

1

PUBLICUM

O Constitucionalismo Democrático ou Neoconstitucionalismo como ideologia vitoriosa do século XX

Luís Roberto Barroso

Professor Titular de Direito Constitucional da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Mestre em Direito pela Yale Law School. Doutor e Livre-Docente pela UERJ. Pós-doutor pela Harvard Law School. Senior Fellow na Harvard Kennedy School. Ministro do Supremo Tribunal Federal.

Resumo

O presente ensaio busca retratar os principais pontos que compõem o chamado *constitucionalismo democrático*, tendo em vista que se sagrou a ideologia vitoriosa do Século XX. Para tanto, o trabalho está estruturado em três partes. A primeira parte resgata noções centrais do constitucionalismo, sobretudo do modelo americano, que repercutiu diretamente no modelo constitucional brasileiro, bem como noções centrais do Estado constitucional de direito. A segunda parte se ocupa do constitucionalismo no Brasil. Aqui, são retratados os principais momentos da história constitucional brasileira e os avanços trazidos a partir da Constituição de 88, com especial ênfase nas mudanças de paradigmas que ela promoveu. A terceira parte trata do novo direito constitucional brasileiro, que está intrinsecamente ligado ao neoconstitucionalismo. Nesse momento, a análise recai sobre a mudança de perfil do Poder Judiciário e de que modo essa instituição passou a ser protagonista no nosso cotidiano.

Palavras-chave

Constitucionalismo Democrático; História Constitucional; Neoconstitucionalismo; Poder Judiciário; Interpretação Constitucional.

The Democratic Constitutionalism or Neoconstitutionalism as triumphant ideology during 20th century

Abstract

The following essay intends to analyze the main points about *democratic constitutionalism*, since this is the triumphant ideology during 20th Century. Therefore,

Revista Publicum

Rio de Janeiro, v. 4, Edição Comemorativa, 2018, p. 14-36.

<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/publicum>

DOI: 10.12957/publicum.2018.35777

the work is structured in three parts. The first part addresses constitutionalism central aspects, mostly the American model, the one that has impacted the Brazilian constitutional model, besides the Constitutional State of Law central aspects. The second part is about the constitutionalism in Brazil. Here, we address Brazilian constitutional history milestones and the advances provided by the Constitution of 1988, specially after its paradigmatic changes. The third part analyzes what we call as Brazilian new constitutional law, that is attached to neoconstitutionalism. In this moment, we focus on the Judiciary profile change and how this institution became protagonista in our daily lives.

Keywords

Democratic Constitutionalism; Constitutional History; Neoconstitutionalism; Judiciary; Constitutional Interpretation.

Sumário

Nota Prévia; I. Introdução; Parte I – O Constitucionalismo no Mundo; I. Dois Modelos de Constitucionalismo; II. A prevalência do Modelo Americano; III. Surgimento do Estado Constitucional de Direito; Parte II – O Constitucionalismo no Brasil; I. A acidentada História Constitucional brasileira; II. A Constituição de 1988; III. Três mudanças de paradigmas; Parte III – O Novo Direito Constitucional brasileiro; I. A ascensão institucional do Poder Judiciário. Judicialização e ativismo judicial; II. Complexidade da vida, Indeterminação do Direito e Interpretação Constitucional; III. Os papéis das Supremas Cortes e avanços nos Direitos Fundamentais; Conclusão; I. Síntese das ideias desenvolvidas; II. A legitimidade democrática da atuação das Supremas Cortes; III. Encerramento. IV. Bibliografia.

Nota Prévia

As anotações que se seguem foram preparadas com duas finalidades. A primeira delas, a de servir como roteiro de uma vídeo-aula ministrada no curso de pós-graduação da Academia Brasileira de Direito Constitucional – ABDConst. A segunda foi para atender a uma solicitação do eminente Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Marco Aurélio Buzzi, que me disse que gostaria de compreender melhor aquilo que tenho chamado de o novo direito constitucional ou neoconstitutionalismo. Considerei ambas as demandas bons motivos para revisitar e organizar minhas próprias ideias sobre o tema. O texto, portanto, sem maior ambição acadêmica, constitui uma sistematização de reflexões já feitas em diferentes escritos. Por isso mesmo, salvo exceções, não recorri a notas de rodapé. Como próprio de um roteiro para exposição oral, está escrito sob a forma de *bullet points*. Por fim, o leitor deve levar em conta que limitações de tempo e espaço impuseram simplificações e sintetizações extremas.

I. Introdução

O constitucionalismo democrático foi a ideologia vitoriosa do século XX. Nele se condensam as promessas da modernidade: poder limitado, dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais, justiça material, tolerância, respeito ao outro e – quem sabe? – até felicidade.

Nesse arranjo institucional se fundiram duas ideias que percorreram trajetórias diferentes: o *constitucionalismo*, herdeiro da tradição liberal que remonta ao final do século XVII, expressa a ideia de poder limitado pelo Direito e respeito aos direitos fundamentais. A *democracia*, por sua vez, traduz a ideia de soberania popular, de governo da maioria, que somente se consolida, verdadeiramente, ao longo do século XX, com a consagração do sufrágio universal e o fim das restrições à participação política decorrentes do nível de riqueza, do sexo ou da raça.

Para arbitrar as tensões que muitas vezes existem entre ambos – entre constitucionalismo e democracia, *i.e.*, entre direitos fundamentais e soberania popular –, a maior parte das democracias contemporâneas instituem tribunais constitucionais ou cortes supremas. Portanto, o pano de fundo no qual se desenvolve a nossa narrativa inclui: (i) uma Constituição que garanta direitos fundamentais, (ii) um regime democrático e (iii) a existência de uma jurisdição constitucional.

Ao longo do século, outras experiências institucionais disputaram a primazia mundo afora: O marxismo-leninismo colocava no centro do sistema, não a Constituição, mas o Partido. Os regimes militares que dominaram a América Latina por largo período gravitavam em torno das Forças Armadas. O fundamentalismo islâmico tem como peça central o Corão. Nenhuma dessas propostas foi mais bem-sucedida. O modelo vencedor – o constitucionalismo democrático – chegou ao Brasil com atraso, mas não tarde demais, às vésperas da virada do milênio, com a centralidade dada à Constituição de 1988.

A exposição que se segue está dividida em três partes. A Parte I analisa brevemente o constitucionalismo no mundo, dos seus primórdios à configuração atual. A Parte II analisa, também concisamente, o constitucionalismo no Brasil. E a Parte III é dedicada ao novo direito constitucional brasileiro, tal como vem sendo praticado ao longo dos últimos anos.

Parte I – O Constitucionalismo no Mundo

I. Dois Modelos de Constitucionalismo

O constitucionalismo moderno é herdeiro de três movimentos políticos e filosóficos, que foram o contratualismo, o Iluminismo e o liberalismo. Apesar da precedência histórica da Revolução Inglesa, o constitucionalismo é tradicionalmente reconduzido a dois outros processos históricos: a Revolução Francesa e a Independência dos Estados Unidos da América.

