação de uma ideologia econômica liberal de livre mercado fez, nas décadas de 10 a 30 do século XX na Suprema Corte, foi também um movimento originalista, na medida em que buscou preservar as tradições de livre-comércio, livre concorrência e não intervenção do Estado na economia como intenções originais dos “pais fundadores” da América.

A forma de organizar o originalismo foi a de tomar um corpo doutrinário específico nas últimas décadas, herdando o trabalho de defesa do positivismo constitucional estadunidense desenvolvido por juristas, como Hugo Black que, nas décadas de 30 e 40 do século passado, combateu as correntes ativistas do realismo sociológico jurisprudencial norte-americano.

O fato é que atualmente o originalismo confunde-se como o construcionismo estrito na busca de uma leitura historicista e positivista da Constituição norte-americana.

Antonin Scalia²⁸², o principal representante do originalismo nos últimos tempos, desenvolveu a tese de que deve haver um textualismo interpretativo (não construtivo) da norma constitucional. Ele defende a ideia de que os sentidos podem ser modificados, isto é, podem variar

281 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Constituição dos Estados Unidos da América (apêndice). In: COOLEY, Thomas M. *Princípios Gerais de Direito nos Estados Unidos da América*. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russell, 2002, p.353.

282 SCALIA, Antonin et al. *A matter of interpretation: federal courts and the law: an essay*. Princeton: Princeton University Press, 1997, p. 28.

desde que o intérprete, realizando uma leitura pessoal e atual da lei constitucional, faça com que os sentidos fechem com a intenção original da Constituição²⁸³. O textualismo, ao contrário do que afirmam os ataques dos ativistas, não é literalista²⁸⁴.

Apoiado em Joel Prentiss Bishop, Scalia²⁸⁵ defende a ideia de que há uma intenção original na Constituição americana, principalmente, consistindo no fato de que ela apregoa a necessidade de um governo de leis e não um governo de homens, o que coibiria o ativismo dos juízes.

Apoiado em James Landis, Scalia²⁸⁶ comunga com a ideia de que, se analisado o retrospecto histórico do judiciário estadunidense, poderá ser observado que o mesmo afigura-se cometendo os piores abusos com base na doutrina da construção de direitos.

Outro enfoque metodológico do textualismo de Scalia é que há um formalismo estrutural na interpretação constitucional, pois está sob o paradigma da *Rule of Law* (Regra da Lei) e, portanto, há de ser interpretada com base na semântica legal²⁸⁷.

Scalia²⁸⁸ critica o realismo sociológico e linguístico de Llewellyn, pois na visão deste haveria uma escolha, pelo juiz, de cânones a ser adotados para definir o sentido de um texto e que tal procedimento leva à construção de uma concepção estatutária da legalidade. Scalia considera que os cânones são sempre um paradigma hermenêutico e podem ser mudados, mas não de modo a fraudar o sentido original da lei²⁸⁹.

Scalia observa que, os ativistas liberais optam por eleger interesses de grupos sociais e defendê-los, mesmo que isso contrarie a metodologia jurídica. Como exemplo, pode-se ver a decisão de

283 SCALIA, op. cit., p. 24.

284 SCALIA, op. cit., p.25.

285 SCALIA, op. cit., p.17.

286 SCALIA, op. cit., p.18.

287 SCALIA, op. cit., p.25.

288 SCALIA, op. cit., p. 27.

289 SCALIA, op. cit., p. 27.

Montana v. Blackfeet Tribe of Indians 471 U.S. 759 (1985), onde a seu ver se fez a opção por uma defesa sem argumentos da posição dos índios²⁹⁰.

Scalia²⁹¹ defende que se deve realizar a construção das normas constitucionais, porém dentro de horizonte democrático de participação da população, através do legislativo e pelo respeito ao formalismo do *Common Law*.

Para Tribe²⁹², o pensamento de Scalia reflete a face mais importante do originalismo atual porque concebe o método de abstração de consequências do caso concreto, para depois, detectando os níveis de generalização aplicar a norma constitucional, sob uma circunscrição semântica e das intenções originais (históricas) do constituinte.

Tribe²⁹³ critica Scalia por considerar seu método bastante preso a pressupostos positivistas, conservadores e historicistas:

A história nos fornece um direcionamento ambíguo tanto porque as tradições históricas podem ser indeterminadas, tanto porque mesmo quando descobrimos uma tradição histórica aprovada, não é tão óbvio que o fato da existência dessa tradição, nos remeta ao significado da Constituição.

O próprio Scalia admitiu que é difícil aplicar a jurisprudência originalista, mas a prefere aos subjetivos moldes da interpretação ativista. É melhor, segundo ele, algumas ambiguidades semânticas do que abandonar a empreitada histórica²⁹⁴.

290 SCALIA, op. cit., p.27.

291 SCALIA, op. cit., p.40.

292 TRIBE, Lawrence. *Hermenêutica Constitucional*. Tradução de Amarílis de Souza Birchal. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p.131.

293 TRIBE, op. cit. p.134.

294 TRIBE, op. cit. p.135.

Tribe²⁹⁵ considera, dessa forma, que o método da generalização e do apego às tradições históricas defendido por Scalia termina por cair num subjetivismo, o mesmo que ele acusava liberais como Brennan de incorrer.

Tribe²⁹⁶ aponta o subjetivismo conservador da escolha de valores por Scalia na questão de valores familiares tradicionais sob um pano de fundo histórico no voto proferido no caso *Michael H. v. Gerald D.*, 109 S (1989) em que Scalia optou por uma generalização calcada em ‘valores tradicionais’ da família norte-americana.

Tribe²⁹⁷ observa que o realismo sociológico de Cardozo já advertia para o perigo da generalização por se desprender das bases sociais e concretas da lide. Segundo Tribe²⁹⁸, o juiz deve verificar se a abstração ou generalização, pontualmente empregada, deve ser utilizada como meio de esclarecimento de questões da lide ou um simples artifício de litígio. Compete ao juiz definir se aceita ou não um precedente o que significa um juízo de adequação²⁹⁹.

Adverte Tribe³⁰⁰: ‘Qualquer modelo de interpretação que destróça trechos constitucionais com o intuito de dar suporte a alguma visão do todo, definitivamente não é um modelo apropriado de interpretação’.

Frank Michelman³⁰¹ faz uma análise diferente da metodologia de Scalia. Ele analisa que existe uma querela entre a epistemologia constitucional cartesiana que trabalha com um modelo hermenêutico de regras que lembra uma matemática euclidiana para interpretar racionalmente valores (R. Epstein) e uma epistemologia constitucional pragmática, que trabalha um modelo interpretativo calcado na identificação de valores constitucionais (jurisprudência de valores)³⁰².

295 TRIBE, op. cit., p.146.

296 TRIBE, op. cit., p.130.

297 TRIBE, op. cit., p.147.

298 TRIBE, op. cit., p.148.

299 TRIBE, op. cit., p.154.

300 TRIBE, op. cit., p.31.

301 MICHELMAN, Frank et al. *Liberty, property and the future of constitutional development*. Albany: State University of New York, 1990, p.154.

302 MICHELMAN, op. cit., p.154.

Enquadrando-o na primeira corrente, mas distanciando-o do professor Epstein que considera um liberal individualista, Michelman³⁰³ classifica o juiz Scalia como um continuador do liberalismo conservador de Marshall, o grande juiz dos primeiros tempos da Suprema Corte. Scalia trabalha com regras sem ser cartesiano, é um positivista conservador que se apega ao modelo *Rule of Law* (Regras da Lei).

O que diferencia Scalia de Michelman³⁰⁴ é que para este, o *Common Law* deve ser interpretado com base num senso político moral, através do debate no campo público, em que possam ser identificados os valores constitucionais. Michelman prefere, então, um modelo axiológico de interpretação constitucional.

Dworkin³⁰⁵ sintetiza a posição metodológica do que ele chama de “juristas conservadores”, levando em conta a posição positivista de que direito é o que é, e não o que os juízes pensam que é. Ele denomina tal postura de convencionalismo³⁰⁶, que deve pautar-se na aplicação dos precedentes passados de modo estável, técnico, pré-compreensivamente positivista³⁰⁷.

Os convencionalistas defendem uma diretiva histórica do passado sobre o presente³⁰⁸. Nesse ponto chega-se ao originalismo, para vincular com o estudo das correntes de hermenêutica constitucional. Para Dworkin³⁰⁹, quando se pensa hermenêuticamente através de princípios, rejeita-se o convencionalismo, pois se trabalha com as incongruências de precedentes, que devem ser debatidos e reavaliados, labuta-se com as confluências de princípios entre si buscando a construção integrativa do ordenamento.

303 MICHELMAN, op. cit., p.155.

304 MICHELMAN, op. cit., p.155.

305 DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p.141.

306 DWORKIN, op. cit., p.142.

307 DWORKIN, op. cit., p.144.

308 DWORKIN, op. cit., p.146.

309 DWORKIN, op. cit., p.164.

Como exemplo de decisão não convencional, Dworkin³¹⁰ menciona o caso *United States v. Seeger* 380 U.S. 163 (1965), em que a Suprema Corte adotou uma visão ampla discutindo os fundamentos da religião e admitiu um multiculturalismo religioso não tradicionalista, ao julgar no caso concreto o direito de Seeger, com fulcro em lei, a não prestar serviço militar com base em escusa de consciência religiosa, pois ele se proclamava ateu e igualava religiosidade a ética.

A Suprema Corte entendeu que, mesmo Seeger dizendo-se ateu, ele poderia alegar tal escusa, pois havia diversas acepções de religiosidade nos Estados Unidos³¹¹. Se a Corte estivesse compromissada com um fundo cultural religioso cristão conservador, por exemplo, a decisão poderia ter sido em outro sentido, não razoável e não construtiva e extensiva do direito fundamental à liberdade de consciência, religião e seu âmbito de proteção.

O modelo da construção de direitos implica, portanto, várias vertentes nos Estados Unidos. Há correntes de cunho marcadamente axiológico (Michael Sandel); de cunho moral (Ronald Dworkin); outras de acentuada visão procedimental-democratizante (John Hart Ely), outras moderadas e mescladas (Frank Michelman, Lawrence Tribe), mas o que todas rebatem são os pilares conservadores da jurisprudência constitucional e da filosofia jurídica subjacentes aos pensamentos dos originalistas ou construcionistas estritos, quais sejam:

1. Positivismo conceitual que trabalha definições estáticas e procedimentos formalistas;
2. Propugnam por uma metodologia objetiva de interpretação constitucional, isenta de subjetivismos;
3. Preconizam uma 'pureza' do direito, que não deve imiscuir-se de questões políticas;

310 DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida. Aborto, eutanásia e liberdades individuais*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p.227.

311 DWORKIN, op. cit., p. 227.

4. Combatem o individualismo da moralidade política liberal, apregoando em geral uma moralidade política de ‘valores tradicionais’;
5. Não aceitam, em geral, a eficácia de direitos fundamentais nas relações privadas; não aceitam a flexibilização ou a progressão histórica de certos conceitos abertos como dignidade e liberdade, por exemplo, os quais teriam de possuir marcos definidos pelas intenções originais ou tradicionalmente firmadas na jurisprudência constitucional (apregoam a estabilização da doutrina do *stare decisis*, base do *Common Law*);
6. Não aceitam, em geral, a ideia de balanceamento de direitos em função de princípios ou de razoabilidade na fixação de direitos, assim como a ampliação da incidência do âmbito de eficácia dos direitos fundamentais;
7. Entendem que os direitos civis constitucionais devem ter eficácia restritiva;
8. Entendem o devido processo como algo a ser definido com especificidade para certos âmbitos de incidência, evitando interpretações que geram ambiguidades ou conflitos entre normas constitucionais;
9. Buscam uma democracia deliberativa onde os valores comunitários se sobreponham ao processo de criação e proteção de direitos do judiciário ‘ativista’, considerado antidemocrático;
10. Buscam resgatar as intenções legislativas originais no processo de interpretação da Constituição;
11. Algumas correntes defendem um utilitarismo moral e econômico (Amartya Sen);
12. Reforçam, dogmaticamente, a doutrina da *Rule of Law* (Regra da Lei);
13. Utilizam com autolimitação (*self-restraint*) o poder de revisão judicial dos atos legislativos e administrativos (*judicial review*);

Esse programa metodológico conservador é criticado pelos defensores do ativismo judicial, no sentido de que engessa a construção de direitos e possui um viés político reacionário que um gera déficit de legitimidade democrático e social no sistema jurídico constitucional estadunidense.

Para Edward Re³¹², a primeira questão a ser abordada é a superação da rigidez da doutrina dos precedentes com força vinculatória (*stare decisis*). Um precedente somente pode ser utilizado para um caso atual, se houver uma similaridade de fato e de direito.

O juiz pode estender ou restringir um direito consoante a necessidade e a justificação que fizer para o caso concreto, deve haver uma flexibilização da doutrina dos precedentes de acordo com os valores em análise³¹³.

Helmut Simon³¹⁴ entende que a Suprema Corte norte-americana é um tribunal constitucional com tendência flexibilizadora porque muda de entendimento sobre matérias importantes para a sociedade, entre 1810 e 1977 a Suprema Corte mudou de opinião em 91 casos.

Os juízes e doutrinadores ativistas que entendem a jurisdição constitucional como proteção, construção e concretização de direitos fundamentais rejeitam peremptoriamente a noção originalista de que há um *numerus clausus* de direitos originalmente previstos na Carta Constitucional.

A *Rule of Law* não pode ser entendida num sentido strito-construciononista, pois isso é engessar o texto da Constituição. Se o constituinte originário quisesse, ele teria proibido explicitamente no próprio texto da Constituição a criação de novos direitos. Conseqüentemente, o repositório de tradições entendido como estabilidade e vinculação aos precedentes (doutrina do *stare decisis*)

312 RE, Edward D. *Stare decisis*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Revista de Informação Legislativa, n. 122, p.281-287, maio/jul,1994.

313 RE, op. cit., p.287.

314 SIMON, Helmut. *Jurisdição Constitucional*. In: BENDA, MAINHOFER, VOGEL, HESSE, HEYDE. Manual de Derecho Constitucional. Tradução de Antônio Lopéz Pina. Madrid: Instituto Vasco de Administración Pública e Marcial Pons, 1996, p.843.

presente no *Common Law* não é algo estático e vinculante, mas dinâmico, flexível e progressista.

Entender a *Rule of Law* estaticamente ou com sentidos fixos ou pré-fixados, e voltada para a interpretação dos direitos explícitos, não se podendo construir novos direitos no caso concreto, é voltar aos dogmas da completude do ordenamento jurídico do positivista novocentista e à inércia completa do juiz segundo Montesquieu.

O formalismo legalista preconizado por Scalia é perigoso, pois como diz o professor de Harvard Roberto Mangabeira Unger³¹⁵, corifeu do movimento sociológico-jurídico *Critical Legal Studies*: “Quanto mais formal se torna um sistema legal, mais é forçado a oscilar entre o individualismo radical e um coletivismo igualmente fraco, pois um é apenas o corolário do outro”.

Quem coloca o originalismo na berlinda é Michael Perry³¹⁶ ao apregoar, com fulcro em Hans-Georg Gadamer, que não se pode reconstruir hermeneuticamente o mesmo caminho de compreensão que os outros, que os entendimentos genéticos na compreensão de um problema são necessariamente diferentes, por isso o originalismo fica numa posição difícil ao tentar recompor as intenções originais dos fundadores da Constituição e impor isso a todos os intérpretes.

Perry³¹⁷ indaga se essa busca pelas intenções originais não é fundamentalmente antidemocrática e se não afeta debates bem contemporâneos como o aborto, não discriminação, que não podiam ser pensados à luz dos valores daquela época (século XVIII). Asserta Tribe criticando os originalistas³¹⁸:

Então, mesmo supondo que aquilo que os moldes primários imaginavam a Constituição deveria servir de parâmetro para a interpretação constitucional, não

315 UNGER, Roberto Mangabeira. *O Direito na Sociedade Moderna*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1979, p.218.

316 PERRY, Michael. *Morality, Politics and Law*. Oxford: Oxford University Press, 1988, p.127.

317 PERRY, op. cit., p.128-131.

318 TRIBE, op. cit., p.6.

é correto imaginar que a linguagem ampla utilizada na Constituição deva ser interpretada como se ela se apenas à realidade de duzentos anos atrás.

Sob esses argumentos Tribe³¹⁹ ataca os originalistas Edwin Meese e Raoul Berger, que pretendem recriar uma ‘jurisprudência dos propósitos originais’.

Para Richards³²⁰, o strito-construcionismo, movimento hermenêutico paralelo ao originalismo, é fechado nas próprias razões e não se abre ao diálogo:

The strict constructionism model of constitutional interpretation appeals to a philosophical picture of what legal interpretation must be (indeed, it does not even acknowledge an alternative conception); but it rests on bad philosophy. The model assumes there is no other plausible theory of constitutional interpretation, but this assumption is simply false.

Em artigo que analisa a evolução da ideia de constitucionalidade na tradição anglo-saxã desde do liberalismo constitucional e parlamentarista de John Locke, no que foi absorvido pelos estadunidenses no século XVIII, até os federalistas, Richards³²¹ coloca que pela própria dinâmica do conceito de normatização que a Constituição deve impingir sobre os fatos sociais, pensar uma concepção estática da hermenêutica constitucional é inconsistente na

319 TRIBE, op.cit.p.6.

320 RICHARDS, op.cit., p.35. Tradução livre: “O modelo estrito-construcionista de interpretação constitucional apela para que a interpretação legal deva ser como ele a retrata (não faz, certamente, uso de uma concepção alternativa); mas descansa numa filosofia ruim. O modelo supõe que não há nenhuma outra teoria plausível de interpretação constitucional, mas esta suposição é simplesmente falsa”.

321 RICHARDS, David. A. J. *La intencion de los constituyentes y la interpretacion constitucional*. Tradução de Enrique Alonso Garcia. Revista do Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, n.1, p.141-172, set. /dez., 1998, p.172.

medida em que deve haver uma justificação pública razoável para a interpretação, e o originalismo feriria esse objetivo metodológico.

Atacando o originalismo pelo aspecto da doutrina dos precedentes, Dworkin³²² teoriza que a doutrina dos precedentes aplicável ao controle de constitucionalidade deve ser tratada por uma compreensão principiológica. O juiz deve fundamentar em um esquema de princípios a análise dos precedentes aplicáveis para um dado caso³²³. Os princípios devem ser adotados de modo a serem ajustados, não somente àquele caso, mas que possuam ao mesmo tempo uma vinculação com a legislação como um todo e com a legitimidade que a comunidade espera³²⁴.

Progressivamente, a comunidade deve aprender a aceitar decisões com base em argumentos jurídico-principiológicos e não em argumentos políticos³²⁵.

Os casos difíceis e controvertidos da constitucionalidade norte-americana são tomados pela Suprema Corte mediante um julgamento ‘moral’ da Constituição³²⁶, o que implica concluir que se deve fazer a interpretação da moralidade constitucional a partir da atividade hermenêutica constitucional dos juízes. Os críticos de tal ponto de vista dizem que isso seria um poder absoluto dos julgadores³²⁷.

Os analistas do sistema americano costumam qualificar os juízes estadunidenses como voltados para uma postura ‘liberal’ ou ‘conservadora’ e isso teria a ver com a leitura moral que os mesmos fazem da constitucionalidade³²⁸.

322 DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p.180.

323 DWORKIN, op. cit. p. 180.

324 DWORKIN, op. cit., p.181.

325 DWORKIN, op. cit., p.181.

326 DWORKIN, Ronald. *La lectura moral de la Constitución y la premissa mayoritaria*. In: *Cuestiones Constitucionales – Revista Mexicana de Derecho Constitucional*. Tradução de Imer B. Flores, n. 7, p.03-54, jul./dez., 2002.

327 DWORKIN, op. cit., p.5.

328 DWORKIN, op. cit., p.5

O fato é que a ‘leitura moral’ não é revolucionária na prática, e implica reconhecer que a mesma através do procedimento de abstração faz uma abordagem generalizante de valores morais para depois especificá-los ao caso concreto³²⁹.

A leitura moral parece, repetidamente, uma leitura feita de forma elitista, antipopulista, antirepublicana e antidemocrática, e na verdade isso é uma questão que deve ser esclarecida, pois a democracia não insiste que os juízes devam ter a última palavra, mas também não determina que não devam ter³³⁰.

Dworkin³³¹ indica a leitura moral como indispensável à democracia, a começar da concretização que deva ter a partir da leitura moral das garantias das cláusulas abertas que estão presentes no texto constitucional estadunidense.

A leitura moral serve para interpretar tais cláusulas como aquilo que devam ser: princípios gerais de proteção ao cidadão e limites ao poder do governo. Para Dworkin³³², uma interpretação da Constituição deve começar por levar em conta aquilo que os constituintes disseram; depois, deve levar em conta a não subjetividade: os juízes não podem simplesmente transpor suas convicções morais e fazer uma leitura como se a constituição fosse um texto moral particular³³³.

A leitura moral é uma estratégia para juízes e advogados que tenham boa-fé, e não abusem de suas faculdades processuais. Os críticos vão dizer sempre que isso é impossível e que a leitura moral converte o juiz em um rei-filósofo³³⁴.

A leitura moral é uma teoria do que significa a Constituição e não uma teoria acerca de qual visão deva ser aceita por todos³³⁵.

329 DWORKIN, op. cit., p.6.

330 DWORKIN, op. cit., p.11.

331 DWORKIN, op. cit., p.12.

332 DWORKIN, op. cit., p.12

333 DWORKIN, op. cit., p.15.

334 DWORKIN, op. cit., p.17.

335 DWORKIN, op. cit., p.18.

Para Dworkin, a posição do juiz Hand é interessante. Ele diz que nenhuma necessidade obriga as cortes a analisarem atos legislativos contra os princípios morais da Constituição. A Constituição é lida moralmente quando se faz a extensão de direitos, por exemplo, no caso da decisão da Suprema Corte no caso *Brown* de 1954, quando se estenderam direitos de igualdade aos negros³³⁶.

A alternativa oposta à leitura moral é a do originalismo, que implica na construção de significado unívoco da Constituição, pois a mesma teria um significado intencional original. Seguindo a risca a visão originalista da Constituição dever-se-ia afirmar que o caso *Brown* estaria errado e que não se deveria estender direitos fundamentais. A partir da oposição ao caso *Brown*, os não ativistas passaram a se denominar de não-interpretativistas, como diz John Hart Ely no famoso artigo *Constitutional Distruct*³³⁷.

A posição concretista é também uma visão alternativa à “leitura moral” da Constituição, pois a mesma implica reconhecer que a textualidade constitucional pode se desdobrar em uma concretização que leve em conta um balanço correto entre a proteção de direitos individuais e a vontade popular de interpretá-los dentro de um processo legiferante. O fato é que a única objeção efetiva à leitura moral é que ofende o princípio majoritário democrático³³⁸.

Também preconizando uma “leitura moral” da Constituição, mas sem desprender-se da questão dos valores, está a posição de Michael Sandel. Como asserta Sandel³³⁹, não pode ser posta fora de foco pela interpretação constitucional o trabalho hermenêutico com valores.

Por mais que se queira purificar os debates constitucionais do problema valorativo, e realizar na medida do possível um sopesamento de princípios (Dworkin), não se pode deixar de considerar remissões a posições axiológicas e morais como quer Rawls e os liberais radicais

336 DWORKIN, op. cit., p.19.

337 DWORKIN, op. cit., p.25.

338 DWORKIN, op. cit., p.25.

339 SANDEL, Michael. *O Liberalismo e os limites da justiça*. Tradução de Carlos E. Pacheco do Amaral. Lisboa: Fundação Calouste-Gulbenkian, 2005, p.281-282.

individualistas que pregam uma neutralidade do direito em relação aos valores dos cidadãos³⁴⁰.

O *decisum* proferido pelo juiz federal Frank Johnson (*Williams v. Wallace* 240 F. Supp. 100-106, 1965) ao assegurar a histórica passeata de Martin Luther King em 1965, empregou um critério de proporcionalidade, considerando razoável o direito de locomoção do grupo, mas somente concedeu esse direito sob o pano de fundo de sua avaliação moral e axiológica, pois rebateu o argumento do Governador de Arkansas George Wallace segundo o qual a passagem da manifestação infringia a lei estadual que autorizava o governo estadual a organização do trânsito pelas rodovias³⁴¹.

Ao contrário, porém igualmente utilizando a proporcionalidade sob um enfoque moral, foi que a Suprema Corte em *Beauharnais v. Illions* 343 U. S. 250 (1952) indeferiu a pretensão de neonazistas realizarem uma passeata na cidade de Sokie, Estado de Illions, habitada em sua maioria por judeus e descendentes. Com esse exemplo Sandel³⁴² ataca a posição liberal radical de expurgar do debate judicial argumentos morais para substituí-los simplesmente por argumentos jurídico-principiológicos, numa substituição unilateral do ‘bom’ pelo “justo”.

A Suprema Corte atuou com juízo de razoabilidade ao decidir o caso *Massachusetts Board of Retirement v. Murgia* 427 U.S. 307 (1976) ao definir a constitucionalidade do artigo de lei estadual que previa aposentadoria compulsória para policial em caso de atingir cinquenta anos. Mesmo o policial alegando sentir-se preparado para continuar trabalhando, a Suprema Corte considerou proporcional e adequado o critério de limitação legal (*rational basis*) porque atende ao interesse público de preservar a integridade física da força policial³⁴³.

Na verdade, o objetivo de Sandel é criticar comunitaristas e liberais em suas posturas unilaterais: os primeiros, preconizando

340 SANDEL, op. cit., p. 245.

341 SANDEL, op. cit., p.17-18.

342 SANDEL, op. cit., p.15.

343 MENEZES, Paulo Lucena de. *A Ação afirmativa (affirmative action) no direito norte-americano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 63.

virtudes políticas tradicionais (apropriáveis pelo juiz na hermenêutica da Constituição); os segundos, com fulcro em seu moralismo político liberal e numa pretensão de neutralidade judicial prévia quanto aos valores constitucionais e os valores dos cidadãos, deixando ao tribunal a resolução das querelas sem basear o julgamento numa perspectiva moral e axiológica – Sandel critica principalmente John Rawls e sua perspectiva da jurisdição constitucional como ‘foro da razão pública’³⁴⁴.

As colocações de Sandel remetem a outro ponto crítico da visão originalista pelos ativistas que é a aplicação metodológica da razoabilidade e da proporcionalidade, e subjacente a essas as teorias da linguagem e do discurso à hermenêutica constitucional. Os originalistas rejeitam a ideia de uma flexibilização e meta-significação do texto apregoando um textualismo semântico, não necessariamente literalista³⁴⁵.

Ora, os ativistas progresistas nos EUA argumentam que a ponderação de princípios é uma das bases da hermenêutica constitucional, mantendo nesse ponto um forte diálogo com a tradição europeia-continental que desenvolveu paralelamente com os ativistas norte-americanos a doutrina e a prática da ponderação de princípios³⁴⁶, da própria concepção macro da Constituição como organismo principiológico e dos direitos fundamentais como normas abertas e meta-normas principiológicas insertas no texto constitucional.

Essa abertura dogmático-metodológica afrota o originalismo porque põe a lume exatamente a insuficiência hermenêutica da noção de uma ‘Constituição de regras’ contra uma ‘Constituição de princípios’, como assevera Dworkin³⁴⁷.

Trabalhando um molde hermenêutico de normas constitucionais para colocar a Constituição na perspectiva de ser apenas mais uma lei,

344 SANDEL, op. cit., p. 281.

345 SCALIA, op. cit., p.25.

346 DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p.180.

347 DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida. Aborto, eutanásia e liberdades individuais*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p.170-171.

apenas com hierarquia superior às demais, devendo ser interpretada como texto legal com sentidos a ser claramente conhecidos histórica, semântica e axiologicamente (valores tradicionais), na verdade faz-se um corte filosófico-hermenêutico sobre a Constituição que a isola da dialética intercultural com o mundo social, político e axiológico.

Trabalhar valores à luz da concepção originalista é fixar sentidos de tradições morais a ser respeitadas como intenções originais dos constituintes; o *judicial review* strito-construcionista é uma autolimitação que o juiz assume completamente vinculada ao dogma de uma circunscrição dos sentidos das normas constitucionais que ele deve proteger³⁴⁸.

O balanceamento de valores expressos em princípios constitucionais como prega Alexy³⁴⁹ parecerá, então, algo subjetivista e irracional. A razoabilidade das decisões que criam novos sentidos e âmbitos para a lei constitucional será tomada como anarquia e deturpação do sentido originário, como asseveram os originalistas como Scalia³⁵⁰; a própria atividade construtiva enquanto criação de direitos (aborto, por exemplo) como base em princípios (liberdade de disposição do corpo e privacidade-intimidade) será vista como não fundamentada juridicamente, mas subjetiva e politicamente, como disse Robert Bork³⁵¹ ao criticar a decisão da Suprema Corte em *Roe v. Wade*.

Dworkin³⁵² preconiza que o originalismo baseia-se num padrão abstrativo da linguagem constitucional como se fosse possível alcançar o que os “pais fundadores” da Constituição quisessem verdadeiramente alcançar: “os que participaram da Convenção de Filadélfia mandaram

348 BORK, Robert. *O que pretendiam os fundadores*. Revista de Direito Público, Tradução de Elcio Gomes de Cerqueira, n. 93, ano 23, p.5-12, jan./mar., 1990.

349 ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Tradução de Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p.68.

350 SCALIA, op. cit., p.25.

351 BORK, Robert. *The Tempting of America*. New York: The Free Press, 1999, p.112 apud DWORKIN, op. cit., p.142.

352 DWORKIN, op. cit., p.190.

queimar todos os papéis que usaram durante os trabalhos, pois não queriam que os detalhes de suas opiniões fossem dados a conhecer”.

Dessa forma, diz Dworkin³⁵³, fica difícil saber “quais, dentre as intenções dos autores, os juízes deveriam considerar decisivas”. Para Tribe³⁵⁴ não se pode evitar a posição de cada juiz na interpretação criativa da Constituição, por mais que se queira buscar as intenções originais dos ‘pais fundadores’.

Dessa maneira, dizem os ativistas³⁵⁵, pensando com os conservadores originalistas, a extensão dos âmbitos de proteção e criação de direitos com base numa concepção principiológica da Constituição estaria ameaçada, dado o fato de que a atividade judicial de balanceamento (ponderação) de princípios³⁵⁶, de argumentação justificadora dos mesmos com base em eleições de critérios de valor e de moralidade política fica sem justificativa e é considerada até mesmo “não-jurídica”, mas simplesmente “política”, “arbitrária” e “antidemocrática”.

A minimização do debate em torno dos valores, da relação entre direito e política e da argumentação jurídica e principiológica revela, como fundamento da decisão hermenêutico-constitucional, a postura política conservadora de “direita” e positivista dos originalistas³⁵⁷.

Se não fosse pela ponderação e pela concepção principiológica os direitos civis da *equal protection* prevista na 14ª Emenda constitucional não teriam sido implementados pela justiça americana a fim de demolir interpretações conservadoras da Constituição como a *separate but equals* (separados, mas iguais). Dessa forma, a doutrina dos precedentes teria se prestado a usos conservadores e não progressistas.

353 DWORKIN, op. cit., p.190.

354 TRIBE, Lawrence. *Os limites da originalidade*. Revista de Direito Público, n. 93, ano 23, p.5-12, jan./mar., 1990, p.11.

355 DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p.216.

356 WOLFE, Christopher. *The Rehnquist Court and conservative judicial activism*. In: *That Eminent Tribunal: judicial supremacy and the Constitution*. Wolfe, Christopher (org.) Princeton: Princeton University Press, 2004, p.201.

357 DWORKIN, op. cit., p.142

As características do pensamento jurídico dos juristas defensores da *construction* são, portanto:

1. Propugnam um pós-positivismo linguístico que trabalha com uma concepção da norma constitucional possuindo uma textura aberta, funcional;
2. Defendem um ativismo criador de direitos fundamentais não escritos pela ação pessoal do juiz, mas dentro de parâmetros de justificação, argumentação e razoabilidade;
3. Preconizam a interpretação da norma constitucional permeada por um substrato de valores políticos;
4. Concebem o ativismo sob um fundo ideológico de individualismo de moralidade política liberal e uma concepção de proteção social enquanto bases da moralidade política;
5. Apregoam a eficácia de direitos fundamentais nas relações privadas; defendem a flexibilização ou a progressão histórica de certos conceitos abertos como dignidade, liberdade etc, tradicionalmente firmados na jurisprudência constitucional (transformação da doutrina do *stare decisis*, base do *Common Law*);
6. Aceitam a ideia de balanceamento de direitos em função de princípios ou de razoabilidade na fixação de direitos, assim como a extensão de incidência do âmbito de eficácia dos direitos fundamentais;
7. Entendem que os direitos civis constitucionais devem ter eficácia ampliada;
8. Entendem o devido processo como princípio constitucional instrumentalizador da concretização dos direitos fundamentais;
9. Buscam uma interligação do direito constitucional com os valores políticos e as necessidades sociais através do processo de criação e proteção de direitos fundamentais pelo

- judiciário ‘ativista’, o que implica um reforço das condições de existência social das minorias;
10. Procuram redefinir o espaço de legitimidade do Poder Legislativo mediante a atividade supletiva das lacunas legais que não consegue regulamentar legislativamente, utilizando para isso um processo criativo (construtivo) das normas da Constituição;
 11. Apreçoam uma transformação da doutrina da *Rule of Law* (Regra da Lei) num sentido de flexibilizá-la e de adequá-la às necessidades de construção de direitos no processo de controle de constitucionalidade;
 12. A construção de direitos e o ‘progressismo’ da jurisprudência constitucional por eles defendida é considerada uma postura de “esquerda”, dentro da linguagem e do debate político-ideológico.
 13. Utilizam o poder de revisão judicial dos atos legislativos e administrativos (*judicial review*) como meio de declarar inconstitucionalidade de normas restritivas de direitos ou discriminatórias;

Sintetizando os modelos de construção de direitos na jurisprudência constitucional norte-americana até o momento analisados caracterizam-se dessa forma:

1. O modelo substancialista de interpretação constitucional em sede de controle de constitucionalidade ativista (já clássico na jurisprudência constitucional dos EUA por provir da década de 60 do século passado) desenvolvido pelos juízes Brennan, Warren, dentre outros, consiste na definição de um critério sensível, de “interesse superior”, caso a legislação ou o ato administrativo firam tal interesse são passíveis de controle de constitucionalidade; se o caso envolver um critério de nível ‘inferior’, a corte deve ser menos rigorosa em interpretar a inconstitucionalidade. Nesse caso a

razoabilidade a ser empregada indica uma necessidade de maior respeito à lei em sua acepção genética e em seu sentido de positividade. A interpretação da *Rule of Law* (Regra de Lei) é mais semântico-literaL no caso dos interesses estatais ‘inferiores’. Esse método de construção estende a *Rule of Law* a casos não enumerados explicitamente, e a Constituição pode sofrer geralmente interpretações ‘aditivas’ ou ‘extensivas’ de direitos originalmente não previstos em seu texto. O *stare decisis* (doutrina da vinculação aos precedentes) é utilizado em um sentido de proteção da flexibilização e da interpretação progressiva na concessão e manutenção de direitos fundamentais.

Dworkin³⁵⁸, por seu turno, entende o ativismo constitucional construtivo como uma expressão de leitura moral e principiológica da Constituição, que consiga traduzir precedentes aos casos atuais através de um arcabouço de princípios, evitando noções arcaicas, positivistas, unilateralmente pragmáticas, mas produza decisões razoáveis, baseadas em justificativas de princípios, por assim dizer integrais³⁵⁹.

2. O modelo procedimentalista de interpretação constitucional em sede de controle de constitucionalidade implica na visão de John Hart Ely (seção 2.3) de compreender as cláusulas constitucionais não como um repóSitos de direitos fundamentais a ser construídos ou descobertos como entendem os ativistas substancialistas, mas em instaurar procedimentos os mais democráticos possíveis de discussão ‘aberta’ da Constituição. O ativismo judicial devem ser o canalizador e propiciador de debates intensivos e autoconstrutivos de direitos no processo constitucional,

358 DWORKIN, Ronald. *La lectura moral de la Constitución y la premissa mayoritaria*. In: Cuestiones Constitucionales – Revista Mexicana de Derecho Constitucional. Tradução de Imer B. Flores, n. 7, p.03-54, jul./dez.,2002.

359 DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p.272.

para daí revelar a vontade da sociedade nos canais judiciais, sendo o texto constitucional completamente aberto (cláusula aberta) que pode ser manuseado e discutido por qualquer cidadão e por grupos de cidadãos em defesa de seus direitos. Ackerman³⁶⁰ entende que a legitimação democrática da jurisdição constitucional é fundamental, por isso apregoa que aliado ao modelo procedimentalista de jurisdição constitucional, deve haver um modelo de democracia deliberativa liberal, onde a participação popular seja a grande influência impulsionadora da atividade construtiva e hermenêutica da Constituição e não o judiciário de maneira “ativista”, sob a égide de um modelo democrático monista que sobreponha automaticamente a Constituição ao “povo”³⁶¹.

Esquemáticamente, tem-se:

1. Concepções substancialistas de jurisdição constitucional: construcionistas (ou não-interpretativista) (Brennan, Warren, Stone, Dworkin etc.) e originalistas (ou strito-construcionismo ou interpretativismo) (Scalia, Rehnquist, Bork etc.).
2. Concepções procedimentalistas de jurisdição constitucional: democrático-liberal (Ackerman, Ely, Rawls etc) e democrático-comunitarista (Sustein).

A partir da definição e caracterização desses dois modelos de jurisdição constitucional é que se pode sintetizar a experiência e as discussões no contexto norte-americano e verificar o que pode ser apreendido dele a fim de enriquecer o debate sobre o modelo de jurisdição constitucional no Brasil.

360 ACKERMAN, Bruce. *Nós, o povo soberano. Fundamentos do Direito Constitucional*. Tradução de Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p.8.

361 ACKERMAN, op. cit., p.17.

Especificamente, saber se e como pode ser aplicada a construção de direitos fundamentais na jurisdição constitucional pátria é obter um importante marco comparativo para a avaliação do ativismo judicial e dos métodos hermenêuticos constitucionais na realidade brasileira.

2.5. MORALIDADE POLÍTICA E LEGITIMAÇÃO DEMOCRÁTICA DA ATIVIDADE HERMENÊUTICA DO ATIVISMO JUDICIAL CONSTITUCIONAL

Percebe-se que a defesa da *construction* enfrenta uma gama de conservadorismos metodológicos e políticos, pois sua defesa, no âmbito da realidade político-constitucional norte-americana, representa uma renovação metodológica enquanto giro hermenêutico que leva em conta uma vinculação com a teoria da linguagem e argumentação jurídica como fatores utilizados pelo juiz constitucional no processo de concretização de direitos fundamentais, assim como um comprometimento político com valores sociais pluralistas e valores políticos de vanguarda.

O que está na base do debate entre ativistas construtivistas e conservadores ainda é a questão de fundo político. Na verdade, a decisão por uma metodologia construtiva e ampliadora de direitos fundamentais passa pela vinculação do juiz com uma corrente de pensamento político progressista ou conservadora ou avaliando com bastante importância as consequências políticas da decisão.

Na esfera constitucional, então, essa relação da decisão com sua repercussão política é fundamental. Desde Lassale³⁶² que se concebe a Constituição como o conjunto de “fatores reais de poder” e, nesse sentido, vinculada visceralmente ao processo político.

No campo da hermenêutica e da jurisdição constitucional a natureza política da interpretação é ressaltada por diversos

362 LASSALLE, Ferdinand. *O que é uma Constituição ?* Tradução de Walter Stonner. São Paulo: Edições e Publicações Brasil, 1993. Fonte: http://fmail6.uol.br/cgi-bin/webmail/Que_é_uma_Constituição_-_Ferdinand_Lassal... Acesso: 06 de agosto de 2008.

doutrinadores. Para Grimm³⁶³ jurisdição constitucional e política estão tão imbricadas que fica difícil conceber um controle da administração pública e do legislativo sem remeter-se ato contínuo a uma postura política subjacente, inclusive a política é que determina as condições de desenvolvimento das formas de controle dos atos legislativos e administrativos.

Grimm³⁶⁴ considera que os sistemas jurídicos que possuem jurisdição constitucional trabalham de maneira mais equilibrada a influência da política sobre o direito, com tendência a juridicizar as demandas políticas.

Sempre há uma opção política na decisão constitucional. Ainda que se alegue a neutralidade da justiça política ante aos mutáveis valores sociais, como apregoam os liberais americanos³⁶⁵, ou que se a persiga, não há como desvincular direito constitucional e hermenêutica decisional da processualidade política que lhe é subjacente.

O que de mais interesse há na jurisdição constitucional norte-americana é que ela não camufla essa relação entre direito e política, como o faz a jurisdição constitucional brasileira, pelo contrário, deixa a lume, faz questão de expô-la e com base nela produz razões de justificação, embora questionadas por correntes internas que vão desde as mais radicais posturas de extrema vinculação com a política até as correntes que querem fundamentalizar essa negativa relacional, como os liberais radicais que pregam a neutralidade axiológica do judiciário, mas que terminam por defender valores individualistas como base política e um positivismo normativista como metodologia hermenêutica constitucional.

Voltando ao século XVIII e colhendo as lições dos federalistas³⁶⁶, estes defendiam a ideia de que a Constituição deveria conter um núcleo de direitos protegidos pelo judiciário contra a 'ditadura

363 GRIMM, Dieter. *Constituição e Política*. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p.20.

364 GRIMM, op. cit., p.21.

365 SANDEL, op. cit., p.15.

366 HAMILTON, Alexander et al. *O Federalista*. Brasília: Edunb, 1984, p.373; p.577.

das maiorias' expressa no legislativo, fundando assim o chamado constitucionalismo.

A posição contrária, dos democratas de Jefferson, preconizava que todo poder de decisão devia em geral ser exercido pelo povo, portanto, pela comunidade³⁶⁷.

Se o comunitarismo provém da posição dos primeiros democratas como Jefferson, o conservadorismo escravocrata também, surgindo a ideia de uma “democracia deliberativa” racista e elitista somente para os brancos³⁶⁸; no campo econômico, o protecionismo também afeiçãoou-se ao ideário dos primeiros democratas, a fim de proteger os latifundiários escravocratas e os interesses dos Estados contra a União³⁶⁹.

As duas posições básicas do debate político norte-americano, federalismo e anti-federalismo, vão desenvolver consequências complexas e entrecruzantes: interpretando a Constituição num sentido ortodoxo, Marshall vai iniciar o originalismo, apesar de ter sido um federalista convicto; por outro lado, o liberalismo de defesa de direitos civis começa com o federalismo e atinge o Partido Republicano na sua fundação, em meados do século XIX, possuindo sua figura exponencial na pessoa do presidente republicano Abraham Lincoln (1861-1865)³⁷⁰.

