

## **SOB O SIGNO DA INDETERMINAÇÃO: UMA ANÁLISE DOS VINTE E CINCO ANOS DA CONSTITUIÇÃO E A (IN) EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO BRASIL HOJE.**

## **ANTE EL SIGNO DE LA INDETERMINACIÓN: UN ANÁLISIS DE LOS VEINTICINCO AÑOS DE LA CONSTITUCIÓN Y LA (IN)EFICACIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL BRASIL DE HOY**

Cecilia Caballero Lois<sup>1</sup>

Caroline Ferri<sup>2</sup>

**Resumo:** O presente artigo procura analisar os últimos vinte anos da Constituição Federal, em especial no que toca ao paradoxo eficácia/ineficácia dos direitos fundamentais. Para tanto, faz uso de um pressuposto: que a aposta da Constituição em ampliar os limites de atuação do Poder Judiciário acabou por limitar uma de suas características principais, qual seja, a sua condição de proporcionar autonomia para o exercício da cidadania. A demonstração deste objeto é realizada a partir de duas perspectivas. A primeira parte das teses de Dworkin sobre o direito como integridade e a leitura moral da Constituição. Verifica-se que, nesta tese, os juízes possuem um dever específico, o de aplicar aos casos *sub judice* o aparato legislativo e a gama de decisões judiciais havidas que lhe sejam pertinentes, sem deixar de levar em conta a necessidade de serem os direitos fundamentais inscritos na Constituição interpretados como princípios morais oriundos das esferas da justiça e da equidade. Já a segunda perspectiva parte do fato de que a Constituição reconhece e estimula o pluralismo (e, portanto, o dissenso) como decorrência natural da democracia. Tal análise foi realizada a partir do elencado por Sunstein de que a interpretação da Constituição deve ser realizada de forma “cooperativa” entre os Poderes do Estado, permitindo uma maior representação de todos os atores das sociedades contemporâneas. Como consequência tem-se a necessidade de “acordos parcialmente teorizados” e do “uso construtivo do silêncio”, a fim de que se possa produzir estabilidade social e consenso em meio ao pluralismo existente. Da mesma forma está preconizado por Rosenfeld, quando afirma que o conflito entre a identidade constitucional e outras identidades presentes na esfera social são inevitáveis. Portanto, o texto da Constituição deve ser visto como algo aberto, a fim de que possa ser “preenchido” de forma constante pelos diversos atores da esfera democrática. Isso significa, em síntese, que não se pode esperar dos juízes respostas definitivas a todas as questões levadas a esfera jurisdicional. A interpretação da Constituição, vista de forma plural, pode significar uma maior representação da pluralidade constituinte das sociedades contemporâneas, o que reafirmaria o ideal preconizado na própria Constituição, qual seja, a valorização das pluralidades.

---

<sup>1</sup> Doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Professora dos cursos de graduação e pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ).

<sup>2</sup> Doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Professora dos cursos de graduação e pós-graduação em Direito da Universidade de Caxias do Sul (UCS).

**Palavras-chave:** interpretação da Constituição, pluralismo social, atuação do Poder Judiciário.

**Resumen:** El presente artículo propone analizar los últimos veinte años de la Constitución Federal, en especial lo relacionado con la paradoja eficacia/ineficacia de los derechos fundamentales. Por lo tanto, hace uso de la siguiente presuposición: la expectativa de la Constitución de ampliar los límites de actuación del Poder Judicial acabó por limitar una de sus características principales en lo que se refiere a su condición de proporcionar autonomía para el ejercicio de la ciudadanía. La demostración de éste objeto es realizada a partir de dos perspectivas: La primera parte de las tesis de Dworkin sobre el derecho como integridad y la lectura moral de la Constitución. Es posible verificar en ésta tesis que los jueces poseen el deber específico de aplicar a los casos *sub judice* el aparato legislativo y la gama de decisiones judiciales que le sean pertinentes, sin dejar de considerar la necesidad de reconocer los derechos fundamentales de la Constitución, interpretados como principios morales oriundos de las esferas de la justicia y de la equidad. Referente a la segunda perspectiva, ésta parte del hecho de que la Constitución reconoce y estimula el pluralismo (y, por lo tanto, la disidencia) como resultado natural de la democracia. Tal análisis fue realizado a partir de la propuesta de Sunstein de interpretar la Constitución de forma “cooperativa” entre los Poderes del estado, permitiendo una mayor representación de todos los implicados de las sociedades contemporáneas. Como consecuencia surge la necesidad de “acuerdos parcialmente teorizados” y del “uso constructivo del silencio”, con el fin de poder producir estabilidad social y consenso en medio del pluralismo existente. De la misma forma existe el postulado de Rosenfeld, cuando afirma que el conflicto entre la identidad constitucional y otras identidades presentes en la esfera social son inevitables. Por lo tanto el texto de la Constitución debe ser visto como algo abierto, con el fin de que pueda ser “llenado” de forma constante por los diversos actores de la esfera democrática. Esto significa en resumen, que no se pueden esperar de los jueces respuestas definitivas a todas las cuestiones llevadas a la esfera jurisdiccional. La interpretación de la constitución, desde el punto de vista plural, puede significar una mayor representación de la pluralidad constituyente de las sociedades contemporáneas, lo que reafirma el ideal de la propia constitución, es decir, la valorización de las pluralidades.

**Palabras claves:** interpretación de la constitución, pluralismo social, actuación del poder judicial.

## 1. Considerações iniciais: a necessária radicalidade dos direitos fundamentais

Por certo que não se apresenta como tarefa particularmente fácil pensar o que poderia resultar como sendo uma contribuição minimamente interessante quando se trata de efetuar um balanço dos 25 anos da Constituição Federal. Com efeito, poucas coisas realmente representam uma boa revisão do passado, uma razoável análise do presente, e, especialmente, uma grande possibilidade de pensar o futuro.