Duas das primeiras Constituições escritas do mundo – a americana, de 1787, e a francesa, de 1791 – deram origem a dois modelos de constitucionalismo bastante diferentes. No modelo francês, que se irradiou pela Europa continental, a Constituição tinha uma dimensão essencialmente política, não comportando aplicação direta e imediata pelo Poder Judiciário. O grande princípio era o da supremacia do Parlamento e as leis não eram passíveis de controle de constitucionalidade.

Já o constitucionalismo americano, ao menos desde *Marbury v. Madison*, julgado em 1803, caracterizou-se pelo reconhecimento de uma dimensão jurídica à Constituição, com a possibilidade de sua aplicação direta e imediata por todos os órgãos do Poder Judiciário. O grande princípio aqui, desde o começo, foi o da *supremacia da Constituição*, em que juízes e tribunais, e especialmente a Suprema Corte, podiam exercer o controle de constitucionalidade e, conseqüentemente, deixar de aplicar as normas que considerassem incompatíveis com a Constituição.

II. A prevalência do Modelo Americano

Após a Segunda Guerra Mundial, o modelo americano prevaleceu na maior parte do mundo democrático. Assim é que o texto constitucional e a prática institucional de diferentes países incorporaram os seguintes elementos: (i) supremacia da Constituição, aplicável diretamente, sem depender de intermediação legislativa; (ii) controle de constitucionalidade dos atos do Legislativo e do Executivo por uma corte suprema ou corte constitucional; e (iii) atuação proativa dessas cortes na proteção dos direitos fundamentais.

Note-se que a fórmula europeia é orgânica e processualmente distinta da americana, por haver optado pela criação de tribunais constitucionais (em lugar de supremas cortes), situados fora da estrutura ordinária do Poder Judiciário. Tais cortes detêm competência exclusiva para a declaração de inconstitucionalidade de leis e seus integrantes têm mandato (não sendo vitalícios, como nos Estados Unidos). Porém, os conceitos subjacentes são os mesmos: invalidade de quaisquer atos contrários à Constituição, cabendo a um órgão de natureza judicial a última palavra sobre o seu sentido e alcance.

Apenas para registro, houve um primeiro precedente de tribunal constitucional na Áustria, em 1920, mas sem grande repercussão mundial. No Brasil, desde a primeira Constituição

republicana, seguiu-se o modelo americano de suprema corte, igualmente sem grande expressão prática até a Constituição de 1988.

III. Surgimento do Estado Constitucional de Direito

O *Estado constitucional de direito* desenvolve-se, como assinalado, a partir do término da 2ª Guerra Mundial, tendo se aprofundado no último quarto do século XX. Ele veio substituir o *Estado legislativo de direito*, em cujo centro estava a lei. Já agora, as leis passavam a estar subordinadas à Constituição. No novo modelo, a validade das leis já não depende apenas da forma de sua produção, mas também da compatibilidade de seu conteúdo com as normas constitucionais.

Mais que isso: a Constituição, além de impor limites ao legislador e ao administrador, determina-lhes, também, deveres de atuação.

A primeira referência no desenvolvimento do novo direito constitucional na Europa foi a Lei Fundamental de Bonn (Constituição alemã¹), de 1949, sobretudo após a instalação do Tribunal Constitucional Federal, ocorrida em 1951. A segunda referência de destaque é a da Constituição da Itália, de 1947, e a subsequente instalação da Corte Constitucional, em 1956. A partir daí teve início fecunda produção teórica e jurisprudencial, responsável pela ascensão científica e normativa do direito constitucional nos países de tradição romano-germânica. Ao longo dos anos 70, uma nova onda de redemocratização e reconstitucionalização reforçou a adesão ao novo modelo, incluindo Grécia (1975), Portugal (1976) e Espanha (1978).

Na América Latina, a década de 80 assistiu ao fim dos regimes militares, que se impuseram ao longo dos anos 60 e 70, como subproduto da guerra fria. A Constituição brasileira, como sabemos, é de 1988. Na Europa central e oriental, a onda de redemocratização e reconstitucionalização seguiu-se à queda do Muro de Berlim, ocorrida em outubro de 1989. Na África do Sul, a transição do regime do *apartheid* para uma democracia multipartidária teve início em 1990 e culminou com a Constituição que entrou em vigor em fevereiro de 1997.

Para evitar ilusões, deve-se registrar que esses processos nem sempre são lineares e sem sobressaltos. Justamente ao contrário, marcados por experiências autoritárias e pela falta de tradição constitucionalista, países diversos, na América Latina, na antiga União Soviética ou na

¹ A Constituição alemã, promulgada em 1949, tem a designação originária de “Lei Fundamental”, que sublinhava seu caráter provisório, concebida que foi para uma fase de transição. A Constituição definitiva só deveria ser ratificada depois que o país recuperasse a unidade. Em 31 de agosto de 1990 foi assinado o Tratado de Unificação, que regulou a adesão da República Democrática Alemã (RDA) à República Federal da Alemanha (RFA). Após a unificação não foi promulgada nova Constituição. Desde o dia 3 de outubro de 1990 a Lei Fundamental vigora em toda a Alemanha.

Europa Oriental, têm passado por desvios, avanços e retrocessos. O amadurecimento político e institucional é um processo histórico e não um fato datado.

Parte II – O Constitucionalismo no Brasil

I. A acidentada História Constitucional brasileira

Constituições não nos têm faltado. Antes pelo contrário, nessa matéria teremos pecado mais pelo excesso do que pela escassez. Assim é que, numa sucessão de percalços, foram editadas, em quase 200 anos de independência e cerca de 130 de República, oito Constituições², num melancólico estigma de instabilidade e falta de continuidade de nossas instituições políticas. Em meio a outras constatações, a experiência revela que a simples existência formal de uma Constituição é de parca utilidade.

A marca do constitucionalismo brasileiro, até a Constituição de 1988, sempre fora uma notável falta de efetividade, ou seja, a não realização na vida real dos mandamentos constitucionais. Dois exemplos emblemáticos: a Carta de 1824 estabelecia que “a lei será igual para todos”, dispositivo que conviveu, sem que se assinalassem perplexidade ou constrangimento, com os privilégios da nobreza, o voto censitário e o regime escravocrata. Outro: a Carta de 1969, outorgada pelo Ministro da Marinha de Guerra, do Exército e da Aeronáutica Militar – três senhores insuspeitos de exageros progressistas –, assegurava um amplo elenco de liberdades públicas inexistentes e prometia aos trabalhadores um pitoresco rol de direitos sociais não desfrutáveis, que incluíam “colônias de férias e clínicas de repouso”.

Buscava-se na Constituição, não o caminho, mas o desvio; não a verdade, mas o disfarce. A disfunção mais grave do constitucionalismo brasileiro, naquele final de regime militar, era a falta de efetividade das normas constitucionais. Indiferentes ao que prescrevia a Lei Maior, os estamentos perenemente dominantes construíam uma realidade própria de poder, refratária a uma real democratização da sociedade e do Estado.