Desde o início do século XX as posições político-morais começam a se redefinir para a atual configuração: os republicanos encampam a bandeira do liberalismo econômico *laissez faire* e depois na década de 80 o neoliberalismo do ‘Estado mínimo’, do conservadorismo político elitista e da democracia comunitária com valores “tradicionais’ em oposição aos democratas do ‘norte’ do país, que encampam a bandeira dos direitos sociais e das minorias, aliado ao intervencionismo e dirigismo econômico (‘Estado de bem-estar social’ e da ‘abertura moral’ da sociedade a valores laicos – programa do

367 MACCONNELL, Michael. W. *Toward a More Balanced History of the Supreme Court*. In: WOLFE, Christopher (org.) *That Eminent Tribunal: judicial supremacy and the Constitution*. Princeton: Princeton University Press, 2004, p.147.

368 ACKERMAN, op. cit., p.109.

369 ACKERMAN, op.cit., p.104.

370 ACKERMAN, op. cit., p.63.

presidente democrata Franklin Delano Roosevelt (1932-1944)³⁷¹, o que produziu o individualismo moral, a laicidade religiosa, o liberalismo político e as ações afirmativas de proteção às minorias (em síntese, o programa básico da “esquerda progressista ou nova esquerda” norte-americana³⁷²), influenciando o judiciário a seguir o mesmo caminho nas décadas de 50 e 60³⁷³.

Os democratas do “sul” dos EUA são comunitaristas e geralmente conservadores em matéria religiosa e moral³⁷⁴.

Na atualidade, o cerne do debate entre liberais-democratas de um lado, sucedendo os federalistas, e comunitaristas-republicanos de outro, sucedendo os primeiros democratas jeffersonianos, encontra-se nesse ponto de divergência: o embate entre uma defesa de valores morais, cívicos e comunitários (republicanos) e do outro pólo a defesa de valores sociais como direitos fundamentais a ser efetivados (democratas) e o individualismo e neutralidade axiológica (liberais).

Ao chamarem os juízes ativistas de liberais, os conservadores estão remetendo diretamente à ideologia ‘progressista’ de tais magistrados e, portanto, a base da motivação moral da decisão desses juízes, teria uma concepção política³⁷⁵.

Assim, analisado do ponto de vista político, o movimento conservador opõe-se aos chamados liberais, que se consideram a “esquerda” norte-americana, nas palavras de um próprio representante assumido dos mesmos, Bruce Ackerman³⁷⁶.

371 ACKERMAN, op. cit, p.108.

372 FARIA, José Eduardo Campos de Oliveira. *Retórica política e ideologia democrática – a legitimação do discurso jurídico liberal*. Rio de Janeiro: Graal, 1984, p. 91.

373 ACKERMAN, op. cit., p.150.

374 ACKERMAN, op. cit., p.110. Cf: DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida. Aborto, eutanásia e liberdades individuais*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p.48-50.

375 HIRSCHMAN, Albert O. *Two Hundred Years of Reactionary Rhetoric: The Futility Thesis*. In: BARKER, Paul (editor). *Living as Equals*. Oxford: Oxford University Press, 2001, p.64.

376 ACKERMAN, Bruce; GITLIN, Todd. *Respondemos pelos liberais*. In: Direito, Estado e Sociedade. Tradução de Amarílis de Souza Birchal, vol.9, n. 29, p.6-12, jul./dez. 2006.

Então, se um juiz ou jurista é classificado como liberal (Brennan, Blackmun, Stevens etc.), ele está optando subjacentemente por um programa ou conjunto de ideias de esquerda, assim ele assume a bandeira das minorias, da igualdade, da “justiça social” etc³⁷⁷.

No entanto, o argumento dos conservadores é mais profundo, pois para eles um liberal é também alguém que entende colocar a política à frente do direito, entendido em nível de senso comum como direito positivo do *Common Law* tradicional, para promover ações afirmativas a minorias e um programa radicalmente laico e individualista³⁷⁸. O jurista conservador Aleksander Peczenic³⁷⁹ apregoa que o *judicial review* deve ser limitado pelo poder da maioria, sendo isso expressão de respeito à *Rule of Law*.

O liberal seria nessa ótica de entendimento da *Rule of Law*³⁸⁰, um jurista que coloca suas razões subjetivas ou seu comprometimento político pessoal à frente das “razões jurídicas” e da lei. Para outros o liberal é extremamente individualista, defendendo uma moralidade política individualista radical em oposição aos valores ou virtudes “tradicionais” da ‘Civilização Ocidental’ como avalia Alexander Bickel³⁸¹.

Bickel³⁸² considera que a Suprema Corte erra ao deixar pressionar-se politicamente por interesses de grupos, pois ela deveria decidir blocos de casos como princípios, remetendo assim a ‘virtudes’ de fundo.

A crítica mais incisiva ao movimento ativista e seu liberalismo progressista e procedimentalista político subjacente é a de ordem

377 ACKERMAN; GITLIN, op. cit., p.11.

378 DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida. Aborto, eutanásia e liberdades individuais*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p.133-138.

379 PECZENIK, Aleksander. *Why Constitution? What Constitution?* In: *Why Constitutions Matter*. BERGGREN, Niclas; KARLSON, Nils; NERGELIUS, Joakin (editores). Stockholm: City University Press, 2000, p.24.

380 PECZENICK, op. cit., p. 24.

381 *Apud* RICHARDS, op. cit., p.10.

382 BICKEL, Alexander. *The Supreme Court and the Idea of Progress*, 1970 *Apud* Dworkin, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p.226.

político-democrática. Até os mais progressistas republicanos entendem que a democracia deliberativa e os valores comunitários estão ameaçados caso a jurisdição constitucional seja unilateralmente construtiva de direitos sem que haja a participação e a opinação da comunidade sobre tais procedimentos judiciais³⁸³.

O fato é que a para os defensores da jurisdição procedimentalista, liberais ou conservadores, o ativismo é perigoso e até tirânico, sendo, assim, antidemocrático como dizia o presidente republicano Richard Nixon³⁸⁴. Os conservadores argumentam que a jurisdição deva ser o reflexo dos valores comunitários, geralmente “valores cristãos tradicionais” e que estes valores religiosos são importantes na decisão judicial de um caso que envolva o aborto, por exemplo³⁸⁵.

Para os conservadores como os presidentes republicanos Richard Nixon, Gerald Ford, Ronald Reagan, George Herbert Walker Bush e George Bush, o judiciário constitucional deve ser strito-construcionista³⁸⁶ como reflexo de não liberalismo judicial. Os juízes mais conservadores da Suprema Corte foram nomeados pelos presidentes republicanos: Scalia, Rehnquist, Thomas, Powell, Burger, Souter, O'Connor, Kennedy³⁸⁷.

Os presidentes democratas John Kennedy, Lindon Johnson e Bill Clinton, nomearam os juízes mais progressistas e liberais: Guinsburg,

383 ELY, John Hart, op. cit., p.155; p.168, para quem a justiça substancial esteriotipa e generaliza os indivíduos com a extensão das decisões a ‘casos semelhantes’, sem dar-lhe chances ampliadas de participarem do processo constitucional. Isso dificulta uma justiça individualizada (op. cit., p.169). É discricionária a escolha das minorias protegidas, como fez a Suprema Corte a opta por negros a judeus (op. cit., p.171), ou mulheres sobre homossexuais (op. cit., p. 169). O importante é as minorias se autodefinirem e participarem amplamente do processo de construção de direitos ficando o magistrado neutro, como normatiza a 4ª Emenda (op. cit., p.172).

384 DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p.220.

385 DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida. Aborto, eutanásia e liberdades individuais*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p.132.

386 EPSTEIN, Lee; SIGAL, Jeffrey. *Advice and consent: the political advice apointments*. New York: Oxford University Inc., 2005, p.60.

387 EPSTEIN; SIGAL, op. cit., p.122.

Fortas, Marshall³⁸⁸. O republicano Dwight Eisenhower nomeou juízes que não seguirem suas ideias, revelando-se liberais: Warren, Harlan Stone, Stewart³⁸⁹ e principalmente Brennan, considerado o mais liberal de todos os juízes da Suprema Corte³⁹⁰.

O republicanismo tradicionalista entende os valores religiosos como o mais eficaz instrumento de busca do ‘bem comum’³⁹¹ de virtudes morais e cívicas do cidadão consciente. De certa forma ele possui uma carga de jusnaturalismo com fundo religioso e politicamente de ‘direita’³⁹².

Já o neorepublicanismo desenvolvido na forma de neofederalismo por intelectuais como Cass Sustein³⁹³, preconiza as virtudes morais e cívicas para cidadãos ativos dentro de uma preocupação com a democracia deliberativa para concretizar os direitos fundamentais.

Sustein³⁹⁴ afirma que os grupos de pressão política da sociedade civil e os partidos democrata e republicano e seus respectivos mandatos presidenciais (como grandes direcionadores do processo político quando estão respectivamente no poder) são importantes fatores de legitimação dos juízes constitucionais em seu processo de aferição da vontade política como fator de construção da decisão em casos polêmicos envolvendo a interpretação constitucional.

Quando os democratas estão no poder, pelo menos essa é a tendência desde 1932, criam-se condições a pressões políticas sobre a corte constitucional num sentido de apoiar direitos trabalhistas, não

388 EPSTEIN; SIGAL, op. cit., p. 122.

389 EPSTEIN; SIGAL, op. cit. p.122.

390 MICHELMAN, Frank. *Brennan and Democracy*. Princenton: Princenton Universty Press, 2005, p.40, onde busca defazer a ideia de que Brennan era um anti-fundacionista moral radical, pois trabalhava com valores morais na base de suas decisões (dignidade e humanismo individualista).

391 PERRY, Michael J. *Religion in politics*. Oxford: Oxford Unisersity Press, 1997, p.9.

392 DWORKIN, op. cit., p.143.

393 ACKERMAN, op. cit., p.274.

394 SUSTEIN, Cass R. et al. *Are judges political? An empirical analysis of the federal judiciary*. Washington: Brookings Institution Press, 2006, p.149-150.

discriminação sexual, ações afirmativas etc., ocorrendo o oposto em caso de governos republicanos³⁹⁵.

Sustein³⁹⁶, todavia, preconiza a minimização da pressão política sobre o judiciário objetivando criar uma aferição da virtude pública, e não particularizar a virtude como algo subjetivista ou grupal.

Como assevera Silva³⁹⁷, sintetizando o pensamento neorepublicano sobre a jurisdição constitucional em diálogo com a teoria da ‘democracia deliberativa’, aquela deve ser um meio de expressão da sociedade e de formação da vontade do cidadão, e não decisora concentrada, compulsória e unilateral de valores que julga aplicar em prol do ‘bem comum’:

O “republicanismo renovado” vê o Tribunal Constitucional como o garantidor desta “democracia deliberativa” – “one of the distinctive features of this approach is that the outcome of the legislative process becomes secondary. What is important is whether it is deliberation – undistorted by private power – that gave rise to that outcome” (12). Sob os olhos destes autores o Poder Judiciário ou qualquer outro órgão não pode funcionar como representantes de uma sociedade civil “incapaz” (no sentido do Código Civil), mas sim servir de canalizador da vontade que ela de alguma forma já tem.

Bem explica Marcelo Cattoni³⁹⁸ a posição dos republicanos:

395 SUSTEIN, op. cit., p.147-148.

396 SUSTEIN, Cass R. *Legal Reasoning and Political Conflict*. Oxford: Oxford University Press, 1996, p.192.

397 SILVA, Carlos Bruno Ferreira da. *Jurisdição Constitucional procedimentalista*. Disponível em: http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/artigos/edicao005/carlos_silva.htm. Acesso: 31 de outubro de 2008.

398 CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito Processual Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001, p.255.

O modelo republicano procura resgatar a dignidade da política, para usar a expressão de Hannah Arendt, considerando-a como uma forma dialógica de integração social. Todavia, é um modelo excessivamente normativo, pois tende a reduzir o debate político a um autoesclarecimento coletivo, sobe um modo ou projeto de vida que se pressupõe comum, com base num forte senso ético (...) para o modelo republicano, a Democracia só seria possível em sociedades culturalmente homogêneas, em que uma forte educação cívica possibilitaria a formação de cidadãos conscientes e virtuosos, capazes, por isso, de realizar os valores consagrados na Constituição.

As críticas parecem inverter posições: os liberais e ativistas passam a ser considerados antidemocráticos e, paradoxalmente, elitistas, enquanto os republicanos e comunitaristas é que seriam progressistas, por defenderem um governo da maioria³⁹⁹.

À posição republicana opõe-se francamente um neutralismo razoável, apriorista da razão judiciária constitucional que deve nortear a razão pública como em Rawls⁴⁰⁰, como prega o liberalismo de proteção às minorias de Ower Fiss, ou os valores patrimonialistas como no liberalismo de Richard Epstein, ou de proteção à igualdade, como preconiza Dworkin⁴⁰¹.

Para os liberais a virtude pública não é algo definido, não se pode saber o que é certamente bom ou mau para uma pessoa ou outra, como explica Janos Kis⁴⁰² ao explicar o 'individualismo ético' do liberalismo.

399 EPSTEIN; SIGAL, op. cit., p.129, as pesquisas indicam que 70 % do eleitorado democrata é a favor das ações afirmativas e apenas 48 % do eleitorado republicano o é.
400 RAWLS, John. *O liberalismo político*. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 2000, p.221.

401 ACKERMAN, op. cit., p.13.

402 KIS, Janos. *Constitutional Democracy*. Tradução de Zoltán Miklósi. Budapeste: Central European University Press, 2000, p.3.

Existe mesmo um liberalismo positivista⁴⁰³, para o qual não há direitos fora do procedimento legislativo e da construção procedimental, opondo-se a direitos comunitários impregnados de valores ou a qualquer resquício de jusnaturalismo.

Para uma concepção de liberalismo ativista, a relação criação de direitos-democracia não é contraditória, mas complementar. Asserta Tribe⁴⁰⁴:

Dizer que os direitos não enumerados só merecem tutela quando um número suficiente de pessoas acredita que esses direitos devem ser obrigatoriamente protegidos, é relegá-los a um *status* diferenciado, inferior e mais suspeito.

Para Dworkin⁴⁰⁵, uma concepção ativista do judiciário implica um reforço à democracia:

Uma Constituição de princípios, colocada em prática por juízes independentes, não é antidemocrática. Ao contrário, uma das precondições da democracia legítima encontra-se na exigência de que o governo trate todos os cidadãos como iguais e respeite suas liberdades fundamentais e sua dignidade. A menos que se satisfaçam essas condições, não pode haver nenhuma democracia verdadeira, pois em tais circunstâncias a maioria não terá o direito moral legítimo de governar.

403 DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. XV.

404 TRIBE, Lawrence. *Hermenêutica Constitucional*. Tradução de Amarílis de Souza Birchal. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p.73.

405 DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida. Aborto, eutanásia e liberdades individuais*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p.172.

Em um artigo escrito em 2002, Dworkin⁴⁰⁶ põe a lume a problemática da contenção do judiciário pelo governo Bush que preferiu governar em ‘Estado de Exceção’ com base no *Usa Patriot Act* votado em 25.12.2001 pelo Congresso, do que suspender tal situação de anomalia constitucional e deixar os processados serem julgados pelo judiciário federal, o qual Bush alegava ter “poderes demais”.

Dworkin⁴⁰⁷ coloca que seria mais razoável, democrático e constitucional a atuação judicial nesse caso, para assegurar a presunção de inocência, o devido processo legal e as garantias constitucionais aos estrangeiros, os quais possuem os mesmos direitos fundamentais que os norte-americanos natos, com base no caso *Zadvydas v. Davis* 533 U. S. 678 (2001) decidido pela Suprema Corte.

Essas colocações acima de Dworkin podem servir para indicar uma saída da apatia da esfera pública ocasionada pela visão neutral de valores a que cada vez mais se encaminha a política e o judiciário norte-americanos aproximando-se da concepção de liberalismo político, segundo Sandel⁴⁰⁸.

Sandel⁴⁰⁹ concorda com Dworkin ao analisar o empobrecimento do debate público e a excessiva transformação da esfera pública em um *talk show* onde o que conta é a vida privada dos atores políticos, como no *affair* sexual do presidente Clinton.

Para Eisgruber, o majoritarismo não pode ser uma ditadura da maioria, mas no processo de interpretação empregam-se valores constitucionais em função da razoabilidade⁴¹⁰. A questão da expressão da vontade da maioria é equívoca, já que a maioria simples que ganha eleições não exprime a vontade do povo como um todo, ainda mais nos EUA onde o voto não é obrigatório⁴¹¹.

406 DWORNIK, Ronald. *George W. Bush, uma ameaça para o patriotismo americano*. In: *The New York Review of Book*. New York, em 28 de Fevereiro de 2002, p.1.

407 DWORNIK, op. cit., p.8.

408 SANDEL, op. cit., p.420.

409 SANDEL, op. cit., p. 282.

410 EISGRUBER, Christopher. *Constitutional Self-government*. Harvard: Harvard University Press: 2001, p.19.

411 EISGRUBER, op. cit., p.19.

O fato é que em linhas gerais dois pólos se digladiam na defesa de posições político-moral-constitucionais nos EUA:

1. O partido Republicano, defendendo uma posição ‘republicana’ no sentido de valores democrático-deliberativos e cristãos conservadores, expresso no plano jurisdicional constitucional pelo originalismo e strito-construcionismo.
2. O partido Democrata, defendendo uma posição ‘liberal’ no sentido de valores pessoais individualistas e de valores sociais protetores de minorias (mulheres, negros etc.), expresso no plano jurisdicional constitucional pelo ‘ativismo progressista’ e construtivismo.

Observe-se que o matizamento de posições não pára: os substancialistas ativistas defensores de concretização de direitos fundamentais em geral são ‘progressistas’, mas pode haver um “ativismo conservador” expresso pelo strito-construcionismo, na medida em que restringe interpretações extensivas de direitos a grupos de minorias ou direitos civis⁴¹².

Por outro lado, os defensores da democracia deliberativa não são somente comunitaristas, mas liberais que defendem uma jurisdição procedimentalista como construtora de direitos fundamentais, fazendo uma leitura de democracia deliberativa sobre ‘O Federalista’⁴¹³.

Por outro lado, há comunitaristas não conservadores e progressistas como Mangabeira Unger e Carol Rose que são contra a *Rule of Law* por entendê-la formalista e antidemocrática, preconizam, assim, um governo de valorização das políticas nacionais como projeto

412 Como observa William McConnell, op. cit., p.155-157, a ‘Corte Rehnquist’ de 1986-2005 reverteu precedentes consagradores de direitos fundamentais e julgou restrições a outros direitos.

413 ELY, John Hart. *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*. Cambridge: Harvard University Press, 2002, p.6.

coletivo e a ultrapassagem, pelo judiciário constitucional, das posições positivistas e economicistas⁴¹⁴.

Note-se que o debate entre as posições é complexo gerando a qualificação democrática e cívica tanto para a possibilitação da participação do cidadão na jurisdição constitucional (programa deliberativo-comunitarista-procedimentalista), como para que o judiciário constitucional afira valores e interesses em jogo e concretize direitos fundamentais (programa ativista-liberal-substancialista).

A questão do encaminhamento progressista ou conservador desses dois programas é complexa e pode dar espaço a diversas interpretações, mas em geral os progressistas defendem a afirmação e proteção maximizada das minorias e o “Estado de bem-estar social”, o individualismo laico, o secularismo, o relativismo axiológico. Os conservadores, por seu turno, defendem em geral o tradicionalismo moral e religioso (antiaborto, antihomossexualismo), o liberalismo econômico e o ‘Estado mínimo’, a restrição ou gradação na extensão de direitos às minorias.

Dessa maneira, pode-se colocar que são os programas políticos (progressistas ou conservadores) que inspiram o judiciário constitucional norte-americano a realizar a *construction*, embora de 1932 para cá sejam os liberais políticos progressistas os mais notáveis inspiradores e batalhadores pela construção de direitos fundamentais (o que levou a Suprema Corte a ser atacada de antidemocrática, antioriginalista, antitradicionalista, antipositivista) de promoção de direitos das minorias e na hermenêutica política da Constituição, concretizando esta não somente nos limites de um estrito-construcionismo ou no textualismo da legalidade abstrata, mas na construção dos direitos fundamentais não-escritos, seja buscando radicalizar o procedimentalismo e a participação da sociedade civil, seja pela concepção moral-axiológico-hermenêutica (substancialista) de concretização dos direitos fundamentais.

414 KOMESAR, Neil K. *Law's limits. The Rule of Law and the supply and demand of rights*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001, p. 170-171.

A partir desse ponto, pode-se explicitar como as posições substancialista e procedimentalista desenvolvem-se no judiciário constitucional brasileiro, para depois realizar-se a comparação e a troca de experiências com o sistema norte-americano.

3

**CORRENTES DA
HERMENÊUTICA
APLICÁVEIS À JURISDIÇÃO
CONSTITUCIONAL
BRASILEIRA**



3.1. HERMENÊUTICA PROCESSUALISTA-DEMOCRÁTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL PROCEDIMENTALISTA

Assim como nos EUA, no Brasil ocorrem propostas de organização da jurisdição constitucional em torno dos programas da primazia de radicalização da democracia (1) ou em torno do método concretista dos direitos fundamentais (2).

Pode-se caracterizar a primeira proposta como modelo procedimentalista de jurisdição constitucional, onde não se parte de uma visão axiológica ou moral de leitura das normas constitucionais, nem se coloca o papel decisor do judiciário num primeiro plano, mas na processualidade ínsita à jurisdição abrindo-a ao cidadão para participar do processo de construção dos direitos fundamentais.

O modelo processualista de jurisdição constitucional implica numa construção das normas constitucionais prioritariamente dentro de uma hermenêutica participativa, na possibilidade de construção democrática da decisão judicial, mas sem pretender reduzir o problema da complexidade dos casos constitucionais como coloca Dworkin⁴¹⁵, nem de reduzir a matéria jurídica a uma formação de cunho exclusivamente técnico-processual, mas reconhecer a necessidade da jurisdição operar sobre problemas complexos, em que o direito se amálgama a questões morais, religiosas, políticas etc.

Baracho defende a seguinte posição ⁴¹⁶:

os direitos elencados na Constituição podem ampliar-se, de modo que a juridicidade, a efetividade e a justiciabilidade possam tornar concretos os direitos da cidadania. A jurisprudência constitucional propiciou a ampliação dos conceitos básicos de direitos e liberdades fundamentais.

415 DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p.151.

416 BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Jurisdição Constitucional da Liberdade*. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (org.) *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 537.

Para a instrumentalização das ações constitucionais pelo cidadão faz-se necessária a construção da principiologia processual inserta no âmbito da CRFB, tal visão principiológica infere-se do direito de ação, do contraditório e da ampla defesa, do devido processo legal, enfim, dos norteamentos de princípios existentes na Constituição.

Esse instrumental de garantias e de princípios para um modelo procedimentalista deve ser utilizado dentro de uma visão endo-processualista democrática, isto é, na perspectiva de uma democratização da utilização das ações constitucionais com alargamento da tonalidade democrática dos instrumentos processuais.

Daí a necessidade de se realizar a construção de legitimidade partindo da estruturação em uma visão discursiva, pois, no fundo, somente entendendo o processo constitucional como um discurso institucionalizado aberto a todos os participantes da vida cidadã é que se pode democratizar o direito ⁴¹⁷.

Abertura à participação cidadã implica a busca de uma justiça constitucional efetivadora de garantias instrumentais enquanto atuação dos poderes públicos, buscando uma construção democrática de novos direitos fundamentais e de sínteses interpretativas e criadoras de novos sentidos de incidência para direitos explícitos no ordenamento constitucional.

Uma teoria processual da Constituição deve pontificar, pois, a instrumentalização basilar de dois princípios-chave: o devido processo legal, inserto explicitamente na CFRB, no art. 5º, LIV: ‘ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal’ e o princípio da proporcionalidade, implícito ao texto constitucional, mas decorrente de seu sistema global⁴¹⁸ e de cunho construtor da mediação de sentido crítica entre casos difíceis postos na jurisdição constitucional. A proporcionalidade é entendida como integração entre meios e fins ponderados de concessão de direitos e restrição de

417 LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Processual da Decisão Jurídica*. São Paulo: Landy, 2002, p.56.

418 FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do Direito*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 1995, p.46.

atos com base em uma visão coerente da regulação da ponderação com o todo da Constituição.

O princípio da proporcionalidade está inserto no bojo da sistemática constitucional, advindo de sua estrutura como princípio objetivável e como vetor axiológico possibilitador da construção de novos direitos fundamentais de modo coerente com o texto constitucional, implícitos na ordem constitucional. Argumenta Freitas, conceituando o sistema jurídico:

uma rede axiológica e hierarquizada de princípios gerais e tópicos, de normas e de valores jurídicos cuja função é a de, evitando os superando antinomias, dar cumprimento aos princípios e objetivos fundamentais do Estado Democrático de Direito, assim como se encontram substanciados, expressa ou implicitamente, na Constituição.

Assim, a partir da conjugação entre processo e proporcionalidade, pode-se dizer que ocorre uma instrumentação do princípio do devido processo legal-constitucional e do princípio do contraditório, enfim, unidos e instrumentalizados em função de uma construção de cunho discursivo, procedimental-processual.

Unir as funções da estrututuração principiológica dos direitos fundamentais, buscando o respeito ao procedimento como regularidade institucional e segurança jurídica (Luhmann⁴¹⁹), mas sem olvidar a construção de um processo-discursivo como meio instrumentalizador dos conflitos.

Para Guerra Filho⁴²⁰ o princípio da proporcionalidade é o mais importante porque integra a ordem jurídica, assegurando-lhe unidade e coerência, conferindo àquela estruturação em moldes de uma transformação radical da procedimentalidade como meio

419 LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Tradução de Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: Edunb, 1980, p.32.

420 GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria Processual da Constituição*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional – Celso Bastos Editor, 2000, p.185.

estruturador da emancipação das aspirações sociais⁴²¹, uma vez que funciona como campo objetivo da querela entre as partes, podendo um espaço processualizado aferir a importância das suas demandas e o peso relativo dos valores em questão.

No entanto, essa proporcionalidade como instrumento de mediação e equilíbrio entre princípios constitucionais não pode tornar-se um instrumento de extensão indefinida de poderes aos juízes, porquanto, assim o sendo, subverterá a própria ideia de vinculação do sistema constitucional ao princípio republicano e democrático de vinculação, também do magistrado, aos princípios da fundamentação das decisões, do devido processo, da democracia participativa, da limitação e divisão dos poderes e o princípio republicano.

A reconstrução da legitimidade das decisões impõe-se como problema jurídico-sociológico fundamental, ante a um judiciário abalado em sua credibilidade e aos poderes públicos esvaziados de efetiva correlação com os processos reais de formação de vontade política e de opinião pública na atualidade, levam a um apelo no sentido de uma democratização do judiciário em todos os níveis de ação administrativa que possui, bem como incita a uma reforma no tratamento dos mecanismos de participação do cidadão com mais ênfase no processo constitucional, a exemplo da instituição do *amicus curiae*⁴²² enquanto possibilidade de extensão de intervenção de terceiros no âmbito do processo constitucional, ampliando a discussão da lide.

Outro meio de democratização do processo constitucional, é a adoção da teoria do auditório, de Chaim Perelman⁴²³, onde se defende a estrutura de argumentação como fonte de legitimação da decisão judicial, argumentação essa que passa por um controle de qualidade a partir da sociedade como um todo, que funciona assim como um

421 GUERRA FILHO, op. cit., p. 94-95.

422 STAMATO, Bianca. *Jurisdição Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p.242.

423 ATIENZA, Manuel. *As Razões do Direito* (Teorias da Argumentação Jurídica-Perelman, Toulmin, MacCormick, Alexy e outros). Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2000, p. 110.

auditório universal, capaz de contra-argumentar no âmbito do processo constitucional - daí a importância da comunicação social, para se atingir um nível excelente de argumentação, uma verdadeira ‘comunidade ideal de comunicação’ (Habermas) ⁴²⁴.

As teorias de construção democratizada das formas processuais e da decisão judicial produzida, como a teoria neoinstitucionalista do processo de Rosemiro Leal⁴²⁵, preconiza uma ampliação da legitimação ativa nas ações constitucionais ADIn, ADC, ADPF etc; a reforma no sentido de derrogação de prerrogativas processuais que favoreça certas partes como o Estado-Administração; a transparência e controle das instituições nas quais se realiza o processo por mecanismos legais e facultáveis de operacionalização pelo cidadão de forma a intensificar sua participação na construção da sentença.

Para o modelo procedimentalista o judiciário constitucional deve atuar como promovedor de discussão e de posicionamentos processuais das partes e da sociedade, servindo de extensão do espaço público juridicamente enriquecido e desenvolvido como processo constitucional, apenas atuando construtivamente ‘quando estão ausentes as condições de abertura e de participação de todos os envolvidos tanto em grau quantitativo como qualitativo’⁴²⁶.

Ao não existirem as condições de desenvolvimento da discussão processual extensível aos cidadãos é que o judiciário aplica diretamente a proporcionalidade - isso é o “judiciário constitucional minimalista”, no modelo proposto por Ely⁴²⁷ e em conjugação com as teses democratizantes de construção do texto (norma) e da processualidade constitucionais já expostas no método da *construction* na seção 2.3.

Para a jurisdição constitucional procedimentalista é necessário o corolário de uma democracia deliberativa enquanto modelo

424 ATIENZA, op. cit., p.110.

425 LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Processual da Decisão Jurídica*. São Paulo: Landy, 2002, p.194.

426 STAMATO, op. cit., p.224.

427 LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Jurisdição Constitucional Aberta: Reflexões sobre a legitimidade e os limites da Jurisdição Constitucional na Ordem Democrática*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p.147.

político da nação, ideia da lavra principalmente de Habermas, Carlos Nino, Ely (seção 2.3), no sentido de processualização da jurisdição constitucional e de construção de um espaço de discussão aberto, público, constantemente controlado e reavaliado não somente pelas instituições estatais, mas pela ação interferente do poder argumentador da sociedade por cada um de seus membros, daí a concepção incitadora da cidadania ativa ⁴²⁸.

Cattoni de Oliveira⁴²⁹, ao discorrer sobre a relação entre processo legislativo e processo judicial-constitucional, almeja encontrar na processualidade discursiva em todos os níveis institucionais uma base de legitimação para a sociedade civil:

O que garante a legitimidade das decisões são antes garantias processuais atribuídas às partes e que são, principalmente, a do contraditório e a ampla defesa, além da necessidade de fundamentação das decisões. A construção participada da decisão judicial, garantida num nível institucional, e o direito de saber sobre quais bases foram tomadas as decisões dependem não somente da atuação do juiz, mas também do Ministério Público e fundamentalmente das partes e dos seus advogados.

Se a hermenêutica jurídico-constitucional deve funcionar como mecanismo de controle de constitucionalidade com acesso de possibilidades de manuseio inclusive ao cidadão comum, ela assegura a este último o manejo dos mecanismos formais como o Mandado de Injunção, sobre o qual o professor Jorge Hage, por exemplo, em ilustrada tese de mestrado, orientada por Gilmar Ferreira Mendes e depois publicada, na qual procurou reconstruir o sentido de eficácia

428 LEAL, op. cit., p.89.

429 CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p.78-79.

e aplicabilidade da referida ação constitucional através de uma construção jurisprudencial da mesma ⁴³⁰.

Recentemente o STF julgou o mérito do Mandado de Injunção 688, no âmbito do qual se requeria a decisão regulamentatória pelo Supremo do artigo 37, inciso V, da CRFB, que prevê o direito de greve ao servidor público, o que indica a construção de uma norma específica para o caso de ausência de ação legislativa de editar lei complementar prevista no próprio dispositivo constitucional.

A ação popular e os demais remédios são objetos de variadas teses e dissertações, destacando-se a de Mancuso, ⁴³¹ a de Cavalcante ⁴³² sobre Mandado de Segurança e a de Pacheco ⁴³³ sobre ações constitucionais típicas.

A importância dessas ações exsurge da instrumentalidade formal que possuem como meios do cidadão implementar a defesa de direitos fundamentais agredidos. Todavia, o manejo das ações não afeta o do problema da vontade política do cidadão em realizar a interpretação, da possibilidade de o cidadão poder atuar não apenas com meios formais, mas com a atividade hermenêutica que garanta vitalidade ao texto constitucional, que é uma relação de fatores de poder como observou Lassalle ⁴³⁴.

O sistema constitucional implica em possibilidades hermenêuticas de atualização normativa, de reforço da democracia pela ampliação da participação e principalmente pela substituição do modelo de cidadania passiva em cidadania ativa, com o abandono, como diz Häberle ⁴³⁵, do modelo rosseauísta da democracia abstrata

430 HAGE SOBRINHO, op. cit., p.219.

431 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Popular*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

432 CAVALCANTE, Mantovanni Colares. *Mandado de Segurança*. São Paulo: Dialética, 2002.

433 PACHECO, José da Silva. *O Mandado de Segurança e outras Ações Constitucionais Típicas*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

434 LASSALLE, op. cit., p.37.

435 HÄBERLE, Peter. *A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição* :contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1997, p.38.

e geral da “vontade do povo” em favor de um Estado de Direito de domínio do cidadão, fiscalizatório e crítico do poder, mais próximo do modelo popperiano e kantiano de cidadania ativa, o cidadão deve ser intérprete participativo dos processos decisórios e não apenas espectador conformado das decisões políticas.

A interpretação constitucional não é um evento exclusivamente estatal⁴³⁶ mas um fato de legitimação material pelo cidadão do significado constitucional. Assim, o simples manejo de instrumentos de ação formais não basta, faz-se necessário a relação hermenêutica do cidadão com o sistema constitucional.

A questão é que esse processo público de interpretação procedimental constitucional deva conviver com a concentração do controle de constitucionalidade enquanto mecanismo dominante da jurisdição constitucional.

Segundo os procedimentalistas, o modelo de jurisdição constitucional, quanto mais concentrador de poderes, dificulta a atuação da crítica do cidadão, o controle da constitucionalidade por procedimentos democráticos.

A busca pelo equilíbrio entre a visão publicista-processual-democrática e a visão centrada na hermenêutica da constitucionalidade pelo poder de um tribunal constitucional, enfim, o equilíbrio entre democracia e função judicativa, encontra no problema do modelo de “jurisdição aberta”, segundo Mônia Leal⁴³⁷, uma possibilidade de desenvolvimento de duas tendências, a democratizante-processualista (ou procedimentalista) e a hermenêutica ou substancialista⁴³⁸.

Se o modelo do controle jurisdicional institucionalizasse e ampliasse a participação democrática seria ideal dentro do objetivo de salvaguarda da participação popular e de uma democracia material.

436 HÄBERLE, op.cit., p. 23.

437 LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Jurisdição Constitucional Aberta: Reflexões sobre a legitimidade e os limites da Jurisdição Constitucional na Ordem Democrática- uma abordagem a partir das Teorias Constitucionais Alemã e Norte-americana*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p.143.

438 LEAL, op. cit., p. 144.

No entanto, fatores os mais diversos, como o apego ao modelo liberal-formal de democracia (centrando-a no sufrágio e na representação pelos partidos políticos), até a dominação do Estado por elites competitivas entre si, como diz Schumpeter⁴³⁹, implica a erigição de uma jurisdição concentradora das decisões e da retirada de poder dos juízes de base, que Häberle muito bem denunciou e que no Brasil faz eco na crítica ao excesso de poderes que concentra o Supremo Tribunal Federal, como efeito de uma representatividade “formal” do cidadão no ordenamento jurídico, são fatores de poder que não permitem uma maior participação popular.

Porém, se existe um compromisso de manutenção da democracia formal e não a tentativa de uma perspectiva revolucionária de ruptura da “ordem democrática burguesa” como apregoam movimentos socialistas, há que se reconhecer o valor da segurança e da positividade do Estado de Direito abrigados na Constituição, ainda que sob certo ponto de vista sejam insuficientes até o momento para assegurar distribuição de cultura, de bens econômicos e outras ordens de bens e permaneça “injusto” na concepção (socialista).

Manter o compromisso com a democracia formal-liberal é condição de segurança para a ampliação de uma democracia cidadã, participativa e discursiva, e não meramente ‘popular’ como lembra o próprio Häberle⁴⁴⁰. Para Cunha⁴⁴¹ as pessoas na verdade estão mais acomodadas do que participativas, e que os graus de participação política efetiva encontram-se diminuindo. Isso, todavia, não pode ser fator de descrédito completo na democracia parlamentar, liberal e formal.

Se setores inteiros do socialismo, e Jurgen Habermas⁴⁴² é pioneiro ao reconhecer isso em sua teoria da ação comunicativa de versão

439 SCHUMPETER, Joseph A. *Capitalismo, socialismo e democracia*. Tradução de Sérgio Goes de Paula. Rio de Janeiro: Zahar, 1976, p.351.

440 HÄBERLE, op. cit., p. 23.

441 CUNHA, Paulo Ferreira da. *Lições de Filosofia Jurídica-Natureza & Arte do Direito*. Coimbra: Almedina, 1999, p.127-128.

442 HABERMAS, Jurgen. *Teoria de la acción comunicativa, II - Crítica de la razón funcionalista*. Tradução de Manuel Jimenez Redondo. Madrid: Santillana Ediciones S.

inicial publicada em 1982, já reconheceram há muito a necessidade de manutenção do jogo democrático representativo, parlamentar e legal é porque a experiência histórica demonstrou mais vantagens rumo a uma participação crítica do povo que as tentativas de “democracia de massa” e de ‘ditadura do proletariado’ até agora historicamente desenvolvidas.

A experiência histórica mostrou que a democracia formal com todos os perigos ideológicos e dominações de classe do capitalismo tem sido menos danosa à esfera de uma conquista gradual de direitos humanos que regimes totalitários.

Assim, dentro do mecanismo de imperfeição de uma jurisdição constitucional democrática do Estado de Direito deve buscar-se a legitimação da jurisdição constitucional em um modelo “aberto” que não feche as possibilidades hermenêuticas e que possa ser construído democraticamente.

Como alternativa ao modelo concentrado e difuso de jurisdição constitucional até agora dominante, tem-se um modelo de ‘devido processo constitucional’ proposto por Rosemiro Leal⁴⁴³, que apregoa a institucionalização (no Estado) da discursividade crítica e da ‘razão comunicativa’ como maximização do acesso do cidadão aos procedimentos decisórios.

Pretende Leal a aplicação do modelo popperiano de discursividade crítica e falsificação das hipóteses constitutivas dos objetos científicos, a fim de garantir a possibilidade de participação popular efetiva e consciente na decisão política e judicial e na feitura das leis, preconizando uma “teoria neoinstitucionalista do processo”, e o respeito maximizado ao ‘devido processo constitucional’⁴⁴⁴: há que se assegurar o processo no momento de produção e aplicação do direito⁴⁴⁵.

A., 2003-A, vol.2, p. 551.

443 LEAL, op.cit., p.191.

444 LEAL, op.cit., p. 109.

445 LEAL, op. cit., p.111.

O modelo de jurisdição constitucional centra os poderes de decisão completamente nas mãos do juiz que, segundo Rosemiro Leal, passa a constituir-se em intérprete exclusivo dos sentidos da lei⁴⁴⁶ e intérprete privilegiado da Constituição, o que somente vem se agravando com a concentração de poderes em mãos do STF e a diminuição do controle difuso de constitucionalidade.

O fato, porém, é que se as críticas dos processualistas à jurisdição constitucional são válidas quanto ao aspecto “negativo” de desconstrução de certas tendências da institucionalização judicial antidemocrática, pois apontam fenômenos reais e preocupantes à democracia, elas não ofertam um método claro e eficiente de como se deve institucionalizar a processualidade discursiva no Estado de Direito.

Em geral os procedimentalistas não mostram o meio de institucionalizar a processualidade discursiva – cogitam a ampliação da participação do cidadão nas instituições decisórias, mas não exaram um método instrumentalizante de como essa participação crítica e comunicativa dos sujeitos constitucionais poderia dar-se no âmbito estatal.

Deve haver a participação isocrítica (condições iguais de crítica a todos os integrantes-intérpretes da jurisdição constitucional) no intuito de manter-se a coerência da proposta discursiva crítica e corretiva sobre os conceitos linguísticos presentes na interpretação da Constituição.

Leal pretende realizar a construção de uma discursividade intersubjetiva com base na crítica linguística com matriz no racionalismo crítico de Karl Popper e rejeita as manifestações “comunitaristas” de plebiscitos constantes⁴⁴⁷.

Leal critica as teses da hermenêutica em geral⁴⁴⁸ (implicitamente também da tendência de Streck, seguidor de Gadamer, de uma hermenêutica fenomenológica aplicável à jurisdição constitucional),

446 LEAL, op.cit., p.156.

447 LEAL, op. cit., p.178-179.

448 LEAL, op. cit., p. 109.

mas não oferta uma metodologia instrumental da hermenêutica decisória e da institucionalização do ‘processo isocrítico’ da razão comunicativa aplicável à jurisdição constitucional⁴⁴⁹.

Em contraponto à visão processualista e democratizante, tem-se a crítica de Streck⁴⁵⁰ à Habermas de que a verdade não pode ser atingida sem levar em conta a questão ontológica e existencial da hermenêutica (não aceita a formação da verdade pelo consenso), nem pode prescindir da hermenêutica no processo de construção dos direitos fundamentais pela jurisdição constitucional em um país subdesenvolvido como o Brasil, que não possui ainda instâncias públicas nem agentes qualificados suficientes para o debate ampliado em termos de “razão comunicativa”⁴⁵¹.

Desenvolvendo a crítica do modelo procedimentalista na linha de Streck, pode dizer que ainda não se atingiu no Brasil as condições para uma ‘hermenêutica discursiva e decisória’ como institucionalização da democracia discursiva, como legitimação do Estado em função da racionalidade argumentativa.

Necessário se faz a adoção de métodos hermenêuticos de concretização de direitos fundamentais, que levem em conta a democracia como processo político (e não somente como discurso argumentativo, que não aborde somente o problema da linguagem) e assumam o papel de gradual conscientizador da sociedade dos direitos que possui, fazendo isso através de um processo hermenêutico político que estruture os direitos fundamentais (objetivo da construção de direitos na visão constitucional norte-americana).