Assim, a intenção do presente artigo centra-se na vontade de quebrar a monotonia dos incessantes discursos sobre os chamados “avanços” sociais, políticos e econômicos produzidos pela Constituição de 1988,<sup>3</sup> para empreender uma tarefa que passa pela constatação de que quanto mais se faz em termos de Constituição, em especial no que toca aos direitos fundamentais, paradoxalmente mais longe se está da sua realização.

Este texto parte do pressuposto que o constituinte, ao propor uma tutela claramente paternalista e abrangente sobre os direitos constitucionalmente protegidos - e fez isto ampliando enormemente a capacidade de atuação do Poder Judiciário -, elimina a própria essência da Constituição, ou seja, ao entregar os cuidados e a guarda dos direitos fundamentais aos tribunais, os reduziu a uma mera prestação jurisdicional, sendo esta, então, a sua verdadeira ineficácia.

Por outro lado, não se pode negar, neste momento, que várias promessas foram cumpridas. De fato, o Estado no Brasil hoje é mais democrático, mais transparente, tem-se seguramente mais liberdade e, até mesmo, mais igualdade. Há inúmeros e inequívocos avanços no Brasil pós-88, em termos de direitos; porém, há outras promessas que a nossa Carta jamais terá condições de cumprir e entre elas encontram-se a chamada realização dos direitos fundamentais na *radicalidade* que estes devem ser entendidos.

Com efeito, ao apostar na ampliação sem precedentes dos limites de atuação do Poder Judiciário, a Constituição criou um paradoxo – que também poderia chamar-se de armadilha –, pois elimina a principal característica pela qual ela ficou conhecida: a de ser uma carta que proporciona a autonomia, a cidadania e o livre exercício da política em espaços públicos e faz isto ao entregar todos estes “poderes” aos tribunais ou, no mínimo, os constitui em seus representantes mais qualificados.

Fundamentalmente, acredita-se que esta seria a principal questão a ser analisada no 25º aniversário da Constituição Federal: como fugir da encruzilhada na qual a lei máxima deste país encontra-se atualmente? Por certo não se trata de tarefa fácil. Consiste, acima de tudo, em compreender como o constitucionalismo, por suas próprias características e levado as últimas consequências tornou-se antidemocrático, uma vez que suprimiu a política e a deliberação pública como fonte inesgotável de construção da sua identidade - nomeando um intérprete privilegiado (o Poder Judiciário)-, e preocupando-se unicamente com a guarda jurisdicional dos direitos.

---

<sup>3</sup> Não se podem esquecer os não menos enfadonhos discursos conhecidos como “o que ainda falta fazer” ou similares que também tem povoado as “avaliações” sobre os 25 anos da Constituição.

## 2. A tese da única resposta correta: Dworkin e os primeiros dez anos de Constituição

Sem exigir muito da memória, é possível recordar que, por ocasião da comemoração dos então dez primeiros de Constituição, muito se falou da necessidade de resgatar (ou talvez introduzir no Brasil) o pensamento de Ronald Dworkin e sua famosa teoria da única resposta correta para dar conta dos problemas que afetavam a tutela e guarda dos direitos fundamentais. Esta seria na opinião de muitos, uma forma de superar o pragmatismo que caracterizava (e talvez ainda caracterize) a atuação do Poder Judiciário pátrio. A questão que estava colocada era a necessária exigência de *integridade*<sup>4</sup> ao decidir sobre questões constitucionais.

Rapidamente, pode-se dizer que a integridade, em Dworkin, representa um ideal político derivado da igualdade de todos perante a lei, isto é, do princípio segundo o qual os governos devem tratar a todos os cidadãos com igual consideração e respeito. Em atenção a esse ideal, o Estado deve agir coerentemente fundamentando suas decisões com base na melhor interpretação possível. A integridade repudia os atos estatais arbitrários ao exigir que “o governo tenha uma só voz e aja de modo coerente e fundamentado em princípios com todos os seus cidadãos, para estender a cada um padrões fundamentais de justiça e equidade que usa para alguns.” (DWORKIN, 1986, p. 201)

Com efeito, o chamado *direito como integridade*, tal como será demonstrado, constituiria, no entender de muitos, a teoria mais adequada à nossa prática constitucional, fornecendo alguns elementos importantes para a superação do irracionalismo característico do pós-positivismo.<sup>5</sup> Há na tese do jurista americano desde uma noção de legitimidade política (que poderia muito bem ser aplicada a jurisdição constitucional brasileira) até bons subsídios que apontam, em tese, para a superação da discricionariedade típica do positivismo. É com base nestes pressupostos (além de outros que já serão mencionados) que Dworkin descreve elementos que condicionam o processo decisório e impõem ao juiz a responsabilidade de optar pela decisão correta.

---

<sup>4</sup> Quando se fala em integridade se quer fazer referência ao essencial sentido que a palavra tem para Dworkin e que será exposto a seguir.

<sup>5</sup> O pós-positivismo representa uma contraposição ao positivismo tradicional, pois assume para si a carga axiológica que penetra na Constituição através dos direitos fundamentais. As transformações sofridas pelo objeto de investigação fazem que o positivismo não espelhe mais a situação real dos sistemas jurídicos contemporâneos. Em particular, o modelo estatal liberal, a legalidade estrita e o formalismo interpretativista, três características destacadas do positivismo teórico do século dezenove, hoje não são mais sustentáveis. O modelo de neoconstitucionalismo exige assim uma transformação na forma de conhecer o direito, agora não mais como um modelo descritivo, mas através de um modelo axiológico. Isto é, conhecer a Constituição é, acima de tudo, estabelecer seu valor e não o seu sentido.