O regime militar se estendeu de 1964 a 1985. Nesse período, sobretudo após o Ato Institucional nº 5, o direito constitucional deixou de ter qualquer papel relevante. Com a redemocratização e a convocação da Assembleia Nacional Constituinte, teve início a luta pela conquista de efetividade pelas normas constitucionais. Como dito, parte do problema

² 1824, 1891, 1934, 1937, 1946, 1967, 1969 (formalmente uma emenda, mas materialmente uma carta nova) e 1988.

institucional brasileiro era a existência crônica de um constitucionalismo de fantasia, que incluía na Constituição promessas que não seriam cumpridas.

Os primeiros anos de vigência da Constituição de 1988 envolveram o esforço da teoria constitucional para que o Judiciário assumisse o seu papel e desse concretização efetiva aos princípios, regras e direitos inscritos na Constituição. Pode parecer óbvio hoje, mas o Judiciário, mesmo o Supremo Tribunal Federal (STF), relutava em aceitar esse papel. Ao longo da década de 90, essa disfunção foi sendo progressivamente superada e o STF foi se tornando, verdadeiramente, um intérprete da Constituição.

O constitucionalismo chapa-branca do regime militar, que procurava dar tinturas de legitimidade ao autoritarismo, cedeu lugar ao constitucionalismo da efetividade. Aos poucos, surgiu a demanda por mais sofisticação na interpretação constitucional, que exigia princípios próprios e categorias teóricas específicas. Ao longo dos anos 2000, consolidou-se no Brasil um modelo constitucional mais ambicioso e proativo na concretização dos direitos fundamentais, referido como novo direito constitucional, constitucionalismo do pós-guerra, constitucionalismo contemporâneo ou neoconstitucionalismo.

II. A Constituição de 1988

A Constituição de 1988 é o símbolo maior de uma história de sucesso: a transição de um Estado autoritário, intolerante e muitas vezes violento para um Estado democrático de direito. Ao longo dos trinta anos de democracia, que se completam neste ano de 2018, destaco três conquistas de grande relevância e visibilidade:

1. Estabilidade institucional

Desde o fim do regime militar e, sobretudo, tendo como marco histórico a Constituição de 1988, o Brasil vive o mais longo período de estabilidade institucional de sua história. E não foram tempos banais. Ao longo desse período, o país conviveu com escândalos em série, que incluem o dos “Anões do Orçamento”, o “Mensalão”, a “Operação Lava-Jato” e duas denúncias criminais contra o Presidente em exercício, para citar os de maior visibilidade. A tudo isso se soma o trauma de dois *impeachments* de Presidentes da República eleitos pelo voto popular: o de Fernando de Collor, em 1992, com adesão majoritária da sociedade; e o de Dilma Rousseff, em 2016, que produziu um ressentimento político sem precedente na história do Brasil.

Todas essas crises foram enfrentadas dentro do quadro da legalidade constitucional³. É impossível exagerar a importância desse fato, que significa a superação de muitos ciclos de atraso. O Brasil sempre fora o país do golpe de Estado, da quartelada, das mudanças autoritárias das regras do jogo. Desde que Floriano Peixoto deixou de convocar eleições presidenciais, ao suceder Deodoro da Fonseca, até a Emenda Constitucional nº 1/1969, quando os Ministros militares impediram a posse do vice-presidente Pedro Aleixo, o golpismo foi uma maldição da República. Pois tudo isso é passado. Merece destaque o comportamento exemplar das Forças Armadas desde a redemocratização do país.

Em suma: trinta anos de estabilidade institucional, apesar de tudo. Nessa matéria, só quem não soube a sombra não reconhece a luz.

2. Estabilidade monetária

Todas as pessoas no Brasil que têm 40 anos ou mais viveram uma parte de sua vida adulta dentro de um contexto econômico de hiperinflação. A memória da inflação é um registro aterrador. Cada um de nós terá o seu próprio registro de horror da convivência com sucessivos planos econômicos que não deram certo: Cruzado I, Cruzado II, Bresser, Collor I e Collor II. Até que a inflação veio a ser domesticada com o Plano Real, a partir de julho de 1994, tendo início uma fase de estabilidade monetária, com desindexação da economia e busca de equilíbrio fiscal. Até hoje, um percentual relevante de ações que tramitam perante a Justiça brasileira está relacionado a disputas acerca da correção monetária e de diferentes planos econômicos que interferiram com sua aplicação.

Em desdobramento da estabilidade monetária, entrou na agenda da sociedade a percepção da importância da *responsabilidade fiscal*. Embora não seja uma batalha totalmente ganha, aos poucos foi se consolidando a crença de que se trata de uma premissa das economias saudáveis. Responsabilidade fiscal não tem ideologia, não é de direita ou de esquerda. A não observância da regra básica de não se gastar mais do que se arrecada traz como consequências o aumento de juros ou a volta da inflação, disfunções que penalizam drasticamente as pessoas mais pobres.

3. Inclusão social

³ É certo que partidários da Presidente Dilma Roussef e outros observadores caracterizam como “golpe” a sua destituição, mediante procedimento de *impeachment* em 2016. Do ponto de vista jurídico-constitucional, foi observada a Constituição e o rito estabelecido pelo próprio Supremo Tribunal Federal. Do ponto de vista político, porém, a ausência de comportamento moralmente reprovável por parte da Presidente afastada sempre dará margem a uma leitura severamente crítica do episódio. Sua queda se deu, em verdade, por perda de sustentação política, em processo semelhante à moção de desconfiança dos sistemas parlamentaristas, em um país presidencialista.

A pobreza e a desigualdade extrema são marcas indeléveis da formação social brasileira. Apesar de subsistirem indicadores ainda muito insatisfatórios, os avanços obtidos desde a redemocratização são muito significativos. Nas últimas três décadas, entre 30 e 40 milhões de pessoas deixaram a zona de pobreza extrema, passando a desfrutar de alguns dos benefícios da sociedade de consumo e da vida civilizada. Programas como o Bolsa Família foram muito relevantes nesse processo.

Ao longo do mesmo período, o Índice de Desenvolvimento Humano – IDH, medido pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) foi o que mais cresceu entre os países da América Latina e do Caribe. Um dos objetivos do milênio, da ONU, entre 1990-2015, era reduzir a pobreza em 50%. Conseguimos reduzi-la em 72,7%.

É certo que houve uma certa reversão de expectativas nessa área, em razão da crise econômica dos últimos anos, com cerca de 4,1 milhões de brasileiros voltando à pobreza.

De todo modo, o balanço da inclusão social no Brasil nos últimos 30 anos é extremamente positivo e merece ser celebrado.

Veja-se, portanto, que em menos de uma geração, derrotamos o autoritarismo, a hiperinflação e a pobreza extrema. Nada é impossível. Temos andado na direção certa, ainda quando não na velocidade desejada. Na quadra atual, há uma enorme demanda por integridade, idealismo e patriotismo na sociedade brasileira. E esta é a energia que pode mudar paradigmas e empurrar a história.