Que a sociedade deva controlar o processo de concretização hermenêutica dos direitos fundamentais pelo ativismo judicial; que o controle de constitucionalidade deva ser aberto a críticas e não vinculante com a concentração de poderes maximizada nas cortes superiores; que é necessário institucionalizar a ampla e constante participação dos sujeitos constitucionais nos processo decisórios

449 LEAL, op. cit., p.109.

450 STRECK, op. cit. p.164.

451 STRECK, op. cit., p.165.

(principalmente na jurisdição constitucional); que deva existir um processo decisório de crítica e de re-fundamentação dos conceitos e um debate linguístico em torno da razão crítica, comunicativa e dialética, são todos paradigmas de análise (e de controle) indispensáveis.

No entanto, tais paradigmas e metas de construção de uma democracia discursiva que prescindisse da jurisdição constitucional e sua atividade hermenêutica e, portanto, também ativista, não tem pré-estruturas existentes na realidade brasileira e representam um excesso de confiança na razão comunicativa em uma sociedade globalizada cada vez mais distante da comunicação autêntica entre os indivíduos, que na verdade fecha-se em grupos estanques ou no solipsismo do individualismo consumista, e não conseguem fugir da estrutura de dominação ideológica que impede precisamente uma comunicabilidade crítica intersubjetiva e uma consciência dos problemas públicos.

Isso não significa que se deva desistir ou arrefecer quanto às possibilidades da razão comunicativa e da ética discursiva e procedimental. Ela efetivamente é ideal de uma sociedade materialmente, e não apenas formalmente, democrática. Num mundo pós-metafísico e multicultural, o diálogo é norteador dos sentidos da linguagem produzidos pelos falantes individuais ou em grupo e, ao mesmo tempo, é crítico das representações axiológicas tradicionais, alienadas⁴⁵².

É possível utilizar a razão comunicativa como meio de crítica das alienações e falsas representações da situação de ser-no-mundo. Afinal, o ser do homem é ser-no-mundo e que dá sentido ao mundo e a si mesmo (*Dasein*) e não alienado do mundo e das possibilidades intersubjetivas, como observou Heidegger⁴⁵³.

Uma racionalidade crítica e comunicativa deve ser considerada para o norteamento das possibilidades existenciais, mas não esgotará a hermenêutica, nem a criação judicial dela decorrentes, porque essa

452 LEAL, op. cit., p.34.

453 HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. 10. ed. Tradução de Emmanuel Carneiro Leão. Rio de Janeiro: Vozes, 2001, vol. 2, p.256.

é necessária e complementar ao processo de discussão democrática da Constituição.

Reduzir, também, a hermenêutica a um momento da “razão comunicativa” fazendo esta enlaçar a racionalidade como um todo, parece inflar excessivamente os poderes heurísticos (explicativos) da racionalidade. Em todo caso, a hermenêutica é uma atividade vinculada à compreensão, ao sentido do Ser como acontecimento completo e complexo, à fenomenologia do Ser ⁴⁵⁴ sobre o ente, a qual impede tal reducionismo.

Pensando com Heidegger, a Constituição é o equivalente na ordem jurídica ao Ser, e as leis e demais atos jurídicos aos entes, sendo, então, que ela possui uma prioridade irreduzível aos aspectos transitórios e mutáveis dos processos político-democráticos. A hermenêutica deve incitar o acontecer, o concretizar-se da Constituição como fundamento e unidade da ordem jurídica ⁴⁵⁵.

Existe uma fenomenologia hermenêutica, desenvolvida na linha de Heidegger e Gadamer, que é irreduzível à racionalidade da comunicação, e que realiza a concretização da “consciência histórica” em uma atividade produtiva, construtora de sentido dos objetos passíveis de interpretação enquanto objetos da linguagem ⁴⁵⁶.

Deve-se repensar constantemente modelos e métodos para a atividade hermenêutica do julgador, pois se queira ou não é o legitimado para decidir no sistema jurídico legal-formalista da cultura ocidental. Não se pode fugir da realidade do sistema jurídico constituído sob as bases ideológicas do capitalismo. Criticá-lo não pode ser apenas função linguística e contra-ideológica que se situe apenas no horizonte argumentativo-discursivo, mas deve ser uma ação pragmática e concretizadora, com engajamento imediato inclusive dos operadores do direito a um projeto político nacional de transformação

454 STRECK, op. cit., p.203.

455 STRECK, op. cit., p.200.

456 GADAMER, Hans Georg. *Verdade e Método*. Tradução de Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2004, vol.2, p.77; p. 464.

de estruturas sociais elitistas, desigualadoras da incidência dos direitos fundamentais entre a população ⁴⁵⁷.

Necessário se faz pensar em modelos como forma de discussão da atividade judicativa, discutindo-se como (por quais métodos) o juiz decide dentro dos pressupostos do Estado de Direito, exatamente para evitar o perigo do “gigantismo” da atividade judicial.

A concepção democrático-processualista (procedimentalista) não suplanta a necessidade da hermenêutica que opere na base axiológica e principiológica como instrumento da jurisdição constitucional. É necessário não somente ampliar a participação popular e discursiva, mas também empregar o ativismo judicial e sua metodologia hermenêutico-constitutiva como contrapoder eventual à opinião da maioria ou como dissolutor das ideologias a que a massa não se desprende ou pelas quais é manipulada.

Veja-se que na história constitucional norte-americana a Suprema Corte teve de enfrentar momentos de dificuldade de legitimação democrática exatamente por se colocar contra o que a ‘maioria’ considerava desejável que a corte fizesse (segregação nas escolas, liberdade de comércio irrestrita), no entanto, foi sua atividade hermenêutica que flexibilizou o entendimento fixado de uma jurisprudência elitista protetora de prerrogativas da maioria branca e protestante dominante nos EUA para uma jurisprudência ativista construtora de direitos à igualdade de tratamento entre etnias, sexos etc., enfim, de proteção judicial das políticas governamentais de ações afirmativas.

No Brasil, a construção da legitimidade da jurisdição constitucional ainda não alcançou o grau de maturidade da jurisdição estadunidense, e por isso o reforço no aprimoramento da hermenêutica constitucional é importante a fim de transformar a jurisdição constitucional pátria num espaço de debate metodologicamente enriquecido pelas teorias da argumentação, da construção de direitos, enfim, de todos os marcos hermenêuticos que possam

457 Proposta do marxista MIALLE, Michel. *Uma Introdução Crítica ao Direito*. Tradução de Ana Prata. Rio de Janeiro: Moraes Editores, 1979, p.317-318.

superar o positivismo jurídico enquanto conservadorismo político e anacronismo metodológico presente na estrutura judiciária.

Binenbojm⁴⁵⁸ expôs a dicotomia entre Habermas (visão processualista e democratizante) e Dworkin (visão hermenêutica, em defesa do controle de constitucionalidade), da mesma forma que Mônia Leal tenta resolver o antagonismo das posições que ela denomina de processualista e substancialista com o conceito de “jurisdição constitucional aberta”⁴⁵⁹.

Por isso é interessante para a doutrina constitucional brasileira dialogar com outros modelos de hermenêutica constitucional que ataquem a problemática da concretização dos direitos fundamentais como etapa na luta da construção de uma sociedade mais “igualitária e justa” (num sentido de ampliação ao acesso aos bens de consumo, da renda e dos bens culturais).

O modelo constitucional norte-americano historicamente possibilitou uma “jurisdição constitucional aberta”⁴⁶⁰ que é aquela defendida por Ely, Ackerman dentre outros, ao vincular procedimentos de interpretação democratizados possibilitando um espaço público de

458 BINEMBOJM, *op. cit.*, p.117-118.

459 LEAL, Mônia, *op. cit.*, p. 95-96: “Apesar de todas as críticas, todavia, a experiência tem apontado, conforme Streck, para o fato de que o Estado Democrático de Direito não pode funcionar sem uma justiça constitucional, nem os conteúdos essenciais e principiológicos da Constituição podem ser realizados sem a atuação da jurisdição (...) podem ser apontadas duas correntes em princípio antagônicas: uma substancialista, que defende um papel destacado do Judiciário na garantia e na concretização dos direitos constitucionais estabelecidos, e outra tida como procedimentalista, para quem a função daquele órgão consiste, num sentido mais geral, em assegurar processos democráticos.

Ambas as correntes reconhecem, por sua vez, uma abertura e indeterminação dos conteúdos da Constituição (...) de modo a tornar-se necessário, nesse contexto, deliberar sobre e especificar melhor estes conteúdos. A diferença crucial que se pode perceber entre elas reside, no entanto, na indicação do órgão, do poder encarregado desta atividade: os primeiros reconhecem ao Judiciário, de forma ampla, esta competência, que se estende, portanto, também ao âmbito material. Já os segundos transferem tal responsabilidade, basicamente, para a atividade legislativa, tida como democrática e representativa, no sentido de atribuir à esfera política os rumos desta atividade de adequação dos direitos, restando às Cortes o papel de fiscalização da efetiva participação nesta discussão. Em ambos os casos, no entanto, a posição judicial é ativa, como veremos”.

460 LEAL, *op. cit.*, p.214.

interpretação constitucional (procedimentalismo), e ao mesmo tempo nos EUA existe uma prática constitucional substancialista que soube conceder uma interpretação constitucional como materialização de decisões protetoras dos direitos fundamentais (construtivismo judiciário).

O fato é que a jurisdição constitucional norte-americana é historicamente, pela atividade jurisdicional de interpretação constitucional levando em conta o contexto político, uma estrutura que possibilita a erigição de uma tutela de conquistas graduais, mesmo com todas as peculiaridades ideológicas e pressões das elites sobre o sistema, o que manteve a integridade de uma nação complexa e, tal como a brasileira, ainda permeada por imensas desigualdades sociais, mas que desenvolveu um importante modelo de jurisdição constitucional no sentido de uma construção de direitos fundamentais enquanto garantia da democracia.

Isso abre perspectivas analíticas interessantes para uma jurisdição constitucional enquanto poder contra-majoritário e democrático-organizatório e não expressão de valores pré-definidos como predominantemente ocorreu na justiça constitucional alemã e em tendência seguida pelas constituições de vários países⁴⁶¹.

A estrutura da jurisdição constitucional deve manter o equilíbrio entre procedimentos democratizantes de atuação do cidadão e a atividade hermenêutica criativa (ativista) do juiz constitucional, voltando-se para a concretização dos direitos fundamentais, o que também é uma garantia da democracia.

A garantia democrática de uma jurisdição constitucional deve procurar caracterizar-se enquanto espaço de interpretação e possibilitação de contraditório, assumindo feições de um elemento democrático essencial na ordem jurídica. Como diz Mônia Leal⁴⁶²: “a função do controle de constitucionalidade se torna essencial ao assegurar a garantia dos direitos fundamentais, contra maiorias eventuais”.

461 LEAL, op. cit., p.143.

462 LEAL, op. cit., p.170.

3.2. HERMENÊUTICA CONSTRUTIVA-CONCRETIZADORA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL SUBSTANCIALISTA

Na senda traçada por Schmitt⁴⁶³ no início do século XX, a força da concepção política, material, social e axiológica da jurisdição constitucional, por assim dizer substancial, desbastaria a ilusão do formalismo positivista, do individualismo jurídico e da relatividade das concepções políticas democratizantes liberais defendidas por Kelsen.

Para Schmitt, a jurisdição constitucional é um processo político, porque a Constituição do Estado é da mesma natureza, um conjunto de valores substanciais. Ora, a própria noção filosófica de substância⁴⁶⁴ assoma com toda a força, pois a Constituição seria essencialmente valores resguardados na textura da lei, mas de modo algum formalista e relativista, mas material e axiológica, e objetiva enquanto realidade social e politicamente efetivável.

Totalmente legítima em suas bases políticas reais e materiais, a jurisdição constitucional assim concebida seria a efetividade de um processo político de defesa e implementação de valores substanciais⁴⁶⁵.

463 SCHMITT, Carl. *Legalidade e Legitimidade*. Tradução de Tito Lívio Cruz Romão. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 62.

464 Substância, filosoficamente expondo, é categoria da metafísica da tradição aristotélico-tomista para definir propriedades de algo que é constante, determinado, em-si. Assim, o homem é substância racional, possui a determinação de substancialidade intelectual (Aristóteles-Tomás de Aquino). Na teologia cristã, Cristo é consubstancial (*consubstancialem patris*, está no *Credo*) ao Pai, então, é substância e não acidente. Assim, substantivo é algo constante, definido. A vinculação do conceito de substância com o conceito de essência é também patente: se a essência de algo é substantiva, tem por propriedade a constância, a imutabilidade. Na tradição platônica a essência ideal do mundo é substancial num sentido de fundamento transcendente. Não é por acaso que a concepção de essência de valores desenvolvida por Max Scheler e tão influente no direito constitucional alemão (Smend, Larenz), é ideativa-essencialista, porque valores são substâncias e não acidentes. Aplicando ao direito, os valores jurídicos são essenciais como uma concepção de valores materiais do justo, da dignidade humana, da moralidade, como no Radbruch da segunda fase fenomenologista e metafísica de sua jusfilosofia, veja-se Radbruch, G. em sua *Filosofia do Direito*. Tradução de Luís Cabral de Moncada. Coimbra: Armênio Amado, 1974, p. 214.

465 SCHMITT, op. cit., p.62.

Quem defendeu com primor o modelo de jurisdição substancialista foi Rudolf Smend, um jusfilósofo vitalista e fenomenólogo, para quem a Constituição é essencialmente ordem de valores dentro de um Estado como um super-homem capaz de assegurar a integridade da ordem social através de valores superiores que irradiam sua força unificadora sobre princípios e normas⁴⁶⁶.

A concepção de Smend foi também atacada por Kelsen em função de sua visão essencialista e metafísica, sendo Kelsen⁴⁶⁷ um relativista e democratista que fundamentou a jurisdição constitucional na legitimação democrática e na legalidade posta pelo ordenamento⁴⁶⁸.

O fato é que a tradição de encarar a Constituição de maneira substancialista perdurou na visão dos chamados juristas concretistas e a vitória do constitucionalismo como movimento ideativo do direito na década de 70 do século passado perfez um itinerário de construção de teorias concretistas e estruturantes da ordem constitucional, levando em conta o sistema de valores por ela propugnado, principalmente na concepção de densificação de princípios como vontade de concretização constitucional em Konrad Hesse⁴⁶⁹.

O fator de legitimação jurídica pelo procedimento (Luhmann) ou pelo processo de racionalidade comunicativa (Habermas) implica no reconhecimento de institucionalização da racionalidade jurídica linguisticamente construída.

A concepção de se construir um direito pela racionalidade procedimental implica necessariamente uma abertura no sentido argumentativo a todos os partícipes do processo democrático, à totalidade dos cidadãos, o que para alguns autores, implicaria na própria supressão da ideia de jurisdição constitucional⁴⁷⁰ e sua

466 KELSEN, Hans. *O Estado como Integração – um confronto de princípios*. Tradução de Plínio Fernandes Toledo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p.33.

467 KELSEN, Hans. *A Democracia*. Tradução de Ivone Castilho Benedetti et al. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 166.

468 KELSEN, op. cit., p.33.

469 HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991, p.19.

470 LEAL, op. cit., p.98.

substituição por constantes procedimentos linguístico-argumentativos de construção intersubjetiva da decisão jurídica pelas partes e não centrada na condução processual pelo juiz.

É de se colocar que, efetivamente, os ideais de democratização e de racionalização do direito e da política, bem como de universalismo dos direitos humanos e de racionalidade ética universal com o respeito incontestável à dignidade da pessoa humana como fim em si são ideias-força de fundo kantiano⁴⁷¹ que inspiraram e fundamentaram sistemas de cunho racional como o de Habermas e seu projeto de uma ‘comunidade ideal de comunicação’ na ‘pragmática universal’, e de Perelman, com a ideia do ‘auditório universal’.

A radicalização da democracia, o aprofundamento da razão discursiva na crítica da tradição e do elitismo e o poder político do cidadão sobre as instituições é a meta mor de todo racionalismo pós-metafísico aberto e procedimental, até como condição-limite do desenvolvimento de um humanismo democrático e de um republicanismo de caráter laico e politicamente sustentável.

Todavia, não se pode esquecer que o poder e suas estratégias e ideologias de legitimação são bastante fortes⁴⁷², e as simbologias dominantes no discurso jurídico não são facilmente desbastadas, pois são estratégias de legitimação do poder soberano⁴⁷³.

O próprio Habermas⁴⁷⁴ admite que o discurso não se aparta do poder. Assim, a ideia de institucionalizar procedimentos argumentativos por uma democratização radical com a supressão da garantia da jurisdição constitucional, revela-se perigosa para a própria democracia, pois pensando nas hipóteses de domínio das elites sobre o poder, dificilmente a ocorrência da democratização pode dar-se sem

471 KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa, Edições 70, 2001, p.69.

472 FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: Nau, 2002, p. 120.

473 MARSHALL, James. *Espadas e Símbolos*. 2. ed. Trad. de José Cretella Júnior e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 35.

474 HABERMAS, Jürgen. *Consciência Moral e Agir Comunicativo*. 2. ed. Tradução de Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: 2003, p.126.

as garantias jurídicas do cidadão na luta contra o poder e, também, o cidadão deve fazer uso dos instrumentos de poder a seu alcance e lutar através deles.

A jurisdição constitucional é um meio de poder da sociedade democrática. Ela é, como asserta Rawls⁴⁷⁵, o foro da razão pública, seu lócus de processualização. Assim, não se pode fazer a racionalidade “aberta” aparecer por meio da supressão da jurisdição constitucional predominantemente substancialista. Pelo contrário, é na transformação da jurisdição constitucional em local da democracia e da racionalidade argumentativa que pode vencer a sociedade “aberta”.

Se o inimigo da sociedade aberta é a ausência de democratização do poder, o entrave da racionalidade procedimental é a falta de um local de discussão. Reformas na lei no sentido de desconcentrar poderes na cúpula da corte constitucional, vontade política do parlamento de produzir uma legislação que garanta autonomia para a cidadania, enfim, as reformas institucionais num sentido lato são um caminho para a descentralização de poder do tribunal constitucional e o aprimoramento da cidadania participativa.

O método da construção de direitos fundamentais pelo processo criativo centrado na decisão do juiz de proteger interesses sociais e realizar uma leitura política dos direitos fundamentais é o que preconiza a *construction* norte-americana e pode servir de parâmetro e metodologia no âmbito da jurisdição constitucional brasileira. A experiência da hermenêutica constitucional estadunidense mostra modelos de construção de direitos sob um enfoque procedimental e substancialista, ambos em constante diálogo, como se observou nas seções 2.3 e 2.4.

Longe de suprimir, deve-se reformular epistemologicamente em termos hermenêuticos e processuais a jurisdição constitucional. A construção de direitos é o caminho apontado na presente obra para vincular a hermenêutica constitucional aos valores políticos a fim

475 RAWLS, John. *O liberalismo político*. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 2000, p. 288.

de concretizar os direitos fundamentais, ampliando a legitimação do processo constitucional.

O diálogo entre os dois modelos de jurisdição constitucional, o substancialista-hermenêutico com o democrático-procedimental, longe de ser infrutífero, aponta a diversas soluções e transformações de paradigmas. Como assera Stamato⁴⁷⁶: “enquanto a teoria procedimentalista é cética quanto à reflexão moral individual, a teoria substancialista desconfia da reflexão coletiva”.

Ora, deve haver um equilíbrio entre a dignidade humana e as posições do individualismo de um lado, e a teoria moral de autodeterminação coletivista e os processos de construção da racionalidade pela argumentação intersubjetiva, na outra vertente.

Defende-se uma jurisdição constitucional calcada em defesa de valores políticos, não fechados hermenêuticamente, mas abertos a sínteses de compreensão, o que passa pelos *topos* argumentativos e axiológicos da dignidade humana, liberdade, propriedade individual, democracia, moralidade pública etc.

Tais valores são ideias-símbolos institucionalizadas nas cartas constitucionais no seio dos princípios e dos direitos fundamentais exatamente para se funcionalizarem (através da hermenêutica da jurisdição constitucional) como garantias do cidadão.

Valores são ideias-símbolos que devem ser concretizados por um processo de interpretação⁴⁷⁷ e não essências metafísicas a ser descortinadas em processos de concretização dominados pela mente de indivíduos privilegiados (paradigma da filosofia da consciência aplicado ao direito). Como diz Streck⁴⁷⁸, segundo as lições da hermenêutica existencialista gadameriana-heideggeriana, desmistificar e des-coisificar os valores é cumprir a missão de superação da “filosofia da consciência” e sua restrita visão hermenêutica.

476 STAMATO, Bianca. *Jurisdição Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 237.

477 RESWEBER, Jean-Paul. *A Filosofia dos Valores*. Tradução de Marina Ramos Themudo. Coimbra: Almedina, 2002, p. 51.

478 STRECK, op. cit., p.165.

Um paradigma deve ser estabelecido: não existem valores substanciais, absolutos, que norteiam a jurisdição constitucional. Há tão-somente valores procedimentais, simbólicos, construídos dentro de uma racionalidade processual, funcionalizados por uma interpretação de sua textura “aberta” e não substancial, essa a finalidade da justiça constitucional.

O fato é que uma jurisdição constitucional substancialista com a ideia-forte de concretização constitucional e de uma Constituição “portadora de valores” deve ser bastante discutida. Quem concretiza, concretiza algo, então, algo há de pré-decidiado na normatividade constitucional e já posto um sentido de valor na norma, cabendo à jurisdição substancialista, aclamada de “socialmente protetora” sob o influxo do *Welfare State*, concretizar valores constitucionais, e o faz através, por exemplo, do ativismo judicial.

O processo de crescimento do poder do Estado deve, concomitantemente, reconhecer limites, pois se não for controlado democraticamente por instâncias administrativas e recursais no seu próprio âmbito, pode tornar-se autoritário, assim como os regimes políticos salvacionistas e totalitários que elegem governos centralizadores num processo de “distribuição de justiça” autoritário que é de mão única: de cima para baixo, do Estado à sociedade, sem a participação desta última.

O papel do judiciário constitucional ético-axiológico sob um enfoque substancialista, ativista e construcionista para uma desprotegida e injustiçada sociedade, não pode prescindir de um refluxo de controle e de desenvolvimento de formas de participação dessa mesma sociedade no circuito da interpretação constitucional.

Pergunta-se, assim, pelo papel de co-construção desses direitos que a sociedade deve exercer através da cidadania participativa, interpretativa e construtiva no âmbito do processo constitucional.

No Brasil, as correntes concretistas não podem deixar-se seduzir pela ideologia do poder ao apregoarem uma jurisdição constitucional

substancialista, axiologista, com um judiciário constitucional atuante, ético, valorativo. Pergunta-se com Bruce Ackerman⁴⁷⁹: E nós, o povo?

Na verdade, como assevera Mônia Leal⁴⁸⁰ a jurisdição constitucional brasileira continua a tradição da jurisdição constitucional alemã, seguida pela maioria das jurisdições constitucionais do Ocidente no pós-II Guerra, de preconizar uma constitucionalidade valorativa e “material”, à exceção da jurisdição constitucional norte-americana, do tipo democrático-liberal-organizatória⁴⁸¹.

O fato, sinteticamente, é que o fundamento último das concepções sobre jurisdição constitucional que possuem o viés substancialista é serem “racionalmente fortes”, crenças em valores abrangentes, essenciais, universais, como diz John Rawls⁴⁸², ou axiologicamente ‘materiais’, como expressa Habermas⁴⁸³.

Numa sociedade multicultural e pós-metafísica, é filosoficamente problemático defender-se valores absolutos, essenciais, substanciais, exatamente porque são precários os fundamentos gnoseológicos que garantam tal posicionamento. Não é possível cogitar fundamentações num sentido rigoroso filosoficamente, mas apenas de argumentações referentes a fatos e uma concepção contextualista e relativista de verdade, como defende o filósofo neopragmático norte-americano Richard Rorty⁴⁸⁴.

Então, nessa senda, seguida por Alexy, Nino entre outros, somente pode fazer-se uma filosofia jurídica procedimentalista e

479 ACKERMAN, Bruce. *Nós, o povo soberano. Fundamentos do Direito Constitucional*. Tradução de Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p.6.

480 LEAL, op. cit., p. 127.

481 O que, segundo a autora, não impediu a Suprema Corte de atuar com poder normativo e construtivo da legislação, citando para isso o caso *Allgeyer v. Louisiana*, 165 U. S. 578, 589 (1987). Cf. LEAL, Mônia Clarissa Henning. *Jurisdição Constitucional Aberta: Reflexões sobre a legitimidade e os limites da Jurisdição Constitucional na Ordem Democrática - uma abordagem a partir das Teorias Constitucionais Alemã e Norte-americana*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p.143.

482 RAWLS, op. cit., p. 35.

483 HABERMAS, Jurgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, vol. 1, p. 135.

484 RORTY, Richard. *Contra os chefes, contra as oligarquias*. Tradução de João Abreu. Rio de Janeiro: DP & A, 2001, p. 28.

racionalista-argumentativa, assim como no constitucionalismo o paradigma racional-discursivo predomina, devendo institucionalizar-se o direito constitucional como discursivo⁴⁸⁵.

O ideal de uma jurisdição constitucional é que fosse o máximo possível procedimental, aberta a sínteses construtivas de valores com a participação do cidadão ampliada. O conteúdo normativo dos valores constitucionais não é de modo algum dado previamente por uma pauta ontológica (existente em si) e político-axiológico determinada, mas é reconstruído a cada momento como fator de recuperação racionalista dos sentidos de aplicação da norma constitucional pelo processo de argumentação, seja na ‘comunidade ideal de comunicação’ (Habermas) seja no ‘auditório universal’ (Perelman), conforme mostra Atienza⁴⁸⁶.

Tem-se que ‘relativizar direitos’ como apregoa a constitucionalista Robin West⁴⁸⁷, fugindo da matriz cristã axiológica jusnaturalista, como também do jusnaturalismo do liberalismo clássico, que ainda serve para justificar posições conservadoras na jurisprudência constitucional norte-americana. A ideia de lei, conforme West⁴⁸⁸, deve ser entendida progressivamente, e não conservadora e estaticamente como no pensamento metafísico e jusnaturalista.

É assente o caráter político da interpretação constitucional. As dimensões políticas das decisões do Supremo Tribunal Federal no Brasil, por exemplo, são analisadas por Vilanova⁴⁸⁹, no sentido de entender a presença de um elemento político na construção da decisão nos casos constitucionais.

485 ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Tradução de Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 12.

486 ATIENZA, Manuel. *As Razões do Direito (Teorias da Argumentação Jurídica-Perelman, Toulmin, MacCormick, Alexy e outros)*. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2000, p. 110.

487 WEST, Robin L. *Re-imagining Justice: Progressive Interpretations of Formal Equality, Rights of Rule of Law*. Burlington: Ashgate Publish Company, 2003, p. 165.

488 WEST, op. cit., p. 165.

489 VILANOVA, Lourival. *A missão política nas funções do Supremo Tribunal Federal*. Revista de Direito Público n.57-58, p. 39-54, 1987.

Ronald Dworkin⁴⁹⁰ também considera um caráter político inerente à matéria constitucional, ainda que em caráter genérico de responsabilidade social acerca da decisão. Metodologicamente, é de considerar que deve existir uma distinção entre a pretensão política e a apreciação técnica da demanda pelo órgão jurisdicional constitucional.

Todavia, é de se considerar que as pressões políticas de grupos sociais sobre as questões controvertidas postas à apreciação da jurisdição constitucional não podem ser olvidadas, nem muito menos o sentido histórico da realizabilidade da efetivação da norma constitucional pela corte jurisdicional.

O fato é que a sociedade deve controlar o ativismo judicial tanto pelo processo público em suas diversas esferas, desde o debate parlamentar até em sede das comunicações sociais, mas também nos organismos de avaliação da eticidade e legalidade da atuação judicial, no Brasil através das Corregedorias de Justiça, do Conselho Nacional de Justiça, enfim, nas possibilidades de controle institucional da magistratura.

Assim sendo, a estrutura judicial deve ser democratizada para adequar-se à transformação histórica das demandas sociais. Deve-se ainda observar uma visão relativizadora da normatividade com seu tratamento discursivo (como faz Alexy em sua metodologia de ponderação de valores⁴⁹¹) a fim de desbasta a ‘prisão’ da interpretação da norma calcada em uma percepção essencialista de valores substanciais que a embasariam (visão do positivismo em geral, da axiologia ‘essencialista’ de valores, do ‘originalismo’).

Assim, uma concepção ‘conservadora’ ou essencialista de valores constitucionais possui uma ideologia política igualmente conservadora ou elitista por trás de sua estruturação, haja vista que perde o foco da visão do processo histórico efetivo que acomete a cultura e, dentro dela, o direito.

490 DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p.103.

491 ALEXY, op. cit., p.68.

A jurisdição constitucional deve assumir a função de democratizar seu sistema de decisão e de ampliar as técnicas hermenêuticas da concretização da normatividade constitucional, ou a legitimidade de sua posição política ficará abalada.

A dosagem entre democratização do processo constitucional e as técnicas e processos hermenêuticos concretizadores desenvolva no âmbito da jurisdição constitucional é processo dialético-discursivo do qual deve participar toda a sociedade, ou os grupos da sociedade que possam fazê-lo com eficácia, buscando o bem comum, entendido este, principalmente, como construção hermenêutica de direitos sociais, ainda mais no Brasil, onde a fase de implantação do bem-estar social pelo Estado ainda nem se completou, como assevera Streck⁴⁹².

Na verdade, a questão hermenêutica e a questão política se impõem sobre a legitimidade da jurisdição constitucional. Deve-se ir para além do maniqueísmo entre substancialismo e procedimentalismo, evitando que ambas as posições sejam aprioristicamente identificadas a primeira com um ativismo incontrolável e a segunda com uma democratização desenfreada que queira suprimir os direitos fundamentais já constitucionalizados, mas se tornem mutáveis e autocríticas⁴⁹³.

Deve existir um compromisso político (e as cortes constitucionais assim podem atuar) com posições hermenêuticas concretas e históricas que percebam a necessidade de conservar certas estruturas e modificar outras, a bem do interesse público e tendo em vista o horizonte e o sentido histórico da concretização normativa.

Vontade e responsabilidade política de modificar estruturas de poder dominantes e espoliadoras, e discussão incessante da estruturação hermenêutica constitucional e de procedimentos discursivos, participativos e democráticos de estruturação do processo constitucional, são balizas de atuação e meios de aprimoramento da legitimidade da jurisdição constitucional.

492 STRECK, op. cit., p. 165.

493 DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 449.

3.3. A CONSTRUCTION COMO MÉTODO HERMENÊUTICO APLICÁVEL À JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

As correntes de hermenêutica da Constituição operam, em geral, por dois modelos: 1- O procedimentalista-democrático, na matriz pós-positivista geralmente alinhado com a ideia kelseniana e habermasiana de uma normatividade constitucional construída dentro da positividade e através de uma racionalidade processual ou de uma democratização processual progressiva e, 2- O substancialista, com a preocupação premente de reconstruir a norma sob a concretização de valores constitucionais. Os substancialistas indicam mais simpatia, em geral, pela apreensão ou intuição de um direito comunitário associado aos valores consagrados constitucionalmente.

Em Rudolf Smend⁴⁹⁴ e “sua concepção de ordem concreta de valores” está a matriz justificativa dessa visão substancialista quanto à herança das ideias de um juiz hermeneuta, de uma norma constitucional carregada de valores e de uma ordem de valores a ser desenvolvida *in concreto* pelo juiz.

Adentrando na tradição do constitucionalismo estadunidense, observa-se que desde a fixação da competência da jurisdição em rever atos do poder Executivo no *case Marbury v. Madison*, que o *judicial review*, o poder de revisão de atos administrativos e legais pelo judiciário foi-se assentando na ordem jurídica norte-americana.

Com base nesse poder de reavaliação, concretização e interpretação constitucionais, a Suprema Corte, tanto em controle difuso como concentrado, atuou no sentido de estender direitos fundamentais a determinados grupos e de concretizar direitos sociais universais, como também em momentos considerados politicamente mais conservadores, analisando como base em um viés socialmente progressista, restringiu direitos em casos concretos, tal como o *leading case Dred Scott* de 1857 (seção 2.2).

494 Cf. CRUZ, Luis M. *La Constitución como orden de valores. Problemas jurídicos e políticos*. Granada: Comares, 2005, p.61.

Procedimentalistas como John Hart Ely⁴⁹⁵ apregoam que mediante uma teoria da democratização da interpretação constitucional, pode haver uma consideração dos valores jurídicos insertos na Constituição, como fez a “Corte Warren” nos EUA na década de 60 do século XX.

Por isso Ely⁴⁹⁶ não considera a Suprema Corte “ativista” no período da presidência de Earl Warren, mas democrática, porque ouviu os reclamos sociais e tendeu a ser procedimentalista, funcionou como árbitra dos conflitos provenientes da representação política a fim de proteger os direitos das minorias⁴⁹⁷.

Como assevera Ackerman⁴⁹⁸, o dilema sobre o originalismo (axiológico-substancialista) e o criacionismo (interpretativista), correntes dominantes dentro da visão ‘substancialista’ da jurisdição constitucional, implica na pergunta: valores constitucionais são redescobertos (a partir de um cabedal axiológico objetivo e implícito na Constituição) ou criados (com base em procedimentos construtivos e democrático-participativos)?

Na verdade, o ativismo na Suprema Corte parece transcender o “substancialismo” constitucional e aproximar-se de uma jurisdição democrática, pois correspondeu a iminente exigência de concretização de políticas públicas, o povo se mobilizou e debateu o momento político e econômico da crise de 1929 e apoiou o *New Deal*⁴⁹⁹, o que implicou transformações nas interpretações conservadoras e liberais econômicas da Constituição pela Suprema Corte, ainda que o presidente Roosevelt tivesse que ameaçar até cassar juízes intransigentes para modificarem suas visões interpretativas conservadoras⁵⁰⁰.

495 ELY, John Hart. *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*. Cambridge: Harvard University Press, 2002, p.73.

496 ELY, op. cit., p.73.

497 ELY, op. cit., p.135.

498 ACKERMAN, Bruce. *Nós, o povo soberano. Fundamentos do Direito Constitucional*. Tradução de Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p.345.

499 ACKERMAN, op. cit., p. 384.

500 GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Direito comparado. Introdução ao direito constitucional norte-americano*. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1515, 25 ago. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10282>>. Acesso 02 de Dezembro de 2008.

Claro que posições controversas podem advir da Suprema Corte, como no *case Bush v. Gore*, que gerou o protesto de 700 professores de direito no país⁵⁰¹. Isso indica que, segundo os ativistas o judiciário deve ser substancial e não simplesmente procedimental, pois ele pode manter o *judicial review* devido exatamente à sua função incitadora de pluralismo democrático e de resolver conflitos políticos, e não de compromissos com ideologias políticas.

Segundo Leal⁵⁰², o ‘substancialista’ Lawrence Tribe considera improvável a institucionalização de processos de decisão democratizados na jurisdição constitucional sem que haja referência a valores objetivos. Tribe defende um ativismo com base na identificação de valores objetivos na Constituição, e diz que quem considera, como Ely, que a Constituição prevê apenas procedimentos e não substância, não está em seu juízo perfeito⁵⁰³.

O fato é que os defensores do *judicial review* e de uma jurisdição procedimentalista, geralmente ‘novos republicanos’ como Frank Michelman, Cass Sustein e Philip Petit, em oposição aos liberais, separam direito e política e encaram o tribunal constitucional com a função de proteger a democracia deliberativa⁵⁰⁴.

Habermas⁵⁰⁵ assevera que Sustein adere ainda a uma busca de reconstrução política do consenso sobre os valores constitucionais na era do ‘Estado regulatório’, e que Michelman trabalha com a ideia de um judiciário procedimentalista, mas ao mesmo tempo construtivo de

501 WEST, Robin L. *Re-imagining Justice: Progressive Interpretations of Formal Equality, Rights of Rule of Law*. Burlington: Ashgate Publish Company, 2003, p.14.

502 Cf. LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Jurisdição Constitucional Aberta: Reflexões sobre a legitimidade e os limites da Jurisdição Constitucional na Ordem Democrática*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p.183.

503 *Apud* LEAL, op. cit., p.183.

504 SILVA, Carlos Bruno Ferreira da. *Jurisdição Constitucional procedimentalista*. Disponível em: http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/artigos/edicao005/carlos_silva.htm. Acesso: 31 de outubro de 2008.

505 HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, vol. 2, p.312.

valores implícitos na sociedade prosseguindo a tradição republicana de civismo participativo, mas de valores conservadores⁵⁰⁶.

Cass Sustein⁵⁰⁷ em artigo que analisa a posição de Mangabeira Unger acerca da democracia deliberativa e o poder das minorias assevera que:

Institutional arrangements that can be taken for granted help to facilitate democracy; they need not undermine it. The task for the future is not to ensure that everything is constantly up for grabs, but to design mechanisms to limit factional power and self-interested representation, to facilitate deliberative approaches to democracy, and to promote participation in government in an era in which the traditional constitutional goal of “limited government” has lost some of its appeal.

Dialogando com a experiência estadunidense da construção de direitos, pode-se dizer que no construtivismo brasileiro já se faz presente como se observa em decisões recentes do STF a exemplo da ADPF n. 54, o que implica uma mudança de paradigmas de concretização de direitos fundamentais superadora, por um lado, das pressões políticas que não juridicizam o debate, e do positivismo epistemológico por outro, que não renova a metodologia hermenêutica de concretização dos direitos fundamentais.

Assim, imprescindível uma mudança na postura do judiciário constitucional brasileiro, que enquanto depositário formal da função judicativa e dentro de sua competência constitucional de efetivador

506 HABERMAS, op. cit., p.338.

507 SUSTEIN, Cass. *Routine and Revolution*. Northwestern University Law Review, n. 81, v. 869, p.1-24, 1987. Tradução livre: “Arranjos institucionais podem ser tomados para que a ajuda concedida facilite a democracia; não precisam miná-la. A tarefa para o futuro não é assegurar-se de que tudo seja constantemente posto para ser ‘agarrado’, mas projetar mecanismos de limitar o poder factual e a representação interesseira, facilitar aproximações deliberativas à democracia, e promover a participação no governo em uma época em que o objetivo constitucional tradicional era o “government” limitado; isso perdeu algo de seu apelo”.

dos direitos, pela interpretação 'oficial' da norma legal, deve alargar sua esfera de democratização na construção da decisão judicial e na condução do processo em geral, mormente no caso da matéria constitucional, já que há uma debilidade da cidadania ativa como autotuteladora da efetividade constitucional.

Faz-se necessária a presença de um judiciário constitucional que atue tanto no controle difuso como no concentrado de maneira a salvaguardar as garantias fundamentais e democráticas do cidadão ainda reféns da miséria, da ignorância e da falta de consciência para o exercício da cidadania, o que implica preconizar um judiciário concretista, atuante na construção de direitos fundamentais a partir de uma visão hermenêutica 'progressista' sobre o texto constitucional, que não se reduz à literalidade de sua redação nem esgota a possibilidade de interpretação dos direitos fundamentais dentro do *numerus clausus* explicitado no texto da Norma Ápice. Como diz Tribe⁵⁰⁸, os direitos fundamentais não se esgotam nos explicitamente elencados na Constituição.

A atividade judicial em geral e a jurisdição constitucional atuam como defesa e concretização dos direitos fundamentais, inclusive os das minorias, em sua senda de efetividade das conquistas de liberdade e da existência oriundas das transformações sociais, o que implica na efetivação de tais direitos pelo ativismo (construção de direitos).

Existe um mecanismo metodológico da jurisdição constitucional que deve ser posto em voga: nos casos constitucionais postos a lume perante a corte constitucional existem questões técnicas, filosóficas, técnico-jurídicas, e principalmente morais como observa Dworkin⁵⁰⁹, que não podem simplesmente ser colocadas diretamente a uma solução democrática, pois remontam ao fato de que sua complexidade exige exatamente o processo como instância qualificada do debate processual, onde não conta somente a participação processual de interessados e *amicus curiae*, mas a integridade técnica e hermenêutica

508 TRIBE, Lawrence. *Hermenêutica Constitucional*. Tradução de Amarílis de Souza Birchal. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p.73.

509 DWORKIN, op. cit., p.155.

no trato da matéria constitucional, com a participação de técnicos e peritos que se debruçam sobre a causa.

O fato da estrutura complexa e técnica de determinadas matérias de direito não desqualifica o princípio democrático aplicado ao processo, mas, pelo contrário, elucida a participação dos interessados na lide e circunscreve a demanda dentro de padrões racionais e procedimentais de análise, eivando o processo judicial de uma racionalidade procedimental que também é um ganho em termos de segurança para a própria democracia, mormente o princípio da fundamentação da decisão com razões plausíveis, o que implica também tecnicidade na discussão da lide – o equilíbrio entre tecnicidade e democratização deve ser buscado dentro do princípio da proporcionalidade.

Filosoficamente cogitando, a hermenêutica jurídica não se reduz a uma hermenêutica participativa, democratizante, e a moralidade política não é construída somente na base procedimentalista democrática.

Existem questões morais (axiológicas) enquanto normas racionais e práticas sociais que antecedem o processo judicial (“mundo da vida”)⁵¹⁰, razão que por si legitima a existência de uma jurisdição constitucional como foro de discussão das matérias que envolvem preferências de valor, em sua faceta procedimental-democratizante por um lado (modelo da jurisdição constitucional procedimentalista) e técnico-procedimental por outro (modelo da jurisdição constitucional substancialista).

A moralidade política que informa a discussão das matérias constitucionais deve ser tratada dentro da processualização judicial como quer Habermas⁵¹¹, mas a racionalidade jurídica não deve reduzir a si ou minimizar os conteúdos culturais, mas criticá-los

510 HABERMAS, Jürgen. *O Discurso Filosófico da Modernidade*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 452.

511 HABERMAS, Jürgen. In: MAIA, Antônio Cavalcanti. *Jürgen Habermas: Filósofo do Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.87.

e reconsiderá-los de um ponto de vista científico-objetivo, crítico-racional⁵¹² e hermenêutico-construtivo da norma⁵¹³.

Outro fator para a análise da atividade da jurisdição constitucional é a demanda constitucional por sua própria natureza, onde os direitos fundamentais em jogo e sua interpretação com base em princípios constitucionais refletem valores os mais complexos socialmente.

Os valores constitucionais devem ser analisados de modo a se perceber o seu possível choque entre si e realizar-se a regulação com base em critérios metodológicos, como os propostos por Alexy, Muller, Canotilho, ou com base no método hermenêutico da *construction* como estudado na presente obra, enfim, com base não apenas no processo público democratizado, mas em formas metódicas estruturantes e concretizadoras da normatividade constitucional que tratam do aspecto técnico da demanda.