A proposta de Dworkin acerca da integridade coloca para o magistrado um dever específico, qual seja, aplicar ao caso concreto o aparato legislativo vigente e as decisões judiciais que sejam pertinentes. Assim, compara a atividade de decisão do juiz como um romance em cadeia. O magistrado, tal qual um escritor, delinea um texto literário que, por sua vez, não é escrito apenas por ele, mas por outros autores de forma sequencial. Cada um escreve uma parte, devendo respeitar o que foi anteriormente escrito. (DWORKIN, 2000, p. 217-249)

Assim, no trabalho do autor emerge, contrário ao positivismo/pragmatismo reinante, um discurso cuja pedra de toque é a garantia de direitos contramajoritários, chamados por Dworkin de trunfos políticos, que não podem ser submetidos a considerações de ordem utilitarista ou consequencialista. Fundada em um ideal de igualdade, a concepção de Dworkin sustenta que as decisões judiciais devem recorrer a argumentos de princípio – isto é, argumentos que reconhecem e asseguram direitos individuais ou de um grupo – frutos de uma interpretação coerente da prática jurídica como um todo

Dworkin propõe, ainda, o que ele denomina *leitura moral da Constituição*<sup>6</sup>, a qual requer, em primeiro lugar, que os direitos fundamentais nela estabelecidos devam ser interpretados como princípios morais decorrentes da justiça e da equidade e que se encontram inscritos no sistema de direitos constitucionais. Em segundo lugar, a leitura moral se faz necessária, pois: a) os direitos fundamentais são quase sempre estabelecidos em linguagem abstrata, carente de interpretação; e, b) é a única capaz de solucionar corretamente conflitos entre direitos (CITTADINO, 1999, p. 193).

Uma leitura moral da Constituição pressupõe, portanto, o afastamento do ceticismo moral típico do liberalismo tradicional, bem como a recusa da existência de indivíduos descomprometidos e totalmente livres no mundo. Para tanto, Dworkin encontra-se obrigado a estabelecer o imperativo da moralidade, como exigência da justiça e da igualdade e, a partir deste, propõe a chamada estratégia da continuidade, ou seja, a ideia de que existe um ideal moral comum a todos os membros de uma determinada república que o governo – incluindo aqui principalmente os juízes – deve respeitar se quiserem tratar seus membros com igual consideração e respeito. Assim, nos casos difíceis, os juízes atuam com base em princípios que fundamentam direitos.

---

<sup>6</sup> Sobre este aspecto há que se verificar os debates enunciados em sua obra “O direito de liberdade: a leitura moral da constituição norte-americana”.

Finalmente, é preciso ressaltar que, ao propor a estratégia da continuidade, Dworkin deseja, essencialmente, sustentar sua teoria do *direito como integridade*. Para o autor, a integridade pressupõe, ainda, que a decisão judicial funcione como uma atividade norteada por uma virtude presente nas culturas jurídicas e morais. Neste sentido, é certo que o direito como integridade situa sua legitimidade na ideia de reciprocidade, porque ainda que apartado por planos, interesses ou convicções, os integrantes das democracias “partilham, uma compreensão de justiça segundo a qual todos os cidadãos devem ser tratados com igual respeito.” (CITTADINO, 1999, p. 154).

Assim, ao incluir neste ideal de integridade as decisões judiciais e exigir do Estado que este atue com coerência e compatibilidade, o autor propõe “que o julgador e o teórico do Direito tomem essa perspectiva, de buscar a legitimidade incrustada no ordenamento jurídico, formulando um conjunto de princípios que tornem todo o sistema consistente.” (DUTRA, 2008, p 118) Tal como diz Dworkin à integridade “demanda fidelidade não só às respostas, mas às teorias da justiça e equidade que estas regras pressupõem como justificação.” (DWORKIN, 1986, p. 334) Contudo, nada disto seria possível se quem fosse chamado a decidir não tivesse poderes extraordinários ou, tal como diz Dutra (2008, p. 116), poderes semidivinos. De fato, para dar conta do ideal de integridade, o juiz deveria atuar de forma a superar todas as limitações dos indivíduos e procurar respostas corretas, comportando-se como alguém que conhece o passado e pode projetar o futuro.

O ponto a ser enfrentado neste momento, tal como não poderia deixar de ser, diz respeito à inexistência factual de um juiz nestes moldes. De fato, nenhum juiz ou mesmo nenhuma corte como um todo pode ser comparado aos poderes sobrenaturais de Hércules.<sup>7</sup> Pelo contrário, há uma profunda distância entre o juiz Hércules e o mundo real. Aqui encontraríamos uma primeira limitação do autor americano, porém há outras que devem ser consideradas, tal como se verá a seguir.

A principal delas diz respeito à natureza dos conflitos constitucionais. Sempre que o Poder Judiciário é chamado a tomar decisões neste âmbito, muitas delas envolvem divergências profundas dentro de uma sociedade.<sup>8</sup> É diante destas hipóteses, que o Poder Judiciário acaba assumir o caráter de porta-voz da sociedade, emitindo opiniões sobre questões cuja essência remete notoriamente à arena política e acaba por afastar um julgamento feito pelo Poder Legislativo e/ou Executivo e o substituindo por uma decisão judicial.

---

<sup>7</sup> Nome que Dworkin dá à sua figura mítica.

<sup>8</sup> Vide o caso da antecipação terapêutica do parto; a possibilidade de efetuar pesquisa com células troco; o funcionamento do sistema partidário, entre outros.