III. Três mudanças de paradigmas

No plano teórico, o quarto final do século XX, no Brasil, foi o cenário da superação de algumas concepções do pensamento jurídico clássico, que haviam se consolidado no final do século XIX. Ideias que eram ligadas ao formalismo, ao positivismo e ao legalismo. Eis as três grandes mudanças de paradigma que assinalam o Direito nos dias de hoje:

A. Superação do formalismo jurídico. O pensamento jurídico clássico alimentava duas ficções: a) a de que o Direito, a norma jurídica, era a expressão da razão, de uma justiça imanente; e b) que o Direito se concretizava mediante uma operação lógica e dedutiva, em que o juiz fazia a subsunção dos fatos à norma, meramente pronunciando a consequência jurídica que nela já se continha.

Ao longo do século XX, consolidou-se, contrariamente, a convicção de que: a) o Direito é, frequentemente, não a expressão de uma justiça imanente, mas de interesses que se tornam dominantes em um dado momento e lugar (e que, por isso, precisa ser confrontado com critérios de Justiça previstos na Constituição); e b) em uma grande quantidade de situações, a solução

para os problemas jurídicos não se encontrará pré-pronta no ordenamento jurídico. Ela terá de ser construída argumentativamente pelo intérprete. A ideia de objetividade plena do Direito e de neutralidade do intérprete começa a se desfazer no ar.

B. Advento de uma cultura jurídica pós-positivista/atenuação do positivismo jurídico.

Nesse ambiente em que a solução dos problemas jurídicos não se encontra integralmente na norma jurídica, surge uma cultura jurídica pós-positivista. Se a solução não está integralmente na norma, é preciso procurá-la em outro lugar. E, assim, supera-se a separação profunda que o positivismo jurídico havia imposto entre o Direito e a Moral, entre o Direito e outros domínios do conhecimento. Para construir a solução que não está pronta na norma, o Direito precisa se aproximar da filosofia moral – em busca da justiça e de outros valores –, da filosofia política – em busca de legitimidade democrática e da realização de fins públicos que promovam o bem comum e, de certa forma, também das ciências sociais aplicadas, como a economia, a psicologia e a estatística.

O pós-positivismo reivindica uma pretensão de correção moral para o Direito, vale-se da normatividade dos princípios como elemento de concretização da justiça e atribui centralidade à dignidade da pessoa humana e aos direitos fundamentais na interpretação jurídica em geral⁴.

C. Ascensão do direito público e centralidade da Constituição. Por fim, o século XX assiste a ascensão do direito público. A teoria jurídica do século XIX havia sido construída predominantemente sobre as categorias do direito privado. O Século XIX começa com o Código Civil francês, o Código Napoleão, de 1804, e termina com a promulgação do Código Civil alemão, de 1900. Os protagonistas do Direito eram o contratante e o proprietário. Ao longo do século XX, assiste-se a uma progressiva publicização do Direito, com a proliferação de normas de ordem pública.

Ao final do século XX, essa publicização do Direito resulta na centralidade da Constituição. Toda interpretação jurídica deve ser feita à luz da Constituição, dos seus valores e dos seus princípios. Toda interpretação jurídica é, direta ou indiretamente, interpretação constitucional. Interpreta-se a Constituição *diretamente* quando uma pretensão se baseia no texto constitucional (uma imunidade tributária, a preservação do direito de privacidade); e interpreta-

⁴ Muito próximo do pós-positivismo, do ponto de vista dos efeitos práticos, é o denominado *positivismo inclusivo*. Embora defenda a separação entre Direito e Moral, o positivismo inclusivo, na linha preconizada por H.L.A. Hart (HART, H. L. A. **The concept of law**. Oxford: Oxford University Press, 1961), sustenta que a Moral pode ingressar no Direito se for abrigado no que denomina de “regra de reconhecimento”. Vale dizer: constituições que consagram direitos fundamentais e valores morais (sob a forma de princípios), em última análise, promovem essa reaproximação. Este é o caso da Constituição brasileira e, possivelmente, de quase todas as constituições democráticas do mundo.

se a Constituição *indiretamente* quando se aplica o direito ordinário, porque antes de aplicá-lo é preciso verificar sua compatibilidade com a Constituição e, ademais, o sentido e o alcance das normas infraconstitucionais devem ser fixados à luz da Constituição.

O protagonismo da Constituição, alçada ao centro do sistema jurídico – de onde foi deslocado o direito privado e seu principal monumento, o Código Civil –, deu lugar a um fenômeno conhecido como *filtragem constitucional* ou *constitucionalização do direito*, que importa na leitura de todo o ordenamento jurídico infraconstitucional com a lente da Constituição, seus mandamentos e princípios. Essa mudança de paradigma impactou de forma relevante ramos como o direito civil (com a eficácia horizontal dos direitos fundamentais), o direito penal (com a ideia de proporcionalidade se projetando na vedação tanto do excesso quanto da proteção deficiente) e o direito administrativo (com a releitura constitucionalmente adequada da ideia de supremacia do interesse público).

Parte III – O Novo Direito Constitucional brasileiro

Nota Prévia Terminológica

O constitucionalismo do pós-guerra, constitucionalismo de direitos, direito constitucional contemporâneo ou *neoconstitucionalismo*, como por vezes é referido entre nós, significou a incorporação à teoria e à prática brasileiras das categorias que se disseminaram pelo constitucionalismo mundial, a ponto de alguns autores falarem em um *constitucionalismo global*. As principais referências concretas dessas novas concepções são a Suprema Corte americana e o Tribunal Constitucional Federal alemão, com projeções importantes em outras partes do mundo, como Colômbia e África do Sul. Em outros países, como Polônia e Hungria, houve avanços e depois retrocessos.

Esse novo direito constitucional tem como marco filosófico, como já assinalado, a superação ou atenuação do positivismo jurídico e como marcos teóricos importantes o reconhecimento de força normativa à Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional, para lidar com a complexidade e o pluralismo da sociedade contemporânea. Nesse ambiente, verifica-se um papel mais proativo das cortes constitucionais na concretização de direitos fundamentais e uma permanente discussão sobre a exata fronteira entre o direito e a política, isto é, entre o que seja espaço da interpretação constitucional e o que seja espaço de conformação legislativa.

É essa visão não formalista e não (tão) positivista do Direito e da vida, aliada à centralidade da Constituição, que tem sido apelidada no Brasil de neoconstitucionalismo. O termo tem, em primeiro lugar, uma dimensão descritiva: ele identifica um conjunto importante de mudanças ocorridas no constitucionalismo contemporâneo, identificadas acima, que incluem a) a elaboração de Constituições analíticas, com dispositivos voltados à proteção dos direitos fundamentais de diversas gerações; b) a expansão da jurisdição constitucional em todo o mundo, com a criação de tribunais constitucionais ou cortes supremas destinadas a fazerem valer a Constituição; e c) a ascensão institucional do Poder Judiciário e o aumento da discricionariedade judicial, em razão da complexidade da vida moderna e de uma nova percepção da interpretação constitucional.