A complexidade da demanda, como reflexo da complexificação das relações sociais na pós-modernidade e o processo judicial democrático e aberto à crítica dos cidadãos se exigem mutuamente: uma solução de compromisso entre ambos é a chave da renovação da jurisdição constitucional. A razão de ser do processo é o tratamento racional da demanda, expondo a complexidade à baila das exigências democráticas de construção participativa do procedimento e à força da análise técnica acerca da matéria.

O fato, assim, é que o Supremo Tribunal Federal vem demonstrando em algumas decisões conjugar ambas as facetas – a democrática e a técnica, em alguns nos casos complexos postos sob sua análise nos últimos tempos.

No caso da ADIn n. 3510⁵¹⁴ a larga presença de *amicis curiae* tanto em favor Presidente da República e do Congresso Nacional, como

512 POPPER, Karl. *A Sociedade Aberta e seus inimigos*. Tradução de Milton Amado. Belo Horizonte: Itatiaia, 1987, vol.2, p. 404.

513 GADAMER, Hans Georg. *Verdade e Método*. Tradução de Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2004, vol. 2, p.464.

514 Disponível em: <http://www.stf.gov.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=3510&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso: 03 de julho de 2008.

em favor do Ministério Público Federal (autor da ADIn), implicou na presença de partes que elevaram a discussão a um patamar ético-filosófico-científico e democratizaram o processo que tratava de tema controverso, qual seja a utilização de células-tronco em pesquisas biológicas.

O fato é que na ADIn 3510 houve também a utilização da audiência pública para a discussão de pontos de vista sobre matérias controversas, como o início da vida e o próprio conceito e significação ético-filosófica da vida humana, o que mostra que nos casos constitucionais a matéria não se restringe a técnica processual, mas a conotações filosóficas, morais, políticas, enfim, que repercutirão em toda a sociedade, inclusive historicamente, direcionando-a em novos rumos e renovando estruturas sociais retrógradas.

Outro caso paradigmático de incidência do instituto processual do *amicus curiae* no processo civil pátrio é o da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 54, interposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde, com o fim de obter interpretação conforme a Constituição (art.1º, III; art.5º, II; art. 6º, *caput* e art. 196) dos arts. 124, 126 e 128, I e II do Código Penal⁵¹⁵, o que implicaria no reconhecimento da constitucionalidade da interrupção da gravidez em que haja anemcefalia fetal diagnosticada, o que não seria aborto, portanto, tratar-se-ia de respeito à dignidade materna e não ilicitude penal.

Nesse segundo caso em comento, o STF foi mais cauteloso em conceder a intervenção de *amicus curiae*, negando-a em diversos momentos processuais, mas realizou uma interpretação construtiva da incidência dos artigos art. 1º, IV; art. 5º, II; art. 6º, *caput* e art. 196 da Constituição Federal, concedeu-se liminar para a autorização da retirada do feto (depois cassada).

Decidiu-se que o direito à vida da mãe e o direito a dignidade do feto (que deve nascer somente quando houver viabilidade) superou

515 Disponível em: <http://www.stf.gov.br/portal/geral/verPdfPaginado.aPdescricao54>. Acesso: 03 de julho de 2008.

a interpretação restritiva dos artigos do Código Penal que permitem aborto somente em caso de estupro e risco de vida materna.

Essa interpretação construiu um espaço de juridicidade até então deixado em aberto, que é a possibilidade de ampliação da autorização de cirurgias autorizadas de interrupção de gravidezes inviáveis ou de risco tanto para a progenitora como para o feto, e que constitui grave problema de saúde pública no Brasil.

O espaço público numa democracia deve ser a instância crítica das mazelas sociais, através da juridicização das demandas políticas pelo cidadão ativo que deve participar do processo como co-construtor da decisão judicial e como utilizador do instrumental processual posto a disposição na legislação em prol da defesa de direitos fundamentais.

As questões políticas nas democracias contemporâneas das sociedades pós-metafísicas e multiculturais devem ser tratadas como questões de direito (envolvendo uma pretensão de justiça, judicialização da política), como quer Dworkin⁵¹⁶ e não como matéria de lutas políticas que muitas vezes resvalam na radicalização dos valores e incitam discriminação e pressão por decisões conservadoras, como se observa no recrudescimento da direita norte-americana⁵¹⁷.

Pode-se dizer que a *construction* vem sendo aplicada no direito constitucional brasileiro por um ativismo judicial que começa a responder aos anseios sociais de mutação de valores que se reflete exatamente na estrutura normativa constitucional, que incita o STF a observar os anseios políticos e refletí-los na interpretação constitucional.

Não pode haver é a politização do judiciário, prática, aliás, que macula a história da justiça brasileira com a interferência no sistema político no sistema jurídico, pois nas origens do judiciário brasileiro as nomeações de apadrinhados políticos, a interferência do poder nas

516 DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p.103.

517 SANDEL, Michel. *O Liberalismo e os limites da justiça*. Tradução de Carlos E. Pacheco do Amaral. Lisboa: Fundação Calouste-Gulbenkian, 2005, p.281-282.

decisões⁵¹⁸, corrompendo a lisura e impessoalidade do julgador são uma pecha negativa do qual o sistema jurídico ainda na atualidade luta para se purificar.

O fato dos rituais e mitos políticos manipularem o sistema jurídico é problema estrutural que Neves⁵¹⁹ aponta como interferência do microsistema político-eleitoral no microsistema jurídico, e que deve ser combatida. Para resolver o problema apontado por Niklas Luhmann⁵²⁰ e os adeptos da 'teoria dos sistemas' da legitimidade das decisões judiciais nas sociedades hipercomplexas, descentradas e multiculturais, a interpretação constitucional deve juridicizar a política.

A *construction* aplicada na jurisdição constitucional brasileira é uma maneira de se realizar esse intento, o estudo das decisões mostra a complemetaridade da construção da interpretação sobre a mera literalidade e a normatividade semântica e tradicionalmente consolidada, indicando novos sentidos e sínteses da norma constitucional em seu contexto de aplicabilidade.

Compatível com a realidade brasileira é a construção de sentidos de aplicabilidade da norma constitucional, através do estudo da sentença aditiva que: 'Em vez de aportar-se na drástica eliminação da norma jurídica, esta é mantida com o adicionamento ao seu conteúdo de uma regulação que faltava para lastrear a concordância daquela com a Constituição'⁵²¹.

Segundo Edilson Nobre, pelos seguintes métodos hermenêuticos as sentenças aditivas são construídas: como a interpretação conforme a Constituição, que pode congrega elementos extra-normativos por via declaratória a fim de integrar a norma interpretada à Norma

518 KOERNER, Andrei. *Judiciário e Cidadania na Constituição da República Brasileira*. São Paulo: Hucitec/USP, 1998, p. 181.

519 NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização Simbólica*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007, p.29.

520 LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Tradução de Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: Edunb, 1980, p.35.

521 NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. *Sentenças aditivas e o mito do legislador negativo*. Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 43, n.170, p.111-141, abr./jun. 2006, p.121.

Ápice, o que apregoa com apoio em Garcia de Enterría⁵²²; o tribunal reconhece a existência de uma omissão parcial na norma interpretada, declarando-a inconstitucional e com apoio na doutrina italiana de Bin e Pitruzzella, substitui uma locução linguística por outra, construindo uma decisão que dessa forma torna-se constitucional⁵²³; Cerri considera que à sentença aditiva deve somar-se a sentença substitutiva, que cria uma decisão que estende ou norma ou princípio que pré-existe⁵²⁴.

Nobre⁵²⁵ cita decisão a sentença 103, 22.11.1983, da magistratura do trabalho de Madri, na qual o referido pretório estendeu o alcance do princípio da igualdade a um viúvo que requereu benefício previdenciário, restringindo eficácia da norma que exigia requisito inconstitucional concedendo o direito ao requerente, numa sentença aditiva.

Nobre clarifica os limites à sentença aditiva: o juiz não cria livremente a norma, mas limita-a pelos princípios constitucionais⁵²⁶; segundo Cappelletti, os juízes possuem a função criadora para a proteção eficaz dos direitos, e a divisão dos poderes não pode ser considerada dogmática⁵²⁷.

Nesse diapasão, a *construction* pode ser associada à técnica da sentença aditiva e configurar-se como fornecedora de um conjunto de elementos desenvolvidos na experiência constitucional norte-americana (ponderação de interesses, eleição de interesses superiores de minorias a fim de serem protegidos pela corte constitucional) como instrumento do controle de constitucionalidade para criar normas e direitos especificadores das garantias e princípios constitucionais.

522 NOBRE, op. cit., p.121.

523 NOBRE, op. cit., p.122.

524 NOBRE, op. cit., p.122.

525 NOBRE, op. cit., p.123.

526 NOBRE, op. cit., p.124.

527 NOBRE, op. cit., p.125.

4

**ATIVISMO JUDICIAL
E A *CONSTRUCTION*
NA JURISDIÇÃO
CONSTITUCIONAL
BRASILEIRA**



O método de concretização dos direitos fundamentais na jurisdição constitucional pátria vem sendo fixado com base em critérios hermenêuticos tradicionais, envolvendo a interpretação sistemática, lógico-literal, teleológica e sócio-histórica, enveredando pela senda traçada nos moldes da “jurisprudência dos conceitos” ou no máximo na “jurisprudência dos valores” com um manejo não concretista de direitos⁵²⁸.

A transformação neoconstitucionalista impôs-se no Brasil a partir da renovação da atividade hermenêutica oriunda do manejo interpretativo da Constituição de 1988, implicando um direcionamento em prol do publicismo, com os direitos fundamentais e direitos sociais assumindo, pelo menos no discurso jurídico, o caráter dominante.

Mesmo existindo uma predominância do constitucionalismo e publicismo no discurso teórico da doutrina, a jurisprudência da jurisdição constitucional não vem conseguindo encontrar métodos de concretização de direitos fundamentais principalmente em campos como o social, como aponta Krell⁵²⁹.

Esse problema de concretização, passa por como o judiciário constitucional que realize uma metodologia que priorize uma base de operação sobre as esferas pública e social em referência aos direitos fundamentais.

Esse escopo da metodologia hermenêutica constitucional, dentro das propostas atuais de trabalho sobre os direitos fundamentais, metódica estruturante de Muller, interpretação de cunho ponderador de direitos fundamentais de Alexy, dentre outras, são utilizadas pelo judiciário constitucional brasileiro, e podem ser aprimoradas por outros métodos de justificação e estruturação da decisão judicial.

Partindo dessa necessidade de combinação de métodos de hermenêutica constitucional para um aprimoramento da concretização

528 Cf. AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Crítica à Dogmática e Hermenêutica Jurídica*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2000, p. 35.

529 KRELL, Andreas. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha – Os (des) caminhos de um direito comparado*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002, p.54.

de direitos fundamentais, é que se pode dizer com Coelho que deve existir uma hermenêutica estrutural da Constituição⁵³⁰.

Uma hermenêutica estrutural⁵³¹ significa uma interpretação que se faça levando em conta a mutação do sistema constitucional precisamente em relação aos valores que o embasam criando direitos quando necessário para atender novas demandas sociais, como afirma Bulos⁵³².

O que caracteriza a hermenêutica judicial atuante sobre a CRFB é a não capacidade de identificação e absorção desses valores no processo hermenêutico dos direitos fundamentais. O ativismo em nível de controle de constitucionalidade praticado vem sendo uma interpretação carente de embasamento metodológico, posto que ainda preso ao individualismo e ao positivismo jurídicos e não ao publicismo e a priorização do social.

O método hermenêutico da *construction* pode ser contributo para o controle de constitucionalidade como efetivador de direitos fundamentais pela jurisdição constitucional, pois o importante, como disse Muller⁵³³, é a metódica constitucional conceder uma abordagem linguístico-estruturante de operacionalização dos termos linguísticos e extra-linguísticos com o fito de concretização das normas constitucionais.

A *construction* trabalha operacionalizando conceitos políticos e axiológicos enquanto elementos extra-normativos dando-lhes um tratamento hermenêutico e linguístico, como se observou pela análise da jurisdição constitucional estadunidense na seção 2.4.

A *construction* como método hermenêutico é estrutural porque prioriza valores no processo de interpretação constitucional, e dentre estes especificamente os valores políticos, como se observa

530 COELHO, Inocêncio Mártires et al. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p.98-99.

531 COELHO, op. cit., p.98.

532 BULOS, op. cit., p.98.

533 MULLER, Friedrich. *Métodos de Trabalho do Direito Constitucional*. Tradução de Peter Naumann. 3.ed. São Paulo: Renovar, 2005, p.105.

na jurisprudência constitucional norte-americana e nas técnicas de construção de direitos fundamentais expostas nas seções 2.2 e 2.3.

O processo estruturante-linguístico de criar de direitos pela construção judicial consiste, em verdade, em exteriorizar sentidos das normas e princípios constitucionais até então não desvelados, criando direitos até mesmo não explícitos numa primeira leitura da textualidade constitucional, ou ainda alargar aplicabilidades de direitos até então não realizadas.

Essa construção não se realiza exatamente porque se omite a consideração aos valores políticos no processo de interpretação, realizando apenas uma leitura formalista ou lógico-sistemática e não político-axiológica do texto constitucional.

O embasamento normativo e abertura hermenêutica para a *construction* no controle de constitucionalidade brasileiro pode ser encontrada pelo manuseio da “cláusula de abertura” prevista no parágrafo segundo do artigo 5º da CRFB, onde se normatiza que os direitos fundamentais podem ser também os decorrentes do sistema jurídico como um todo, o que remete necessariamente para um aprimoramento da hermenêutica constitucional, ao que se propõe contribuir a presente obra.

Há direitos não explícitos que refletem os princípios gerais do sistema⁵³⁴ previstos no organismo constitucional, admitindo-se uma interpretação orgânica (sistêmica) da Constituição possibilitadora de tal nuance, sendo legítimo o processo criativo captador de valores sociais em mutação, como diz Coelho⁵³⁵ :

a interpretação criadora é uma atividade legítima, que o juiz desempenha naturalmente no curso do processo de aplicação do direito, e não um procedimento espúrio, que deva ser coibido porque supostamente situado à margem da lei (..)

534 Nesse sentido HABERMAS, Jurgen. *A crise de legitimação no capitalismo tardio*. Tradução de Vamireh Chacon. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002, p. 113, ao afirmar que princípios servem de meio de produção para outras normas.

535 COELHO, op. cit., p.97.

toda norma só vigora, efetivamente, na interpretação concretizadora que lhe atribui o aplicador legitimado a dizer o direito.

Especificamente no Brasil a mutação dos valores implica em tomadas de posicionamentos distintos de enquadramentos conservadores ou estáveis. Fatores os mais diversos tais como a mídia, o crescimento educacional, econômico etc., como observa Araújo⁵³⁶, influem na análise de dados estatísticos sociológicos sobre opções axiológicas da população brasileira.

Uma hermenêutica das mutações axiológicas que baseiam os direitos fundamentais passa necessariamente por uma postura interpretativa que se vincule ao aspecto político e social de modo concreto. Daí porque a metodologia da *construction* judicial pode ser um método hermenêutico constitucional que trabalhe operacionalizando as concepções políticas relacionadas aos direitos fundamentais.

A hermenêutica constitucional deve perceber e tentar superar a carência de sentido verdadeiramente axiológico-político do processo de discussão, formação e aplicação das normas constitucionais que abrigam os direitos fundamentais.

Se os direitos e princípios circunscritos nos artigos 5º e 6º da CRFB devem ser concretizados em conexão aos valores políticos dominantes socialmente.

A questão contextual e linguística de interpretação dos direitos fundamentais passa pelo considerar a norma constitucional a partir de condições mutáveis previstas na própria Constituição, uma verdadeira mutação difusa da norma constitucional, pois a Constituição é um sistema orgânico direcionado por valores social e politicamente significativos, que refletem a “consciência de um povo”, afirma Bulos⁵³⁷.

A necessária interpretação dos direitos fundamentais como normas permeadas de valores deixa a cargo do juiz a função de

536 ARAÚJO, Caetano Ernesto Pereira de (org.) *Política e Valores*. Brasília: Edunb, 2000, p.58.

537 BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997, p.72.

visualizar e de encontrar o sentido atualizador da expressão de valores jurídicos relacionados às normas de direitos fundamentais.

A jurisdição constitucional deve atuar num sentido de afeiçoamento às mudanças de axiológicas na sociedade e procurar congrega esses valores no processo de interpretação e construção dos direitos decorrentes dos princípios abrigados na CRFB.

O método hermenêutico da *construction* constitucional foi gestado na doutrina e na jurisprudência estadunidense, mas não se trata de importá-lo e simplesmente e aplicá-lo sem as devidas cautelas e conotações específicas para o contexto brasileiro, pois as peculiaridades da jurisdição constitucional pátria devem ser levadas em consideração de modo específico a concretizar os valores dominantes em seu contexto histórico e adotar padrões hermenêuticos condizentes com o controle de constitucionalidade brasileiro.

A estrutura da norma de direito fundamental há de ser entendida como passível de concretização por um processo hermenêutico de vinculação com o contexto sociopolítico atualizador da incidência normativa, e a jurisdição constitucional detém tarefa primordial nessa atualização de conteúdo dos direitos fundamentais, como ensina Enterría⁵³⁸.

A tarefa de adaptação do método da *construction* ancora-se necessariamente na possibilidade de inserção na jurisdição constitucional concentrada e difusa do referido método. Não pode a construção de direitos ser privilégio dos tribunais superiores.

A democratização da interpretação constitucional tem a ganhar quando tanto o juiz monocrático em sede de controle difuso quanto o juiz das instâncias superiores nos controles difuso e concentrado, constroem normas jurídicas necessárias para atualizar o ordenamento jurídico a fim de defender os valores políticos que possam servir para direcionar uma hermenêutica concretizadora dos direitos fundamentais.

538 ENTERRÍA, Eduardo García de. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1981, p.24.

A hermenêutica constitucional deve voltar-se aos valores políticos, jurídicos e culturais que embasam a interpretação dos direitos e garantias fundamentais na esfera da concretização.

O papel da interpretação política da Constituição é fazer a síntese dos valores dominantes no contexto social, pois a primordialidade dos anseios sociais dá-se na referência política (relevância dos projetos públicos de busca do bem comum) que eles assumem.

Admite-se que a formação da jurisprudência e a relação da Suprema Corte com a estrutura política norte-americana é diferente da relação entre política e jurisdição no Brasil, necessário se faz analisar a adaptação da interpretação política que a construção de direitos deve receber no âmbito da jurisdição constitucional brasileira.

Brutau⁵³⁹ teoriza acerca da função criadora de direitos pelos pretórios constitucionais e a construção de direitos fundamentais a partir da interpretação orgânica da norma constitucional pelo ativismo judicial (modelo substancialista de jurisdição constitucional).

Partindo do fato de que o trabalho com valores políticos é um dado estrutural da hermenêutica da Constituição é possível dizer que o STF já faz construção de direitos no âmbito do controle de constitucionalidade brasileiro.

O fato é que o poder normativo do STF, por exemplo, vem sendo ressaltado pela doutrina constitucional brasileira⁵⁴⁰ ao afirmar que é dever do Estado-juiz atuar onde o Estado-Legislador ou o Estado-Administrador falham, pois não se admite a inanição da norma constitucional onde deva haver uma extensão de seus efeitos, inclusive para dar resposta aos reclamos imediatos da sociedade e suprir lacunas da lei. Isso implica numa adesão a um modelo substancialista de interpretação constitucional, como visto na seção 3.2.

Na doutrina brasileira a jurisprudência é fonte de direito, inclusive fonte supletiva face à ausência ou insuficiência do direito

539 BRUTAU, José Puig. *La jurisprudencia como fuente del derecho – interpretacion creadora e arbitrio judicial*. Barcelona: Bosch, s. d, p.164.

540 COSTA, Luiz Antônio Severo da. *O poder normativo do Supremo Tribunal Federal*. Revista Forense, Rio de Janeiro, n. 266, p.91-97, set. 1979.

normatizado, doutrina assentada há muito nos tribunais pátrios, inclusive sob inspiração da Suprema Corte estadunidense possuindo, assim como aquele tribunal constitucional alienígena, a função de garantir os direitos fundamentais, tomando isso como “missão política”, assevera Teodoro Júnior⁵⁴¹.

A defesa histórica por Rui Barbosa do *habeas corpus* ante o contexto emanado da Constituição de 1891 e sua limitação normativa foi historicamente um dos primeiros momentos de construtivismo judiciário no âmbito do controle concentrado perante o STF no Brasil, afirma Bulos⁵⁴².

A jurisdição constitucional brasileira caracterizou-se pelo elitismo desde sua formação nos primeiros governos da “República Velha” nos fins do séc. XIX⁵⁴³, que selecionavam juízes constitucionais dentre antigos membros das cortes judiciais do Império e apadrinhados políticos das elites de então.

Apesar do elitismo e do comprometimento ideológico histórico com grupos dominantes, o que se reverteu na atualidade pela adoção do concurso público probo para a magistratura, mormente com o impulso moralizador da magistratura desencadeado pela Constituição de 1988 (artigo 37, *caput*, da CRFB), o ativismo judicial ocorreu no judiciário nacional em diversos momentos de sua história, como observa Gueiros⁵⁴⁴.

541 TEODORO JÚNIOR, Humberto. *A missão política do Poder Judiciário*. Revista Forense, Rio de Janeiro, n. 266, set., p.363-368, 1979.

542 BULOS, op. cit., p.102.

543 BALEEIRO, Aliomar. *O Supremo Tribunal Federal*. Revista Brasileira de Estudos Políticos (UFMG), Belo Horizonte, n. 34, p.9-39, jul., 1972. Cf. KOERNER, Andrei. *Judiciário e Cidadania na Constituição da República Brasileira*. São Paulo: Hucitec/USP, 1998, p. 180 ss.

544 LEITE, Evandro Gueiros. *Ativismo Judicial*. Disponível em: bdjur.stj.gov.br. Acesso: 20 de Dezembro de 2008: ‘O antigo Tribunal Federal de Recursos (TFR) opôs-se, em votos isolados e também por decisões cheias, ao monopólio postal, à censura prévia, à prisão administrativa, à assistência médica previdenciária gratuita. Foi favorável à previdência rural, à defesa, em inquérito judicial, do trabalhador estável optante pelo FGTS sob ameaça de rescisão contratual ao nuto administrativo, à irredutibilidade dos vencimentos da magistratura devido à inflação, à manutenção da pensão previdenciária da viúva que se recusa. Neste último caso, a decisão do TFR deu lugar a projeto de reformulação legislativa do art. 39, b, da Lei n° 3.807/60. Esse texto

Percebe-se que no âmbito do Supremo Tribunal Federal, aplica-se a *construction* explicitamente a partir de decisões como a da Ministra Carmem Lúcia Antunes Rocha no *Habeas Corpus* 89417/RONDÔNIA, de 22.08.2006, que enquanto relatora fundamentou seu voto vencedor na doutrina estadunidense da *construction*⁵⁴⁵, proferida em controle difuso, como exemplo de aplicação das interpretações finalística, sistemática

fomentava o concubinato, contrariamente à Constituição (“a família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos” - CF/67-69, art. 175). O projeto de lei foi do Deputado Francisco Dias e tomou o n° 3.057/84. O Supremo Tribunal Federal (STF) recomenda-se como Corte ativista ao decidir os casos de ingresso de mercadorias, ou bens pessoais, no País, sem licença prévia, que os Juízes vinham permitindo com apoio no art. 142 da Constituição de 1946. A luta conjunta da Procuradoria Geral da República contra essas importações possibilitou, a médio prazo, a implantação da indústria automobilística nacional’.

545 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Jurisprudência. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso : 10 de Dezembro de 2008:

EMENTA: HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. PRISÃO DECRETADA EM AÇÃO PENAL POR MINISTRA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. DEPUTADO ESTADUAL. ALEGAÇÃO DE INCOMPETÊNCIA DA AUTORIDADE COATORA E NULIDADE DA PRISÃO EM RAZÃO DE NÃO TER SIDO OBSERVADA A IMUNIDADE PREVISTA NO § 3º DO ART. 53 C/C PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 27, § 1º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. COMUNICAÇÃO DA PRISÃO À ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO. SITUAÇÃO EXCEPCIONAL. INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO À ESPÉCIE DA NORMA CONSTITUCIONAL DO ART. 53, § 2º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. 1. A atração do caso ao Superior Tribunal de Justiça Tribunal é perfeitamente explicada e adequadamente fundamentada pela autoridade coatora em razão da presença de um Desembargador e de um Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado nos fatos investigados na ação penal, todos interligados entre si, subjetiva e objetivamente. Conexão entre os inquéritos que tramitaram perante o Superior Tribunal de Justiça, que exerce a vis atractiva. Não configuração de afronta ao princípio do juiz natural. Decisão em perfeita consonância com a jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal. Súmula 704. 2. Os elementos contidos nos autos impõem interpretação que considere mais que a regra proibitiva da prisão de parlamentar, isoladamente, como previsto no art. 53, § 2º, da Constituição da República. Há de se buscar interpretação que conduza à aplicação efetiva e eficaz do sistema constitucional como um todo. A norma constitucional que cuida da imunidade parlamentar e da proibição de prisão do membro de órgão legislativo não pode ser tomada em sua literalidade, menos ainda como regra isolada do sistema constitucional. Os princípios determinam a interpretação e aplicação corretas da norma, sempre se considerando os fins a que ela se destina. A Assembléia Legislativa do Estado de Rondônia, composta de vinte e quatro deputados, dos quais, vinte e três estão indiciados em diversos inquéritos, afirma situação excepcional e, por isso, não se há de aplicar a regra constitucional do art. 53, § 2º, da Constituição da República, de forma isolada e insujeita aos princípios fundamentais do sistema jurídico vigente. 3. Habeas corpus cuja ordem se denega’.

e construtiva sobre o artigo 53, § 2º, 3º, da CRFB, denegando pedido de *Habeas Corpus* incidental a um processo penal no STJ para deputado estadual que aduziu imunidade parlamentar (art. 53, § 3º c/c parágrafo único do art. 27, § 1º, da CRFB) contra prisão decretada à sua pessoa.

Na decisão do *Habeas Corpus* 89417/RONDÔNIA, empregou-se a ponderação de direitos fundamentais em função do paradigma do valor político da moralidade institucional exigida socialmente e prevista constitucionalmente (artigo 37, *caput*, da CRFB), realizando um controle de constitucionalidade como construção de um âmbito de incidência para o artigo 53, § 2º, 3º da CRFB no caso concreto.

Em sede de interpretação construtiva no âmbito do 1º grau de jurisdição, Bulos⁵⁴⁶ cita a consolidação jurisprudencial acerca da prática do cheque pré-datado ser reconhecido como contrato válido e eficaz entre partes como realização de um sentido aplicador e construtivo dos direitos fundamentais à liberdade de contrato e sua função social.

Observando o ativismo judicial no Brasil, mesmo com as inovações acima detectadas, a metodologia de interpretação das garantias de direitos fundamentais está a desejar uma atualização dos elementos discursivos, políticos e axiológicos próprios à realidade do país.

Em todo caso, concebe-se que é interessante à jurisdição constitucional brasileira procurar um aprimoramento de seus métodos hermenêuticos que concentrar poderes num controle abstrato excessivo, a fim de trabalhar com a realidade sócio-política da mutação constitucional, como asserta Karl Loewenstein⁵⁴⁷:

En la mutación constitucional, por otra lado, se produce una transformación en la realidad de la configuración del poder político, de la estructura social o del equilibrio de intereses, sin que quede

546 BULOS, op. cit. p.103.

547 LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Tradução de Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1964, p. 165.

actualizada dicha transformación en el documento constitucional: el texto de la constitución permanece intacto. Este tipo de mutaciones constitucionales se da em todos los Estados dotados de una constitución escrita y son mucho más frecuentes que las reformas constitucionales formales. Su frecuencia e intensidad es de tal orden que el texto constitucional en vigor será dominado y cubierto por dichas mutaciones sufriendo un considerable alejamiento de la realidad, o puesto fuera de vigor.

O método da *construction* deve ser implementado com fulcro na estruturação de sentido da hermenêutica construtiva (criativa) do sentido do texto constitucional, do aprimoramento da linguagem na construção de direitos do que a metodologia embasada na mera aplicação subsuntiva da norma ao caso concreto, sendo necessária uma avaliação do contexto de incidência da norma, bem como da visão integral da construção como aplicação concretizadora do texto constitucional.

O papel de construção de direitos fundamentais pelo ativismo judicial, principalmente pelo STF quando instigado em sede de controle difuso e concentrado e pelos demais magistrados em controle difuso, pode ser exercido a partir da concepção de jurisdição constitucional tomando-a como espaço de processualização linguística de concepções de direitos fundamentais e como meio de sua tutela, e a visão de mudança de paradigmas como sendo os mesmos direitos com textura linguística 'aberta', com caráter de supralegalidade; direitos fundamentais possuem uma natureza histórica de formação dentro do contexto sócio-político; de construção da norma em função do contexto da adequação às necessidades concretas da pessoa humana.

Os direitos fundamentais concebidos também enquanto princípios normatizadores; enfim, a não compreensão dos direitos fundamentais numa concepção de fechamento, mas de abertura linguística, de tendência à concretização, à aplicação da compreensão

da hermenêutica como produção-compreensão-aplicação integradas e simultâneas⁵⁴⁸.

A *construction* aplicada no Brasil implica esse processo unificado de compreensão-aplicação da norma num sentido integral, em consonância e direcionada por valores políticos.

A metódica estruturante de Muller⁵⁴⁹, assim com a *construction* e a hermenêutica de Gadamer aplicável ao direito por Lênio Streck, preconizam a produção da norma no momento de sua aplicação, pois até então o enunciado textual é previsão normativa, mas não incidência normativa, que só ocorre com a norma de decisão aplicada ao caso concreto. São métodos concretistas de interpretação da norma constitucional.

Assim, se existe um sentido de concreticidade nos direitos fundamentais entendidos como estrutura linguística aberta ao processo hermenêutico integral (produção-cognição-aplicação da norma) como ressalta Gadamer⁵⁵⁰, na atividade de concretização do texto normativo é preciso que se extrapole o mero sentido semântico, e dessa forma venha a construir uma hermenêutica efetivadora das disposições da lei. Diz Gadamer⁵⁵¹:

Não se pode discutir o fato de a interpretação da lei, no sentido jurídico, acabar sendo uma atividade criadora de direito (...) o princípio produtivo, implicado ele próprio na sentença jurídica, isto é, dependente do caso jurídico concreto – não representam apenas problemas metodológicos, mas penetram profundamente e atingem a própria matéria ao direito.

548 STRECK, op. cit., p.203.

549 MULLER, op. cit., p.51.

550 GADAMER, Hans Georg. *Verdade e Método*. Tradução de Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2004, vol. 2, p.464.

551 GADAMER, op. cit., p.464-465.

Deve ficar claro também que a construção de direitos fundamentais implica não só a atividade substancialista da jurisdição constitucional em concretizar os mesmos. Decorre de onde e como se processa essa construção de direitos, o espaço da juridicidade. Isso remete à questão da esfera pública ou da razão pública. O diálogo com John Rawls e Habermas faz-se então fundamental, enquanto teorizadores do espaço de construção dos direitos fundamentais como sendo a razão pública como discurso público perante as instituições sociais (Rawls) ou esfera pública como cruzamento dialético dos discursos e processos de comunicação amplamente existentes na sociedade e no globo (Habermas).

A aplicabilidade dos valores jurídicos e políticos em nível de controle de constitucionalidade está presente na obra de Rawls⁵⁵² quando teoriza sobre a *public reason* (razão pública) instrumentada pelo método da razoabilidade, o que tem clara analogia com a ideia de espaço público como local de construção dos debates da comunidade de comunicação em Habermas como esfera da racionalidade ‘democrática’ contemporânea e sua metodologia argumentativa do agir comunicativo⁵⁵³.

A ideia de razão pública de Rawls preconiza a construção de um método pluralista, liberal político (no sentido de sua teoria, como fundamento das liberdades políticas e jurídicas defendidas e construídas no espaço público de determinada sociedade) e democrático-republicano (como fundamento da igualdade e da liberdade civil de direito privado).

Segundo Rawls⁵⁵⁴, visões ideológicas dominantes invariáveis ou éticas de sentido ‘forte’ são inimigas de uma autêntica construção

552 RAWLS, John. *O liberalismo político*. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 2000, p. 261. Cf. LIMA, N.O. *O Estado de Direito em Kant e Kelsen*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2023, p.180, onde as posições liberais de Kant, Habermas e Rawls são aproximadas como defesa da liberdade crítica e participativa em uma verdadeira “trindade” do pensamento liberal crítico e político.

553 HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, vol. 2, p.45.

554 RAWLS, op. cit., p. 287-288.

de direitos porque prendem o exercício da interpretação a uma visão conservadora da ordem de valores constitucionais, tal como os ‘originalistas’ estadunidenses.

Dentro desses padrões teóricos é que se pode realizar a aferição da constitucionalidade de uma norma pelo tribunal constitucional. Em suma, como coloca Rawls⁵⁵⁵ é a própria corte constitucional a expressão melhor da razão pública e ela mesma produto e função dessa racionalidade procedimental e democrática, dessa razoabilidade como metodologia constitucional.

O fato é que a noção de uma razão pública como instância deliberativa da sociedade e, conseqüentemente, como extensível à racionalidade jurídica e judicial-constitucional, construída dentro de um espaço público (publicizado e publicizante das opiniões), local de confronto das racionalidades subjetivas para erigição da uma razão consensual ‘aberta’ a novas sínteses, somente pode vingar se houver um diálogo entre magistratura e espaço público como desenvolvimento da racionalidade jurídica, o que remete às seguintes lições de Rawls⁵⁵⁶:

é claro que os juizes não podem invocar sua própria moralidade particular, nem os ideais e as virtudes da moralidade em geral. Devem considerá-los irrelevantes. Não podem, igualmente, invocar suas visões filosóficas e religiosas, nem as de outras pessoas. Devem, isto sim, apelar para os valores políticos que julgam fazer parte do entendimento mais razoável da concepção pública e de seus valores políticos de justiça e razão pública.

Rawls⁵⁵⁷ entende que o judiciário deve estar em sintonia com os espaços democráticos de manifestação pública, deve buscar aferir

555 RAWLS, op. cit., p. 286.

556 RAWLS, op. cit., p.287.

557 RAWLS, op. cit., p.290

as construções de valores da sociedade por meio da apreensão dos valores por ela produzidos e discutidos no âmbito da razão pública e se constituir ele mesmo, na medida do possível, em jurisdição “aberta” desenvolvida como razão pública, somente assim, mantém sua legitimidade enquanto poder e estabiliza o sistema democrático, constituindo consenso social, opinião pública legitimadora das decisões judiciais.

Rawls⁵⁵⁸ deixa claro que a decisão ‘justa’ é a expressão individualizada para o direito de uma razoabilidade e valoratividade produzidas na esfera da razão pública.

O consenso produzido na sociedade democrática e multicultural deve ser aberto a novas sínteses de sentido, mutações e redefinições de conceitos normativos, e enquanto paradigma da racionalidade jurídica não pode deixar de ser entendido como fundamento discursivo da atividade de julgar e, dentro dessa, do controle de constitucionalidade.

Se a Constituição é materialmente ligada a esse processo social de construção da racionalidade “aberta” e “fraca”, este último termo entendido no sentido de possibilidades de síntese criativas e não fundamentalistas, como empregado por Rawls⁵⁵⁹; se a jurisdição constitucional deve situar-se entre a defesa dos valores apreendidos na Constituição e a proteção das pretensões a direitos e valores emergentes da dinâmica social, especialmente os das minorias a fim de limitar o poder da maioria (ideal do constitucionalismo), é de se considerar que somente em ligação metodológica com o foro do debate racional aberto e democrático-multicultural, é que pode erigir-se um controle de constitucionalidade em uma sociedade democrática.

Se jurisdição constitucional não assumir essa ligação com a racionalidade processual da esfera pública não se terá a legitimidade das decisões acerca do controle de constitucionalidade, pois as mesmas seriam estanques, construídas dentro da própria racionalidade ínsita à estrutura de pensamento do magistrado ou dos padrões pré-fixados das instâncias judiciais em possíveis visões ‘originalistas’, não abertas,

558 RAWLS, op. cit., p.290.

559 RAWLS, op. cit., p.35

não progressivas no sentido de apreender a dinâmica social, presas a um paradigma hermenêutico fixo – uma jurisdição desligada da esfera pública e de sua racionalidade processual (razoabilidade) é prisioneira dos sentidos da mente do julgador ou das tradições dos tribunais, é a esfera da ‘filosofia da consciência’⁵⁶⁰ que deve ser superada.

Realizar controle de constitucionalidade em nível de jurisdição constitucional é trabalhar preferivelmente com sopesamento de valores (Alexy), estruturando normas em função de valores (Muller), estes devem ser concebidos enquanto entes discursivos “abertos” em sua estrutura constitutiva, como cognoscíveis por uma metodologia discursiva, crítica e dia-lógica.

Somente um controle de constitucionalidade que possua um norteamento metodológico calcado na aferição da razão aberta, discursiva, pós-metafísica (no sentido de não aceitar as construções racionais abstratas e objetivadas pela projeção da mente do julgador) construtora de valores e percebora das pretensões de construção de direitos pela sociedade, é um instrumento de estabilização das relações sociais conturbadas e instáveis da sociedade pós-moderna multicultural.

Rawls⁵⁶¹ propõe, ainda, uma metodologia de aferição das prioridades axiológicas da sociedade a fim de fazer a construção da justiça política que expresse os valores socialmente dominantes nas decisões judiciais: a conjugação entre a razão pública e a ideia de uma atuação de construção de direitos pelas cortes constitucionais faz-se presente em seu ‘construcionismo racional’⁵⁶² da definição entre bens primários e secundários, norteados pela busca da concretização das exigências centrais de liberdade e igualdade nas sociedades democráticas pós-modernas.

Aplicando tais ideias ao contexto do Brasil, a razão pública judiciária enquanto esfera pública deve ser aprimorada pela

560 LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Processual da Decisão Jurídica*. São Paulo: Landy, 2002, p.60.

561 RAWLS, op. cit., p. 220.

562 RAWLS, op. cit., p. 140.

experiência democrática e constitucional, que devido às interrupções no regime democrático e a fatores de subdesenvolvimento histórico não se desenvolveu a contento.

O sentido de esfera pública e de razão pública como sendo a sociedade civil atuando crítica e discursivamente no âmbito da mídia e dos meios de comunicação social, bem como na construção de um processo de debate público que envolve tanto o ativismo participativo de cidadania e os instrumentos de democracia formal (voto, filiação partidária etc.), está em processo de aperfeiçoamento no Brasil.

O que é mais atrofiado na esfera pública brasileira é exatamente a incapacidade de ação de democracia direta entendida por aquilo que o cientista político Robert A. Dahl⁵⁶³ denomina “contestação pública”, que significa o protesto e, em último caso, a desobediência civil contra atos de governo por parte de parcelas “ativistas” da sociedade civil.

O ativismo social com bandeiras político-ideológicas é extremamente defasado no Brasil. Houve manifestações à época do movimento pedindo a cassação do Presidente Fernando Collor (1992) e no movimento em prol das ‘Diretas Já’ (1982), sendo expressões esporádicas, não se erigindo uma contínua esfera pública contestatória.

A título de exemplo, o nível do debate sobre o aborto no Brasil ainda é bem aquém da discussão sobre o mesmo tema nos EUA, o que dificulta para o judiciário nacional uma clara visualização do que efetivamente a sociedade pensa a respeito do tema para poder aferir-se quais valores ela realmente defende.

O fato é que o ativismo político do cidadão no Brasil não possui aquela ênfase que tem, por exemplo, nos EUA, onde a população manifesta-se recorrentemente sobre questões políticas e acompanha mais intensamente a vida político-partidária, o que remete a que o judiciário deva ser ativista até para buscar auxiliar o debate público e a construção das posições sociais de aperfeiçoamento da legislação e sua adequação ao processo e às necessidades sociais efetivas.

563 DAHL, Robert. A. *Poliarquia*. Tradução de Celso Mauro Paciornik. São Paulo: Edusp, 2005, p. 47.

Isso mostra o quanto ainda deve-se ampliar as condições públicas e estruturais para um modelo de jurisdição constitucional procedimentalista democrático no Brasil e o quanto se requer um ativismo judiciário que fomente a construção de direitos fundamentais.

Por outro lado, o ativismo no Brasil também carece de tradições de interpretação política e de hermenêutica constitucional. O Supremo Tribunal Federal e, conseguintemente, o judiciário brasileiro em geral, não possui a tradição de identificação interna de suas correntes ideológicas e hermenêuticas como ocorre na Suprema Corte dos EUA.

Embora não se tenha tanta clareza e tradição no debate ideológico-político, percebe-se, todavia, correntes contrárias e outras favoráveis ao criacionismo judiciário em sede de controle de constitucionalidade, tal como aponta Hage na análise de posicionamentos do STF sobre o Mandado de Injunção ⁵⁶⁴.

Na decisão do Mandado de Injunção n. 20 (relator, voto vencedor, Min. Celso de Mello) os ministros Marco Aurélio Mello e Carlos Mário Velloso (apontados por Hage⁵⁶⁵ como defensores do construtivismo judiciário) foram votos vencidos por decidirem pela concretização da norma do artigo 37, inciso VII, da CRFB, que prevê direito de greve do servidor público dependente de lei infraconstitucional.

Os demais ministros alegaram a programaticidade, a eficácia contida ou limitada do dispositivo e não deram provimento ao Mandado de Injunção, reiterando o decisório nos Mandados de Injunção n. 323 e n. 361, foram contra a construção judiciária do direito de greve do servidor público ⁵⁶⁶.

O fato é que recentemente o STF decidiu nos Mandados de Injunção n. 670, 708 e 712, reconhecer a aplicação imediata da Lei 7.783 de 1989 à regulação da greve do servidor público, revendo a posição tomada desde 1999 ⁵⁶⁷.

564 HAGE SOBRINHO, op. cit., p. 194.

565 HAGE SOBRINHO, op. cit., p.194.

566 HAGE SOBRINHO, op. cit., p.194.

567 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Notícia. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=69597&caixaBusca=N>>. Acesso: 10 de Dezembro de 2008.

Na Resolução do TSE n. 22.610/07, no âmbito da qual o STF se pronunciou em sede de controle de constitucionalidade difuso, a norma constitucional do artigo 17, IV, § 1º da CRFB, que assegura a autonomia de auto-organização partidária, foi interpretada extensivamente e fez-se uma construção que colocou a disposição e competência interna dos partidos políticos o mandato parlamentar.

Isso implicou em clara construção jurisprudencial do sentido de aplicabilidade da norma constitucional do artigo 17, IV, § 1º da CRFB. A fidelidade partidária tornada obrigatória desde então, atendeu aos reclamos políticos da sociedade, que pugna pela lisura, pela ética política e pela respeitabilidade do mandato democraticamente conferido ao parlamentar.