Obviamente, para esta postura não concorre apenas por vontade do Poder Judiciário. Há outras que se somam a ela: de um lado, tem-se a ineficácia do poder executivo em delinear boa parte das políticas públicas exigidas para a concretização dos direitos fundamentais; e, ainda, de outro lado, tem-se a velada recusa do poder legislativo em atuar sobre temas controversos que envolvem os direitos básicos dos indivíduos. Resta, assim, tal como já foi dito, ao terceiro poder a aplicação e a guarda dos direitos.

Ainda a respeito desta questão, no que toca ao Brasil, é importante ressaltar, por exemplo, que nem mesmo a significativa (e até mesmo muito positiva) alteração pela qual passou a composição da corte suprema nos últimos anos não alterou o pano de fundo do problema: a guarda da Constituição ainda está longe de ser, no mínimo, aceitável, se consideradas as demandas de um Estado Democrático. Porém, se por um lado, é evidente que há problemas teóricos (ou, dito de outra forma, de falta de uma teoria) quando se trata da guarda e da defesa da Constituição – leia-se neste sentido a falta de uma teoria da democracia e de uma teoria da adjudicação que informe aos destinatários da Constituição algo a mais sobre a atuação do Poder Judiciário do que seu corriqueiro irracionalismo.

Neste momento, parece óbvio destacar ainda que não se possam limitar os problemas dos quais padece a nossa Constituição a aquele que diz respeito ao fato de que a proteção e a guarda dos direitos, - embora o problema tenha tomado proporções gravíssimas -, e ainda figure como sendo, em nossa opinião, uma das principais questões a serem (re)pensadas. Isto porque, se tomados apenas os últimos 10 anos como referência, perceber-se-á o crescimento alarmante do Poder Judiciário, uma vez que este passou a interferir em esferas da vida cotidiana antes inimaginável.

### **3. O pluralismo democrático e os últimos quinze anos da Constituição**

Com efeito, há uma dificuldade mais grave ainda a ser enfrentada, pois se trata de um problema estrutural, ou seja, se trata de um problema criado pela própria Constituição e que se esgota nela mesma. A este respeito, podemos iniciar lançando a seguinte provocação: espera-se demais de uma Constituição que armou uma armadilha para si própria. Esta armadilha (sobre a qual iremos reportar-nos a seguir) faz parecer que a Constituição de 1988 é ineficaz quando, se considerada a sua estrutura, é extremamente eficaz, pois, paradoxalmente, *a sua ineficácia constitui-se na sua própria eficácia*.

Esta afirmação precisa ser fortemente justificada. Então começamos levantando uma questão que nos parece essencial: quando falamos da Constituição de 1988 é necessário

esclarecer de que Constituição estamos tratando: da que foi elaborada pelos constituintes de 88? Da que foi atravessada pelo neoliberalismo da década de 90? Da Constituição dos liberais, dos comunitários, dos republicanos? Da Constituição que os tribunais dizem ser a Constituição de 1988? Da Constituição imaginária que todos gostaríamos que ela fosse? Em outras palavras: que Constituição tem o Brasil hoje? Existiria mesmo a Constituição gestada em 1988 ou já estaríamos diante de outra completamente diferente?

Há, então, - ao discutir os 25 anos da Constituição – duas questões preliminares que precisam ser apontadas: de um lado, surge a questão de que a identidade da Constituição vai se alterando ao longo destes 25 anos, portanto, talvez determinar qual a identidade da Constituição atualmente poderia ser o grande balanço, porém seria tema para um trabalho exclusivo; e, de outro lado, há que se considerar que a identidade do sujeito que a constituiu – o tão falado povo brasileiro - também não existe mais. Ou seja, é preciso considerar que – nos seus primórdios – a Constituição herdou características e traços do período histórico que a precedeu e que – talvez pela sua configuração enquanto um regime autoritário - guardasse ainda uma unidade cultural ou até de valores que, pela sua própria existência (a de uma Constituição democrática), foi transformando também.

Com efeito, imaginar que o povo brasileiro representa uma unidade soberana (nos moldes de Schmitt, por exemplo) e que se pode fazer representar esta unidade em qualquer instância de poder (ainda que seja uma corte com poderes semidivinos), acima de tudo, é desconhecer que – em boa medida – a Constituição foi eficaz em parte de seus objetivos. Neste momento, referimo-nos, especialmente, a aquela que se deve considerar, por exemplo, como sendo uma das grandes virtudes da Constituição: a de ter reconhecido e até mesmo estimulado o pluralismo como decorrência natural da democracia que buscou estabelecer em seu momento fundacional.

Efetivamente, foi o pluralismo democrático que permitiu abrir o sentido de família possibilitando reconhecimento das famílias monoparentais, homoafetivas, entre outros tantos modelos familiares que podem vir a formar-se e que passaram a conviver abertamente ao lado de famílias que correspondem ao seu sentido mais tradicional e/ou conservador. Será, ainda, este mesmo pluralismo que permitiu alçar a cor (a etnia, por exemplo) como fonte de direitos, criando novos sujeitos (indivíduos de cor preta ou parda) que até dez ou quinze anos atrás sequer seriam considerados como indivíduos ou grupos passíveis de reconhecimento político ou jurídico. Enfim, estes são apenas dois exemplos que podem ser vistos com mais clareza, porém evidentemente poderiam ser encontrados outros tantos.

O que se vê então é que a todo o momento a própria Constituição é reconstruída, uma vez que a soberania - aquela que lhe dá existência e sentido-, é renovada através da reconstrução dos sujeitos constitucionais que emergem no espaço público como consequência do pluralismo democrático, gerando uma sociedade assinalada pelo dissenso. Neste contexto cabe então perguntar-se, tal como já fizemos anteriormente: qual o sentido que assume Constituição de 1988? Há, de fato, *um sentido* para a Constituição diante do dissenso que a mesma provoca? Desta forma, se o pluralismo é marca da democracia, como podemos acreditar que existem respostas únicas e corretas em termos de conflitos constitucionais que envolvem valores dissonantes?