O termo identifica, igualmente, um endosso a essas transformações, em que o Direito assume um papel mais substantivo e transformador da realidade social. Deixa a sua zona de conforto tradicional, que é o da conservação de conquistas políticas relevantes e passa a ter, igualmente, uma função promocional, atuando como um instrumento de avanço social. Nesse sentido, neoconstitucionalismo é não apenas uma forma de descrever o Direito constitucional atual, mas também de desejá-lo.

A seguir, a análise de alguns aspectos desse novo direito constitucional.

I. A ascensão institucional do Poder Judiciário. Judicialização e Ativismo Judicial

1. Um fenômeno mundial

A ascensão institucional do Poder Judiciário é um fenômeno mundial, que tem seu marco inicial no 2º pós-guerra. Juízes e tribunais deixam de integrar uma espécie de departamento técnico especializado do governo e se transformam efetivamente em um Poder político, que disputa espaço com os outros dois. Há três grandes causas apontadas pelos autores em geral para este fato:

(i) o reconhecimento de que um Judiciário forte e independente é um componente essencial das democracias modernas, para preservar os direitos fundamentais e as regras do jogo democrático;

(ii) um certo desencanto com a política majoritária, em razão da crise de representatividade e de funcionalidade dos parlamentos em geral;

(iii) atores políticos, muitas vezes, não são capazes de produzir consensos em relação a questões em que há desacordos morais razoáveis, preferindo transferir o ônus de certas decisões para o Judiciário, cujos membros não dependem de votos. É o caso de uniões homoafetivas, interrupção de gestação, direitos de minorias etc.

Exemplos desse protagonismo judicial em temas relevantes podem ser encontrados em países diversos e distantes entre si, nos quais a Suprema Corte ou o Tribunal Constitucional produziu a decisão final em temas controvertidos: Canadá (testes mísseis americanos em seu território), Israel (construção de um muro na fronteira com o território palestino), Turquia (preservação do Estado laico em face do avanço do fundamentalismo islâmico, situação que não prevalece nos dias atuais, após a reação ao golpe de 2016). Nos Estados Unidos, foi a Suprema Corte que decidiu (e mal) a eleição de 2000.

2. Circunstâncias brasileiras

No Brasil há uma certa exacerbação do fenômeno por causas próprias. A principal delas é a *constitucionalização abrangente* que temos entre nós. A Constituição brasileira cuida da separação de Poderes, da organização do Estado e dos direitos fundamentais, como as constituições em geral, mas também trata de ordem econômica, de sistema previdenciário, de proteção do meio ambiente, da criança e adolescente, do idoso, da polícia, dos cartórios, do Colégio Pedro II, dos índios. Isso foi, em certa medida, a consequência inexorável do processo constituinte e da participação ampla de uma sociedade que ficara alijada do processo democrático por mais de duas décadas. A segunda causa é o *acesso relativamente fácil ao Supremo Tribunal Federal*, por um número expressivo de legitimados ativos, por via de ações constitucionais diretas. Isso permite que quase toda questão relevante seja levada diretamente à suprema corte do país.

Sem surpresa, a vida brasileira se judicializou amplamente: da reforma previdenciária à importação de pneus usados, passando por abandono afetivo, uso de drogas e até colarinho de chopp (o Tribunal Regional Federal da 4ª Região estabeleceu que o colarinho integra a bebida para fins de medição da quantidade servida!). A judicialização vai do importante ao desimportante, do sublime ao ridículo.

3. Judicialização e ativismo judicial

Como consequência da ascensão do Judiciário, ocorreu uma notável judicialização da vida. *Judicialização* significa que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário. Trata-se, como intuitivo, de uma

transferência de poder para juízes e tribunais, em detrimento das instâncias políticas tradicionais, que são o Legislativo e o Executivo.

A judicialização é um **fato**, que decorre de fatores mundiais, potencializados no Brasil pelas circunstâncias descritas acima. O *ativismo judicial* é primo da judicialização, mas os dois conceitos não se confundem.

O *ativismo judicial* não é um fato, é uma **atitude**. Trata-se de um modo proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Ele está associado a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço dos outros Poderes. O oposto de ativismo é a *autocontenção judicial*.

Nos últimos tempos, no Brasil, a expressão *ativismo judicial* perdeu o sentido original. Fenômeno semelhante havia ocorrido nos Estados Unidos. A expressão hoje se tornou uma forma depreciativa de se referir a esse papel mais expansivo do Judiciário e sobretudo do STF. É um pouco como *neoliberalismo*. O termo já não veicula uma ideia, mas uma crítica genérica, onde cada um coloca o que vai na sua cabeça. Por isso, tenho procurado evitar a expressão, substituindo-a por atuação expansiva ou proativa.

Há situações em que é legítimo e desejável uma atuação expansiva do Judiciário. E há outras em que essa atuação será ilegítima e indesejável. Um pouco mais à frente nós vamos procurar demarcar esses espaços.

Arrematando as ideias desse tópico: no ambiente do novo direito constitucional teve lugar uma exponencial ascensão política e institucional do Poder Judiciário. Com ela veio uma significativa judicialização da vida – importante, porém mais intensa do que desejável – e algum grau de ativismo judicial – que pode ser ora mais ora menos legítimo.

II. Complexidade da vida, Indeterminação do Direito e Interpretação Constitucional

Paralelamente às transformações no direito aqui descritas, as sociedades contemporâneas foram se tornando cada vez mais plurais e complexas. Esses dois fatores produziram um impacto relevante sobre a interpretação jurídica em geral, e sobre a interpretação constitucional em particular.

A ideia de uma nova interpretação se liga ao desenvolvimento de algumas fórmulas originais de realização da vontade da Constituição, com uma visão menos formalista do direito e menor apego a uma concepção de positivismo anterior à 2ª Guerra Mundial. Não se trata de

abandonar os métodos tradicionais – o *subsuntivo*, fundado em *regras* – nem dos elementos tradicionais da hermenêutica, como o gramatical, o histórico, o sistemático e o teleológico. Cuida-se, na verdade, da necessidade de se satisfazerem demandas deficientes ou insuficientemente atendidas pelas fórmulas clássicas.

Alguns exemplos da complexidade e do pluralismo do mundo contemporâneo:

a) pode um casal surdo-mudo utilizar a engenharia genética para gerar um filho surdo-mudo e, assim, habitar o mesmo universo existencial que os pais?

b) uma pessoa que se encontrava no primeiro lugar da fila, submeteu-se a um transplante de fígado. Quando surgiu um novo fígado, destinado ao paciente seguinte, o paciente que se submetera ao transplante anterior sofreu uma rejeição e reivindicava o novo fígado. Quem deveria recebê-lo?

c) pode um adepto da religião Testemunha de Jeová recusar terminantemente uma transfusão de sangue, mesmo que indispensável para salvar-lhe a vida, por ser tal procedimento contrário à sua convicção religiosa?

d) pode uma mulher pretender engravidar do marido que já morreu, mas deixou o seu sêmen em um banco de esperma?

e) pode uma pessoa, nascida fisiologicamente homem, mas considerando-se uma transexual feminina, celebrar um casamento entre pessoas do mesmo sexo com outra mulher?