Os reclamos sociais por ética na política foram traduzidos em nível constitucional pelo STF, como prova de que a esfera pública, no sentido de correlação entre pretensões da sociedade trabalhadas discursivamente pela mídia e decisão judicial interpretadora de tal propósito discursivo, atuaram gerando mudança de práticas políticas imorais como a infidelidade partidária.

O STF nessa decisão estabeleceu numa interpretação construtiva e extensiva do art. 37, *caput*, da CRFB, que prevê a moralidade e impessoalidade como princípios que devem nortear a conduta do servidor público e dos agentes públicos em geral. Nessa decisão o STF realizou o que defende Saraiva⁵⁶⁸, que a vontade política da população seja levada em conta na construção da decisão e dos atos de governo.

Esse processo de aferição da vontade popular no âmbito do judiciário deve possuir o intuito de modificar a realidade social injusta, traduzindo a nível decisional a consciência social da injustiça, que geralmente não encontra canais de expressão para as mudanças

568 SARAIVA, Paulo Lopo. *Constituição e mídia*. São Paulo: MP, 2006, p.7: “As decisões políticas cada vez mais são impostas pela opinião pública, que, do modo como pode e deve, tem ocupado o espaço público referenciado pelo art. 223 da CF. Não se pode mais – e isto é salutar – dirigir a sociedade política sem a permanente participação popular, seja através do sufrágio, seja por meio da interferência usual dos meios de comunicação. Governar é, na contemporaneidade, ouvir e atender às demandas sociais, que se agigantam e necessitam de respostas prontas, eficazes, efetivas e eficientes”.

desejadas. Os paradigmas do juiz ‘inerte’ e do “direito puro” devem ser abandonados.

Por esses exemplos vê-se que se faz necessário dentro da jurisdição constitucional brasileira uma aceção ‘aberta’ e construtivista de sua atuação, exatamente para a re-interpretação dos conceitos normativos e não para seu “fechamento” hermenêutico.

Para Alexy, a concretização de direitos conduz necessariamente a questão da valoração correta, num sentido de justificada argumentativamente⁵⁶⁹. Primeiro, em que medida é possível fundamentar racionalmente os juízos de valor necessários dentro do marco de igualdade. Segundo definir quem tem competência no mundo jurídico para formular normas de igualdade.

Após analisar as diversas fórmulas de igualdade traçadas pelo tribunal constitucional alemão Alexy⁵⁷⁰ determina a máxima de que o essencialmente igual não deve ser tratado de forma desigual.

Alexy⁵⁷¹ discorre sobre a práxis racional da atividade judicativa sobre a igualdade, pois para ele encontrar razões justificativas para opções eletivas em normas é um problema de valoração. A questão central é a fundamentação racional-discursiva das opções de valoração do juiz na decisão.

A questão da concretização do direito à igualdade implica na discussão de saber quem controla o processo de criação das condições fáticas de igualização: o papel da discussão da função criativa do tribunal constitucional.

Como debatido no capítulo 3 o tribunal constitucional implica uma função ativista, criadora de direitos e de construção de direitos em relação aos valores políticos, o que pode ser justificado argumentativamente, como pensa Alexy (modelo substancialista de jurisdição constitucional) e pela abertura à sociedade civil e ao cidadão

569 ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p.381.

570 ALEXY, op. cit., p. 340.

571 ALEXY, op. cit., p. 343.

em participar do processo constitucional (modelo procedimentalista de jurisdição constitucional).

É inviável construir direitos fundamentais a partir de uma visão que remeta a um sistema de valores jurídicos e constitucionais considerados “fechados”, jusnaturalista ou ética ou filosoficamente formado por conceitos metafísicos *a priori* (valores essenciais), mas voltado para o diálogo com outros sistemas culturais e com métodos hermenêuticos diversificados, isso sem perder a unidade do sistema jurídico como coerência procedimental da normatividade.

Pela ampliação da democratização dos processos de construção da norma (visão crítico-discursiva) e pela percepção das mudanças da sociedade democrática dentro de uma visão hermenêutico-concretizante, o que implica uma interpretação da norma em função das mutações de valores (objetivo da *construction* enquanto método de concretização de direitos fundamentais), pode-se fazer a reavaliação constante dos pressupostos de legitimação do sistema, traçar um panorama mais legítimo para sua regulação da conduta humana, abandonando o paradigma de um positivismo obcecado pela formalidade normativa e pela neutralidade ‘cultural e axiológica’ do juiz-intérprete.

Alexy⁵⁷² menciona um ‘constitucionalismo democrático’, toma como critérios de efetividade o manuseio direto pelo juiz constitucional de procedimentos argumentativos calcados nos princípios da proporcionalidade, adequação e ponderação sobre os direitos fundamentais.

A crítica de Habermas⁵⁷³ ao procedimento de argumentação alexyano defende que não se pode adotar a proporcionalidade diretamente como poder judicial de sopesamento de princípios como valores, haveria uma vinculação com os demais princípios e com o sistema constitucional globalmente considerado.

572 ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Tradução de Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p.12.

573 HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, vol. 2, p.318.

A ponderação aplicável diretamente pelo juiz seria perigosa enquanto mecanismo reconstrutor da normatividade, pois consistiria em concepção antidemocrática, dado que não dá ao cidadão chance de participar da construção da decisão judicial.

O fato, porém, é que a ponderação (proporcionalidade em sentido estrito) enquanto mecanismo da racionalidade de sopesamento dos valores constitucionais (razoabilidade) é o princípio fundamental da discursividade constitucional contemporânea, ainda que não escrito na maioria das Constituições.

Um critério de ponderação que trabalha sobre valores como defendido por Alexy⁵⁷⁴ implica no sopesamento dos valores por outros elementos axiológicos, favorecendo a flexibilização da normatividade constitucional, abrindo caminho para a construção e modificação de sentido das normas constitucionais.

A aplicação das ideias de Alexy no Brasil levou à construção de direitos mediante a opção ao balanceamento dos princípios constitucionais dentro da estruturação de procedimentos de discussão dos casos complexos, como o STF fez ao admitir a ampla discursividade democratizante (participação de *amicis curiae*) e técnica do âmbito da ADIn 3510⁵⁷⁵, que versou sobre a constitucionalidade das pesquisas com células-tronco.

Pode-se argumentar que a ponderação de princípios é um instrumento de uma interpretação substancialista da jurisdição constitucional que conjuga mais poder à interpretação do juiz do que à autodeterminação da sociedade na hermenêutica constitucional.

A jurisdição constitucional dos EUA utilizou-se largamente da ponderação de interesses políticos em função das normas constitucionais ao realizar o balaceamento dos princípios constitucionais a fim de concretizar os direitos consagrados Constituição e nas Emendas e construir novos direitos ou extensões de

574 ALEXY, op. cit., 68.

575 Disponível em: <http://www.stf.gov.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=3510&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso: 03 jul. 2008.

incidência de normas constitucionais ao proteger as ações afirmativas governamentais.

Não se pode reduzir a complexidade de certas matérias e considerar que a processualidade democrática enquanto ideal de participação do cidadão no processo possa resolver todas as questões e principalmente os casos difíceis, como coloca Dworkin⁵⁷⁶.

Os casos constitucionais são muito complexos para se confiar apenas na capacidade de autotutela da sociedade, exigindo-se a presença de um corpo técnico não apenas de juristas constitucionais, mas de diversos campos do saber que versem sobre aspectos técnicos inerentes aos fatos das demandas constitucionais.

Entende-se que o processo constitucional deva desenvolver-se com base na conjugação equilibrada entre o trato discursivo da tecnicidade da demanda e participação popular na construção da decisão sempre que possível.

Nesse ponto, a complexidade do processo constitucional demonstra a necessidade de vinculação da jurisdição a um paradigma calcado na segurança jurídica, na impessoalidade, no devido processo constitucional e, também, na proporcionalidade e razoabilidade, o que indica que deve haver uma presença de concretização de princípios e de garantias pelo juiz constitucional. Essa é uma bandeira da visão substancialista (numa linha concretista e garantista) da jurisdição constitucional que deve ser levada em conta.

Não adianta impingir o ideal de constitucionalismo democrático sem respeito aos problemas técnicos da demanda constitucional – a segurança jurídica, a própria racionalidade processual e o contraditório e ampla defesa inerentes ao processo constitucional estariam em perigo. Como dizia Abraham Lincoln em proverbial frase, ‘nada ameaça mais a democracia que o excesso dela’.

576 DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p.155.

Nesse sentido Streck⁵⁷⁷ faz pertinente crítica contra a redução da hermenêutica à procedimentos linguísticos, pois o problema da historicidade do direito e sua interpretação, bem como a questão do sentido histórico da cultura e da existência humana objetivada historicamente se impõem ao âmbito do direito, mormente no *jus* constitucional, daí porque não se poder reduzir a gnoseologia jurídica a uma processualização total da juridicidade, criando contraditoriamente, à luz do próprio pensamento pós-metafísico racionalista processual, um novo paradigma democratizante como fenômeno ‘tirânico’.

Uma jurisdição concretista e ativista é necessária e possível, até como garantia do processo democrático realizar-se celeremente e como resposta à inércia do Estado-Administrador e da sociedade civil “inativa”, que geralmente não toma consciência de seus direitos e não participa da esfera pública e do processo constitucional.

Vê-se que a oposição entre substancialismo e procedimentalismo da jurisdição não pode assumir feições maniqueístas, devendo haver uma conjunção de métodos de trabalho hermenêutico-científicos e democráticos na construção da justiça constitucional no horizonte da tensão fático-validativa⁵⁷⁸ e, nos termos aqui propostos, técnicos (hermenêuticos) e democráticos (procedimentalmente aberto a participação cívica).

Segundo Menelick de Carvalho Netto⁵⁷⁹ :

Desse modo, no paradigma do Estado Democrático de Direito, é de se requerer do Judiciário que tome decisões que, ao retrabalharem construtivamente os princípios e regras constitutivos do Direito vigente,

577 STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica- uma nova crítica do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p.165.

578 HABERMAS, Jurgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, vol. 2, p.23.

579 NETTO, Menelick de Carvalho. *A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito*. In: CATTONI, Marcelo (coord.) *Jurisdição e Hermenêutica Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p.38.

satisfaçam, a um só tempo, a exigência de dar curso e reforçar a crença tanto na legalidade, entendida como segurança jurídica, como certeza do Direito, quanto ao sentimento de justiça realizada, que deflui da adequabilidade da decisão às particularidades do caso concreto.

As características da construção de direitos no judiciário constitucional do Brasil podem ser assim elencadas e fundamentadas:

1. A construção de direitos no controle de constitucionalidade brasileiro opera-se nos sistemas difuso e concentrado;
2. A construção de direitos não é uma mera atividade interpretativa, mas especificamente construtiva, no sentido de congrega valores sociais, culturais e políticos além do texto constitucional, mas que interagem na ambiência do mesmo para definir sentidos de aplicabilidade dos direitos fundamentais;
3. Os direitos fundamentais passam a ser concebidos enquanto estruturas linguísticas que possuem uma textura 'aberta', funcional, flexível, passível de ser componível hermeneuticamente conforme a necessidade concreta e atual, não formalista;
4. Direitos fundamentais concebidos como princípios, como meta-normas que podem ser interpretadas e reconstruídas em seu sentido de aplicação;
5. O poder de interpretação do juiz faculta uma atividade criadora e eventualmente inovadora enquanto definição de sentidos de aplicação da norma constitucional (modelo substancialista de jurisdição constitucional, seção 3.2);
6. A criação de direitos implantada pelo processo constitucional deve possibilitar a participação da sociedade civil através de institutos processuais que assegurem a maximização do contraditório e da ampla defesa, bem como da discussão

democrática da lide (modelo procedimentalista de jurisdição constitucional, seção 3.1);

7. O ativismo judicial brasileiro *a priori* não se imiscui do debate político, não sendo vinculado de antemão ao binômio esquerda-direita da linguagem política. A posição “progressista” ou “evolutiva” da jurisprudência não tem de antemão uma postura política nem é qualificada pelo campo político-ideológico, embora possa gerar efeitos práticos num sentido ‘conservador’ ou ‘progressista’;
8. O processo de construção de direitos fundamentais enquanto hermenêutica constitucional implica não apenas descoberta da norma, mas justificação de razões de decisão, remetendo ao princípio da ponderação relacionado ao contexto político de incidência da norma constitucional.

5

**COMPARAÇÃO
ENTRE A JURISDIÇÃO
CONSTITUCIONAL
BRASILEIRA E A
NORTE-AMERICANA**



A *construction* da jurisdição constitucional dos EUA serve para a jurisdição constitucional no Brasil exatamente no sentido de que a tradição e o debate em torno da jurisdição constitucional daquele país estão bem mais aprimorados do que a construção de direitos na jurisdição constitucional brasileira, e vem se desenvolvendo pela longa trajetória da prática judiciária de construção de direitos fundamentais.

Entender a experiência hermenêutica da *construction* feita pela prática jurisdicional constitucional estadunidense é de fundamental importância para uma nação que queira aprimorar seu mecanismo de construção de direitos fundamentais como o Brasil.

Por isso o diálogo com a estrutura e metodologia de construção de direitos é de fundamental importância para a aprendizagem pelo sistema constitucional brasileiro, por ser mais novo e carente de métodos de concretização dos direitos fundamentais.

Dessa forma, os pontos focais para a comparação são os seguintes: formas de comunicação entre o *Common Law* estadunidense e o *Civil Law* brasileiro, e a estrutura organizacional dos respectivos tribunais constitucionais; ativismo judicial; mecanismo de controle de constitucionalidade e seu aparelhamento hermenêutico; controle social sobre a atividade judicativa criadora de direitos; legitimidade democrática da jurisdição constitucional.

A divisão entre o direito comum (costumeiro) e o direito civil (escrito e positivado estatalmente), advinda da diferenciação histórico-cultural das culturas anglo-saxã e romano-germânica, a primeira originando o denominado *Common Law* (Direito comum ou costumeiro) ou *Law of the Land* (Lei da Terra) e a segunda o *Civil Law* (Lei Civil) do chamado sistema jurídico europeu-continental, sendo o sistema jurídico brasileiro integrante da segunda tradição, traça aparentemente uma barreira difícil de ser superada, que impossibilitaria a comunicação e troca de experiências entre os dois sistemas jurídicos.

Balle⁵⁸⁰ especifica mudanças estruturais no *Common Law* tais como a flexibilização da doutrina do *stare decisis* em função da regulação de leis escritas, que cada vez mais assomam no sistema jurídico anglo-saxão; a atividade de controle difuso dos tribunais anglo-saxões é semelhante à dos tribunais do sistema do *Civil Law*, inclusive vinculando os tribunais inferiores ao decidido pelos tribunais superiores⁵⁸¹; a função de ‘legislador negativo’ dos tribunais constitucionais, no sentido de criar normas de decisão que interpretam leis genéricas (inconstitucionais por omissão) ou inconstitucionais por comissão é exercida em ambos os sistemas⁵⁸².

Para Cappelletti⁵⁸³ existem diferenças que podem atrapalhar a aproximação entre os sistemas do *Common Law* e do *Civil Law*, como o perfil institucional do juiz constitucional anglo-saxão, pois o magistrado desse segundo sistema é mais criativo e independente.

Para Yazbek⁵⁸⁴, todavia, institutos jurídicos de outro país, como a *construction* do direito norte-americano, podem ser aplicados em outro país, desde que feita tal transferência com espírito crítico. Usando a terminologia sociológica jurídica de Yazbek⁵⁸⁵ a *construction* é um caso de ‘interação de institutos’ (o construcionismo judiciário brasileiro interage com o estadunidense), podendo ser utilizada no contexto brasileiro, guardadas as peculiaridades do sistema jurídico nacional.

Tem-se que levar em consideração que o sistema de construção de direitos fundamentais no Brasil exerce-se principalmente via controle concentrado e faz-se através dos mecanismos da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn), a Ação Declaratória de

580 BALLE, José Maria Lafuente. *El método en la interpretación jurídica*. Madrid: Colex, 2002, p.158.

581 BALLE, op. cit., p.161.

582 BALLE, op. cit., p.163.

583 CAPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1993, p.103.

584 YAZBEK, Otávio. *Considerações sobre a circulação e transferência de modelos jurídicos*. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (orgs.) *Estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2003, p.546.

585 YAZBEK, op. cit., p.546.

Constitucionalidade (ADC), a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), dentre outros mecanismos processuais interpostos diretamente perante o Supremo Tribunal Federal.

No caso dos EUA, a jurisdição constitucional é exercitada principalmente enquanto controle difuso, sendo por essa via judiscicional que atinge a Suprema Corte, manuseando-se um *Writ of Certiorari*, que funciona na prática como recurso apelativo para o tribunal constitucional norte-americano (seção 2.2).

Cumpra observar que no caso norte-americano, como o sistema de controle de constitucionalidade é difuso e a Suprema Corte atua como instância recursal, ela pode e geralmente reexamina não somente o mérito, mas os fatos da lide, o que representa um ganho quanto ao aprofundamento da discussão processual ao realizar o controle de constitucionalidade (seção 2.2).

O paradigma de uma construção de direitos nos EUA fortaleceu-se desde quando se estabeleceram ‘interesses superiores’ de grupos fragilizados socialmente, e que a proteção desses fosse firmada de modo estabilizado para jurisprudência constitucional (doutrina do *stare decisis*) que criou uma cultura judicial de proteção das ‘ações afirmativas’ do Executivo e de concretização dos direitos fundamentais (seção 2.3).

Na *construction* norte-americana, para justificar a adoção de posturas concretistas de direitos a eleição de “interesses superiores” a ser protegidos implicou um controle de constitucionalidade de fundo político com opção pelas minorias desprotegidas e a justificação argumentativa dos padrões de razoabilidade aplicáveis para o caso concreto (seção 2.3).

O balanceamento dos interesses em lide com os norteamentos principiológicos e de direitos pertinentes à Constituição, estabeleceu um campo de razoabilidade e ponderação rico em desenvolvimento das formas processuais da racionalidade jurídica, o que implicou na reconstrução do texto em função dos valores políticos prementes da sociedade, atualizando o sentido de aplicabilidade da norma constitucional (seção 2.3).

O que a metodologia jurídica brasileira pode apreender, utilizando-se do padrão comparativo, é essa técnica de eleição de ‘interesses superiores’ protegidos em função da aferição política que o tribunal constitucional realiza sobre os valores em disputa na demanda judicial, e o estudo da jurisprudência da Suprema Corte para saber como foi empregada a construção de direitos fundamentais nos EUA, haja vista a carência de um trabalho jurisprudencial concretista eficaz no Brasil.

A lição norte-americana consiste principalmente de que o judiciário constitucional não pode deixar de realizar uma leitura política (*construction* feita pela “Cortes Warren” e “Corte Burger”) e moral (proposta de Ronald Dworkin) da Constituição (seção 2.4).

Nesse sentido, o modelo de jurisdição constitucional substancialista concede um direcionamento importante: a função política deve ter um fundo axiológico, deve refletir as grandes linhas dos debates e anseios nacionais. Nesse sentido é que Ackerman⁵⁸⁶ coloca a importância da vinculação política da Suprema Corte com o projeto de uma democracia que dê oportunidade ao cidadão de participar do processo constitucional.

Realizando a comparação com o STF, talvez somente em recente data, com a Constituição de 1988 em diante, possa cogitar-se que o tribunal constitucional brasileiro esteja procurando aproximar-se de um projeto de encampação no seu processo decisório dos valores políticos nacionais.

Decisões como as que envolveram as células-tronco (ADIn n. 3510, reflete o problema da pesquisa científica no Brasil); a fidelidade partidária (no processo judicial que se originou de interpretações sobre a Resolução TSE n. 22.610/07, no âmbito da qual da qual o STF se pronunciou, reflete o problema da representação política e da função dos partidos políticos), o aborto do feto anencefálico (ADPF n. 54, reflete o problema de saúde pública que é o aborto); direito de greve do servidor público (MI 670, 708, 712) reflete o problema estrutural

586 ACKERMAN, Bruce. *Nós, o povo soberano. Fundamentos do Direito Constitucional*. Tradução de Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p.17.

do funcionamento do Estado); moralidade administrativa (*Habeas Corpus* 89417/RONDÔNIA, reflete o problema da atuação ética dos agentes públicos) dentre outras, são um exemplo de que o STF inicia um processo de aproximação gradual da vontade política da nação, e o faz mediante a construção e não a simples interpretação de normas constitucionais.

Em todos esses casos, houve necessidade do STF, com base nos princípios constitucionais, justificados argumentativamente e avaliando politicamente as questões, construir normatizações para os casos concretos e criar normas ainda não legisladas, mas necessárias social e politicamente e decorrentes da sistemática constitucional.

A jurisdição constitucional brasileira possui um conjunto de técnicas de hermenêuticas⁵⁸⁷ tais como a interpretação sem redução de texto e a interpretação conforme a Constituição; essas duas modalidades Streck⁵⁸⁸ aponta como podendo ser utilizadas enquanto expedientes construtivos e criadores de direitos na interpretação constitucional brasileira.

O expediente das sentenças aditivas⁵⁸⁹, já reconhecido na doutrina estrangeira (espanhola, italiana), aponta para a possibilidade de construção de direitos pela assunção sentidos de aplicação de normas constitucionais até então inovadores. Já se pode vislumbrar a *construction* como uma possibilidade de contornar a carência de concretização de direitos na ordem jurídica brasileira.

Assumindo em nível de direito comparado a lição técnico-hermenêutica da construção (*construction*) norte-americana, a mesma pode ser empregada na realidade jurisprudencial brasileira como modelo para o balanceamento hermenêutico de princípios constitucionais e flexibilização das regras, de mutação de valores e de diálogo com os precedentes.

Conhecer a experiência histórica das decisões da Suprema Corte dos EUA serve como critério de crescimento da construção de direitos

587 STRECK, op. cit., p.614.

588 STRECK, op. cit., p.618.

589 STRECK, op. cit., p.600.

na jurisprudência constitucional brasileira – as decisões revelam como operou a *construction* no ativismo judicial norte-americano.

Outra lição comparativa advinda do diálogo com o sistema norte-americano é a conjugação dos modelos substancialista (ativista) e procedimentalista (democratizante) de jurisdição constitucional. A trajetória ativista da Suprema Corte, exposta na seção 2.1 implica no reconhecimento da tutela de direitos que ela fez pela construção de sentidos inovadores, atualizadores e necessários a dirimir as desigualdades e carências sociais nos EUA.

Ackerman⁵⁹⁰ considera que, aparentemente, esse movimento construtivo de direitos é substancialista-ativista com uma tutela dos direitos fundamentais de modo unilateral pela Suprema Corte, mas na verdade tal construção ativista reflete os anseios políticos da sociedade em suas diversas fases e foi por ela impulsionada, no que se demonstra ter o sistema estadunidense aproximação com o modelo democrático-procedimentalista de controle de constitucionalidade.

A estrutura de um judiciário efetivador de direitos e garantidor de uma justiça processualizada constitucionalmente deve ser o parâmetro de ação e de garantia da efetividade da jurisdição constitucional, não somente pela ação do juiz constitucional, mas fundamentalmente pela adoção de um possível e constante diálogo juiz-sociedade no procedimento argumentativo construtor de direitos fundamentais.

Comparando as estruturas organizacionais dos tribunais constitucionais brasileiro e norte-americano, Moraes⁵⁹¹ coloca a necessidade de reforma de sua democratização institucional, como a escolha por motivos políticos dos Presidentes da República influenciando na indicação dos juízes constitucionais, nos EUA ele indica inclusive o presidente do tribunal constitucional⁵⁹².

590 ACKERMAN, op. cit., p. 59.

591 MORAES, Alexandre de. *Jurisdição Constitucional – breves notas comparativas sobre a estrutura do Supremo Tribunal Federal e a Corte Suprema norte-americana*. Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais, Belo Horizonte, n.1, p.497-531, jan./jun., 2003, p.517.

592 MORAES, op. cit., p. 511.

Assim, entende-se que a função ideal de uma jurisdição constitucional é a proteção de direitos fundamentais sob um paradigma democrático-processualizante, com uma cidadania ativa voltada para a intervenção processual maximizada e possível co-protagonização da decisão judicial e a consequente construção de direitos pelo cidadão evitando uma passividade que revela exatamente o conformismo do dominado e de ausência de um ativismo cidadão perante o judiciário.

Essa função é ideal exatamente por ser um ponto de plenitude democrática e discursiva a atingir. Encontrar os meios dessa participação maximizada do cidadão no processo constitucional é de fundamental relevância para a jurisdição constitucional em sua legitimidade democrática.

A dimensão da processualidade constitucional caracteriza-se pela decisão em torno da construção de uma constitucionalidade discursiva à Alexy⁵⁹³, com caráter aberto, institucionalizador da racionalidade processual, com a fundamentação do Estado de Direito na discursividade cívica, na resolução dos conflitos pelo discurso entre os cidadãos, na esperança de superar a violência institucionalizada do próprio Estado e a violência difundida no seio da desigual sociedade capitalista subdesenvolvida que é a brasileira.

A jurisdição constitucional deve ser ductível, comunicante e aberta a sínteses, razoável aos novos valores e aos fatores cambiantes da realidade (rizomáticos) como expressa Zagrebelsky⁵⁹⁴ aplicando ao direito constitucional a filosofia de Gilles Deleuze.

Assim, o problema do aprimoramento da jurisdição constitucional passa pela organização (distribuição de competências e funções institucionais pela lei) e, principalmente, pela estruturação interna de processualidade discursiva com a abertura (facilitada pela institucionalização democrática) de participação democratizante dos cidadãos na construção de direitos.

593 ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Tradução de Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 12.

594 ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho dúctil*. Tradução de Marina Gascón. Madrid: Trotta, 1997, p.7.

Levando em consideração a necessidade de democratização do processo judicial em sua hermenêutica concretizadora do texto legal e constitucional, é de se conceber que além do esforço da educação para a cidadania e dos meios de comunicação de massa no sentido de uma mudança estrutural da instituição pública onde se processam as lides⁵⁹⁵, é de se cogitar que os órgãos institucionais sejam receptivos a esse movimento de democratização, que é uma exigência constitucional a partir de uma institucionalização decididamente publicista da concepção democrática e republicana assentada nos artigos 1º e 3º da CRFB, a fim de garantir a manutenção de sua própria legitimidade⁵⁹⁶.

Como saída a esse caos da representação política e, conseqüentemente, da crise de legitimidade em que se encontra a sociedade política, e que já contamina a esfera jurídica, propõe-se esse modelo da cidadania participativa enquanto processualidade jurídico-democrática.

A noção de inserção da *construction* (construção) na jurisdição constitucional do Brasil implica no reconhecimento de uma não só atividade criativa e protetora dos direitos fundamentais, mas na configuração do espaço de diálogo processualizado, isto é, da efetivação de uma linguagem jurídica que consiga revelar a concreção dos direitos fundamentais de uma maneira a transformá-los não em uma revelação de sentido simplesmente hermenêutica de um conteúdo qualquer (metafísico, sentimental ou cultural pressuposto), mas em uma abertura crítica para todo cidadão atuar como intérprete da Constituição⁵⁹⁷.

Como coloca Cittadino⁵⁹⁸, os EUA possuem uma história constitucional contínua, onde valores políticos e sociais foram compartilhados por uma experiência prolongada e servem de base

595 HABERMAS, Jurgen. *Agir comunicativo e razão destranscendentalizada*. Tradução de Lúcia Aragão. São Paulo: Tempo Brasileiro, 2002, p.35.

596 AGRA, Walber de Moura. *A Reconstrução da Legitimidade do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 307. Cf. BINENBOJM, op. cit., p.118.

597 LEAL, op. cit., p.171-172. Cf. HÄBERLE, op. cit., p.18.

598 CITTADINO, Gisele. *Poder judiciário, ativismo judiciário e democracia*. Revista Alceu, v.5, n.9, p. 105- 113, jul./dez, 2004.

para a interpretação constitucional, fornecendo conteúdos ao ativismo judicial.

No caso brasileiro, com as discontinuidades históricas que marcaram o Estado de Direito, há de se reconhecer a necessidade de “quando não podemos recorrer a valores compartilhados ou conteúdos substantivos, temos a alternativa de substituir a “nação de cultura” pela “nação de cidadãos”. Esse é certamente o caso brasileiro”⁵⁹⁹.

Continua a doutrinação⁶⁰⁰ :

Se hoje nos permitimos discutir o processo de “judicialização da política” é porque fomos capazes de superar o autoritarismo e reconstruir o Estado de Direito, promulgando uma Constituição que, nesse processo, representa um consenso, ainda que formal, em torno de princípios jurídicos universais. Se a Constituição brasileira não pode ser tomada como uma ordem particular de valores, é preciso, portanto, implementar e inscrever os seus princípios em nossa história política. Para isso, o processo de “judicialização da política” não precisa invocar o domínio dos tribunais, nem defender uma ação paternalista por parte do Poder Judiciário. A própria Constituição de 1988 instituiu diversos mecanismos processuais que buscam dar eficácia aos seus princípios e essa tarefa é responsabilidade de uma cidadania juridicamente participativa que depende, é verdade, da atuação dos tribunais, mas, sobretudo, do nível de pressão e mobilização política que, sobre eles, se fizer.

599 CITTADINO, op. cit., p.113.

600 CITTADINO, op. cit., p. 113.

6

CONCLUSÃO



A estrutura da jurisdição constitucional brasileira, apesar de avanços no sentido de um diálogo com os demais modelos de jurisdição constitucional de outras nações, leva a feição de uma jurisdição com caracteres similares à jurisdição alemã, como estrutura voltada para a congregação de valores fundamentais⁶⁰¹ buscando, a partir do Preâmbulo da Constituição, estruturar definições de sentido que façam valer a consecução de normas fundamentais projetadoras de valores dominantes apriorísticos.

A questão é que a jurisdição constitucional brasileira não conseguiu sequer encontrar mecanismos suficientes de superação da desigualdade de tratamento dos cidadãos ente si, presa à crise de legitimação do Estado que não atende a demandas complexas e prioritariamente carentes de efetividade dos direitos fundamentais.

Assim sendo, partiu-se na presente dissertação da hipótese traçada na Introdução de que o problema central da jurisdição constitucional brasileira é de ordem hermenêutica enquanto dificuldade de concretização dos direitos fundamentais tentou-se encontrar no diálogo com a metodologia da *construction* dos EUA um enfoque aprimorador da hermenêutica constitucional brasileira.

Historiando e analisando a hermenêutica constitucional norte-americana (capítulo 2), observa-se a ampla necessidade de vinculação do juiz constitucional com a realidade política de base, no sentido de que o tribunal deve sintonizar-se com o projeto político dominante nacionalmente. Isso não deve significar uma politização da justiça, mas o contrário, a judicialização da política.

A análise da *construction* em suas feições características nos EUA revelou que a construção de direitos obedeceu a uma estrutura de desenvolvimento ativista judicial, respeitando a tradição de vinculação do judiciário com o projeto político da nação, e através da metodologia do balanceamento dos direitos fundamentais em função da definição de ‘interesses superiores’ de minorias sociais discriminadas protegidas pela ação da jurisdição constitucional.

601 LEAL, op. cit., p.145.

A história da Suprema Corte demonstrou ser a mesma uma instituição fortemente atuante na construção de direitos, sob uma ótica política de um projeto progressista, que buscou judicializar o debate político das correntes partidárias e ideológicas em disputa.

De um ponto de vista histórico, observou-se que existiu uma decisão política na base dos julgamentos concretizadores de direitos fundamentais pela Suprema Corte, ao optar por reconhecer valores como a autonomia individual da vida privada da mulher realizar o aborto (decisão no caso *Roe v. Wade*); defesa do valor da igualdade social e civil nos decisórios que se pronunciaram favoravelmente às ‘ações afirmativas’ etc.

Analizou-se o embate entre os juristas originalistas e os ativistas nos EUA, os primeiros defendendo uma posição mais conservadora e auto-restritiva da jurisdição na construção dos direitos fundamentais, e os segundos uma posição concretista sobre os mesmos comprometida com valores socializantes e liberais individualistas.

Tal confronto enriqueceu o enfoque hermenêutico do judiciário constitucional dos EUA, relacionando o trabalho interpretativo da Constituição ao rico incremento da democracia deliberativa e capacidade de autoprodução da sociedade civil sobre a atividade de concretização dos direitos fundamentais.

O debate político-hermenêutico sobre a função jurisdição constitucional nos EUA caracteriza-se no sentido de saber se a mesma deve ser procedimentalista, isto é, protetora da autoprodução de direitos pela sociedade civil e o judiciário funcionar como veículo de expressão da democracia deliberativa, ou substancialista, sendo a jurisdição constitucional construtora e concretizadora de direitos fundamentais, trabalhando com base em valores políticos e sopesamento dos princípios constitucionais.

O objetivo comparativo com a *construction* dos EUA em relação à jurisdição constitucional brasileira buscou responder as seguintes colocações : 1) A correlação entre direitos fundamentais e política constitucional em vista da viabilidade de concretização por metodologias ou enfoques metodológicos da Constituição que

privilegiem a participação democrática do cidadão na construção de direitos fundamentais; 2) A possibilidade de concretização de direitos fundamentais pelo ativismo do juiz constitucional e a legitimação de tal movimento hermenêutico dentro de uma visão político-democrática da constitucionalidade; 3) As possibilidades de controle social (político) e jurídico (legal) sobre a atividade judicial criadora de direitos.

No caso brasileiro, o debate entre jurisdição constitucional e a realidade político- ideológica está situado na senda dos diálogos entre o modelo de jurisdição procedimentalista e o modelo de jurisdição substancialista, a primeira defendendo o procedimento de construção de direitos pela participação do cidadão, e o segundo pelo ativismo construtor e concretizador de direitos pelo juiz constitucional.

A relação política de radicalização da democracia participativa na jurisdição constitucional brasileira ocorrerá somente se houver a abertura para a mesma traduzir pretensões de valor da sociedade (ampliação da liberdade da vida privada, pesquisa científica com células-tronco etc) em termos jurídicos e principiológicos, reconstrutores do sentido dos valores tradicionais que embasam a ordem jurídica – os direitos fundamentais como paradigmas de reconstrução da moralidade política devem ser construídos pela ampliação das esferas de participação social, como se observou na seção 3.1.

O que se tem em vista na seção 3.2 é o papel do modelo substancialista de jurisdição constitucional, onde se possa concretizar direitos fundamentais em termos de possibilidade de atuação do juiz constitucional por métodos que, em caso de necessidade de agilidade processual ou de complexidade técnica da matéria constitucional, não se espere tão somente pela processualização das partes e pela ação legislativa do Estado, mas que o judiciário realize um controle de constitucionalidade construtivo, criativo de novos direitos decorrentes dos princípios da Constituição ou de ampliação da incidência do âmbito de eficácia dos direitos explícitos no texto constitucional.

O debate da experiência norte-americana faz-se interessante na discussão do relacionamento entre direito e postura política do

judiciário. A posição do liberalismo político nos EUA apregoa uma neutralidade frente aos valores sociais e uma ‘pura’ concretização dos princípios constitucionais.

Já uma posição ativista e concretista dos direitos fundamentais implica no posicionamento da jurisdição constitucional a partir de uma interpretação que trabalhe sopesando (aplicação do princípio da proporcionalidade) princípios constitucionais tendo em vista os valores que os cidadãos de maneira conflituosa e plural defendem e reclamam em termos de pretensões de direitos.

Reconhecer o papel dos valores políticos na interpretação e concretização dos direitos fundamentais é encará-los como estruturas principiológicas ‘abertas’ e não ‘fechadas’ a novas sínteses de sentido e, dessa forma, tornar mais legítima a atividade da jurisdição constitucional.

A estruturação da jurisdição constitucional sob um paradigma substancialista passa, dessa maneira, pela construção de direitos fundamentais como atividade hermenêutica, na qual a *construction* oferece os seguintes paradigmas que podem ser apropriados pela magistratura brasileira (capítulo 5):

1. Técnica de sopesamento de direitos com a escolha de interesses superiores num horizonte de fundo axiológico-político;
2. Flexibilização, ou seja, ampliação do âmbito de incidência dos direitos fundamentais pela interpretação progressiva do conteúdo normativo dos mesmos;
3. Aprimoramento da atividade jurisdicional de ponderação de direitos fundamentais pela avaliação dos mesmos em função do paradigma político e suas múltiplas faces ideológicas e plurais, judicializando as demandas políticas, mas sem a pretensa imparcialidade que não optaria por nenhum valor político no processo de decisão;
4. A técnica de estruturação das ações afirmativas nos EUA enquanto processo hermenêutico de direitos fundamentais,

especificamente de direitos sociais, pode ser um modelo de estudo para o judiciário do Brasil otimizar sua concreção de direitos sociais, ainda tão acanhada no controle de constitucionalidade pátrio.

5. Estudar a jurisprudência constitucional estadunidense implica na percepção da tradição dos EUA em relacionar direito, política e ideologia, o que se trazido como modelo metodológico para o Brasil seria interessante para um juízo de prognose sobre os atos do judiciário constitucional brasileiro, fazendo com que o mesmo passe a definir correntes de atuação e métodos de julgamento mais claros e específicos para os problemas concretos do direito constitucional, uniformizando posturas hermenêuticas e métodos de decisão para a interpretação da Constituição.

O controle da sociedade sobre a construção de direitos pelo ativismo judiciário demanda a possibilidade de participação do cidadão na referida atividade construtiva no âmbito do processo constitucional (instituto do *amicus curiae*) que começa a ser utilizado pelo STF (a exemplo da ADIn 3510), como se discutiu no capítulo 4, bem como na atuação de instâncias corregedoras como o Conselho Nacional de Justiça, criado pela E.C. n. 45 à CRFB; na possibilidade de democratização da forma de escolha dos ministros do STF, evitando a escolha centralizada na pessoa do Presidente da República.

O controle jurisdicional do Estado pelo tribunal constitucional dá-se principalmente pela possibilidade deste funcionar como recurso à minoria política de ingressar com ações constitucionais contra atos legislativos votados pelas maiorias parlamentares⁶⁰².

O controle político do tribunal constitucional pela sociedade civil dá-se principalmente pela possibilidade das minorias e grupos excluídos ser colocados como legitimados perante o referido órgão judicial a fim de requer direitos de que se possam valer para

602 MARTOS, José A. Montilla. *Minoria Política & Tribunal Constitucional*. Madrid: Trotta, 2002, p.110.

firmar posições frente a maioria ou aos grupos político-econômicos dominantes⁶⁰³.

Pode-se concluir que legitimar ativamente as minorias excluídas social ou politicamente ao processo constitucional é a forma de maximização da democracia material e participativa e de controle político das atividades do tribunal constitucional.

Na presente conclusão tem-se que abordar, também, as questões hipotéticas correlatas aos objetivos da dissertação: 1) É possível a aplicação da *construction* na hermenêutica constitucional brasileira? 2) Que feições assumiria a *construction* ante o ativismo judicial brasileiro? 3) A *construction* poderia ser concretizada em controle abstrato e difuso ou apenas em um dos dois tipos de controle de constitucionalidade no caso brasileiro?

Entende-se possível a construção de direitos fundamentais (*construction*) no controle de constitucionalidade difuso e abstrato na jurisdição constitucional brasileira, pois tal movimento do judiciário ativista norte-americano pode ser transportado para a jurisdição do Brasil a partir da experiência ativista da jurisdição constitucional brasileira (decisões nas Adin 3510 e ADPF 54 etc, controle abstrato de constitucionalidade), que pode aprimorar-se nas decisões do STF, como o emprego explícito da *construction* no Habeas Corpus 89417/ RONDÔNIA (controle difuso de constitucionalidade), que trabalhou de modo a avaliar a aplicabilidade dos direitos fundamentais em função do contexto político e da ponderação (como visto na seção 3.3 e no capítulo 4).

A *construction* no controle de constitucionalidade da jurisdição constitucional brasileira assume o aspecto hermenêutico-constutivo da norma de direito fundamental na sua vinculação ao contexto político-cultural no sentido de aplicação concretizadora das previsões normativas da Constituição enquanto avaliação política de sua incidência.

603 MARTOS, op. cit., p.122.

Não se pode é permitir a politização do direito e sua deturpação enquanto autorreprodução sistêmico-funcional dependente da política⁶⁰⁴, mas trabalhar-se no controle de constitucionalidade sob a perspectiva de conexão dos valores políticos aos direitos e princípios constitucionais servindo, por isso, como fundamentos de justificação da decisão judicial (correlação hermenêutica entre direitos fundamentais-valores políticos).

A jurisdição constitucional atua como garantia da sociedade democrática contra os poderes majoritários ‘injustos’, como coloca Dworkin⁶⁰⁵: a ampliação do espaço da incidência da constitucionalidade implica na efetividade de uma jurisdição aberta que garanta, na proposta hermenêutica da construção de direitos exposta na presente obra, espaço para a crítica intersubjetiva, para um multiculturalismo que expresse a pluralidade da pós-modernidade, mas defina concomitantemente métodos de trabalho pragmáticos para o direito constitucional tal como a *construction*.

Enfim, deve haver pela jurisdição constitucional um ativismo de caráter hermenêutico embasado numa metodologia concretizante, mas se possível não exclusiva de poucos intérpretes (proposta de ampliação dos instrumentos de ações constitucionais com legitimação ampliada e apregoação da redução dos poderes de uma jurisdição constitucional excessivamente concentrada), pois é fundamental além da hermenêutica construtiva a inserção de meios que garantam à sociedade civil a participação no controle de constitucionalidade.

A melhor forma de legitimar democraticamente a jurisdição constitucional é ampliar as possibilidades de atuação do cidadão no processo constitucional pelo manejo de ações constitucionais (a ampliação da legitimidade ativa para o manejo da ADPF seria um ganho de democratização), não para assegurar a neutralidade e imparcialidade não valorativa e não política do judiciário, mas

604 NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização Simbólica*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007, p.184.

605 DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p.151.

discutir a matéria constitucional num processo argumentativo de fundamentação da decisão optando por determinadas valorações.

É certo que os particularismos do processo de efetivação dos direitos fundamentais no Brasil devem ser levados em consideração como limites analíticos da *construction* enquanto método hermenêutico afeito a uma visão amplificadora que reforce a estrutura da normatividade constitucional pelos seguintes fatores:

1. Conceber a textura linguística ‘aberta’, funcional, flexível, das normas constitucionais, baseada em uma vinculação com valores da norma constitucional que abriga direitos fundamentais (capítulo 1);
2. Uma construção de direitos deve estabelecer a eficácia maximizada dos valores e princípios constitucionais mediante métodos hermenêuticos como a *construction*, que opera interligando elementos internos (dispostos nas normas constitucionais) a elementos externos à Constituição (valorações políticas da sociedade) (seção 3.3 e capítulo 4);
3. Como contribuição de Lênio Streck⁶⁰⁶ através da hermenêutica fenomenológica frisa-se que a interpretação nunca é um ato “neutro”, isolado, mas contextualizado numa pré-compreensão de sentido e direcionado sempre para a aplicação concretizadora, produtiva e criativa de direitos, e não para uma cognição abstrata seguida da aplicabilidade normativa; por ser direcionada a uma atividade produtiva, essa aplicação opta por valores e busca justificá-los argumentativamente – esse o modo de utilizar a *construction* na hermenêutica constitucional brasileira (seção 3.3 e capítulo 5).