Esta constatação parece por fim as ilusões de acreditar que, por exemplo, seguindo Dworkin - e exigindo uma atuação mais contundente e profunda dos nossos juízes – os problemas da eficácia da Constituição e, em especial, dos direitos fundamentais, estariam resolvidos. Isto porque, parece evidente que diante de uma sociedade heterogênea marcada pela divergência de opiniões e conceitos de distintas ordens (política, religiosa, cultural, filosófica, etc.) não se pode pretender falar em *uma única resposta correta*, oculta sob o texto constitucional e aguardando ser *desvelada* pelo juiz, levando a crer, erroneamente, que os juízes e tribunais teriam a capacidade de codificar – traduzir - valores sociais, políticos e religiosos, plasmados numa Constituição, como se tais valores fossem unânimes e coincidentes entre si.

Porém, constatar a superação deste pressuposto, nos coloca em situação difícil, uma vez que em face de uma ordem democrática e pluralista, criada como já foi dito pela própria Constituição, é essencial que sejam claramente definidos os limites de atuação do Poder Judiciário, em particular na defesa e guarda de direitos. É fundamental, acima de tudo, saber o que se espera de um juiz diante de casos concretos que suscitam divergências profundas por envolverem convicções invioláveis dos indivíduos.

Em outras palavras, trata-se de questão essencial à democracia e, em especial, aos direitos fundamentais quando se está diante de uma sociedade pluralista delimitar *o que pode ou não o Poder Judiciário dizer legitimamente* sobre tais valores, ao tentar oferecer respostas para as controvérsias que envolvem questões de princípios basilares do ordenamento jurídico. Acreditamos que somente uma resposta satisfatória a esta questão nos permita compreender porque temos a sensação de fracasso da Constituição quando falamos em direitos fundamentais e, ainda, nos permita pensar em alternativas para superar esta mesma sensação.

#### **4. Qual Constituição? Quais direitos? Quais sujeitos? Ou a necessária indeterminação do sentido da Constituição**

Para isto, é preciso pensar uma concepção democrática de Constituição em oposição ao seu sentido mais liberal. É preciso superar a tensão existente entre democracia e constitucionalismo e compreender que num Estado Constitucional de Direito o poder não se exerce *sub lege*, mas se exerce dentro de limites derivados do reconhecimento constitucional dos direitos invioláveis do indivíduo. Esses direitos são deste modo, pressuposto necessário para o adequado funcionamento dos mecanismos predominantemente procedimentais que caracterizam um regime democrático.

Ao dizer aquilo que não se pode modificar (as cláusulas pétreas) a Constituição estabelece limites sobre os quais o povo, por meio de representantes, não pode ultrapassar.

Esta estrutura define uma tensão entre as ideias de democracia e de constitucionalismo. Tal tensão consiste no fato de que a democracia, enquanto caracterizada como governo do povo, indica que este poderia, dado sua condição de detentor do poder soberano, decidir sobre qualquer assunto dentro do Estado. Já o constitucionalismo, ao assegurar a supremacia da constituição, estabelece as possibilidades limitadas de modificação do seu texto. Isto indica, portanto, que a relação entre democracia e constitucionalismo comporta uma tensão envolvendo os seus elementos conceituais centrais.

Tal tensão, nas palavras de Micheman (1999, p. 5)

“Democracia” parece significar algo como isto: autogoverno político popular – o povo de um país decidindo por si mesmo o conteúdo (especialmente, se poderia pensar, os conteúdos mais fatídicos e fundamentais) das leis que organizam e regulam sua associação política. ‘Constitucionalismo’ parece significar algo como isto: a contenção da tomada popular de decisões políticas por uma lei fundamental, a Constituição – uma ‘lei de legislar’, vamos chamá-lo algumas vezes – projetado para controlar que outras leis possam ser feitas, por quem e por quais procedimentos. É, naturalmente, uma parte essencial da noção de constitucionalismo que a lei fundamental deve ser intocável pela política majoritária que se destina a conter. (Se maiorias políticas comuns podem mexer com ela, não estaria fazendo seu trabalho de contenção).<sup>9</sup>

---

<sup>9</sup> No original: “‘Democracy’ appears to mean something like this: Popular political self-government – the people of a country deciding for themselves the contents (especially, one would think, the most fateful and fundamental contents) of the laws that organize and regulate their political association. “Constitutionalism” appears to mean something like this: The containment of popular political decision-making by a basic law, the Constitution – a “law of lawmaking,” we shall sometimes call it – designed to control which further laws can be made, by whom, and by what procedures. It is, of course, an essential part of the notion of constitutionalism that the basic law must be untouchable by the majoritarian politics it is meant to contain. (If ordinary political majorities could fiddle with it, it wouldn’t be doing its job of containment.)