Nenhuma dessas questões é teórica. Todas traduzem casos concretos ocorridos no Brasil e no mundo. Para lidar com essas situações complexas, que se sucedem em um mundo marcado pela diversidade, foi preciso desenvolver novas categorias para a interpretação constitucional. Tais categorias incluem a normatividade dos princípios, o reconhecimento das colisões de normas constitucionais, a necessidade de emprego da técnica da ponderação e a reabilitação da argumentação jurídica. Esta é a sistematização que eu adoto e proponho, e que corresponde à prática dos principais tribunais constitucionais do mundo.

Todas elas foram concebidas em um ambiente em que se multiplicaram os chamados *casos difíceis*. Casos para os quais não existe uma solução pré-pronta no ordenamento jurídico. Casos difíceis surgem em diferentes situações, como as decorrentes de: (i) *ambiguidade na linguagem* (termos e expressões como calamidade pública, relevância e urgência ou impacto ambiental precisam ter o seu conteúdo preenchido à luz de situações concretas da vida); (ii) *desacordos morais razoáveis* (pessoas esclarecidas e bem intencionadas têm visões distintas sobre temas como suicídio assistido, descriminalização de drogas leves ou ensino religioso em escolas públicas); (iii) *colisões de normas constitucionais ou de direitos fundamentais* (Constituições abrigam valores contrapostos, que entram em tensão diante de determinadas realidades fáticas).

Alguns exemplos de colisão de normas: a) na discussão judicial sobre a construção de duas usinas hidrelétricas, entraram em choque o desenvolvimento nacional e a proteção ambiental; b) no debate sobre a necessidade ou não de autorização prévia para a divulgação de biografias, estavam em tensão o direito de privacidade e a liberdade de expressão; c) nas controvérsias envolvendo tabelamento de preços, o choque se dá entre a livre iniciativa e a proteção do consumidor. Como não há hierarquia entre normas constitucionais, não é possível afirmar, aprioristicamente e em abstrato, qual valor, interesse ou direito deve prevalecer. A solução precisa ser construída racional e argumentativamente, a partir da realidade fática subjacente.

Sobretudo nos casos de colisão de normas ou de direitos, boa parte dos tribunais constitucionais do mundo se utiliza da técnica da ponderação, que envolve a valoração de elementos do caso concreto com vistas à produção da solução que melhor realiza a vontade constitucional naquela situação. As diversas soluções possíveis vão disputar a escolha pelo intérprete. Como a solução não está pré-pronta na norma, a decisão judicial não se sustentará mais na fórmula tradicional da separação de Poderes, em que o juiz se limita a aplicar, ao litígio em exame, a solução que já se encontrava inscrita na norma, elaborada pelo constituinte ou pelo legislador. Como este juiz se tornou co-participante da criação do Direito, a legitimação da sua decisão passará para a argumentação jurídica, para sua capacidade de demonstrar a racionalidade, a justiça e a adequação constitucional da solução que construiu.

Surge aqui o conceito interessante de *auditório*⁵. A legitimidade da decisão vai depender da capacidade do intérprete convencer o auditório a que se dirige de que aquela é a solução correta e justa. Não temos condições de tempo de percorrer esse caminho, que no entanto tem o seu fascínio.

Nesse admirável mundo novo que venho descrevendo, já não tem mais aplicação a velha afirmação de Hans Kelsen de que cortes constitucionais somente podem atuar como *legislador negativo*. Como visto, em alguma medida relevante, juízes criam o direito ao interpretarem princípios abstratos, ao ponderarem normas constitucionais e ao produzirem decisões aditivas integradoras de lacunas ou omissões.

Não será possível aprofundar, nesse momento, a discussão acerca de quais fatores influenciam uma decisão judicial, sobretudo de uma corte constitucional, notadamente nos casos difíceis, em que se impõe uma atuação mais criativa. Há uma vasta literatura contemporânea sobre esse tema⁶. Em síntese apertada, é possível dizer que existem: (i) *fatores jurídicos*: juízes, naturalmente, levam em conta a Constituição, as leis, a jurisprudência e a doutrina acerca da

⁵ PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da argumentação**: a nova retórica. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 22.

⁶ No Brasil, v. por todos, PERRONE, Patrícia Campos Mello. **Nos bastidores do STF**. São Paulo: Forense, 2015.

matéria que estão decidindo; (ii) *fatores ideológicos*: embora não possam e não devam ter posturas partidárias, juízes têm a sua própria concepção do que seja bom, justo e legítimo e, naturalmente, projetam-na em seus julgamentos; e (iii) *fatores institucionais*: há circunstâncias externas ao direito que também são relevantes para o processo decisório, como as relações entre os Poderes, as influências da sociedade, da mídia e da opinião pública, a viabilidade de cumprimento da decisão etc.

Há quem não goste de nenhuma dessas categorias com as quais estamos trabalhando. Nem neoconstitucionalismo, nem casos difíceis, nem ponderação, nem fatores extrajurídicos que influenciam uma decisão judicial. A vida comporta múltiplos pontos de observação. E a verdade não tem dono. Deus nos livre do pensamento único. Devemos celebrar a diferença. Vinícius de Moraes, em passagem inspirada, escreveu: “Bastar-se a si mesmo é a maior solidão”. Só cabe aqui uma advertência aos que negam a realidade por preferirem que ela fosse diferente: na vida, não adianta quebrar o espelho por não gostar da imagem.

III. Papéis das Supremas Cortes e avanços nos Direitos Fundamentais

Do modo como eu vejo, cortes constitucionais e supremas cortes, como o Supremo Tribunal Federal, desempenham três grandes papéis: contramajoritário, representativo e iluminista.

1. O papel contramajoritário

A atuação contramajoritária se dá nas hipóteses em que o Tribunal invalida atos do Poder Legislativo ou do Poder Executivo, por considerá-los contrários à Constituição. É um dos temas mais estudados na teoria constitucional, que procura responder à seguinte pergunta: por que razão juízes que não são eleitos podem sobrepor a sua interpretação à vontade política do Presidente da República, eleito com dezenas de milhões de votos, ou à dos membros do Congresso, igualmente eleitos?

O entendimento que prevaleceu em quase todo o mundo democrático é que a suprema corte pode intervir, em nome da Constituição e da vontade originária da maioria que a elaborou, para conter as paixões momentâneas das maiorias e, assim: a) assegurar o respeito às regras do jogo democrático, impedindo o ímpeto de se perpetuarem no poder; e b) assegurar o respeito aos direitos fundamentais, que constituem uma reserva mínima de justiça em toda sociedade civilizada.

Típicas decisões contramajoritárias, na experiência brasileira, têm sido de declaração de inconstitucionalidade (i) da criação de tributos, (ii) da cobrança de contribuição previdenciária em certos casos, (iii) da proibição de progressão de regime prisional em certos crimes.