606 STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica- uma nova crítica do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p.203.

4. Como contribuição de Rosemiro Leal⁶⁰⁷ observa-se a doutrina de que os direitos fundamentais devem ser decididos sobre o espaço de processualização democrático com a participação da sociedade enquanto fiscalizadora e co-construtora da ação judicial criadora de interpretações sobre o sistema normativo constitucional.

Concretizar direitos fundamentais não-escritos é fugir de uma visão política engessada pela manutenção de uma ordem social de valores tradicionalmente invariável que concebe direitos estáticos enquanto reflexo de uma ideologia social conservadora.

A missão da jurisdição constitucional deve ser dispensar as concepções políticas ‘fortes’, com ‘razões fortes’, de ‘racionalismos fortes’ ou ‘sistemas abrangentes’, em prol de uma razoabilidade e discussão democrática no tribunal constitucional, conforme apregoa Rawls, como demonstra Lima⁶⁰⁸.

A jurisdição constitucional deve ser comprometida com o regime democrático e seu pluralismo político-ideológico e social. Esse é seu direcionamento para a otimização da democracia. Por isso deve ser “aberta”, a fim de representar as tendências multiculturais da sociedade e servir de espaço de concretização dos seus valores, mas deve ser, concomitantemente, construtiva (ativista) para dar respostas técnicas e céleres às complexas necessidades sociais na pós-modernidade.

607 LEAL, Rosemiro (coord.). *Direitos Fundamentais do processo na desnaturalização dos direitos humanos*. In: Uma pesquisa institucional de Estado, Poder Público e União na constitucionalidade brasileira. Belo Horizonte: Fumec/Fch, p. 483-495, 2008.

608 LIMA, Newton de Oliveira. *10 Lições sobre Rawls*. Petrópolis: Vozes, 2019, p.46.

7

**PÓS-ESCRITO SOBRE
A ATUALIDADE DA
TEORIA DOS VALORES
E O DIREITO POLÍTICO-
CONSTITUCIONAL**



7.1 FUNDAMENTOS DA RELAÇÃO ÉTICO-AXIOLÓGICA NA ERA CONTEMPORÂNEA

A questão é onde começa a consciência jurídica autônoma em relação à Moral e como diz Paolo Grossi⁶⁰⁹, historiador do Direito, quem é a autoridade válida e reconhecida para impor um conjunto de leis com força e legitimidade. ora, se observarmos a formação da consciência jurídica medieval veremos sua completa dependência da consciência moral cristã, onde o rei seria submetido à lei e ao mesmo tempo sua vontade era a manifestação da vontade de Deus. Obedecer ao rei era o máximo de consciência jurídica de que se dispunha. Somente com São Tomás os príncipes são instados a fazerem um governo justo e admoestados sob a moralidade legal que deveriam seguir. Mas ainda assim sob a autoridade papal. Dante⁶¹⁰ em *Da Monarchia* defende um Império universal e uma lei universal, com a autoridade do príncipe chegando até onde fosse reconhecida. Guilherme de Occam, o nominalista, atacou a autoridade do papa como não universal, abria-se, gradativamente, uma crise de legitimação como crise do discurso racional da Igreja e sua pretensão de *magister universalis*. A importância da filosofia nominalista na formação das categorias jurídicas modernas, relaciona-se ao problema da autoridade, que é crucial. Por fim, Marsílio de Pádua defendeu a separação entre igreja e Estado e a partir do conceito de laicidade como secularidade consequente ao próprio domínio do homem decorrente do que legitimou a Igreja Católica; assim, o secular pode agir e atuar na História como livre.

A laicização é secularização, e esta é domínio autorizado e com o tempo autônomo de um poder humano que pode se constituir como legítimo, daí a busca de uma constituição desde a Magna Carta em 1215. A consciência jurídica moderna é a tentativa de se autonomizar na secularidade, os contratualistas viram isso, mas nem por isso se desapegaram do problema da autoridade soberana. Ao contrário,

609 GROSSI, Paolo. *Mitologia Jurídica de la Modernidad*. Madrid: Trotta, 202, p.78.

610 ALIGHIERI, Dante. *Da Monarquia*. São Paulo: Larousse, 2012.

Hobbes responde ao Bispo Bramhall mostrando que sua teoria do interesse político e da liberdade não eram contrárias ao poder do monarca, o repositório máximo da consciência jurídica como soberania unificada da nação, Hobbes mostrou que a liberdade política nascente, a liberdade de comércio e a ordem pública decorrente do pacto político poderiam conviver, tendo cada qual sua esfera de autonomia delimitada juridicamente.

A questão é que somente na modernidade esse problema da autonomia do Direito e da “consciência jurídica” exsurge e se coloca como científico, nas formulações de Kant, Thomasius, e depois de Hegel em seus ataques ao Direito Natural, que junto com Savigny erigiriam uma ‘consciência histórica’ da juridicidade de cada povo politicamente organizado. É pela autonomia do Estado soberano e sua legalidade que advirá o conceito de povo, assim, o valor político primaz é o do poder e da ordem e não a democracia, que só renasce no século XIX.

Antes da Modernidade, o valor era concebido como o Bem e suas modalidades, justiça, constância, temperança e coragem, conceitos extraídos da diferenciação do Bem concebido por São Tomás, reunidos na justiça, a principal virtude: disposição da alma para a prática do Bem (conceito cristão/aristotélico). Bondade: fim a atingir visando o bem. Ação boa, desse modo, seria igual a ação virtuosa, levando o ser humano à perfeição moral cristã.

Grotius, no século XVII, irá indicar uma autonomia do livre-arbítrio como prioritária frente à virtude de perfeição moral, o que se aliado ao movimento natural dos corpos em Descartes e Hobbes, já exigirá força e racionalidade dos sujeitos e não propriamente virtude com “bons fins”. Hermann Lotze, um kantiano, toma da Economia em meados do século XIX a expressão valor, para designar através do termo grego *axios*, ação, agora reinserida num contexto de eticidade contemporânea: ação virtuosa, isto é, com valor⁶¹¹, nesse sentido aqui,

611 Para Scheler até o conceito de valor, com a ideia de algo que se acumula, tal como um bem econômico, e que leva a uma ação (*axios*) valorosa é recuperado na Modernidade na forma de acúmulo, *de soma de atributos, como algo que o indivíduo*

significa ação que pode ser avaliada, subjetivamente praticada por um indivíduo.

Nietzsche utiliza-a em sua obra: crise dos valores, morte dos valores, aproximando da ‘Morte dos Deuses’ (*Gotterdammerung*)⁶¹². O ‘salto mortal do espetáculo burguês’ leva à morte dos valores. “A questão dos valores é mais importante que a questão da certeza”⁶¹³. O judeu e o cristão são os ‘sem valor’ por excelência, pois negam a arte e a vida (Nietzsche em “O Anticristo”: “o último cristão morreu na cruz”).⁶¹⁴

Max Scheler em “Da Reviravolta dos Valores” defenderá que na construção de mundo burguesa os valores são realizados conforme as considerações de utilidade e de economicidade. Os valores espirituais e vitais são obumbrados. Lutero ainda era um *virtuoso* religioso: colocar Cristo sobre os ombros e não se preocupar com o Mundo⁶¹⁵. Calvino é propriamente o cristão aburguesado, um ‘homem do cálculo’: o tipo

acumula. O mérito ético burguês é um mérito individual, e não coletivo e nem tradicional ou ainda menos espiritual, mas imanente ao mundo. Cf. Scheler, M. Da reviravolta dos valores (escritos esparsos, entre 1905-1928). Petrópolis: Vozes, 1994. Mas Scheler não quis ver a distinção kantiana, expressa já na “Fundamentação da Metafísica dos Costumes” de 1785, que os entes ou tem preço ou tem dignidade, pessoas tem dignidade, conforme a terceira seção da obra antes referida, e coisas tem preço, não tem autotelia, fim em si, e não podem ser autônomos, com dignidade de liberdade, mas apenas podem ser meios da vontade de quem é autônomo.

612 Antes do rompimento da amizade em torno de 1855, Nietzsche e Wagner trocaram intensa correspondência e isso gerou a produção de ideias comuns. Mesmo após o rompimento há reflexos na obra de Wagner da troca de ideias com Nietzsche: “O Crepúsculo dos Ídolos” (*Gotterdammerung*), opera que integra a Tetralogia do Anel: ‘A Valquíria’, “O Anel dos Nibelungos” e “Siegfried”. As obras de Wagner refletem o ufanismo e o nacionalismo alemães. A exaltação do irracional e do sentimental como expressão da música.

613 Nietzsche in “Fragmentos finais”, reunidos por Flávio Kothe.

614 Frases de Nietzsche in “Fragmentos finais”, reunidos por Flávio Kothe: “Para ler o Novo Testamento é conveniente calçar luvas. Diante de tanta sujeira, tal atitude é necessária.”; “O cristianismo foi, até o momento, a maior desgraça da humanidade, por ter desprezado o Corpo.”; “A fé é querer ignorar tudo aquilo que é verdade.”; “As convicções são cárceres.”; “As convicções são inimigas mais perigosas da verdade do que as mentiras.”

615 Conforme Scheler, Lutero conserva do catolicismo a veneração, sentimento religioso essencial, que a burguesia perde completamente: os sem veneração se lançam no mundo apenas buscando a satisfação individual e utilitarista. Cfr. Scheler. *Da reviravolta dos valores*. (escritos esparsos, entre 1905-1928). Petrópolis: Vozes, 1994.

burguês de homem é o invejoso, que não possui virtudes e inveja as do outro. A ação (*axios*) da burguesia é essencialmente um tipo de apropriação de valores alheios e de reificação dos valores (essa reflexão leva até Theodor Adorno, ‘Dialética do Esclarecimento’, reificação dos valores).

Na Idade Média cristã os valores foram vivenciados plenamente. Scheler: “O Espírito da Guerra e o Gênio alemão (*Der Geits des Krieges und der Deutschen genie*)⁶¹⁶, 1905. A guerra justa, a guerra santa medieval era uma guerra virtuosa, com exaltação das virtudes guerreiras; os alemães, o povo guerreiro por excelência, representam, portanto, um poderio de valor: a luta pelos valores, quem possui valores luta por eles. Scheler exalta o peregrino e o cavaleiro medievais como portadores de valores, em oposição ao burguês, que é incapaz de comungar de valores comuns, incapaz de se doar e de venerar Deus, mas confia apenas no processo individual de acúmulo de bens e de valores (valor, assim, nos dois sentidos).

Scheler reage a Nietzsche: *décadent* (decadente) não é o cristão, mas o burguês e o ‘homem greco-romano virtuoso da Antiguidade’ que Nietzsche defende; Scheler critica ‘a dosagem de amor de Aristóteles’’: deve-se amar mais a família do que os amigos, mais os compatriotas que os estrangeiros, para Scheler, o cristianismo supera tudo isso; Scheler frisa a decadência moral e o materialismo dos romanos, os quais Nietzsche enaltece como portadores de uma “vitalidade superior.”⁶¹⁷ Scheler defende uma ordem de valores espirituais e transcendentos, onde o valor é a ideia vital e essencial ordenada espiritualmente e vivenciada sentimentalmente, para além do caráter histórico de sua relatividade e atemporal como ordem objetiva constante de valores.

616 *Apud* Scheler, M. *Da reviravolta dos valores*. (escritos esparsos, entre 1905-1928). Petrópolis: Vozes, 1994.

617 O ponto de vista de uma fundamentação dos valores absolutos é ele próprio, um absoluto difícil de definir, porém talvez necessário. Scheler alerta para a *inconsistência* do conceito de relativismo axiológico. Schmitt, por seu turno, considera que o conceito de Anticristo pode ser definido essencialmente como o conjunto de novéis valores ante aos “valores cristãos tradicionais”. *Cfr*: Montserrat Herrero. *Los valores o la posición absoluta de lo no absoluto*, p.09. *In*: Schmitt, *La Tirania de los Valores*.

O método filosófico de Scheler é um intuicionismo essencialista: apreensão intuitivo-sentimental de essências de valor, intuição que capta a essência do valor como um conteúdo a ser concretizado. A ideia de valor e a significação de valor: a possibilidade de captar um significado expressivo na conduta humana de uma ideia em si, ontologicamente ancorada em uma realidade ideal (essente), porém não real (natural, existente), uma ideia em si, em um mundo de ideias formais em si, mas que se apreendidas podem se concretizar (em oposição ao formalismo ideal da Matemática, uma ordem puramente lógica sem concreção natural⁶¹⁸). A posição de Scheler e de Nicolai Hartmann, outro filósofo alemão, ficou conhecida como ontologismo axiológico, pois isola os valores como entes que não mas não existem no mundo físico, apenas num puro orbe ideal.⁶¹⁹

A posição historicista objetiva dos valores (Hegel e Marx) contrapõe-se à posição naturalista-empirista (Ehrenfels e Meinong) e ainda à posição formalista racional subjetiva (Kant) e relativista cultural (Radbruch, Reale) dos valores⁶²⁰. O formalismo dos valores de Kant é criticado na *Ethik* de Scheler como um meio de se igualar bens e valores, quando Kant traça o conceito de valor com fulcro na formalidade de um conceito de validade universal racional, e não em um conceito de formação da vontade de querer valores, nem na finalidade de se pôr e atingir valores. Kant adota uma posição radicalmente racionalista, empirista e formalista quanto aos valores, segundo Scheler, na *Ethik*.

Para Scheler, na *Ethik*, Kant remonta a Locke: existe uma potência de querer valor, empiricamente exercitável e dirigida, para Kant, pela razão prática. Na prática, Kant ao separar bens de valores,

618 LIMA, Newton de Oliveira. 'Teoria dos Valores Jurídicos: o neokantismo e o pensamento de Gustav Radbruch'. 1ª ed. indico uma classificação das correntes axiológicas (p.99) e das correntes axiológicas do Direito (p.102), e ainda, com base em Reale, Gusmão, Bobbio, Mondin, Nader e Radbruch, uma classificação teórica e uma fenomenologia formal-kantiana (conceitual) dos valores jurídicos (pgs.103-134).

619 Scheler fundamenta sua posição na fenomenologia essencialista de Brentano e Husserl: captação de essências de valor no orbe objetivo através da intuição essencial (*Wessenschau*).

620 LIMA, N. O. Op. Cit. p. 99-103.

orienta-se como empirista e pragmático. O valor torna-se um conceito formal e o bem (o objeto) é o móvel ao que o interesse se dirige, ainda que orientado pela razão prática a fim de assomar ao Imperativo Categórico (organização ético-formal dos valores)⁶²¹. Scheler recupera a base ‘material’ dos valores: a idealidade se expressa como conteúdo no querer um bem, mas o bem não é valor, isso é uma interpretação empirista.

O bem é essencialmente ligado às esferas de valor por disposições naturais da psique humana, orientadas, enquanto objeto desejável, por uma intuição essencial que identifica não bens, mas valores essencialmente superiores e valores inferiores em uma ordem de gradação (religião, moral, estética, justiça, bem comum, vitalidade, saúde e prazer).

Para Nietzsche o que conta é a ‘vontade de poder’ (*Wille zu Macht*) como expressão de que o que os homens fazem todo o tempo em sociedade é exercer poder uns sobre os outros. Todos querem exercer poder, é uma necessidade da cruel natureza humana. Remissão a Schopenhauer e Hobbes (natureza voluntarista do ser humano, em oposição a S. Tomás e Aristóteles, que acreditam na natureza racional do ser humano). Kant⁶²² fala da “sociabilidade insociável”: os homens não se suportam, mas um impulso natural leva à convivência, somente a razão organiza as formas racionais de convivência. Bertrand Russell: o poder é a essência da sociedade. Foucault: o poder é multidimensional e plural, se manifesta de diversas formas e em níveis diferentes, e todo o tempo, interferente. Caráter rizomático (tubercular)⁶²³ do poder (Gilles Deleuze). Para Karl Marx o poder é expressão da função

621 Na “Fundamentação da Metafísica dos Costumes”, Kant coloca a pessoa como valor-fonte, e a dignidade a autonomia como cerne de uma escala formal dos valores, cuja expressão jurídico-moral são os direitos humanos (proibição de tortura, de assassinato e de desrespeito ao homem) antecipados dedutiva e teoricamente por ele, antes mesmo das declarações de direitos posteriores.

622 Kant, como protestante, é herdeiro do pessimismo antropológico de Lutero, que afirmou “Deus, invejo aqueles que descansam” (*Deo invideo qui disquiscivit*).

623 Rizoma é raiz, tubérculo, *rhizome* (francês). Deleuze diz que o poder é rizomático porque ele se ramifica, se multifaceta, em formas diferenciadas.

econômica e simbólica (ideológica) das classes dominantes em todas as épocas.

Platão diz que as formas (*Arqué*) são exercitadas pelo filósofo, que deve ser o rei, para exercer poder. Sejam as formas entes linguísticos ou ideais, elas são exercitáveis para o domínio das massas, vide os tiranos, os demagogos, os retóricos, os sofistas. Somente o sábio filosófico, que conhece e visa o Bem, leva a compreensão das formas a um estágio de justiça e virtude para a Pólis.

7.2 VALOR E CRIAÇÃO DE VALORES

A cultura está em oposição à liberdade de vontade, à vontade de potência do “super-homem” (*Urbemensch*) de Nietzsche, o super-homem é aquele que pode criar valores, e não apenas os ‘consumir’. No esteta encontra-se o modelo cabal do *homo axiologicus* - o esteta é o criador de valores *par excellance*, aquele que pode transvalorar, mudar os valores. Nietzsche ataca a falsa oposição de valores, o pretense combate entre bem e mal. Os valores não são entes em si nem os homens efetivamente acreditam neles, eles são imbuídos de crenças que muitas vezes são aparentes, são nominalistas (e não realistas, não há veracidade universal que assegure a base veritativa da crença nos valores hodiernos (senso comum, “felicidade”) ou dominantes (Direito, Política), em suas expressões de Justiça e Bem Comum, metafísicos (religião, o sagrado) ou laicos (valores utilitários) nem uma Ontologia (base de existência). A crise que Nietzsche aponta é a crise ontoteológica da metafísica racional (apolíneo-socrático-platônica) e judaico-cristã (ontologia teológica, messianismo profético, transcendência espiritual).

O niilismo (esperado do nada) é expressão da crise de valores e do saber que pode levar a conviver com essa crise (ausência de ontologia), sem recair no Bem (“paraíso”, “bondade cristã”, “salvação da alma”) nem no Mal (suicídio, autodestruição, crueldade, estilização da cultura, nacionalismo cultural, Nietzsche previu a possibilidade do

nazismo antissemita na Alemanha, o que geraria um filisteísmo na cultura alemã). O que Nietzsche ensina é que a transvaloração niilista supera os valores com *l'esprit esthétique* - a arte é a redenção do que sofre, do conhecedor trágico, é a negação dos “sem-vida”, dos ‘sem-arte’ (o burguês, o judeu, o cristão, o budista, o filósofo racionalista do “Tu Deves”, em um ataque frontal a Kant).

O ser humano tem que sair dessa oposição entre: bem e mal (cristianismo – anticristo, barbárie), justiça (marxismo, jusnaturalismo) e injustiça (positivismo, capitalismo). Essa oposição é bem alemã, por isso a queda no nazismo, o mal absoluto, porque não se encontra outra ontologia que não a oposição metafísica dos valores, isto é, se eu não for ‘bom’(cristão) tenho que ser mal (niilista, cruel, sem valor). Subjetivismo sentimental (romantismo) e racionalismo deontológico são apenas faces de um jogo de “cartas marcadas”: a civilização ocidental é a civilização cristã (e romano-germânico-judaica), uma reeducação axiológica deve levar à transformação dessa civilização, pelo menos da forma como ela foi pensada até o momento (“transmutação de todos os valores”).

Albert Camus, o grande escritor existencialista francês, continua atual: o problema crucial do homem é o suicídio, que em um sentido nietzschiano seria o não mais querer jogar, o não mais querer criar e viver, o niilismo é a marca do capitalismo decadente sobre o ser humano. O conceito de liberdade em Nietzsche é um engajamento estético? Por um lado, é certamente realizar tudo o que eleva e promove a vida, a vida plena, criativa, o corpo, a saúde, a arte, os valores nobres e aristocráticos. Os homens do futuro, que ouvem Zarathustra (o sábio “sem caráter”, que escarnece o Deus do Absoluto, o Deus Metafísico, o moribundo), poderiam ser os feitores dessa novel maneira de conceber e viver os valores, essencialmente para além de bem e mal. Para Nietzsche a política a partir do séc. XIX torna-se massificação capitalista:

A degeneração global do homem, descendo ao que os boçais socialistas veem hoje como o seu “homem

do futuro' – como o seu ideal! -, essa degeneração e diminuição do homem, até tornar-se o perfeito animal de rebanho (ou, como dizem eles, o homem da “sociedade livre”), essa animalização do homem em bicho-anão de direitos e exigências iguais é possível, não há dúvida! Quem já refletiu nessa possibilidade até o fim, conhece um nojo a mais que os outros homens – e, talvez, uma nova tarefa....⁶²⁴

Em “Genealogia da Moral - uma Polêmica”, no Prólogo Nietzsche traça o objetivo da obra, a historicidade dos valores morais, na I Dissertação ele coloca o problema da linguagem e da formação dos conceitos⁶²⁵ :

O Direito senhorial de dar nomes vai tão longe, que nos permitiríamos conceber a própria origem da linguagem como expressão de poder dos senhores: eles dizem, “isto é, isto”, marcam cada coisa e acontecimento com um som, como que apropriando-se assim das coisas.

Os senhores criam a Moral, dão-lhe um sentido social, bom e nobre são conceitos co-originais. Mas com o cristianismo a moral das massas venceu, o impulso de ressentimento judaico triunfou, tema que Nietzsche retomará no “O Anticristo”. A rebelião dos escravos na Moral triunfou, pois o sentido da cultura é a domesticação do homem comum e a subjugação dos instintos guerreiros, nobres, dos antigos senhores e concessores de valor. O sentido da cultura é a domesticação humana. A III Dissertação é dedicada a atacar os ideais morais, a exemplo da desconstrução que Nietzsche faz dos ideais nacionalistas germânicos e antissemitas da música operística teatral de Wagner como exemplo de um artista a serviço do ressentimento. O ascetismo

624 NIETZSCHE, F. *Além do bem e do mal*. São Paulo: Companhia das Letras, 2005, p.92.

625 NIETZSCHE, F. “Genealogia da Moral - uma Polêmica”, p.17.

é a negação da vida e esta termina por combatê-lo, pois o homem sempre quer, sempre têm que imprimir um sentido à sua vontade e nega o não querer nada (ideal ascético).

A II Dissertação possui **3 Linhas de Desenvolvimento** de análise da filosofia moral, **linha 1**, podemos distinguir, encaminha-se a uma historicidade da formação da consciência moral e da formação e introjeção pelo indivíduo dos conceitos morais pela violência físico-psicológica; **linha 2**, volta-se para a origem do ato de valorar como ato de poder sobre a linguagem e o poder de nomeação e, **linha 3**, realiza a genealogia do Direito e do Estado, formados pela força persuasiva do sacerdote e a força violenta do guerreiro, a espada e a lei e a projeção do valor da justiça como valor onde os ressentidos e fracos podem esperar exercer poder. Assim, são trechos que representam as linhas de interpretação da “Genealogia da Moral”:

Nietzsche: Linhas de Desenvolvimento 1 e 2:

“1. Criar um animal que pode *fazer promessas* – não é esta a tarefa paradoxal que a natureza se impôs, com relação ao homem? Não é este o verdadeiro problema do homem?

(...) 2. Esta é a longa origem da *responsabilidade*. A tarefa de criar um homem capaz de fazer promessas (...) O imenso trabalho daquilo que denominei “moralidade do costume” (cf. *Aurora*, §9,1,16) – o autêntico trabalho do homem em si próprio, durante o período mais longo de sua existência, todo esse trabalho *pré-histórico* encontra nisto seu sentido, sua justificação, não obstante o que nele também haja de tirania, dureza, estupidez e idiotismo: com ajuda da moralidade do costume e da camisa de força social, o homem foi realmente tornado confiável. (...) O homem “livre”, o possuidor de uma duradoura e inquebrantável vontade, tem nesta posse a sua *medida de valor*: olhando para os outros a partir de si, ele honra ou despreza; e tão necessariamente

quanto honra os seus iguais, os fortes e confiáveis (os que *podem* prometer) – ou seja, todo aquele que promete como um soberano, de modo raro, com peso e lentidão, e que é avaro com sua confiança, que *distingue* quando confia, que dá sua palavra como algo seguro, porque sabe que é forte o bastante para mantê-la contra o que for adverso, mesmo ‘contra o destino’ - : do mesmo modo ele reservará seu pontapé para os débeis dodivanas que prometem quando não podiam fazê-lo, e o seu chicote para o mentiroso que quebra a palavra já no instante em que a pronuncia (...)

(...) Esses alemães souberam adquirir uma memória com os meios mais terríveis, para sujeitar seus instintos básicos plebeus e a brutal grosseria destes (...). Com ajuda de tais imagens e procedimentos, termina-se por reter na memória cinco ou seis “não quero”, com relação aos quais se fez uma promessa, a fim de viver os benefícios da sociedade, o domínio sobre os afetos, tosa essa coisa sombria que se chama reflexão, todos esses privilégios e adereços do homem: como foi alto o seu preço! Quanto sangue e quanto horror há no fundo de todas as “coisas boas”! (...)

“(...) é preciso construir uma memória naquele que promete; nelas, podemos desconfiar, encontraremos um filão de coisas duras, cruéis, penosas (...) Através da punição ao devedor, o credor participa de um *direito dos senhores*; experimenta enfim ele mesmo a sensação exaltada de poder desprezar e maltratar alguém como “inferior” – ou então, no caso em que o poder de execução da pena já passou à ‘autoridade’, poder ao menos de *vê-lo* desprezado e maltratado. A compensação consiste, portanto, em um convite e um direito à crueldade. – (...)

(...) *Nesta* esfera, a das obrigações legais, está o foco de origem desse mundo de conceitos morais: ‘culpa’, “consciência”, “dever”, “sacralidade do dever” – o seu início, como início de tudo grande na terra, foi largamente banhado de sangue. E não poderíamos

acrescentar que no fundo esse mundo jamais perdeu inteiramente um certo odor de sangue e tortura? (Nem mesmo no velho Kant: o imperativo categórico cheira a crueldade...)⁶²⁶

Nietzsche: Linha de Desenvolvimento 3:

“(...)Em segundo lugar, que a inserção de uma população sem normas e sem freios numa forma estável, assim como tivera início com um ato de violência, foi levada a termo somente com atos de violência – que o mais antigo “Estado”, em consequência, apareceu como uma terrível tirania, uma maquinaria esmagadora e implacável, e assim prosseguiu seu trabalho, até que tal matéria-prima humana e semianimal ficou não só amassada e maleável, mas também dotada de uma forma. Utilizei a palavra “Estado”: está claro que me refiro – algum bando de bestas louras, uma raça de conquistadores e senhores, que, organizada guerreiramente e com força para organizar, sem hesitação lança suas garras terríveis sobre uma população talvez imensamente superior em número, mas ainda informe e nômade. Deste modo começa a existir o “Estado’ na terra: penso haver-se acabado aquele sentimentalismo que o fazia começar com um “contrato”. Quem pode dar ordens, quem por natureza é “senhor”, quem é violento em atos e gestos – que tem a ver com contratos! (...) Sua obra consiste em instintivamente criar formas, imprimir forças, eles são os mais involuntários e inconscientes artistas – logo há algo novo onde eles aparecem, uma estrutura de domínio *que vive*, na qual as partes e as funções foram delimitadas e relacionadas entre si, na qual não encontra lugar o que não tenha recebido um “sentido” em relação ao

626 Nietzsche, F. “Genealogia”, p. 46 ss.

todo (...) Neles não nasceu a má consciência, isto é mais do que claro – mas sem eles ela não teria nascido, essa planta hedionda, ela não existiria se, sob o peso dos seus golpes de martelo, da sua violência de artistas, um enorme quantum de liberdade não tivesse sido eliminado do mundo, ou ao menos do campo da visão, e tornado como que latente (...)

22. Já terão adivinhado o que realmente se passou com tudo isso, e sob isso: essa vontade de se torturar, essa crueldade reprimida do bicho-homem interiorizado, acuado dentro de si mesmo, aprisionado no ‘Estado’ para fins de domesticação, que inventou a má consciência para se fazer mal, depois que a saída mais natural para esse querer-fazer-mal fora bloqueada – esse homem da má consciência se apoderou da suposição religiosa para levar seu auto martírio à mais horrenda culminância. Uma dívida para com Deus (...) Há uma espécie de loucura da vontade, nessa crueldade psíquica, que é simplesmente sem igual: a vontade do homem de sentir-se culpado e desprezível, até ser impossível a expiação, sua vontade de infectar e envenenar todo o fundo das coisas com o problema do castigo e da culpa, para de uma vez por todas cortar para si a saída desse labirinto de ideias fixas, sua vontade de erigir um ideal – o do ‘santo Deus’ – e em vista dele ter a certeza tangível de sua total indignidade. Oh, esta insana e triste besta que é o homem! (...) ⁶²⁷

7.3 KANT VERSUS SCHELER, NIETZSCHE E SCHMITT: ESBOÇO PARA UMA SÍNTESE

O voluntarismo schopenhaueriano, herdeiro do individualismo ético de Kant e antecipador de Nietzsche, e o comunitarismo ético hegeliano, herdeiro de Vico e da perspectiva de historicidade dos

627 Nietzsche, F. “Genealogia”, p. 69 ss.

povos, formaram a noção de valor na era contemporânea a partir da dialética entre a liberdade individual e sua trágica relação com a Vontade e a ideia de Hegel de uma formação ética incrustada na gestação dos povos e seus valores de grupamento.

O ponto de contato entre ambos é a problemática do combate de Hegel com Schopenhauer entre razão histórica com a Vontade irracional (que comanda o ser-aí, lançado no mundo, no sentido heideggeriano). Entre o peso da História e seus grandes fins racionais universais e o fato da existência e seu apaixonado furor expressivo da Vontade cósmica irracional, é gestada a categoria contemporânea da ética do *axios* (o valor) que permeia o Ideal platônico em Schopenhauer (expresso principalmente em sua teoria da música como acesso direto à Vontade e suas formas arquetípicas originais como descrevera já Platão) e o *ethos* aristotélico racional prático-normativo/empírico hegeliano na descrição das comunidades e seus valores objetivos.

Já para Stuart Mill, analisando aqui o pensamento axiológico de vertente liberal e individualista, o utilitarismo com o princípio da felicidade para o maior número vinculou a liberdade ao valor hedônico, o evitar a dor e obter prazer não constroem uma passagem para o interesse concreto pelo bem-estar do outro. Jeremy Bentham e seu individualismo radical não fugiu do princípio da utilidade hedônica individual para migrar a outros valores necessários a um conceito de prazer humano mais integral do que o prazer corporal, concedidos pelo Estado como bem-estar em termos de bens materiais. É melhor ser uma criatura humana insatisfeita que um porco satisfeito; é melhor ser Sócrates insatisfeito do que um tolo satisfeito⁶²⁸

Há um confronto objetivo entre prazeres superiores (intelectuais) x prazeres inferiores (corporais). A virtude moral não pode ser tratada apenas a partir do interesse imediato, mas constitui uma construção inserida na sociedade como valor, uma qualidade ou bem superior, o respeito ao outro como fim da ética, no que ele elogia Kant, e a força do combate moral contra a injustiça da violência e da miséria. Mill

628 STUART MILL, John. *A Liberdade. O Utilitarismo* São Paulo: Martins Fontes, 2000, p.191.

se preocupou com o sofrimento humano: para ele 95% dos homens são infelizes pela escravidão, pela miséria e opressão, a democracia não pode conviver com o sofrimento da maioria. Isso o levará ao liberalismo igualitarista em luta por direitos como busca da igualdade enquanto bem moral. Resumindo a teoria político-axiológica de Mill tem-se os seguintes tópicos-chave:

1. A justiça é mais do que uma conveniência individual, mas condutas que devem ser praticadas conforme uma utilidade social absoluta, o que a torna a parte mais importante da moral. O sentimento de justiça surge a partir do desejo de vingança e da simpatia para com os indivíduos injustiçados, o reclamo moral da justiça faz com que um indivíduo possa exigir o que lhe é devido de outrem, isso está pressuposto em todo o direito como uma realidade empírico-sentimental, não é jusnaturalismo. O utilitarismo enquanto individualismo se relativiza frente ao justo, o combate pela moral se torna dominante para o bem maior da sociedade. É o hábito de ser justo que torna a sociedade mais suportável, a simpatia entre os homens é motivada pela relação de respeito entre eles, que é uma relação moral e ao mesmo tempo protegida pelo direito. A imparcialidade é virtude do judiciário sem a qual a virtude de distribuição de méritos em relação às condutas não pode ocorrer. Isso garante o bem individual da segurança. Mill defendeu a igualdade dos direitos civis como base da luta justa (moral) no âmbito da sociedade, o que implica em seu “positivismo moral” uma necessária leitura moral do Direito, avaliando-o em função de um fim ou bem maior a atingir, que é a justiça. O pensamento de Mill faz pensar acerca das fronteiras entre Direito e Moral e exige da democracia uma finalidade na busca do justo, bem como uma luta política que legitime o Direito para além do individualismo político e do relativismo axiológico. para Stuart Mill a finalidade da sociedade é atingir a verdade e

a liberdade através do progresso, a busca humana pela liberdade deve seguir um programa liberal de defesa da opinião livre como base da discussão pública sobre os fins sociais e a formação pedagógica dos indivíduos com liberdade, a fim de se construírem valores comuns enquanto produto da associação entre pessoas livres.

2. Para Stuart Mill o fim da liberdade é a construção de um indivíduo autônomo, ao contrário do conceito de liberdade francês (independência = não se deixar dominar pelo Estado) ou alemão (liberdade como fins axiológicos universais e racionais), Mill defendeu a formação do caráter íntimo do homem por ele mesmo, o que ocorreria enquanto experiência e discussão sobre suas perspectivas de mundo e de vida, contra as verdades tirânicas da tradição ou da religião.
3. Para Stuart Mill o fundamento da sociedade é a busca da verdade e não qualquer tradição ou costume imutáveis, o que significa a capacidade humana de sentir por si seu próprio bem-estar e assim revelar a felicidade para o maior número de pessoas (utilitarismo político e moral). Através do exercício da individualidade e tendo como meio o progresso econômico e intelectual construído em um clima de liberdade política, a sociedade poderá crescer e gerar prosperidade e liberdade para todos os que queiram, isto é, que ajam individualmente para obter a própria felicidade, porque depende do esforço individual meritocrático a obtenção de bens e a autonomia, e não do paternalismo estatal que se ocorrer será algo despótico, como se mostra historicamente.
4. Stuart Mill frisa a criatividade e a individualidade livres no mercado como principal artifício do progressismo, da cultura e do mercado. o gênio só pode nascer e se desenvolver em um clima de liberdade. é um círculo: a sociedade livre, calcada em discussões científicas e sem tiranias de verdades absolutas, gera condições de criatividade e quanto mais essa

última cresce a sociedade progride e reforça as condições de liberdade de todos.

5. A liberdade política ancorada na felicidade moral e na livre iniciativa somente pode se desenvolver como um bem coletivo se a liberdade das minorias puder coexistir com a liberdade da maioria, isto é, com o que a maioria acha correto ou virtuoso sem esmagar o valor da divergência, mesmo em um sentido considerado egoísta, o que é relativo a cada sujeito, se não envolver diretamente uma obrigação que comprometa o interesse de outrem. O bem maior social é o bem-estar individual, é pela soma harmônica de interesses individuais realizados que se gerará o bem-estar da sociedade – o padrão da prosperidade social é a soma dos esforços criativos e pessoais em busca de seu bem-estar, maximizando o prazer e evitando a dor ou sofrimento na sociedade. Esse é o princípio utilitarista de avaliação da política. esse princípio moral abarca o próprio exercício do direito e da política, sendo o critério de justiça (felicidade para o maior número) e justificação do poder.
6. Sem qualquer jusnaturalismo, Mill propõe o sistema político liberal calcado na capacidade de exercício da liberdade individual, o problema da liberdade é a ampliação do exercício do poder político individual, através do voto a cada cidadão e da capacidade de criticar o poder de cada cidadão. um sistema eleitoral proporcional que confira a todas as facções representatividade seria outra conquista política que refletiria a busca da justiça social – pluralismo, tolerância, conquista de direitos e liberdade individual como fins da política.

A autonomia moral e a livre escolha e valores por cada sujeito está em oposição à cultura, à tradição e às construções metafísicas de valor, moral, política (Habermas, J., 'A ética da discussão e a questão da verdade', 2001, um discurso clássico transformado em ensaio,

proferido na Universidade Paris-Sorbonne, IV, em Paris). Essa posição habermasiana reflete uma inspiração kantiana, mas a questão que emerge é se essa libertação da cultura leva ao fluxo de novos valores, de valores democráticos?

Para Otfried Höffe, talvez o mais importante kantiano atual, os modelos de Ética, de Política e de Direito de Kant levam à razão, com a possibilidade de mitigação e até de superação do egoísmo e da desigualdade capitalistas, através da ação participativa no âmbito de um Estado de Direito republicano, igualitarista e racional. Em complemento a essa visão social-democrática de Kant e sua defesa da dignidade humana e da liberdade individual dentro de um Estado de Direito, encontra-se a tese de W. Kersting⁶²⁹, que lê Kant como defensor da liberdade individualista e na possibilidade de defesa do livre mercado, para ele o núcleo do pensamento estatal kantiano é a defesa procedimental de valores da liberdade e da propriedade.

Bem, se a consideração de C. Schmitt *Politische Theologie* (“Teologia Política”, 1922) de crítica ao liberalismo kantiano como um formalismo inútil para assegurar o bem comum puder ser discutida hoje, não apenas como uma fase radical do catolicismo político contra o protestantismo liberal no início do séc. XX, o que Schmitt fez inspirado no filósofo político espanhol Donoso Cortés, foi a crítica aos valores liberais: democracia parlamentar, paz, segurança (ordem pública), liberdade pessoal, direito à propriedade individual e à liberdade de expressão, proteção à privacidade, enfim, crítica essa que ele completa na década de 60 do séc. XX em ‘Tirania dos Valores’: a questão central é quem decide quais são os valores dominantes, quem detém o poder de prescrever valores. Quem detém o poder controla e prescreve os valores, isso remete a Nietzsche e todas as suas considerações críticas aos valores plebeus da Democracia e do Socialismo e seu elogio da faculdade nobiliárquica de prescrever valorações, e até a Hobbes (‘Leviathan’- *autorictas non veritas, facit legem*) e a Maquiavel (elogio do

629 KERSTING, W. *Universalismo e direitos humanos*. Porto Alegre: Ed. da PUC-RS, 2003.

princípio virtuoso e imoral, mas republicano, portanto, que efetiva o bem comum).

Em *Zum Ewigen Frieden* (À Paz Perpétua', 1795) Kant limita a Política ao Direito, entendido em grau máximo como Direito Cosmopolita. O peso da argumentação de Kant é que somente em um contrato internacional assegurado pela livre adesão de Estados-nação, e possuindo a faculdade de coação internacional protetiva dos seus integrantes, é que se poderá prescrever normas jurídicas internacionais às violações de tratados e pactos internacionais à paz. Kant concebe um mecanismo de garantia às violações a direitos internacionais públicos (entre Estados). Com base em Kant, J. Habermas em *La Pax Perpetuelle* ("A Paz Perpétua", 1996) e em *Más Alla del Estado Nacional* ("Para além do Estado nacional"), 1995, coloca a pessoa humana como sujeito de direito (e o valor da dignidade humana) não apenas do DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO, mas do próprio DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO, submetendo a Política à Moral (o que é a continuidade do projeto kantiano).

O que Kant prescreve é um direito internacional a que se tenha diversidade de valores dentro de um sistema de proteção à pessoa humana, se tomarmos o problema sob o prisma axiológico. Por isso Kant menciona em 'Rumo à Paz Perpétua', em um direito-dever de hospitalidade aos estrangeiros. Os povos devem se respeitar, os valores culturais devem se harmonizar através do Direito. Essa aposta na normatividade ética é que Nietzsche e Schmitt não consideram em suas críticas a Kant, mas é precisamente pelo formalismo universalista que Kant pode vencer os dois críticos. A aposta na autonomia e a igualação da autonomia a um núcleo de dignidade e de liberdade intangíveis é que asseguram a Kant o lócus de uma fala privilegiada. O que se quer é fazer com que Kant possa ser atualizado até hoje na recepção habermasiana já comentada⁶³⁰. Só há valores se houver possibilidade de liberdade, M. Scheler na *Ethik* já coloca isso como ponto capital da sua interpretação do formalismo kantiano.

630 Não só Habermas, mas HOFFE, O.; WILLASCHEK, Marcus.; Georg, CAVALLAR, dentre outros.

As críticas nietzschianas à deontologia política de Kant não afetam a objetividade formal e racional do juízo kantiano em torno da possibilidade de valores, pois para Kant o dever ancora o fim da ação (valor). O mais importante em Kant não é sua teoria axiológica, mas a instauração das condições de possibilidade de uma teoria axiológica a partir de um ponto de vista racional universalista (“Fundamentação da Metafísica dos Costumes⁶³¹”, 1785) e do universalismo e validade racional dos valores enquanto escolhas dos sujeitos, obedecendo a autonomia moral de dar a si apenas fins com validade universal (fórmula do Imperativo Categórico)⁶³².

O que sobrepõe em Kant é sua capacidade de crítica ao sistema de valores tradicionais pela ideia de um problematizarão do saber e da autoridade, abrindo as portas para uma análise científica e metodológica da realidade. O fato é que os valores em Kant são construídos em função de uma interpretação do conceito de liberdade racional e de autonomia moral, que são universais ante toda e qualquer cultura, daí o valor universal da liberdade como núcleo da dignidade humana (O. Höffe, em “Kant”).