Diante disso, há ainda a questão de papel dos tribunais em apresentar soluções a casos concretos onde esta tensão possa se mostrar, ainda que indiretamente, mais evidente. Mais uma vez cabe a contribuição de Dworkin, que considera indissociáveis as esferas da interpretação da Constituição e da democracia, reconhecendo o caráter central dos direitos fundamentais nesta relação. Estes, por sua vez, muitas vezes assumiriam o papel de “esferas contramajoritárias”, ou seja, definiriam aspectos que nem mesmo o povo soberano poderia modificar. Nesse sentido é o argumento de Sunstein (1999, p. 345):

As disposições sobre direitos são desenhadas para defender certas áreas do controle majoritário, porém também servem para diversas funções. A proteção de alguns direitos está arraigada no desejo de proteger a democracia, como queira que se interprete. Exemplo disso é o direito de liberdade de expressão e o direito de voto. O fato de que as majorias não podem interferir em tais direitos não deve obscurecer sua natureza democrática. Porém os direitos também podem ser antidemocráticos, no sentido de manter o funcionamento da democracia. Considera-se o direito de imunidade diante de prisões não razoáveis, o direito à intimidade e talvez o direito de propriedade... o isolamento de escravos diante do Congresso. A posição de tais interesses como direitos reflete, em maior ou menor grau, uma desconfiança na democracia.<sup>10</sup>

Portanto, constitucionalismo, democracia e direitos não se opõem. Na verdade, conforme Sunstein (2001) a principal função da Constituição é criar pré-condições para o bom funcionamento de uma ordem democrática, na qual os cidadãos são genuinamente capazes de se autogovernarem, fazendo, assim, de forma efetiva valer os seus direitos.

Contudo, de tudo o que foi dito até aqui pode-se dizer que basicamente, no Brasil, desde que a Constituição de 1988 possibilitou e, pode-se dizer, apostou na ampliação do protagonismo do Poder Judiciário como estratégia central para a concretização dos direitos fundamentais, a discussão em torno do papel, da legitimidade e dos limites da jurisdição constitucional é o espaço para a reflexão sobre os direitos. Se antes era no âmbito dos movimentos sociais, da política, agora com certeza é do Poder Judiciário.

Portanto, como compatibilizar – e assim superar a armadilha paternalista que a Constituição armou para si mesma – e possibilitar a autonomia política dos indivíduos com a atuação do Poder Judiciário é a questão chave neste momento.

---

<sup>10</sup> No original: “Las disposiciones sobre derechos son diseñadas para defender ciertas áreas del control mayoritario, pero también sirven para diversas funciones. La protección de algunos derechos está arraigada en el deseo de proteger la democracia, comoquiera que se interprete. Ejemplos de ello son el derecho a la libertad de expresión y el derecho de voto. El hecho de que las mayorías no pueden inmiscuirse en tales derechos no debe oscurecer su naturaleza democrática. Pero los derechos también pueden ser antidemocráticos, en el sentido que interfieran los procesos democráticos por razones independientes de todo deseo de mantener el funcionamiento de la democracia. Considérese el derecho de inmunidad ante irrazonables detenciones y cateos, el derecho a la intimidad y tal vez el derecho a la propiedad... o el aislamiento de esclavos ante el Congreso. La posición de tales intereses como derechos refleja, en mayor o menor grado, una desconfianza de la democracia.”

Para isto, é preciso começar abdicando da ideia que é possível formar em arenas tão pouco democráticas consensos profundos sobre questões controversas. Um forte ativismo judicial obstrui o debate público e reduz as possibilidades de um autogoverno democrático. Nesse sentido é o proposto por Sunstein em sua análise do Poder Judiciário em suas relações com a democracia.

Para o autor, a interpretação da Constituição poderia ser dada a partir de postura mais “cooperativa” entre os Poderes do Estado, o que teria por consequência uma maior representação da pluralidade constituinte das sociedades contemporâneas. Para Sunstein (2001) a interpretação da Constituição deve ser compreendida como o resultado de contribuições dos mais diversos atores e das mais distintas perspectivas teóricas. Consequentemente, ao ser a Constituição interpretada desta forma, muitas vezes pode-se apresentar certa autocontenção por parte dos magistrados quando em voga situações controversas.

Tal posicionamento, dito minimalista, implica a realização de procedimentos dialógicos, construído em instâncias deliberativas provenientes quer da sociedade civil, quer de órgãos legitimados por seu conhecimento técnico e de representantes democraticamente eleitos. A questão levantada por Sunstein (2001, p. 78-81) é que não se pode esperar do Poder Judiciário respostas consideradas definitivas a todos as questões levadas à sua esfera, mas soluções aos casos concretos. Esta postura acaba por impor certos limites à postura dos magistrados quando diante de casos que venham a expressar uma decisão política fundamental.

Sunstein (2001), partindo da mesma constatação de Dworkin, qual seja, de que em questões complexas as convicções pessoais, valores e ideologias de cada magistrado estão presentes e acabam por influenciar diretamente a tomada de suas decisões, defende que julgamentos de questões significativas não deveriam provir unicamente de tribunais, mas do que ele convencionou chamar de “arenas democráticas”.

Dessa forma, os juízes devem perceber que os indivíduos têm posturas discordantes sobre princípios básicos fundamentais e que, justamente por tal desacordo, devem apontar soluções tais que não representem uma tomada de posição acerca de tais controvérsias, pois “bons juízes reconhecem que decisões fundamentais são melhores tomadas democraticamente e não judicialmente.”<sup>11</sup> (SUNSTEIN, 1996, p. 43)

---

<sup>11</sup> No original: “Good judges recognize that fundamental decisions are best made democratically and not judicially.”

Com isso tem-se a manifestação de certo limite que seria inerente a toda atividade jurisdicional, qual seja, a ausência de legitimidade para proferir decisões cujo conteúdo seja carregado de elementos políticos. O Poder Judiciário tem importante o papel de garantir ao cidadão a efetividade de seus direitos, dentre eles, o de participação nas esferas de decisão pública nos termos estabelecidos pela Constituição. Entretanto, tal papel não corresponde a valorização dos atos de ativismo judicial, sendo, portanto, imperioso buscar novos modelos de decisão para dar conta de casos claramente políticos.