Porém, o que quero aqui destacar é que, como regra geral, o STF exerce essa competência contramajoritária – isto é, o poder de declarar leis ou atos normativos inconstitucionais – com grande parcimônia e autocontenção. Eu fiz o levantamento em um outro trabalho acadêmico e o número de dispositivos de leis federais invalidados é bastante reduzido.

E aqui se torna importante a distinção que se fez anteriormente entre judicialização e ativismo. Juízes e tribunais, uma vez provocados pela via processual adequada, não têm a alternativa de se pronunciarem ou não sobre a questão. Há diversas matérias controvertidas que foram de fato judicializadas, mas em relação às quais a decisão do STF não foi ativista, mas autocontida.

Três exemplos de decisões que ilustram essa afirmação: a) *células tronco embrionárias*: embora o tema fosse controvertido, o Tribunal, por 6 votos a 5, manteve a validade da lei que havia sido votada pelo Congresso; b) *ações afirmativas para negros*: o Tribunal, em surpreendente unanimidade, julgou *improcedente* o pedido de inconstitucionalidade que previa cotas para ingresso em universidades públicas; c) demarcação da reserva indígena *Raposa Serra do Sol*: o Tribunal, em última análise, *manteve* a validade da demarcação em área contínua que havia sido feita pelo Ministro da Justiça e homologada pelo Presidente da República.

Veja-se, então: a judicialização é inevitável, porque a possibilidade de propor ações dessa natureza está prevista na Constituição e nas leis. Mas judicialização não significa que houve atuação ativista ou expansiva do Judiciário.

2. O papel representativo

Além da função contramajoritária, há um papel particularmente importante desempenhado por cortes constitucionais em geral e pelo Supremo Tribunal Federal em particular, que é a função representativa. Trata-se do papel de atender a demandas sociais que não foram atendidas a tempo e a hora pelo processo político majoritário. Ou seja, o Judiciário se torna representativo quando o Legislativo não tenha conseguido sê-lo.

Alguns exemplos:

a) Proibição do nepotismo nos três Poderes. O STF primeiro decidiu em relação ao Judiciário e depois estendeu aos três Poderes. Inexistia lei proibindo a nomeação de parentes até o terceiro grau para cargos em comissão, isto é, de livre nomeação, sem concurso, em diversas áreas do serviço público. O Congresso e as Assembleias Legislativas não atuaram. Mas havia uma evidente demanda social nesse sentido. O STF, então, interpretando os princípios da moralidade

administrativa e da impessoalidade, previstos na Constituição, deles extraiu a regra de proibição da nomeação da parentada.

b) Fidelidade partidária. Há uma imensa demanda social por reforma política que o Congresso não consegue atender (nem o STF pode fazer). Mas, nessa questão pontual, quando ela chegou ao STF, o Tribunal entendeu que a mudança de partido por candidato eleito em eleições proporcionais acarretava a perda de mandato. Esta é uma situação que deixa os eleitores extremamente indignados e que a sociedade repudia. Logo, o Tribunal entendeu que a mudança de partido fraudava o princípio democrático.

c) Financiamento eleitoral por empresa. A despeito de casos gravíssimos de corrupção associados ao modelo de financiamento eleitoral brasileiro, o Congresso Nacional não enfrentava o problema, removendo distorções graves do sistema. Dentre elas a possibilidade de: a) empresas tomarem empréstimo no BNDES e utilizarem dinheiro público para financiar os candidatos de seu interesse; b) a mesma empresa financiar mais de um candidato. Se o fizer, não está exercendo direito político (para quem acha que empresa pode titularizar tal direito). Ou foi achacada ou está comprando favores futuros; e c) a empresa que financiou a campanha não pode ser contratada pela Administração Pública. Se não, estar-se-ia permitindo que o favor privado (doação de campanha) fosse pago com dinheiro público (contrato administrativo). Todas essas situações violavam os princípios da moralidade administrativa e republicano, que impõem um grau mínimo de decência política.

3. Papel iluminista

O terceiro e último papel desempenhado por cortes constitucionais é o papel iluminista. Trata-se de uma competência perigosa, a ser exercida com grande parcimônia, pelo risco democrático que ela representa e para que cortes constitucionais não se transformem em instâncias hegemônicas. Mas as constituições são produto do Iluminismo e devem ser interpretadas honrando essa tradição.

Ao longo da história, alguns avanços imprescindíveis tiveram de ser feitos, em nome da razão humanista, contra o senso comum, as leis vigentes e a vontade majoritária da sociedade. A abolição da escravidão ou a proteção de mulheres, negros, homossexuais, transgêneros e minorias religiosas, por exemplo, nem sempre pôde ser feita adequadamente pelos mecanismos tradicionais de canalização de reivindicações sociais.

Para além do papel puramente representativo, cortes constitucionais desempenham, por vezes, excepcionalmente, um papel iluminista. Atuam para empurrar a história, para avançar o processo civilizatório. Exemplos:

a) **Estados Unidos:** *Brown v. Board of Education*: a Suprema Corte, por decisão judicial, terminou com a segregação racial nas escolas públicas. Sem lei e provavelmente sem apoio majoritário;

b) **África do Sul:** por decisão judicial aboliu-se a pena de morte e considerou-se inconstitucional a criminalização da homossexualidade;

c) **Israel:** a Suprema Corte considerou inconstitucional a tortura de “terroristas”, mesmo em situações extremas, contra a vontade do Parlamento e da posição majoritária da sociedade. Tribunal Constitucional Federal chancelou a criminalização do holocausto.

No Brasil, são exemplos desse tipo de atuação:

a) a decisão que equiparou as **uniões homoafetivas** às uniões estáveis convencionais e abriu caminho para o casamento de pessoa do mesmo sexo. Nada documenta que essa fosse uma posição majoritária na sociedade, mas era um avanço civilizatório que se fazia necessário e a lei não vinha;

b) **interrupção da gestação de fetos anencefálicos:** apesar da grande reação à interrupção da gestação em geral, que há na sociedade brasileira, violava a dignidade da mulher obrigá-la a manter até o fim uma gestação inviável. Posteriormente, em 2016, a 1ª Turma do STF estendeu esse direito de interrupção da gestação em qualquer caso, durante o primeiro trimestre.

Uma observação final de grande importância: para que não se distorçam os princípios, os meios e os fins do novo constitucionalismo, deve-se enfatizar, na linha das ideias apresentadas, que ele não autoriza o voluntarismo, o decisionismo judicial ou, para utilizar um termo mais pernóstico em voga, o solipsismo. Deixe-se registrado, portanto, em letra de forma, que o juiz não é o criador original do direito e não está autorizado a, deliberadamente, fazer valer suas convicções e valores subjetivos, a pretexto de estar interpretando o Direito. No constitucionalismo democrático, uma decisão judicial legítima deve percorrer o seguinte itinerário:

a) reconduzir-se sempre a uma norma jurídica, seja um princípio ou uma regra, ficando a margem de atuação do intérprete limitada pelas possibilidades semânticas do texto interpretado (dimensão normativa);

b) observar os valores e direitos fundamentais abrigados na Constituição, independentemente de a decisão ser popular ou impopular. Direitos fundamentais protegem as pessoas, inclusive e notadamente, contra a vontade das maiorias. O populismo judicial é tão ruim quanto qualquer outro (dimensão deontológica); e

c) ultrapassadas as duas etapas anteriores, sua atuação deverá pautar-se pela produção do melhor resultado possível para a sociedade (dimensão pragmática).