As críticas de Nietzsche a Kant devem ser limitadas ao aspecto de uma possibilidade de revisão da teoria da moral, o que se faz dentro da possibilidade de uma moralidade laica e não impositiva, o que Kant já apregoa, por sinal. O que Nietzsche esquece é que Kant possui uma até hoje imbatível teoria da liberdade, que os críticos mais acerbos não desconstruíram pela via da Metafísica (Hegel) e que passou intocada pela virada linguístico-pragmática da Filosofia (meados do séc. XX).

Kant leva ao limite o conceito de liberdade de sua filosofia, e se pode com sua ideia de razão universal formal reconstruir a moralidade cristã e conduzi-la a um ponto racional e universalista como decisão autônoma do sujeito (Dworkin nessa esteira chega a mencionar uma “religião sem Deus”) e o respeito à liberdade moral interna da fé de

631 *Grundlegung der Metaphisik der Sitten* (GMS). “Fundamentação da Metafísica dos Costumes” de Immanuel Kant.

632 KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Prática*. Tradução de Valerio Rohden. Petrópolis: Vozes, 2008, p.167.

cada sujeito, deixando o Estado laico e protegido pela reconstrução de princípios constitucionais abertos e discursivos na comunidade.

Scheler e sua teoria material dos valores não afetou a estrutura do formalismo kantiano: pelo contrário, hoje é a psicologia experimental que se mostra avessa à teoria da simpatia e as conexões essenciais que Max Scheler e seu método intuitivo julgou haver encontrado no campo da relação simpática sujeito-valores absolutos. Na esteira da *Grundlegung der Metaphisik der Sitten (GMS)* ou “Fundamentação da Metafísica dos Costumes” *uma teoria dos valores assoma: só há valores em função da liberdade, sem liberdade não há valores, só a moral racional assegura valores plurais dos diversos sujeitos, isso será desenvolvido e complementado na obra política de Kant, na ‘Paz Perpétua’ como garantia do exercício do livre-arbítrio dos sujeitos na escolha de bens de consumo no mercado; na ‘Crítica da Razão Prática’ como exercício da liberdade moral enquanto projeção de fins calcados no dever; na ‘Crítica da Faculdade do Juízo’, na promoção da livre-escolha estética do prazer de fruição sentimental dos objetos de arte. Em todos os três casos o sujeito opera sob uma base formal da razão para escolher valores de utilidade, ação moral e gosto estético.*

O plano mais relevante destes três antes mencionados é o moral, pois possibilita a delimitação do valor como fim, circundado pelo dever moral universal dado pela razão. Kant parte da possibilidade de uma razão pura prática ser a legisladora universal; pela sua praticidade a razão determina algo na vontade, e ao conceber a liberdade como ideia *a priori*, e necessária da razão, ela é pressuposto da lei moral e o fecho do sistema da razão prática, dada sua necessidade ser provada pela própria razão (em paralelo e independente das leis causais naturais). *A priori* à lei moral Kant dá à liberdade a condição de pressuposto de sumo bem da vontade, tomada a partir da razão prática seu sentido de efetivação, e não Deus ou de imortalidade ou qualquer outra ideia metafísica (que não seja da razão pura prática).

A perspicácia como faculdade cognitiva é apenas um conhecimento prévio ou orientador sobre a realidade da ideia da liberdade (projetada pela razão mas com existência de consequências

fáticas, que se não existisse não haveria qualquer possibilidade de moralidade). Mas a liberdade não é uma intuição ou constatação empírica a partir de provas exteriores propriamente (embora pareça assim ao sentido interno psicológico dos sujeitos, mas uma ideia da razão pura prática).

Tanto valores ideais como sentimentos morais psicológicos e empírico-sentimentais para Kant devem submeter-se ao conceito de razão pura prática, com a projeção de uma instância normativa de avaliação da ação dos sujeitos.

O conceito de liberdade é a “pedra de escândalo dos empiristas” ingleses (Hobbes) e escoceses (Hume), pois como causalidade da razão e não da natureza é independência dos sentidos embora sobre eles exerça influência⁶³³. A não aceitação de princípios empíricos na moral leva a uma moralidade crítica, sendo que a validade de um juízo moral é sua adequação a validade objetiva da lei moral racional⁶³⁴ e não a opinião comum ou consenso ou moralidade tradicional com uma validade *a posteriori* de um juízo de experiência confirmatório de práticas morais tradicionais ou benéficas ou prazerosas aos homens (práticas com base na faculdade de apetição ou prazer).

É a adequação das máximas (proposição moral subjetiva) aos princípios (proposição moral objetiva) que assegura a validade dos juízos subjetivos de moralidade, tendo em vista o cumprimento do dever como obrigação e fim da conduta⁶³⁵. A validade última da razão assenta no raciocínio matemático e sua objetividade (contra Hume, que colocou a matemática na experiência).

O uso teórico da razão leva a um uso sobre a pura faculdade do conhecimento, o uso prático da razão na moral leva a um fundamento de determinação da vontade. Regras condicionadas ao próprio querer são imperativos hipotéticos, regras universais que a razão propõe

633 KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Prática*. Tradução de Valerio Rohden. Petrópolis: Vozes, 2008, p.12.

634 KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Prática*. Tradução de Valerio Rohden. Petrópolis: Vozes, 2008, p.20.

635 KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Prática*. Tradução de Valerio Rohden. Petrópolis: Vozes, 2008, p.21.

por si mesma e garante sua validade objetiva a partir das próprias proposições são válidas para além dos sujeitos, são imperativos categóricos⁶³⁶. Assim, princípios de apetição não podem validar qualquer norma objetiva na moral (teorema I, 2008⁶³⁷), assim como os princípios materiais asseguradores de felicidade ou amor de si (teorema II, 2008⁶³⁸). Contra Epicuro e o princípio do prazer da ética hedonista, a determinação da vontade pelo prazer não garante validade objetiva universal à lei moral, tampouco nenhuma recomendação do prazer subjetivo⁶³⁹.

Apenas o princípio formal da razão assegura validade à lei moral (teorema III⁶⁴⁰, a razão assegura a lei moral quando elimina quaisquer condições empíricas como fundamento de determinação da vontade, problema II, porque a liberdade transcendental é a ideia que assegura a independência das causas externas a ela própria (causas externas naturais), sustentando a validade da razão que pode assegurar a moral, contra quaisquer fundamentos de determinação natural da vontade (problema I⁶⁴¹).

Princípio supremo da razão prática pura⁶⁴²: “Age de tal modo que a máxima de tua vontade possa sempre valer ao mesmo tempo como princípio de uma legislação universal.” O que determina a vontade é a forma da lei, contra qualquer causa exterior e contra qualquer outra vontade, a consciência dessa determinação da lei só admite a proposição sintética *a priori* como razão subjetiva, cumprindo o

636 KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Prática*. Tradução de Valerio Rohden. Petrópolis: Vozes, 2008, p.35.

637 KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Prática*. Tradução de Valerio Rohden. Petrópolis: Vozes, 2008, p.36.

638 KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Prática*. Tradução de Valerio Rohden. Petrópolis: Vozes, 2008, p.38.

639 KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Prática*. Tradução de Valerio Rohden. Petrópolis: Vozes, 2008, p.44.

640 KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Prática*. Tradução de Valerio Rohden. Petrópolis: Vozes, 2008, p.45.

641 KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Prática*. Tradução de Valerio Rohden. Petrópolis: Vozes, 2008, p.48.

642 KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Prática*. Tradução de Valerio Rohden. Petrópolis: Vozes, 2008, p.51.

mandamento da lei como “fato da razão” aparecerá (fenomenicamente, não numericamente, ou seja, para Kant a mente só opera com base em fenômenos, o que se revela em dados sensíveis, e não a essência das coisas) à consciência a garantia prática da ideia de liberdade como fundamento externo à forma da lei (pressuposto ontológico, porém *a posteriori*, já que o sujeito experiencia a liberdade como vontade mas não a prova *a priori* na sua consciência⁶⁴³).

A razão pura por si já é prática ao dar ao ser humano a lei moral (não consciência moral, que é um fenômeno variável e subjetivo, ou experiência moral, contra Aristóteles). A lei moral vale para todos os seres racionais, dado o supremo fundamento determinante da vontade, que é a razão pura prática, a lei moral vale necessária e universalmente em sua objetividade, que asseguram uma virtude racional que seque o arquétipo da lei moral.

A lei moral vale como fundamento de determinação da vontade de todos os seres racionais, que ao reconhecerem a necessidade da lei adequam suas consciências ao mandamento da lei racional tomando sua autonomia (teorema iv) como legislação da razão pura prática, e não da heteronomia das determinações particulares e externas; a independência das determinações de apetecimento subjetivo da lei pelo cumprimento do puro mandamento da lei faz da liberdade autônoma da moral uma liberdade de sentido prático negativo (expurga as causas externas da decisão racional do sujeito, fixando os limites de seus fins) e formal (puramente racional e garantida pela própria razão pura prática).

Querer o bem-estar dos outros é um apetecimento que *a priori* pode causar felicidade mas não pode ser o fundamento de determinação da vontade racional, esse apetecimento pelos outros em um sentido imediato é mesmo o oposto ao fundamento de determinação racional da lei moral⁶⁴⁴, mesmo por amor a si ou aos necessitados.

643 KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Prática*. Tradução de Valerio Rohden. Petrópolis: Vozes, 2008, p.52.

644 KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Prática*. Tradução de Valerio Rohden. Petrópolis: Vozes, 2008, p.58.

A máxima do amor de si aconselha (prudência), mas a lei moral ordena que a determinação da vontade seja pela pura razão, prescrever um mandamento de felicidade aos homens é tolice, pois é o que todos já querem num sentido prático imediato, assim como é irracional querer que os homens sigam o mandamento da lei por medo da punição. Cumprir a lei moral pela satisfação do ser substancial perfeito (Deus) também seria uma espécie de epicurismo da vontade⁶⁴⁵. Assim, o único princípio moral possível para a vontade livre racional é cumprir a lei pela sua própria determinação como dever.

7.4 BEM COMUM, POLÍTICA E VALORES

Rawls⁶⁴⁶ analisa o conceito de justiça e suas relações com a felicidade e o bem-estar. As acepções clássicas de felicidade e bem-estar não podem ser concedidas somente a alguns indivíduos. O conceito de felicidade como posse de qualidades morais para indivíduos, que provém de Aristóteles, parece abstrato para a modernidade, embora ainda motive ações individuais⁶⁴⁷. Felicidade individual contínua leva ao bem-estar do indivíduo para Aristóteles, mas para Rawls a felicidade coletiva e o bem-estar geral são os grandes problemas políticos, envolvendo a justiça distributiva para garantir um mínimo existencial através da teoria dos bens primários a todos que necessitem.

Rawls também ataca fortemente o utilitarismo pois se cada indivíduo não é a sociedade, a soma dos interesses particulares não atende o bem comum. Apenas o Estado é o ponto de força do bem comum; o bem comum só é fortalecido nesse específico ponto. A economia é pontuação do indivíduo, e não perante o outro mas a

645 KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Prática*. Tradução de Valerio Rohden. Petrópolis: Vozes, 2008, p.66.

646 RAWLS, J. *Uma Teoria da Justiça*. Tradução Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p.437ss.

647 RAWLS, J. *Uma Teoria da Justiça*. Tradução Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p.567.

si mesmo, e Locke não teve qualquer receio de defender direitos naturais de caráter individual, inclusive de propriedade individualista, havendo justiça apenas na inserção do sujeito no Estado e na ordem civil, essa antiga premissa liberal de pôr sobre o reconhecimento do sujeito a ordem, confundí-la com a proteção dos próprios interesses, a irredutibilidade do sujeito e a defesa do sistema de proteções a esse sujeito foi a base do liberalismo clássico de seu valor de liberdade. Isso é também previsto no utilitarismo, irmão do liberalismo na ideia de liberdade política, mas o fim ético seletivo e a maneira hedonista e pragmática de se realizar justiça na tradição utilitarista é assaz criticada por Rawls, que quer a justiça como distribuição razoável e igualitária de bens através da deliberação pública e não a proteção da justiça para partes da sociedade como os liberais defendem desde Bentham e Mill. A justiça de Rawls interliga igualdade material, deliberação justa e discursiva através da razão pública e proteção da dignidade, liberdade e da propriedade de todos os sujeitos. Em um artigo famoso na história da Filosofia, *Kantian Constructivism in Moral Theory* (“O construtivismo kantiano na teoria moral”) de 1980⁶⁴⁸, Rawls introduz o conceito de construtivismo jurídico-moral, inspirado em Kant, onde os sujeitos são concebidos como pessoas morais e livres capazes de fazer acordos sobre princípios de justiça que fundamentam a vida na sociedade⁶⁴⁹:

Aquilo que justifica uma concepção de justiça não é o fato de ser verdadeira em referência a uma ordem que nos antecede e que nos é dada, mas sim a sua congruência com a mais profunda compreensão de nós próprios e das nossas aspirações, bem como o fato de percebermos que, conforme à nossa história e às tradições assentadas em nossa vida pública, não se trata da concepção mais razoável a nosso ver. Não podemos encontrar melhor privilégio para o nosso

648 Esse artigo integra a coletânea intitulada *Justiça e Democracia* da Ed. Martins Fontes (2002).

649 RAWLS, J. *Justiça e Democracia*. Prefácio Catherine Audard. Tradução Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p.51.

mundo social. O construtivismo kantiano advoga que se deve compreender a objetividade moral em termos de um ponto de vista social construído de maneira adequada, de forma a poder ser aceito por todos. Para além do procedimento que leva à construção de princípios de justiça, não existem fatos morais.

O “consenso sobreposto” de Rawls implica que uma posição política expressa em um discurso (tomado na esfera ideal da posição original da razão pública) ceda parte de suas razões às outras posições, para que se chegue a uma decisão razoável e justa, não é um consenso perfeito, onde todas as pretensões sejam atendidas, mas é o suficiente através do princípio do discurso público, para apaziguar conflitos e assegurar a relação entre liberdade e igualdade mediada pelas instituições judiciais e outras instituições (poderes executivo ou legislativo).

A ideia de uma razão universal com finalidade ética deve ser substituída pela ideia de uma razoabilidade equilibradora de posições diferentes através de uma cultura pública democrática liberal (as práticas de liberdade e de discussão democrática pelas pessoas perante as instituições)⁶⁵⁰.

Rawls nunca se afastou do princípio de que a justiça se efetiva através de sua manifestação institucional, sem isso não se pode ter concretização do consenso produzido em torno dos princípios de justiça definidos democrática e livremente numa comunidade, mas não através da tradição e de valores tradicionalistas, mas pela reflexão pública onde cada indivíduo se alça à reflexão sob o "véu da ignorância", colocando em suspensão seus próprios valores e pensando-se na posição dos outros, um exercício de idealidade ética universal, afastando o utilitarismo imediato do prazer próprio e da vida já arraigada em sua comunidade e em sua própria posição metafísica (superação da filosofia da consciência).

650 RAWLS, J. *Justiça e Democracia*. Prefácio Catherine Audard. Tradução Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p.239.

Por outro lado, a institucionalização da justiça é uma das mais importantes metas do liberalismo político, e Rawls afasta a visão antiestatista, antiuniversalista, de qualquer filosofia radical de mercado e privatista, pois sem o Estado que sustente a efetividade da justiça, do bem comum, e da liberdade pública e de contestação pública do cidadão, as deliberações da razão pública tornar-se-iam ineficientes, e não se poderia assegurar liberdades básicas e cooperação social nem atender a consecução de bens primários à população, meta primaz para garantir a igualdade como valor político⁶⁵¹.

Em 1997⁶⁵², na “A ideia de razão pública revista”, Rawls redimensionou várias características da sua concepção de razão pública, ampliando sua construção através da cultura política do “pluralismo razoável” (aceitação das diferenças com tolerância) na vivência prática da Constituição, afastando a legitimação da sociedade democrática em valores não políticos como a fé em uma visão espiritual que se colocasse acima da discussão democrática que deve sustentar uma sociedade plural e democrática⁶⁵³.

Rawls e Habermas são os mestres da razão pública, mantendo viva a tradição kantiana de construção discursiva de valores políticos e jurídicos procedimentalistas, sem percepções de caráter metafísico ou ‘visão de fundo’ sobre valores essenciais como diz Habermas; a visão substancialista de valores constitucionais somente em cabimento na perspectiva de uma volição popular tradicionalista e comunitarista.

O chamado conservadorismo moral opõe-se fundamentalmente à legitimidade de uma sociedade aberta ou democrática de Popper e Kant. Moralmente fechado, o comunitarismo quer antes ‘homens bons’ a ‘boas leis’, é a recalcitrante posição de Aristóteles de uma

651 RAWLS, J. *Justiça e Democracia*. Prefácio Catherine Audard. Tradução Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p.155.

652 Publicada originalmente na *University Chicago Law Review* em 1997, n. 64, pp. 765-807, traduzido e publicado como parte da edição expandida de *O Liberalismo Político* (2012) e também integra a edição de *O Direito dos Povos* em 2004, ambos pela Ed. Martins Fontes.

653 RAWLS, John. *O Direito dos povos*. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 227.

metafísica da consciência moral que decai na modernidade sem a presença de uma visão pragmática e liberal, onde o valor é buscado como perfeição ética e não considera a complexidade cultural, o relativismo cultural e contextual da manifestação dos valores e, ao mesmo tempo, a necessidade de sua universalização como já mostram Habermas, Kant e Rawls nas ideias de sociedade da razão pública mundial e normatividade ético-jurídica cosmopolita capaz de proteger e calçar a construção discursiva e a intersubjetividade crítica de sistemas constitucionais que queiram dialogar⁶⁵⁴. Esse moralismo comunitarista neoaristotélico quer antes de tudo substituir o Direito pela Moral, a liberdade pelas virtudes, e nada disso leva a soluções axiológicas e pragmáticas para a complexa realidade pós-moderna do Direito e da Política.

Dessarte, é com esta categoria axiológica pressuposta – a liberdade individual – que se analisará essa amplitude ideal do liberalismo, enquanto teoria política da liberdade, pois seus fins são plurais e democráticos.

Quem primeiro indicou esse direcionamento axiológico aperfeiçoada por Hegel e Nietzsche do liberalismo foram Kant e Rousseau que, embora não tivessem atingido a concepção axiológica, indicavam que a liberdade como uma disposição racional de agir por parte de cada homem individualmente, como coloca Leonard Krieger⁶⁵⁵.

654 LIMA. Newton de Oliveira. *10 lições sobre Rawls*. Petrópolis, Vozes, 2019, p.49.

655 KRIEGER, Leonard. Etapas na História das Liberdades Políticas. In: Liberdade. Friedrich, Carl (Org). Trad. de Norah Levy. Rio de Janeiro: O Cruzeiro, 1967, p. 29-30: “Tanto para Rousseau como para Kant, o agente da liberdade integral não era o conhecimento, mas sim o desejo de agir, e, para ambos, o conhecimento teórico da ordem natural só trazia uma relação negativa para a liberdade. Tornaram-se claramente preocupados com a construção de uma ordem que seria interna do próprio ato de liberdade. Tal esforço sublinhou as doutrinas características da vontade geral e do imperativo categórico. Mas, nem Rousseau, nem Kant, nem as doutrinas posteriores do século dezanove podem ser bem compreendidas se suas inovações forem tomadas como uma total reprovação de ideias prevalentes. Rousseau e Kant concordam com seus contemporâneos que a atividade integrativa da liberdade é política; também concordam que a forma de liberdade integral na ordem da natureza. Em resumo, depois que eles quebraram a velha combinação teórica da natureza com a moralidade para ceder lugar a uma liberdade mais ativa, eles as recombinaaram de novo modo

Essa forma imanente da liberdade almejada por Kant e Rousseau era o prenúncio da valoração da livre escolha e da liberação da ação racional por interesse individual, entendida como objeto ideal do espírito contemporâneo, sendo, portanto, consentâneo a este como realidade ideal, e assim, de certo modo, seria uma forma paradigmática da vida social.

A associação da teoria kantiana e rousseauísta com a moderna teoria axiológica que concebe o conteúdo da liberdade como centro de captação dos valores somente pode ser feita pressupondo a própria liberdade como valor moral e político central do sistema político-constitucional e não apenas como faculdade de escolha ou de ação.

A linha evolutiva do conceito de liberdade exposta por Krieger verifica a existência de tradições liberais as mais diversas, não aborda, todavia, a acepção axiológica originária de liberdade, apenas indicando filosofias que se insinuam nesse sentido.

Por isso, ele não consegue erigir uma categorização unificada e aprioristicamente válida da liberdade, pois somente uma visão valorativa pode fornecer o conteúdo de uma historicidade da liberdade, e esclarecer onde se encontram na História as manifestações de unidade da liberdade, e por extensão do liberalismo.

As raízes do liberalismo estão, portanto, fincadas no âmago da vontade humana como valor perene e imutável: a liberdade substancial, compreendida como vontade do livre arbítrio ligada à faculdade racional e axiológica; a correta e verdadeira ação livre é aquela orientada por uma racionalidade individual que trabalha sobre valores. Qualquer projeto político que destrua a individualidade e sua livre reflexão axiológica permite logo proximamente a destruição sistêmica da liberdade e a escravização da sociedade e do homem.

político visando dar realidade a esta liberdade ativa. No âmago desta reinterpretação estava a questão de potência: a natureza é suscetível à ação da liberdade, e o ato de liberdade assim se torna um de autorecuperação racional. É claro que aqui existe qualquer coisa da noção tradicional que postulava ser a liberdade uma realização do bem, só que agora o bem não era alguma coisa dada. Era uma forma imanente que a liberdade dá a si própria”.

O liberalismo, desde seus primórdios helênicos com os sofistas (liberdade no discurso e na filosofia relativista humanista) e com Aristóteles (liberdade na Democracia como teoria de forma de governo), passando pelos ideais renascentistas de virtudes personalistas e desabrochando plenamente na idade contemporânea, teve sempre uma configuração universalista, dado precisamente seu cerne transcendental e sua natureza axiológica objetiva. Como diz Mises⁶⁵⁶: “Historicamente, o liberalismo foi o primeiro movimento político que almejou a promoção do bem-estar de todos, e não de grupos especiais”.

O que Mises não notou foi que esse ideal universalista era bem mais antigo que a simples formulação liberal contemporânea, é uma condição ôntica a liberdade, como Heidegger mostra em sua teoria do sujeito autêntico, no item 7.5 exporemos. Ele, no entanto, exprimiu claramente o caráter axiológico do liberalismo, talvez mesmo em confronto com seu posicionamento científico, ao afirmar que o liberalismo era munido de ideias, o que revela exatamente seu pressuposto axiológico⁶⁵⁷:

A mais profunda e cabal das percepções fundamentais do pensamento liberal é a de que as ideias constituem o fundamento sobre o qual se constrói todo o edifício da cooperação social humana e em que se sustenta uma estrutura social duradoura, a qual não pode ser erigida sobre ideias falsas e errôneas.

A tortuosa questão do que é a liberdade só pode ser respondida mediante uma aceção aprioristicamente voltada para os valores e, nesse contexto entende-se, em última análise, que liberdade é a autodeterminação de cada individualidade humana tomada em

656 MISES, Ludwig von. *Liberalismo*. Rio de Janeiro: José Olympio, 1987, p.9.

657 MISES, Ludwig von. *Liberalismo*. Rio de Janeiro: José Olympio, 1987, p.153.

sua totalidade existencial (pessoa humana) que almeja uma escolha concretizadora de objetos ideais que devem ser (valores).

Realizar essa decisão de concretização é o que se chama de agir livremente ou com liberdade. Ao mesmo tempo, é só porque a liberdade é em si mesma um valor perene é que o espírito pode tomá-la para si e, redimensionando-a já como faculdade diretora do agir, e aqui a idealidade do valor liberdade transmuda-se em vontade, pode torná-la o *modus operandi* capaz de apreender a totalidade do orbe ideal do espírito humano.

Quem diz valor diz espírito (Loui Lavelle), e diz também liberdade, pois somente ela mobiliza os objetos ideais, possibilitando sua concretização. Ora, a liberdade não é uma simples condição de ação, é antes a disposição interna de agir, a qual se calca na autodeterminação axiológica da pessoa humana, que não se exaure pelos impedimentos externos, pois é permanente, é o impulso de transcendência que move o homem; a existência de condições extrínsecas para a ação não caracteriza a liberdade, mas preparam seu campo atuacional.

O que fundamenta a liberdade é a autonomia humana em si mesma considerada. Como disse Kant, a autonomia é o cerne da dignidade e da liberdade, estando ela impassível ante as transitoriedades históricas, pois pertence à própria condição humana. Não admitir tal condição, é negar o humanismo e incorrer num pós-humanismo que trataria o ser humano como máquina. Assim, a autonomia pressupõe a liberdade como valor. No campo social somente é possível cogitar sobre progresso se houver uma base axiológica que parte do sujeito e chega à sociedade. E não da sociedade para atingir o indivíduo, como querem todos os coletivismos.

Enfim, para o resguardo da liberdade individual e social, e consequentemente para a coadunação com o liberalismo, a correta fundamentação da valoratividade deve ser fenomenológica ontológica transcendental. Os valores constituem objetos ideais aptos a serem apreendidos intelectual e intuitivamente pelo homem.

Volvendo-se à questão da liberdade no processamento da transformação da idealidade em faculdade volitiva, entra-se no papel

da razão e da intuição como faculdades co-compreensivas da idealidade do valor juntamente com a liberdade; abstraindo do intuicionismo ou do intelectualismo axiológicos, que são as correntes que pretendem explicar se os valores são compreendidos racional ou intuitivamente, julga-se, consoante a fenomenologia de Jonhanes Hessen⁶⁵⁸, que as duas faculdades, razão e intuição, se complementam na cognição compreensiva da valoratividade, ainda que a segunda tenha certa precedência, pois mais profundamente atinge a compreensão sobre o valor.

A totalidade e a complexidade dos valores componentes do orbe ideal do espírito somente se plenificam na existência de cada um quando o espírito pode dar-se livremente a si mesmo (raciocinando e intuindo), sem os entraves exteriores que travam a pessoa em seu desenleio individual, e que devem ser eliminados o máximo possível, a fim de que a pessoa humana, compreendida como direcionada a realizar valores ideais, através da liberdade exercida comunitariamente (e não egoísticamente), especialize sua existência realizando o abstrato do valor no cotidiano da História, e tornando-se dessa forma um ser único no meio dos demais, e não repetindo os padrões existenciais, como quer todo o organicismo e o naturalismo (do qual o marxismo é legítimo representante). Como assevera Max Scheler *apud* Dalle Nogare⁶⁵⁹:

o valor pessoa como o valor dos valores...e a glorificação da pessoa...a significação moral de toda a ordem moral. É por isso que o padrão de medida para toda a comunidade e toda a história é a ideia que consiste em saber até que ponto elas conferem uma base de existência e de vida ao puro valor existencial do maior número de pessoas (singulares e coletivas) as mais ricas possíveis em valor (*Le formalisme em Éthique*, p.504).

658 HESSEN, J. *Filosofia dos Valores*, p.146.

659 DALLE NOGARE, Pedro. *Humanimos e Anti-Humanismos em conflito*. Petrópolis: Vozes, 1983, p.123.

Há de se frisar que a comunidade é o local *par excellence* em que se efetiva o valor, dada a convivência existencial dos homens, que só podem viver em sociedade, senão seriam deuses ou animais, assertou Aristóteles⁶⁶⁰.

Destarte, apesar do valor e da liberdade de sua constituição serem escolhas individuais, suas consequências pragmáticas serão sempre coletivas, daí porque os homens desde os primórdios da vida em sociedade terem se pautado por sistemas políticos de valor, que refletem o grupo de valores predominante que eles elegem, se são os valores da individualidade, os da coletividade ou os da cultura.

Gustav Radbruch⁶⁶¹ diz que a concepção de mundo (*Weltanschauung*) da sociedade gera por consequência três sistemas básicos: o individualismo (que prega o indivíduo como fim da sociedade); o coletivismo ou supra-individualismo (que propugna que as valorações que plenificam a sociedade são mais relevantes que as outras); o transpersonalismo, que vê nas obras dos homens, ou seja, na vida objetivada da cultura (Ortega y Gasset), um valor mais alto que os demais.

O correlato das teorias axiológicas do Estado acima descritas no campo de teorização social é que o individualismo se une ao mecanicismo, e o coletivismo ao organicismo. Claro que o liberalismo, como sistema sociopolítico-econômico e conjunto doutrinário, só pode aderir à díade individualismo-mecanicismo como corrente valorativa da politicidade. O liberal Wilhelm Humboldt *apud* Bobbio⁶⁶² definiu muito bem o individualismo como acepção valorativa política:

Se o Estado tem um fim último, esse é o de elevar os cidadãos ao ponto de poderem eles perseguir espontaneamente o fim do Estado, movidos pela única ideia da vantagem que a organização estatal

660 ARISTÓTELES. *Política*. Tradução Mário da Gama Cury. Brasília: Ed. da UNB, 1985, p.34.

661 RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. Coimbra: Arménio Amado:1974, p.127-8.

662 BOBBIO, Norberto *et al.* *Dicionário de Política*. 6.ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo:Brasiliense, 1994, p.25.

a eles oferece para o alcance dos próprios objetivos individuais.

O autêntico liberalismo deve adotar uma compreensão do vocábulo latino *liber*, livre, como devendo ser usado e sentido em toda sua força de significação supra-histórica, nos campos existenciais possíveis onde o ideal e o conceito de liberdade cheguem e possam ser utilizado. A ideia de liberdade como essência axiológica deve ser sentida e compreendida como parte integrante de suas existências concretas no fazer histórico-cultural.

E muito menos a extensão do conceito como idealidade e transcendentalidade, na medida em que estas duas últimas características é que fazem a expansão do conceito de liberdade nos campos jurídico (liberalismo político com suas exigências de liberdade civis e públicas, garantias sociais e coletivas, dignidade da pessoa humana); político (Estado de Direito, limitação do poder pela lei, separação dos poderes); econômico (liberdade de negociar, de produzir; concorrência livre, livre produção o máximo possível); ideológico (garantia do pluralismo existencial e ideativo, da autoafirmação da personalidade individual face à coletividade).

As manifestações extrínsecas da liberdade nos variegados aspectos sociais são construídos histórico-culturais de que se utiliza o homem para concretizar seu ideal de liberdade como vivência de valores.

Observando o humanismo se realizando por ação de um movimento contínuo e uno em defesa da liberdade como ponto de partida e de chegada dos escopos da humanidade e da individualidade, não verá outra coisa além do que o liberalismo, o qual, como conjunto doutrinário que é, expressa a liberdade axiológica da pessoa humana, alfa e ômega da História.

A liberdade como valor forma, pois, no campo moral, sendo um valor universal *a priori*, que unifica o movimento liberal em sua pluridiversidade de manifestações. Esta valoração absoluta da liberdade de cada ente humano faz com que se deva sempre pressupor

o princípio de que “toda pessoa, como tal, tem o direito de estar em liberdade”, asseverado pelo pensador Henry Aiken⁶⁶³ que em sua crítica ao utilitarismo de Stuart Mill proclama:

A liberdade não é um bem moral apenas porque pode levar à felicidade em geral, nem porque, por uma extensão do significado original da ideia, pode ser uma parte da felicidade da maioria dos homens(...) A base moral da liberdade, digo eu, não é outra coisa senão o direito de estar em liberdade. Em resumo, a origem da liberdade não é a utilidade, mas, apenas e simplesmente, o princípio de que cada pessoa tem o direito de estar em liberdade. Este princípio dispensa todos os outros princípios. Nem pede auxílio ou a sanção de qualquer autoridade mais alta, institucional ou não. Também não deve ser considerada como dada por Deus, como uma lei natural, ou um ditado da pura razão prática, mais do que o próprio princípio da utilidade. O que lhe dá autenticidade é apenas nossa própria admissão consciente a ela. Na linguagem de Kant, o princípio é um imperativo categórico.

Os caracteres cardeais do liberalismo como movimento cultural histórico podem assim ser definidos:

1. Pressuposição de uma base axiológica: o valor liberdade e a ação livre como elementos apriorísticos existenciais do ser humana. Visão fenomenológica ontológica transcendental do orbe ideal dos valores, e da liberdade, racionalidade e intuição como elementos cognitivos do valor.
2. Transcendência do valor liberdade para todos os campos possíveis da existência social e individual: político, jurídico, econômico, cultural etc.

663 AIKEN, Henry. Etapas na História das Liberdades Políticas. In: *Liberdade*. Friedrich, Carl (Org). Trad. de Norah Levy. Rio de Janeiro: O Cruzeiro, 1967, p. 121.

3. Autonomia do indivíduo na sociedade, encarado como pessoa humana, isto é, um todo de significatividade axiológica que se insere numa comunidade histórica de pessoas. Humanismo, centralização da pessoa humana sobre o poder, a coletividade, a natureza e a própria cultura.
4. Individualismo e mecanicismo axiológicos: o Estado e a sociedade são meios, e não fins do indivíduo. Limitação do poder estatal o máximo possível em todos os campos de atividade social, e aprimoramento da participação do ser humano.

É por isso tudo isso que falha a tentativa do marxismo de defender a identidade liberal-capitalista, pois as circunstâncias históricas e sociológicas, bem como os fundamentos axiológicos e ideológicos, não prendem o liberalismo ao capital. Mesmo a associação da prática do liberalismo como sistema político-econômico com o capitalismo não é tão perfeita como julgam os marxistas.

O protecionismo cambial e comercial de uma nação afasta automaticamente preceitos econômicos liberais, mas este país pode ter o Estado forte no planejamento e regulação econômica capitalista, embora politicamente seja autoritário e antiliberal, economicamente adote uma economia de mercado (China); e mesmo países econômica e politicamente liberais em certo grau de costumes da população podem ter um substrato político antiliberal e autoritário (Rússia).

O liberalismo não é unívoco em suas manifestações por defeitos na sua compreensão teórica e/ou na pragmática de seu ideário. Porém sua essência permanece a mesma: a valoração da liberdade acima de condicionalidades históricas.

Ainda que alguns sistemas liberais cedam a erros como o exacerbamento do indivíduo face à comunidade, pois o egoísmo não se coaduna de forma nenhuma com o liberalismo, visto que só há verdadeira liberdade se esta for socialmente exercida (comunitariamente bem como individualmente); ou falsidades como o elitismo (exceto com algumas exceções, em que o coletivismo é vício

e não virtude) nos âmbitos político ou econômico, é porque nesses aspectos o liberalismo foi viciado pelos sistemas ideológicos com que se correlaciona socialmente.

É inegável a ascendência de uma classe social organizada sobre um movimento cultural em que ela tome parte, pois esta classe detém ideias particulares, e inevitavelmente produzirá mudanças em concepções de certo movimento cultural. Isso ocorreu com o liberalismo na era moderna e a burguesia em ascensão. Mas daí concluir que a ideologia burguesa criou o liberalismo como superestrutura é que não se pode aceitar.

Como diz Matteucci⁶⁶⁴, a relação do liberalismo com o capitalismo é porque este fornece meios para a consecução dos objetivos daquele, o capitalismo suga da doutrina liberal sua reflexão, defesa e compromisso axiológico com a liberdade.

Nicola Matteucci⁶⁶⁵ adota uma postura clara de repudiar qualquer pretensão de derivar o liberalismo como ideologia burguesa, quando fala dos preconceitos históricos contra o liberalismo.

664 MATTEUCCI, Nicola *el al. Dicionário de Política*. 6.ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo:Brasiliense, 1994, p.699-700 p. “São os seguintes os elos da cadeia de raciocínio, por meio do qual a demagogia antiliberal obtém êxito, ao culpar o liberalismo e o capitalismo por todos os excessos e conseqüências malévolas das políticas antiliberais. Em primeiro lugar, parte-se do pressuposto de que os liberais visam à promoção dos interesses dos capitalistas e empresários, à custa dos interesses do restante da população, e de que liberalismo constitui uma política que favorece os ricos em detrimento dos pobres. Em segundo lugar, argumentem que muitos empresários e capitalistas, sob certas condições, advogam tarifas protecionistas, e que ainda outros- os produtores de armamentos- apóiam uma política de “alerta nacional.” Por fim, de afogadilho conclui-se que tais posições são, necessariamente, políticas “capitalistas.”

Na realidade, no entanto, trata-se exatamente do oposto. O liberalismo não é uma que age no interesse de qualquer grupo em particular, mas uma política que age no interesse de toda a humanidade. É, portanto, incorreto afirmar-se que os empresários têm algum interesse especial em sustentar o liberalismo; seu interesse campear por um programa liberal é exatamente o mesmo de qualquer outro. Pode haver casos individuais em que alguns empresários ou capitalistas coloquem seus interesses particulares no programa de liberalismo. Mas em oposição a estes estão sempre os interesses especiais de outros empresários e capitalistas”.

665 MATTEUCCI, Nicola *el al. Dicionário de Política*. 6.ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo:Brasiliense, 1994, p.699-700: “Encontramo-nos diante do terceiro preconceito, o “histórico”, que dos três é com certeza o mais enraizado: o Liberalismo é a ideologia da burguesia. Tal preconceito se deve a dois erros metodológicos: antes

Antes, pode-se afirmar que é o marxismo um produto da ideologia burguesa, pois os valores primordiais do marxismo são os do capitalismo: o valor laboral e o valor da utilidade.

No capitalismo, o substrato mais íntimo da liberdade visa primordialmente que o indivíduo produza, e que se utilize dos meios existenciais para que se tornem eles instrumentos de mais produção.

É um círculo do qual não se pode fugir: a existência tem que produzir trabalho, e com este se produzirão os meios de subsistência

de tudo, dizer que a burguesia é uma classe nos leva a cair no vago e no equívoco, porque o termo burguesia, referido a um período histórico tão amplo que coincide com a formação da Europa moderna, pode significar os habitantes das cidades, os que desempenham determinadas funções, os proprietários, a classe média de profissionais liberais, os engratados, as classes dominantes (ou classe política). A burguesia se torna, pois, um fantasma de mil faces, à qual dificilmente podemos atribuir uma clara e consciente estratégia para seu próprio desenvolvimento, que seria justamente o Liberalismo.

O segundo erro metodológico consiste em induzir, a partir da proximidade cronológica de dois processos bastante diferenciados (a Revolução Industrial e a afirmação, quer da burguesia capitalista como classe social hegemônica, quer do Liberalismo político), relações não apenas contingentes e transitórias entre os mesmos, reduzindo o liberalismo a mero subproduto da burguesia. Trata-se de uma interpretação mecanicista, que acaba perdendo de vista o próprio protagonista, na medida em que não consegue entendê-lo a partir dele mesmo; totalmente presa à evolução da burguesia, acaba por concluir necessariamente que o Liberalismo terá que acabar ou que irá se transformar necessariamente em fascismo (admitindo que o fascismo é apenas um fenômeno do capitalismo, na hora em que este atinge seu momento de crise, e não uma etapa da evolução política, consequência do atraso do processo de industrialização do país). Trata-se de um preconceito porque, empiricamente, podemos com facilidade desmentir esta identificação. Com efeito, em primeiro lugar não ressalta todas as reivindicações de liberdade política provenientes da aristocracia e que foram decisivas (na Inglaterra e na França) para destruir o poder absoluto do príncipe, que muitas vezes na Europa, no período do despotismo iluminado, encontrou apoio justamente na burguesia pré-capitalista e resistência na nobreza de toga ou na burguesia da administração (...)

Este enfoque, que busca dissociar o Liberalismo da burguesia, percebida marxisticamente como a classe detentora dos meios de produção, implica necessariamente uma nova valorização do momento ético do Liberalismo: este se nos manifesta como uma resposta a necessidades morais e espirituais, vistas pelos homens, em determinada etapa de sua evolução civil, como uma resposta tendencialmente válida para todos os homens e, portanto, universal. Este enfoque implica uma desvalorização das motivações extrínsecas do Liberalismo, isto é, daquelas respostas que liberais ou burgueses ou burgueses liberais deram a problemas contingentes, avaliados numa perspectiva meramente política de razão de Estado, de utilitarismo, de interesses particulares de classe”.

material, que por sua vez susterão a vida para maior produção e assim *ad infinitum*. É o que o filósofo Max Scheler⁶⁶⁶ denominava de inversão dos valores da vida pelos da utilidade, com as valorações da utilidade sobrelevando-se por sobre as da vida.

Preenchendo o conteúdo do tempo não laborativo, aquele espaço existencial mínimo que é concedido ao indivíduo para que descanse e suporte o trabalho posterior, tem-se o valor hedônico, elevado atualmente a ética hodierna, como ideal de felicidade: feliz é quem consegue as maiores e mais duráveis sensações de prazer.

O marxismo, axiologicamente cogitando, não almeja outra escala de valores. O trabalho, para esse sistema, é a essência do homem, e a utilidade, isto é, atividade humana voltada para a apreensão de meios laborais, é a característica concomitante à laboração, e completez indispensável desta.

Nada diferente da axiologia capitalista, a produção é o dever-ser máximo da sociedade, e o tempo livre do homem comunista pouco diferia do seu semelhante capitalista: ambos adotam as diversões e atividades impostas pelos respectivos sistemas, com a diferença que no capitalismo, o grau de prazer do homem é maior, dado o excedente de produção, que proporciona um maior crescimento das formas de satisfação hedônica do indivíduo.

Tanto o capitalismo como o marxismo são constituídos sobre bases axiológicas relativistas, o primeiro individualista e o segundo historicista. Ambos se baseiam axiologicamente na pressuposição de que o valor é uma estrutura psíquica, formada pelo homem em si e para si.

Ao contrário de uma visão idealista, objetiva e transcendental dos valores, que lhes garantiria um conteúdo objetivo *a priori* e a um tempo diversificado na subjetividade, aqueles sistemas partem da teorização de que o valor é formado na História (marxismo) ou na eguidade (capitalismo). O primeiro supervaloriza as valorações

666 SCHELER, Max. *Da reviravolta dos valores* (escritos esparsos, entre 1905-1928). Petrópolis: Vozes, 1994, p.38.

sociais e o segundo as egoísticas ambos olvidando a objetividade meta-histórica do valor da pessoa humana.

Somente uma aprioricidade filosófica e axiológica humanista e personalista aliada a uma atuação política liberal, a única que comporta tal base valorativa, é que pode conferir à pessoa humana sua importância intangível e afastar o determinismo de uma acepção socializante que esfacela a individualidade, ou a imposição de um egoísmo que fecha o homem em si apartando-o do corpo social e proporcionando-lhe uma aparente e pervertida liberdade.

A diversidade estrutural e finalística entre os sistemas é realmente esta: a de que no capitalismo o objetivo é voltar o trabalho e o excedente produtivo a uma minoria, que detém os meios de produção; no marxismo, é comunizar o excedente para a maioria, através da igual comunização dos meios produtivos.