Nesse contexto surge o que Sunstein chama de “acordos parcialmente teorizados” e o “uso construtivo do silêncio”. Isto se deve ao fato de que, em face do limitado espaço dos tribunais em uma sociedade democrática e do sua parca força democrática, os acordos parcialmente teorizados representam uma estratégia importante para que se produza estabilidade social e consenso em meio ao pluralismo e aos conflitos que daí decorre. Esses acordos possuem algumas feições distintas, que necessitam ser verificadas.

De um lado, temos aqueles que se desenvolvem em meio a profundos desacordos sobre questões mais pontuais (discordam sobre temas como pornografia ou discursos racistas, porém concordam quanto a um princípio geral de liberdade de expressão ou aqueles que possuem opiniões divergentes acerca do homossexualismo podem aceitar como válido um princípio geral de não discriminação). Estes acordos seriam efetuados sobre princípios gerais no sentido de que as pessoas que aceitam o princípio não necessariamente aceitam o que tal princípio impõe com relação a casos particulares. Segundo Sunstein (1996, p. 57) , este modelo representa um fenômeno bastante presente no âmbito do direito constitucional. Na verdade, para ele, uma Constituição somente se faz viável por meio desses acordos parcialmente teorizados.

Um segundo fenômeno diz respeito ao fato de que algumas vezes as pessoas concordam com princípios intermediários, mas discordam tanto acerca de teorias mais genéricas quanto acerca de questões concretas. Nesses casos, também se fala em acordos parcialmente teorizados, mas com outra feição. Por exemplo, os juízes podem concordar acerca do princípio da não discriminação racial, sem que compartilhem de uma teoria sofisticada sobre igualdade e sem que concordem sobre a edição de programas de cotas raciais.

Evidencia-se, ainda, um terceiro fenômeno especialmente importante para a compreensão de um constitucionalismo democrático. Ao invés de se referirem a abstrações, os acordos parcialmente teorizados dizem respeito a resultados concretos. É justamente dessa forma que os acordos parcialmente teorizados desempenham um importante papel para o

direito. Em face da divergência sobre proposições mais amplamente teorizadas, é mais provável que as pessoas cheguem a um consenso se reduzirem o nível de abstração.

Conforme enfatiza Sunstein (1996, p. 69),

[...] quando as pessoas divergem acerca de alguma proposição (relativamente) mais profunda, elas podem ser capazes de concordar se reduzirem o nível de abstração. Julgamentos parcialmente teorizados sobre casos particulares representam o material ordinário do direito. E no direito, o ponto de convergência é, no mais das vezes, altamente particularizado – tão absolutamente quanto relativamente particularizado – no sentido de que envolve um resultado específico e um conjunto de razões que não se distanciam muito do caso sob análise. As teorias mais profundas são raramente refletidas de modo explícito no direito.<sup>12</sup>

Não se pretende afirmar que na sociedade e no direito não haja espaço para teorias abstratas e profundas. O fato é que, quando as pessoas discordam sobre alguma abstração, elas normalmente tendem a focar sobre um nível de maior particularismo, sendo capazes de chegar a um julgamento parcialmente teorizado, por meio do qual se acolhe um resultado, independentemente de qualquer convergência com relação a teorias abstratas que possam sustentar esse resultado. Como esclarece Sunstein pode-se aceitar um resultado, sem que haja convergência, em último grau para tal aceitação. O fundamento que serve de sustentação de uma dada opinião, em termos de uma teoria profunda e abstrata acerca do direito ou do bem em questão é deixado sem explicação.

Essa é uma prática valiosa para a vida social que permite a realização do direito por meio do reconhecimento, na expressão de Sunstein *dos usos construtivos do silêncio*. Trata-se de uma prática que utiliza o silêncio como um mecanismo para produção de concordância apesar do dissenso, das incertezas, dos limites de tempo, de capacidade e da heterogeneidade. Os acordos parcialmente teorizados mostram-se, dessa maneira, fundamentais para a argumentação legal. Eles são importante fonte de estabilidade social e configuram uma maneira eficiente de as pessoas demonstrarem respeito mútuo, no direito especialmente, mas também em democracias liberais como um todo.<sup>13</sup>

---

<sup>12</sup> No original: “[...] when people diverge on some (relatively) high-level proposition, they might be able to agree when they lower the level of abstraction. Incompletely theorized judgments on particular cases are the ordinary material of law. And in law, the point of agreement is often highly particularized – absolutely as well relatively particularized – in the sense that it involves a specific outcome and a set of reasons that do not venture far from the case at hand. High-level theories are rarely reflected explicitly in law.”

<sup>13</sup> Sem dúvida alguma os acordos parcialmente teorizados apresentam também desvantagens e, em algum momento deverão ser objeto de verificação, crítica e superação. Há casos, inclusive, que não podem ser decididos sem que se recorra a uma teoria mais abstrata. Contudo, são inegáveis as vantagens produzidas pelos acordos parcialmente teorizados. Primeiramente, esses acordos garantem estabilidade social, pois permitem a convergência das pessoas sobre questões particulares, mesmo diante de divergências teóricas; em segundo lugar promovem dois dos mais relevantes objetivos de uma democracia constitucional e de um sistema legal liberal:

Finalmente, deve-se acrescentar que os acordos parcialmente teorizados, além de perfeitamente adequados ao Poder Judiciário, são valiosos para uma sociedade que busca evolução moral e progresso ao longo do tempo. Eles têm a vantagem de permitir uma grande abertura para novos fatos e perspectivas. Em um mundo onde nada é perpétuo, em que as situações de vida, os valores, os costumes mudam com excepcional velocidade, uma concepção completamente teorizada de um sistema legal não faria muito sentido.