Conclusão

I. Síntese das ideias apresentadas

Na Parte I das presentes anotações, ficou consignado que prevaleceu no mundo contemporâneo, substantivamente, o modelo norte-americano de constitucionalismo. Esse modelo é fundado nos seguintes elementos essenciais: uma Constituição que institua um regime democrático e contenha um catálogo de direitos fundamentais; aplicação direta e imediata das normas constitucionais, independentemente de intermediação legislativa; e existência de supremas cortes ou cortes constitucionais com o papel institucional de fazer valer a Constituição, podendo, inclusive, invalidar atos dos outros dois Poderes.

Na Parte II, foram apontadas vicissitudes pretéritas do constitucionalismo brasileiro, com ênfase na falta de efetividade das Constituições de uma maneira geral. Esse ciclo foi rompido pela Constituição de 1988, que ao longo do tempo se tornou um documento verdadeiramente normativo, com capacidade de limitar o poder político e conformar progressivamente a realidade. Sob sua vigência foram obtidas conquistas importantes, como estabilidade institucional, estabilidade monetária e inclusão social. A Constituição de 1988 foi, igualmente, contemporânea de expressivas mudanças de paradigmas no direito em geral, que incluíram a superação do formalismo jurídico, o advento de uma cultura pós-positivista e a passagem da Constituição para o centro do sistema jurídico.

A Parte III foi dedicada ao novo direito constitucional praticado no Brasil e no mundo democrático romano-germânico em geral, que tem recebido designações diversas: constitucionalismo democrático, constitucionalismo do pós-guerra, constitucionalismo de direitos ou neoconstitucionalismo. Da perspectiva deste autor, as características a seguir identificadas têm uma dimensão *descritiva* – *i.e.*, limitam-se a expor a realidade existente – e uma dimensão *normativa* – *i.e.*, é assim que deve ser, mesmo, o direito constitucional. Tais características incluem: a ascensão institucional do Judiciário e a expansão da jurisdição constitucional, pela criação generalizada de cortes constitucionais ou supremas cortes; a atuação proativa dessas cortes na concretização dos direitos fundamentais, inclusive das minorias; uma interpretação jurídica menos formalista e liberta de certos dogmas do positivismo anterior à 2ª Guerra Mundial; e a conseqüente reaproximação entre o direito e a ética, marcada pela normatividade dos princípios, a centralidade dos direitos fundamentais e a pretensão de correção moral das decisões judiciais.

II. A legitimidade democrática da atuação das Supremas Cortes

No constitucionalismo democrático, cabe às supremas cortes – no caso brasileiro, ao Supremo Tribunal Federal –, ao menos do ponto de vista formal, a última palavra acerca da interpretação da Constituição. Esta é uma competência, todavia, que deve ser exercida sem arrogância, sem pretensão de hegemonia e com respeito às próprias capacidades institucionais do Judiciário, levando em conta as competências e o peso democrático dos outros dois Poderes.

Como regra geral, o Judiciário deve ser deferente para com as escolhas políticas do Legislativo e para com a discricionariedade administrativa razoável do Poder Executivo. As situações que autorizam uma atuação mais expansiva das supremas cortes dizem respeito à proteção das regras do jogo democrático – para evitar abusos e eventual autoritarismo das maiorias – e salvaguarda dos direitos fundamentais, que constituem uma reserva mínima de justiça nas sociedades democráticas. Fora dessas situações, no normal da vida, a atuação judicial deve ser marcada pela autocontenção.

Um componente importante da legitimidade democrática e do relacionamento entre Poderes é a existência de *diálogo institucional*. São exemplos dessa forma de atuação, por parte das supremas cortes, o apelo ao legislador para que legisle (alterando norma existente ou sanando uma omissão), a edição de norma temporária até que o legislador venha a dispor a respeito ou a fixação de prazo para que o legislador proveja acerca de determinada matéria, com a advertência de que se não o fizer, a norma será criada jurisdicionalmente. Da parte do Legislativo, salvo o caso de cláusulas pétreas, existe sempre a possibilidade de superar uma decisão do Supremo Tribunal Federal, por exemplo, mediante a edição de uma emenda constitucional.

III. Encerramento

Terminando como começamos: o constitucionalismo democrático foi a ideologia vitoriosa do século XX, prevalecendo sobre os modelos alternativos: marxismo-leninismo, regimes militares e fundamentalismos religiosos. O Estado democrático de direito significa o ponto de equilíbrio entre o governo da maioria, o respeito às regras do jogo democrático e a promoção dos direitos fundamentais. Trata-se de uma fé racional que ajuda a acreditar no bem e na justiça, mesmo quando não estejam ao alcance dos olhos.

A judicialização das relações políticas e sociais – que é inevitável em algum grau – não pode suprimir o espaço da política e eliminar o governo da maioria. O Judiciário não pode

presumir demais de si mesmo. Na frase feliz de Gilberto Amado: “Querer ser mais do que se é, é ser menos”. É preciso buscar, permanentemente, o equilíbrio adequado a cada momento entre supremacia da Constituição, interpretação judicial da Constituição e processo político majoritário.

A vida institucional, assim como a vida social e a vida individual de cada um é a busca permanente de equilíbrio. E a vida é a travessia contínua de uma corda bamba. Cada um de nós, não importa quem está no palco ou na plateia, está sempre se equilibrando. Tomamos decisões a cada passo. Durante o trajeto, a gente se inclina ora para um lado, ora para o outro lado, e segue em frente. Por vezes, o público poderá ter a ilusão de que o equilibrista está voando. Não há problema nisso. A vida é feita de certas ilusões. Mas o equilibrista tem que saber que não está voando. Porque se ele acreditar nisso, se ele presumir ser mais do que pode ser, não haverá salvação. Ele vai cair. E na vida real não tem rede.

No constitucionalismo democrático, cortes supremas ou cortes constitucionais têm um papel decisivo no equilíbrio institucional. E, na minha visão, devem cumprir o seu papel do mesmo modo como acho que a vida deve ser vivida: com valores, com determinação, com uma dose de bom humor e com humildade.

IV. Bibliografia

HART, H. L. A. **The concept of law**. Oxford: Oxford University Press, 1961.

PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da argumentação: a nova retórica**. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PERRONE, Patrícia Campos Mello. **Nos bastidores do STF**. São Paulo: Forense, 2015.

Enviado em: 05.06.2018

Aprovado em: 05.07.2018