Enquanto o primeiro é utópico quanto a manutenção a longo prazo do sistema, pela inviabilidade social de se afastar a maioria das benesses da produtividade, daí as reformas ocasionais e particularizantes com distribuição parcial de riquezas; o segundo é igualmente utópico, dada a impossibilidade prática de se extinguir a propriedade privada, consentâneo natural da personalidade individualista do ser humano, e mesmo pela inviabilidade de se comunizar os meios produtivos, que só se efetivam, ou seja, produzem, se houver instâncias organizacionais privadas no seio da sociedade.

Ainda que se fizesse tal tentativa de coletivização dos meios de produção, sempre haveria os grupos sociais (elites) que possuiriam formas de poder além do econômico, e que fatalmente conduziriam a alguma espécie de desigualdade social, tais como os religiosos, os intelectuais, os políticos etc.

Em todo caso, o Estado sempre interferiu nas tentativas de coletivização dos meios produtivos, e sua casta burocrática organizacional termina por constitui-se na nova classe detentora dos meios de produção, como ocorreu nos países do “socialismo real”.

O marxismo, querendo contrapor-se ao capitalismo, comunga, no entanto, dos mesmos valores que ele, obedecendo à matriz axiológica

dos valores laboral, utilitário e hedônico, o que foi implementado por Stálin na URSS, paradigmaticamente como crítica ao socialismo real, foi uma escravidão mental e social via economia planificada e a sociedade com um medo político aterrorizante do Estado totalitário.

O liberalismo social, atualmente na vertente do liberalismo político de Rawls amplamente exposta no presente livro, apregoa não somente a justa distribuição de renda e o maior abrandamento possível da exploração do homem pelo homem, mas também a “revolução das consciências”, como libertação ideológica e axiológica do ser humano frente às opressões mentais e existenciais do capitalismo.

Objetivo que para o marxismo seria impensável, dados os fundamentos valorativos comuns com o capitalismo, vendo ambos apenas o lado *oeconomicus* do homem, olvidando a esfera de liberdade e de valor da humanidade como ideal de si mesma (“ideia de Humanidade” de Kant como meta ético-histórica universal da cultura política) em direção a uma plenificação autêntica da existência, e sem esta de pouco adiantam para a liberdade substancial as conquistas exteriores nos planos político e econômico. O ser humano não se contenta com rações de serviços públicos sem liberdades políticas e pessoais efetivas, sem liberdade ampla do indivíduo a propaganda histórica pela igualdade em qualquer sistema político já realizado, como o cubano ou o albanês, por exemplo, viram mera retórica de uma defesa vaga e falsa de uma “liberdade comunista”.

A ausência de uma fundamentação axiológica leva, como consequência natural, a uma sociedade em que o valor e a liberdade são sequencialmente substituídos e desmantelados, tal como ocorreu no “socialismo real.” Naquelas sociedades todos os valores liberais foram sendo substituídos pelos conteúdos estimativos determinados pelo Estado, como o ateísmo oficializado e imposto por Stálin e a perseguição à liberdade religiosa dos indivíduos, que pretensamente seria o representante de uma fase transitiva entre a sociedade burguesa e a comunista, e que por isso susteria os fins da comunidade em suas diretrizes.

Assim, por exemplo, a livre expressão artística foi sendo substituída pelo “realismo revolucionário”, famigerada concepção de Josef Stálin, que revela a necessidade do Estado de suprimir a espontaneidade da criação para que o espírito criador servisse a seus interesses e não o criticasse.

A expressão poderia se dar unicamente em atinência aos conteúdos ofertados pela casta burocrática, sob o substrato de uma teoria realista da arte, que almeja tão-somente a reprodução das representações autorizadas pelo poder. Suprimiu-se a liberdade estética em prol da suposta visão revolucionária do papel social da arte – completamente o oposto do que Kant⁶⁶⁷ defendeu na “Crítica da Faculdade de Julgar” em 1790 como base da liberdade estética como direito político e como apologia da ascensão do iluminismo – a liberdade do gosto, de criação e dos sentimentos estéticos subjetivos frente a qualquer imposição de padrão de beleza dominante.

Os intelectuais que não se conformavam com tal mutilação valorativa, como Boris Pasternak e Aleksandr Soljenítsin, que exprimiram em suas obras a revolta do espírito livre contra a opressão estatal do comunismo, foram perseguidos por Stálin.

No campo do conhecimento a mutilação da axiologia, das expressões da “metafísica da liberdade” em suas diversas formas (liberalismo, cristianismo, individualismo, humanismo) e da compreensão interior de cada indivíduo, bem como do intuicionismo e da epistemologia crítica de simbologias de dominação, e de todas as formas não científicas de cognição em função de um materialismo histórico cientificista revela a preponderância de um determinismo direcionador do conhecer e um utilitarismo progressista a serviço do Estado burocrático comunista, nesse aspecto bem análogo ao fascismo, da cognição do real, que como no capitalismo submete o livre ato do conhecer e do pesquisar em função das descobertas úteis e do crescimento da produção econômica.

667 KANT, Immanuel. *Crítica da Faculdade de Julgar*. Petrópolis, Vozes, 2016.

Não concebendo o conhecimento como um valor em si, mas como tão-somente um instrumento da utilidade e do progresso de processos mecânicos impessoais do Estado, descarta-se todo conhecer fundado em finalidades não utilitárias para a sociedade. Dessa forma, repelem-se os mais importantes aspectos cognitivos humanos: o conhecer interior fenomenológico, o *Dasein*, liberdade autêntica do ser humano, como defendeu Heidegger.

A moralidade e a afetividade foram substituídas, tanto no capitalismo como no “socialismo real”, pela utilização do homem em relação a objetivos economicistas e hedônicos. O mecanicismo de sociedades impessoais e maquinais deixam ao sucesso econômico a apoteose da vitória sobre os valores não úteis e não imediatistas. Mesmo no capitalismo global onde deveria se ter liberdade maximizada, o aprisionamento às engrenagens financeiras é terrível como se fosse uma ditadura simbólica de signos preexistentes aos sujeitos e que se impõe sobre suas existências, o sistema se comporta como uma religião laica, onde se adora o mercado e a eguidade vaidosa. Não há diálogo autêntico entre os sujeitos e abertura aos valores mais específicos da individualidade, se esteticamente a chave da política é a expressão, o problema da interpretação do Direito é mais afeita à hermenêutica das normas e dos valores resguardados no sistema constitucional.

O capitalismo possui a associação econômica como vantagem política do cidadão: a de permitir a opinião divergente, aliás, fruto de luta da democracia liberal; ainda que se torne esta mesma liberdade num certo produto comercializável, pelo embate opinativo pode-se confrontar o próprio sistema capitalista com suas contradições e esperar algum grau de mudança social; enfim, pode-se plantar uma semente de verdadeira liberdade, apesar de que, como disse Luhmann, o homem moderno ter apenas bastante “liberdade superficial”, pode-se pensar numa “luz no fim do túnel”, desde que se amplie o grau de participação do cidadão e se criem mais canais de debate e, acima de tudo, ofereça-se uma educação crítica e livre (filosófica) à população.

Finalizando a crítica axiológica do marxismo, pode-se mesmo assertar que nele não há espaço para o valor, pois pela sua ótica todo

valor é tão-somente superestrutura ideológica. Num relato sarcástico, Nelson Rodrigues exprimiu essa ausência de fundamento valorativo do comunismo quando afirmou⁶⁶⁸:

Eu sou anticomunista. Conhecíamos o canalha, o mentiroso, o vampiro de Dusseldorf. Todos os pulhas de todos os tempos e de todos os idiomas, mas, ainda assim, homens. O comunismo inventou alguém que não é homem. Para o comunista, o que nós chamamos de dignidade é um preconceito burguês. Para o comunista, o pequeno-burguês é um idiota absoluto porque tem escrúpulos.

Mesmo as pretensões estritamente políticas do marxismo não vingaram, pois a ditadura do proletariado como etapa rumo ao comunismo completo dos meios produtivos, e seu pressuposto social, que seria a revolução do proletariado, não ocorreram.

Primeiro, as revoluções comunistas não aconteceram a partir do proletariado urbano-industrial, tal qual previra Marx, porém tiveram como força social motriz básica o campesinato; este, na sua ignorância intelectual e carência material enquanto classe social, o que conseqüentemente a despreparou como grupo político revolucionário, foi presa fácil dos dirigentes do bolchevismo que tomou o poder estatal, e após a morte de Lênin (que verdadeiramente tinha compromisso com os ideais comunistas) instalou-se a ditadura personalista e totalitária de Stálin, o qual, com seus falsos dogmas “comunistas” erigiu em verdade um sistema economicamente planejado-estatista e uma ditadura política sanguinária, que forçou o povo soviético a trabalhar até a exaustão para industrializar uma nação que se voltou a um internacionalismo revolucionário que lhe consumiu todos os recursos e que por fim faliu o país e seus satélites políticos, ao mesmo tempo em que sustentava uma burocracia interna parasitária que massacrava milhões de opositores do regime.

668 RODRIGUES, Nelson. *In: Veja*. São Paulo: Abril, p.43.

O castrismo, o maoísmo, o stalinismo, enfim, todos os pretensos sistemas comunistas até hoje implantados não atingiram nem teórica nem praticamente os escopos do comunismo preconizado por Marx, daí ser correto chamá-los a todos de “socialismo real.”

Os socialismos, tanto o utópico como o científico, ou a social-democracia, apropriaram-se, enquanto movimento político-cultural, do significado e do alcance do termo “social”. Querem os socialistas, explícita ou implicitamente, que o mérito histórico das pugnas ditas sociais seja seu, como se somente eles pudessem levantar ou tivessem levantado as bandeiras de luta do povo contra as opressões do capitalismo, que são inegáveis, todavia, não insolucionáveis, como vários teóricos socialistas apregoam. Olvidam que o liberalismo, tanto teórica como pragmaticamente, pugnou por melhorias sociais no decorrer da História, inserindo-se entre as ideologias ou movimentos chamados de progressistas. Um dos maiores exemplos foi a defesa de Stuart Mill, liberal e utilitarista, das liberdades femininas na Inglaterra ainda no início do século XIX.

Para finalizar essa fundamentação do liberalismo em geral como doutrina que defende: a liberdade econômica, o mecanicismo político (Estado e sociedade como meios da realização da liberdade individual) e a afirmação do individualismo personalista humanista. E contrapô-lo aos diversos tipos de socialismo em sendo doutrinas que propugnam pela planificação econômica, o organicismo político (Estado e sociedade são fins que o indivíduo deve perseguir e servir) e o coletivismo (humanista ou totalitário). Não se deve descartar é o social-liberalismo democrático, que combina a ascensão econômica e o progresso social com investimentos públicos e uma liberdade política democrática.

A formação do problema da legitimidade da justiça política e do Estado ético sempre foi profundamente afeito ao sistema político coletivista, socialismo utópico e “sociedades alternativistas”, mas o liberalismo democrático pode em sua vertente democrática constitucional devolver ao sistema de participação cívica a perspectiva de uma formulação mais igualitária de ordem pública. O exemplo

histórico dos EUA e sua reforma histórica gradual da Constituição mostram isso – a vertente revolucionária da política não substituiu o reformismo republicano constante e a democracia que resguarda direitos políticos de contestação pública perante instituições judiciais e executivas.

7.5 A CRÍTICA DE HEIDEGGER AO VALOR E A CONFRONTAÇÃO COM O PROCEDIMENTALISMO CONSTITUCIONAL

Contra Schmitt em *Der Tyranei des Werts*, deve-se conceber sempre valores que transcendam o conflito imediato entre indivíduos e se coloquem como paradigmas direcionadores da ação comum⁶⁶⁹.

669 “Depois de muito tempo, após os valores serem reduzidos por Heidegger a objetos linguísticos e encaminçados como tudo o mais à busca do sentido do Ser, voltam ao discurso jusfilosófico através do resgate do neokantismo. A pureza, absoluteza e idealidade imanentes à Wertphilosophie podem, enfim, recuperar seu poder de expressão não apenas como linguagem, mas como ontologia e teleologia do Ser, isso Heidegger não viu, pois em sua ânsia de adquirir o domínio da Filosofia alemã e derrotar Nietzsche atacando a Filosofia dos Valores (*Wertphilosophie*), promoveu um ataque linguístico-pragmático e historicista-existencial ao neokantismo e a “Metafísica dos Valores”. Os defensores dessa última como Scheler e Hartmann criticaram a postura anti-axiológica do positivismo, pois na historicização e linguistização da universalidade do ato de valorar perde sua essência ontológica – a idealidade, para reduzir-se à sua expressão instrumental, a linguística, agora absolutizada. A sobrevivência do neokantismo em sua forma positivista, a filosofia jurídica de Kelsen útil à construção linguística do Direito e a justificação do poder estatal, é que agora soçobra pelo impacto da filosofia constitucionalista carregada de valores (Canaris) e atacada por quem defende anti-valores e um anti-direito (Antônio Negri). Por sua vez, a Filosofia constitucional do Direito e sua promessa de restituição de sentido axiológico é frágil frente ao problema da ontologia dos valores, que é ideal (...) foi percorrido pelas filosofias da linguagem e da argumentação no século XX (Rorty, Perelman, Viehweg, Alexy, Habermas, Toulmin); o problema axiológico, todavia, não cessou com as teorias da hermenêutica e da argumentação e o esclarecimento racional não pôde compreendê-lo pelas contradições da razão (entre “objetividade racional” e instrumentalidade da vontade de poder na filosofia kantiana), como apontaram Adorno e Horkheimer em *Dialética do Esclarecimento*³; ao criticar os fundamentos morais e culturais que possibilitam a emergência dos valores, Nietzsche abriu-os à reaparição da sua essência ideal revelada no ato de valorar. O problema de fundo de Heidegger foi o do domínio da filosofia (linguagem) alemã no mundo, recolocando o problema hegeliano de uma cosmovisão enquanto manifestação do Espírito e o deslocando para o problema da historicidade do paradigma da linguagem metafísica dominante. Agora, que novas forças políticas no mundo emergem (teocracia islâmica, comunismo-capitalismo chinês), o fundamento dos valores volta a ser discutido e,

Através do Ser entramos em contato com o histórico, a temporalidade que em Heidegger assume papel decisivo para a verdade do Ser⁶⁷⁰, pois, é através desse horizonte temporal que o ser toma consciência de si como indivíduo autêntico e tem a escolha, a possibilidade de mudar o contexto de sua existência. A mudança em Heidegger deve ser entendida como luta. Seguindo Heráclito, a guerra é o pai e a mãe de tudo, a essência do mundo é combate, é a essência do Ser⁶⁷¹. É através da luta “que se constitui a essência e vigência do ser de tal modo que atravessa todo o sendo com um caráter de decisão”⁶⁷².

Diante do contexto histórico da década de 30 do séc. XX, o apelo de Heidegger se volta à reflexão do povo germânico sobre seu próprio destino. Para ser livre é preciso que se lute, lutando virá um novo modo de ser (possibilidades), resultando em autenticidade. Libertos dos valores falsos que o dominam, os valores do estrangeiro, que é o estranho e o outro, o povo histórico encontrará seu destino e sentido de existência histórica política, mas é preciso determinação para a luta.

Entendemos que o indagar existencial e a disposição de luta reivindicados por Heidegger para os alemães, vale para todo povo que queira fugir da inautenticidade dos valores que não são seus, mas projetar sua metapolítica, descobrir seus próprios valores no horizonte histórico de luta por sua própria existência, descobrindo seu ser como povo histórico. Nesse sentido, o histórico e a deliberação concreta da comunidade, poder-se-ia admitir valor ao comunitarismo tal qual Heidegger entende como decisão fundamental e original de um povo sobre a renovação de seu destino e de sua liberdade⁶⁷³. Nesse

consequentemente, o problema de sua significação prática; o paradigma linguístico do *ethos* humano proposto por “Heidegger em Sobre o Humanismo”(1946) 4é de novo posto à prova, as guerras culturais expressarão novas cosmovisões e com ela os limites da apresentação do ser-humano no mundo, o que expõe os limites de sua própria dignidade’. Cf. Lima, Newton de Oliveira. “Entre Mística e Hermenêutica: o nascimento conflituoso da” jurisprudência dos valores”.2016, p.130-131.

670 Heidegger, M. *Ser e Verdade*. Petrópolis: Vozes, 2007, p.108.

671 Cf. “Ser e Verdade”. 2. Ed. Petrópolis: Vozes, 2012, p. 107.

672 Cf. “Ser e Tempo”. 10. Ed. Petrópolis: Vozes, 2015, p. 108.

673 Cf. *Idem, ibidem*.

ponto o comunitarismo parece interessante e deveria ser confrontado ao procedimentalismo providenciando, assim, um debate de métodos e interpretações dos valores constitucionais.

Como defende Heidegger: o deslocamento do conceito de valor da metafísica da ética do Bem e do sujeito abstrato cartesiano e cristão para uma substância ético-comunitária mediada pela razão pragmática da “hermenêutica da facticidade”⁶⁷⁴.

Restaurar o local do decisionismo sem arbitrariedade, mas vinculado aos valores da comunidade de modo reflexivo e indagador, e o valor da liberdade de fundamentar, é importante para o procedimentalismo e para o substancialismo, dentro de um enfoque de que podemos pensar numa complementariedade de valores constitucionais e como uma formulação dialética de sentidos linguísticos, ao mesmo tempo é preciso fortalecer o normativismo do ordenamento, na medida em que o Direito está sequestrado pelo caráter discricionário da atividade judiciária. Nunca foi tão importante a argumentação racional e o formato democrático da atividade decisória. Que a decisão reflita a vontade do povo e os interesses públicos. O controle cidadão e a institucionalização das promessas políticas de participação e de adequação aberta do governo à democracia engajada, participante e vinculada ao processo comunicativo.

É crucial para uma hermenêutica do fundamento aberto da situação de igualdade – e da liberdade política assegurada a todos – a readequação do projeto de mundo como reviravolta da linguagem comum alienada que leva a mais possibilidades de reconstrução dos sentidos estancados no cotidiano massificado que permeiam o ato de valorar o Direito.

674 HEIDEGGER, M. *Ser e Tempo*. Petrópolis: 2012, p.1035ss.

REFERÊNCIAS



ACKERMAN, Bruce. *Nós, o povo soberano. Fundamentos do Direito Constitucional*. Tradução de Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

-----; GITLIN, Todd. *Respondemos pelos liberais*. Revista Direito, Estado e Sociedade. Tradução de Amarílis de Souza Birchal, vol.9, n. 29, p.6-12, jul./ dez. 2006.

AGRA, Walber de Moura. *A Reconstrução da Legitimidade do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

AIKEN, Henry. Etapas na História das Liberdades Políticas. In: Liberdade. Friedrich, Carl (Org). Trad. de Norah Levy. Rio de Janeiro: O Cruzeiro, 1967.

ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Tradução de Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

----- . *Teoria da Argumentação Jurídica*. Tradução de Zilda Hutchinson Schild da Silva. São Paulo: Landy, 2001.

----- . *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ALIGHIERI, Dante. *Da Monarquia*. São Paulo: Larousse, 2012.

ARAÚJO, Caetano Ernesto Pereira de (org.) *Política e Valores*. Brasília: Edunb, 2000.

ARISTÓTELES. *Política*. Tradução Mário da Gama Cury. Brasília: Ed. da UNB, 1985.

ATIENZA, Manuel. *As Razões do Direito* (Teorias da Argumentação Jurídica- Perelman, Toulmin, MacCormick, Alexy e outros). Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2000.

AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Crítica à Dogmática e Hermenêutica Jurídica*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2000.

BALEEIRO, Aliomar. *O Supremo Tribunal Federal*. Revista Brasileira de Estudos Políticos (UFMG), Belo Horizonte, n. 34, p.9-39, jul. 1972.

BALLE, José Maria Lafuente. *El método en la interpretación jurídica*. Madrid: Colex, 2002.

BARKER, Paul (editor). *Living as Equals*. Oxford: Oxford University Press, 2001.

BENDA, MAINHOFER, VOGEL, HESSE, HEYDE. *Manual de Derecho Constitucional*. Tradução de Antônio Lopéz Pina. Madrid: Instituto Vasco de Administración Pública e Marcial Pons, 1996.

BERGER, Monroe. *Equality by Statute. The revolution in civil rights*. Garden: Doubleday & Company Inc., 1967.

BERGGREN, Niclas; KARLSON, Nils; NERGELIUS, Joakin (editors). *Why Constitutions Matter*. Stockholm: City University Press, 2000.

BERLOWITZ, Leslie; DONOGUE, Dennis; MENAND, Louis (orgs.) *A América em Teoria*. Tradução de Márcio Cavalcanti de Brito Gomes. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1977.

BINENBOJM, Gustavo. *A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BLACK, Hugo Lafayette. *Crença na Constituição*. Tradução de Francisco Carlos de Paula Xavier. Rio de Janeiro: Forense, 1970.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

----- . Jurisdição Constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil). In: *Separata Del Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n. 7, 2003, p.92-108.

BORK, Robert. *O que pretendiam os fundadores*. Revista de Direito Público, Tradução de Elcio Gomes de Cerqueira, n. 93, ano 23, p.5-12, jan./mar., 1990.

BOURDIEU, Pierre. *O Poder Simbólico*. 8. ed. Tradução de Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005.

BRASIL. *Constituição da República Federativa*. Brasília: Senado Federal, 2007.

----- . *Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRIDGS, Linda; COYNE JR., John R. *Strictly Right: William Buckley Jr. and the American conservative moviment*. Hoboken: John Wiley & Sons Inc., 2007.

BRUTAU, José Puig. *La jurisprudencia como fonte del derecho – interpretacion creadora e arbitrio judicial*. Barcelona: Bosch, s. d.

BULOS, Uadi Lâmmego. *Manual de Interpretação Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2002.

----- . *Mutação Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997.

CAENEGEM, R. C. van. *An Historical Introduction to Western Constitutional Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 1995.

CAMPBELL, Tom; GOLDSWORTHY, Jeffrey (orgs.) *Judicial Power, Democracy and Legal Positivism*. Bodmin: Ashgate Publishing Ltd., 2000.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. Lisboa: Almedina, 2000.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1993.

CARDOZO, Benjamin Natan. *A Natureza do Processo Judicial*. Tradução de Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

CARP, Robert A.; STIDHAM, Ronald. *Outline of the legal System*. Washington: Congressional Quarterly Inc., 2004.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito Processual Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

----- . *Jurisdição e Hermenêutica Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

CAVALCANTE, Mantovanni Colares. *Mandado de Segurança*. São Paulo: Dialética, 2002.

CITTADINO, Gisele. *Poder judiciário, ativismo judiciário e democracia*. Revista Alceu, v.5, n.9, p. 105- 113, jul./dez., 2004.

COELHO, Inocêncio Mártires et al. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

COOLEY, Thomas M. *Princípios Gerais de Direito nos Estados Unidos da América*. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russell, 2002.

COSTA, Luiz Antônio Severo da. *O poder normativo do Supremo Tribunal Federal*. Revista Forense, Rio de Janeiro, n. 266, p.91-97, set. 1979.

CRUZ, Luis M. *La Constitución como orden de valores. Problemas jurídicos e políticos*. Granada: Comares, 2005.

CUNHA, Paulo Ferreira da. *Lições de Filosofia Jurídica-Natureza & Arte do Direito*. Coimbra: Almedina, 1999.

DAHL, Robert. A. *Poliarquia*. Tradução de Celso Mauro Paciornik. São Paulo: Edusp, 2005.

DALLE NOGARE, Pedro. *Humanimos e Anti-Humanismos em conflito*. Petrópolis: Vozes, 1983.

DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida. Aborto, eutanásia e liberdades individuais*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

----- . *George W. Bush, uma ameaça para o patriotismo americano*. In: *The New York Review of Book*. New York, em 28 de fevereiro de 2002.

----- . *La lectura moral de la Constitución y la premissa mayoritaria*. In: *Cuestiones Constitucionales – Revista Mexicana de Derecho Constitucional*. Tradução de Imer B. Flores, n. 7, p.03-54, jul./dez., 2002.

----- . *Levando os direitos a sério*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

----- . *O Império do Direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

----- . *Uma questão de princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

EISGRUBER, Christopher. *Constitutional Self-government*. Harvard: Harvard University Press, 2001.

ELY, John Hart. *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*. Cambridge: Harvard University Press, 2002.

ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1981.

EPSTEIN, Lee; SIGAL, Jeffrey. *Advice and consent: the political advice appointments*. New York: Oxford University Inc., 2005.

FARIA, José Eduardo Campos de Oliveira. *Direitos Humanos, Sociais e Justiça*. São Paulo: Malheiros, 2000.

----- . *Retórica política e ideologia democrática – a legitimação do discurso jurídico liberal*. Rio de Janeiro: Graal, 1984.

FARNSWORTH, Allan. *Introdução ao Sistema Jurídico dos Estados Unidos*. Tradução de Antônio Carlos Diniz de Andrada. Rio de Janeiro: Forense, 1944.

FERRAZ, Anna Cândida Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1995.

FORURIA, Eduardo Vírjala. *Control Abstrato y Recurso Directo de Inconstitucionalidad em los Estados Unidos*. Revista Espanhola de Direito Constitucional, ano 62, n. 62, p.77-124, 2001.

FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: Nau, 2002.

GADAMER, Hans Georg. *Verdade e Método*. Tradução de Ênio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2004, vol. 2.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Direito comparado. Introdução ao direito constitucional norte-americano*. Jus Navigandi, Teresina,

ano 11, n. 1515, 25 ago. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10282>>. Acesso: 02 de dezembro de 2007.

_____. *O realismo jurídico norte-americano, a tese de Charles Beard e a experiência constitucional internacional contemporânea*. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1629, 17 dez. 2007. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10771>. Acesso: 17 de dezembro de 2007.

GOLDWIN, Robert e SCHAMBRA, A (editores). *A Constituição Norte-Americana, 1ª parte, A Constituição e o Capitalismo*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996.

GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (org.). *Estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2003.

GRIMM, Dieter. *Constituição e Política*. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

GROSSI, Paolo. *Mitologia Jurídica de la Modernidad*. Madrid: Trotta, 2023.

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

HÄBERLE, Peter. *A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997.

HABERMAS, Jürgen. *A crise de legitimação no capitalismo tardio*. Tradução de Vamireh Chacon. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002.

_____. *A ética da discussão e a questão da verdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

----- . *Agir Comunicativo e razão destrancendentalizada*. Tradução de Lúcia Aragão. São Paulo: Tempo Brasileiro, 2002.

----- . *Consciência Moral e Agir Comunicativo*. 2. ed. Tradução de Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

----- . *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, vol. 2.

----- . *Entre naturalismo e religião. Estudos filosóficos*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler Tradução de Flávio Beno Siebeneichler Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2007.

----- . *La Paix Perpétuelle. Le bicentenaire d`une idée kantienne*. Paris: Cerf, 1996.

----- . *Más Alla del Estado Nacional*. Madrid: Trotta, 2008.

----- . *O Discurso Filosófico da Modernidade*. Tradução de Luiz Sérgio Repa e Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

----- . *Teoria de la acción comunicativa, II – Crítica de la razón funcionalista*. Tradução de Manuel Jimenéz Redondo. Madrid: Santillana Ediciones S. A., 2003.

HAGE SOBRINHO, Jorge. *Omissão Inconstitucional e Direito Subjetivo*. Brasília: Brasília Jurídica, 1999.

----- . *Democracy and distrust – a theory of judicial review – John Hart Ely: resumo e breves anotações à luz da doutrina contemporânea sobre interpretação constitucional*. Arquivos do Ministério da Justiça, Brasília, 48(186), p.201-225, jul./dez., 1995.

HAMILTON, Alexander et al. Tradução de Heitor Almeida Herre-
ra. *O Federalista*. Brasília: Edunb, 1984.

HART, Hebert. *O conceito de direito*. Tradução de A. Ribeiro Men-
des. Lisboa: Fundação Calouste-Gulbenkian, 1996.

HEIDEGGER, Martin. *Carta Sobre o Humanismo*. São Paulo: Mo-
raes, 1991.

_____. *Ser e Tempo*. 10.ed. Tradução de Emmanuel Carneiro Leão.
Rio de Janeiro: Vozes, 2001, vol. 2.

_____. *Ser e Verdade*. Petrópolis: Vozes, 2007.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução de
Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

HESSEN, Jonhannes. *Filosofia dos Valores*. Trad. de Luís Cabral de
Moncada. Portugal, Coimbra: Armênio Amado, 1980.

HÖFFE, O. *Kant*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

KANT, Immanuel. *À Paz Perpétua*. Um projeto filosófico. Tradu-
ção de Bruno Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 2020.

_____. *Crítica da Faculdade de Julgar*. Petrópolis: Vozes, 2016.

_____. *Crítica da Razão Prática*. Tradução de Valerio Rohden. Pe-
trópolis: Vozes, 2008.

_____. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Tradução de
Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2001.

KELSEN, Hans. *A Democracia*. Tradução de Ivone Castilho Bene-
detti et al. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

----- *O Estado como Integração – um confronto de princípios*. Tradução de Plínio Fernandes Toledo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KERSTING, Wolfgang. *Universalismo e direitos humanos*. Porto Alegre: Ed. da PUC-RS, 2003.

KIS, Janos. *Constitutional Democracy*. Tradução de Zoltán Miklósi. Budapeste: Central European University Press, 2000.

KOERNER, Andrei. *Judiciário e Cidadania na Constituição da República Brasileira*. São Paulo: Hucitec/USP, 1998.

KOLM, Serge-Cristophe. *Teorias Modernas da Justiça*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo e Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KOMESAR, Neil K. *Law's limits. The Rule of Law and the supply and demand of rights*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001.

KRIEGER, Leonard. *Etapas na História das Liberdades Políticas*. In: *Liberdade*. Friedrich, Carl (Org). Trad. de Norah Levy. Rio de Janeiro: O Cruzeiro, 1967.

LASSALLE, Ferdinand. *O que é uma Constituição ?* Tradução de Walter Stonner. São Paulo: Edições e Publicações Brasil, 1993. Fonte: http://fmail.6.uol.br/CGIbin/webmail/Que_é_uma_Constituição__Ferdnand_Lassal... Acesso: 06 de agosto de 2008.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Jurisdição Constitucional Aberta: Reflexões sobre a legitimidade e os limites da Jurisdição Constitucional na Ordem Democrática - uma abordagem a partir das Teorias Constitucionais Alemã e Norte-americana*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

LEAL, Rosemiro Pereira (coord.). *Direitos Fundamentais do processo na desnaturalização dos direitos humanos*. In: *Uma pesquisa*

institucional de Estado, Poder Público e União na constitucionalidade brasileira. Belo Horizonte: Fumec/Fch, p. 483-495, 2008.

_____. *Teoria Processual da Decisão Jurídica*. São Paulo: Landy, 2002.

LEITE, Evandro Gueiros. *Ativismo Judicial*. Disponível em: bdjur.stj.gov.br. Acesso: 20 dez. de 2008.

LESSA, Pedro. *Do Poder Judiciário*. Edição Fac-símile. Prefácio de Roberto Rosas. Brasília: Senado Federal, 2003.

LEVY, Leonard W. (editor). *American Constitutional history: selections from the Encyclopedia of the American Constitutions*. New York: Macmillan Publishing Company, 1989.

LIMA, Newton de Oliveira. Entre Mística e Hermenêutica: o começo conflituoso da “jurisprudência dos valores”. *Revista da Faculdade de Direito*. Porto Alegre: Ed. da UFRGS, vol.1, n.36, 2017, p.130-145.

_____. *O Estado de Direito em Kant e Kelsen*. 3a.ed. Belo Horizonte: D’Plácido, 2023.

_____. *10 Lições sobre Rawls*. Petrópolis: Vozes, 2019.

_____. *Teoria dos Valores Jurídicos: o neokantismo e o pensamento de Gustav Radbruch*. 1.ed. Recife: FASA, 2009.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoria de La Constitución*. Tradução de Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1964.

LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Tradução de Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: Edunb, 1980.

MAIA, Antônio Cavalcanti. *Jurgen Habermas: Filósofo do Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Popular*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

MARSHALL, James. *Espadas e Símbolos*. 2. ed. Tradução de José Cretella Júnior e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARTOS, José A. Montilla. *Minoria Política & Tribunal Constitucional*. Madrid: Trotta, 2002.

MATTEUCCI, Nicola *et al.* *Dicionário de Política*. 6.ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 1994.

MELLO, Celso de. *Supremo Constituinte. Juízes devem ter um papel mais ativo na construção da lei*. Disponível em: <http://conjur.estadao.com.br/static/text/42712,1>. Acesso: 26 de outubro de 2008.

MENDES. Gilmar Ferreira. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, *Revista Jurídica Virtual*, n. 07, dezembro/99, p.1. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso: 05 de dezembro de 2007.

MENEZES, Paulo Lucena de. *A Ação afirmativa (affirmative action) no direito norte-americano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MESSITE, Peter J. *Writ of Certiorari : decisão sobre que casos revisar*. Disponível em: <http://usinfo.state.gov/journals/itdhr/0405/ijdp/messite.htm>. Acesso: 12 de novembro de 2008.

MEZZAROBBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. *Manual de Metodologia da Pesquisa no Direito*. São Paulo: Saraiva, 2006.

MIALLE, Michel. *Uma Introdução Crítica ao Direito*. Tradução de Ana Prata. Rio de Janeiro: Moraes Editores, 1979.

MICHELMAN, Frank et al. *Brennan and Democracy*. Princeton: Princeton University Press, 2005.

_____. *Liberty, property and the future of constitutional development*. Albany: State University of New York, 1990.

MIRANDA, Jorge. *Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

MISES, Ludwig von. *Liberalismo*. Rio de Janeiro: José Olympio, 1987.

MITAU, G. Theodore. *Decade of decision. The Supreme Court and the Constitutional Revolution (1954-1964)*. Washington: s. e., 1967.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

_____. *Jurisdição Constitucional – breves notas comparativas sobre a estrutura do Supremo Tribunal Federal e a Corte Suprema norte-americana*. Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais, Belo Horizonte, n.1, p.497-531, jan./jun., 2003.

NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização Simbólica*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

NEWMAN, Edward. *Liberdades e direitos civis*. Tradução de Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

NIETZSCHE, Friedrich. *Assim Falou Zarathustra*. Tradução de Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

_____. *Fragmentos finais*. (Org.) Flávio Kothe. Brasília: Ed. da UNB, 2002.

_____. *Genealogia da Moral - uma Polêmica*. 1ª.ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

----- . *O Anticristo*. Porto Alegre: L & PM Pocket, 2008.

----- . *Para Além do Bem e do Mal*. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

NINO, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 2003.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. *Sentenças aditivas e o mito do legislador negativo*. Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 43, n.170, p.111-141, abr./jun., 2006.

O'BRIEN, David M. *Constitutional Law and politics*. 6.ed. New York: W.W. Norton & Company Inc., 2005.

OLIVECRONA, Karl. *Lenguaje Jurídico e Realidad*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Cidade do México: Fontamara, 1999.

OYEZ. U. S. Suprema Court Midia. Disponível em: <http://www.oyez.org>. Acesso: 26 de outubro de 2008.

PACHECO, José da Silva. *O Mandado de Segurança e outras Ações Constitucionais Típicas*. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PADOVER, Saul K. *A Constituição dos Estados Unidos*. Tradução de A. Della Nina. São Paulo: Ibrasa, 1987.

PERRY, Michael. *Morality, Politics and Law*. Oxford: Oxford University Press, 1988.

----- . *Religion in politics*. Oxford: Oxford Unisersity Press, 1997.

POPPER, Karl Raimund. *A Sociedade Aberta e seus inimigos*. Tradução de Milton Amado. Belo Horizonte: Itatiaia, 1987, vol.2.

POSNER, Richard A. *Frontiers of Legal Theory*. Cambridge: Harvard University Press, 1999.

POST, Robert; ROGIN, Michael (orgs.) *Race and representation: affirmative action*. New York: Zone Books, 1998.

POUND, Roscoe. *Desenvolvimento das Garantias Constitucionais da Liberdade*. Tradução de E. Jacy Monteiro. São Paulo: Ibrasa, 1965.

_____. *Justiça Conforme a Lei*. Tradução de E. Jacy Monteiro. São Paulo: Ibrasa, 1976.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. Tradução de Luís Cabral de Moncada. Coimbra: Armênio Amado, 1974.

RAWLS, John. *Justiça e Democracia*. Prefácio Catherine Audard. Tradução Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. *O Direito dos povos*. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

_____. *O liberalismo político*. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 2000.

_____. *Kantian Constructivism in Moral Theory* (“O construtivismo kantiano na teoria moral”) de 1980. In: *Justiça e Democracia*. Prefácio Catherine Audard. Tradução Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

RE, Edward D. *Stare decisis*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Revista de Informação Legislativa, n. 122, p.281-287, maio/jul.,1994.

REALE, Miguel. *Paradigmas da Cultura Contemporânea*. São Paulo: Saraiva, 1999.

RESWEBER, Jean-Paul. *A Filosofia dos Valores*. Tradução de Marina Ramos Themudo. Coimbra: Almedina, 2002.

RICHARDS, David. A. J. *La intencion de los constituyentes y la interpretacion constitucional*. Tradução de Enrique Alonso Garcia. Revista

do Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, n.1, p.141-172, set. / dez., 1998.

_____. *Toleration and the Constitution*. Oxford: Oxford University Press, 1986.

RIGAUX, François. *A lei dos juízes*. Tradução de Edmir Missio. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

RODRIGUES, Lêda Boechat. *A Corte Suprema dos Estados Unidos e o governo dos juízes (1895-1937)*. Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 161, p.63-84, 1955.

_____. *As liberdades civis nos Estados Unidos*. Revista Brasileira de Estudos Políticos, Belo Horizonte, p.65-80, jul. 1958.

RODRIGUES, Nelson. *In: Veja*. São Paulo: Abril, 2014.

RORTY, Richard. *Contra os chefes, contra as oligarquias*. Tradução de João Abreu. Rio de Janeiro: DP & A, 2001.

ROSS, Alf. *Direito e Justiça*. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2003.

SAMPAIO, José Adércio Leite (org.) *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SANDEL, Michel. *O Liberalismo e os limites da justiça*. Tradução de Carlos E. Pacheco do Amaral. Lisboa: Fundação Calouste-Gulbenkian, 2005.

SARAIVA, Paulo Lopo. *Constituição e mídia*. São Paulo: MP editora, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2005.

SAVIGNY, Friedrich Karl von. *Metodologia Jurídica*. Tradução de Heloísa da Graça Buratti. São Paulo: Rideel, 2005.

SCALIA, Antonin et al. *A matter of interpretation: federal courts and the law: an essay*. Princenton: Princenton University Press, 1997.

SCHELER, Max. *Da reviravolta dos valores* (escritos esparsos, entre 1905-1928). Petrópolis: Vozes, 1994.

----- . O Espírito da Guerra e o Gênio alemão (*Der Geits des Kriegeres und der Deutschen genie*). Escrito de 1905. In: SCHELER, M. *Da Reviravolta dos Valores* (escritos esparsos, entre 1905-1928). Petrópolis: Vozes, 1994.

----- . O Formalismo em Ética e a Ética Material dos Valores. (*Der Formalismus in der Ethik und die materiale Wertethik*), 1913-1916. Tradução espanhola: *Ética*, Revista de Occidente. Buenos Aires: 1948, vol. 1.

SCHMITT, Carl. *La Tiranía de los Valores*. (*Die Tyrannie der Wert*). Granada: Comares, 2010.

----- . *Legalidade e Legitimidade*. Tradução de Tito Lívio Cruz Romão. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

----- . *Teología Política* (*Politische Theologie*). São Paulo: Scritta, 1996.

SCHUMPETER, Joseph A. *Capitalismo, socialismo e democracia*. Tradução de Sérgio Goes de Paula. Rio de Janeiro: Zahar, 1976.

SCHWARTZ, Bernard. *Direito Constitucional Americano*. Tradução de Carlos Nayfeld. Rio de Janeiro: Forense, 1966.

----- . *Os Grandes Direitos da Humanidade* (*The Bill of Rights*). Tradução de A. B. Pinheiro de Lemos. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

SILVA, Carlos Bruno Ferreira da. *Jurisdição Constitucional procedimentalista*. Disponível em: http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/artigos/edicao005/carlos_silva.htm. Acesso: 31 de outubro de 2008.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

SKRENTNY, John David. *The Ironies of Affirmative Action: Politics, culture, and justice in America*. Chicago: Oxford University Press, 1996.

SOARES, Guido Fernando da Silva. *Common Law – Introdução ao Direito nos EUA*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

SOBOTA, Katarina. *Não Mencione a Norma!* Anuário do Mestrado em Direito, Recife, ano 7, p.251-273, 1995.

STAMATO, Bianca. *Jurisdição Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica-uma nova crítica do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

STUART MILL, John. *A liberdade. Utilitarismo*. Tradução de Eunice Ostrensky. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso: 10 dez. de 2007.

SUSTEIN, Cass R. *Are judges political? An empirical analysis of the federal judiciary*. Washington: Brookings Institution Press, 2006.

_____. *Legal Reasoning and Political Conflict*. Oxford: Oxford University Press, 1996.

_____. *Routine and Revolution*. Northwestern University Law Review, n. 81, v. 869, p.1-24, 1987.

TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (orgs). *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Análise à luz da Lei nº 9.882/99*. São Paulo: Atlas, 2001.

TEODORO JÚNIOR, Humberto. *A missão política do Poder Judiciário*. Revista Forense, Rio de Janeiro, n. 266, p.363-368, 1979.

TOCQUEVILLE, Alexis de. *A Democracia na América*. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2005, vol. 1.

TRIBE, Lawrence. *Hermenêutica Constitucional*. Tradução de Amarílis de Souza Birchal. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

_____. *Os limites da originalidade*. Revista de Direito Público, Tradução de Elcio Gomes de Cerqueira, n. 93, ano 23, p.5-12, jan./mar., 1990.

UNGER, Roberto Mangabeira. *O Direito na Sociedade Moderna*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1979.

UNITED STATES SUPREME COURT CENTER. Disponível em: <http://supreme.justia.com>. Acesso: 26 de outubro de 2008.

VIDAL, Isabel Lifante. *La interpretación jurídica en la teoría del Derecho contemporânea*. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999.

VILANOVA, Lourival. *A missão política nas funções do Supremo Tribunal Federal*. Revista de Direito Público, n. 57-58, p. 39-54, 1987.

WEST, Robin L. *Re-imagining Justice: Progressive Interpretations of Formal Equality, Rights of Rule of Law*. Burlington: Ashgate Publish Company, 2003.

WOLFE, Christopher (org.) *That Eminent Tribunal: judicial supremacy and the Constitution*. Princeton: Princeton University Press, 2004.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho dúctil*. Tradução de Marina Gascón. Madrid: Trotta, 1997.