Pode-se afirmar, então, que a democracia constitucional como garantidora do processo democrático de discussão das normas que regem a vida política em uma sociedade pluralista é caracterizada, por um lado, pela diluição das diversas identidades sociais que a formam e, por outro lado, pela indeterminação das necessidades de construção de uma sociedade que assegura tanto a liberdade individual quanto a igualdade.

Nesse sentido é o debate realizado por Michel Rosenfeld, na obra “A identidade do sujeito constitucional” (2003). O debate sobre quem é este sujeito constitucional pode ser dito como algo problemático. Isso se deve à ambiguidade vinculada ao próprio termo linguístico. A expressão sujeito constitucional (*constitucional subject*) pode fazer referência tanto àqueles que se submetem ao conteúdo normativo de uma constituição, aos seus elaboradores e também ao conteúdo que está presente no texto normativo.

Assim, a identidade constitucional, propensa a ser alterada com o tempo, apresenta uma tendência a se encontrar imersa em uma série de complexas e ambíguas relações com outras identidades da mesma forma relevantes. Estas identidades nacionais, étnicas e culturais, que configuram uma sociedade pluralista, precisam estar entrelaçadas com a ideia constitucional, seja no sentido do passado dos constituintes, seja no presente, seja no futuro das próximas gerações que serão também regidas por tal texto superior. O conflito entre a identidade constitucional e estas outras identidades relevantes são absolutamente inevitáveis. Isso se deve ao fato de que há uma constante e inextinguível tensão entre toda a tradição constitucionalista, que defende uma interpretação única e segura da constituição, e o pluralismo que é inerente ao constitucionalismo contemporâneo.

A questão essencial, então, é que este futuro constitucional é, por óbvio, incerto. Assim, deve-se pensar o texto constitucional como algo aberto, para que possa ser constantemente reinterpretado e reconstruído a luz das mutações sociais e interpessoais, bem como as modificações no próprio pensar sobre o direito, a política e o Estado.

---

possibilitam a convivência sadia das pessoas; e permitem que elas demonstrem, umas para com as outras, reciprocidade e respeito mútuo.

O texto de uma constituição é, portanto, incompleto e sujeito à variadas interpretações plausíveis. Assim, essas interpretações não podem ser pré-definidas, marcadas por características imutáveis. A interpretação da constituição deve se constituir em um fenômeno constante, passível das mais diversas mudanças e percepções. Significa, então, que a constituição deve ser considerada aberta a todas as interpretações conflitantes que possam parecer defensáveis dentro das disposições que o texto constitucional vem a possibilitar.

Assim, como salienta Rosenfeld (2003, p. 26), quando se trata da matéria, identidade e sujeito constitucionais, “é bem mais fácil determinar o que eles não são do que propriamente o que eles são.” É preferível considerá-los como uma ausência do que como uma presença, como um hiato entre pelo menos dois sentidos diferentes.

Dessa forma, determinar quem é o sujeito constitucional ou o que a constituição determina é uma tarefa ao mesmo tempo constante e necessariamente inconclusa. E é justamente nessa ausência que se pode encontrar a chamada “essência” de uma constituição. Nas palavras de Rosenfeld (2003, p. 26)

[...] a própria questão do sujeito e da matéria constitucionais é estimulante porque encontramos um hiato, um vazio, no lugar em que buscamos uma fonte última de legitimidade e autoridade para a ordem constitucional. Além do mais, o sujeito constitucional deve ser considerado como um hiato ou uma ausência em pelo menos dois sentidos distintos: primeiramente, a ausência do sujeito constitucional não nega o seu caráter indispensável, daí a necessidade de sua reconstrução; e, em segundo lugar, o sujeito constitucional sempre envolve um hiato porque ele é inerentemente incompleto, e então sempre aberto a uma necessária, mas impossível, busca da completude. Conseqüentemente, o sujeito constitucional encontra-se constantemente carente de reconstrução, mas essa reconstrução jamais pode se tornar definitiva ou completa.

O que é significativo na hipótese formulada por Rosenfeld é o fato de que a indeterminação necessária e inarredável quanto ao conteúdo de uma constituição não diminui a sua importância nem a centralidade como fonte legitimadora de uma ordem social democrática. Aliás, é nisso que reside a grande vantagem da constituição como fonte de legitimação no contexto de uma sociedade pluralista e multifacetada. Os diversos grupos e setores que integram uma sociedade complexa podem identificar-se no hiato ou vácuo constitucional. No entanto, essa identificação não pode ser entendida como um espelho que reflete apenas uma imagem pré-estabelecida das diversas identidades sociais parciais situadas em um determinado horizonte social e histórico.

O sujeito constitucional é formado pela relação intersubjetiva inerente aos discursos constitucionais, sendo apreendido somente no discurso que “vincula todos os atores humanos

que estão e serão reunidos pelo mesmo conjunto de normas constitucionais.” (ROSENFELD, 2003, p. 40-41) É a forma como Rosenfeld rejeita a ideia de personificação da identidade constitucional pelo constituinte, pelos intérpretes ou mesmo pelo conjunto dos cidadãos concretos.

Esse último aspecto é explicado pelo fato de a identidade constitucional possuir uma dimensão temporal. Por um lado, a identidade constitucional é voltada para o passado na medida em que é concebida idealmente a partir de todas as interpretações possíveis condensadas em uma história idealmente a partir de todas as interpretações possíveis condensadas em uma história o mais coerente possível. Por outro lado, a identidade constitucional deve ser voltada para o futuro, pois as decisões constitucionais presentes geram consequências que perduram por gerações, como é o caso, por exemplo, das questões ambientais. Como sintetiza Rosenfeld (2003, p. 41), a identidade constitucional é composta a partir de “fragmentos díspares que precisam ser projetados em um passado e em um futuro incertos.”

Não se pretende afirmar que o Poder Judiciário não deva ter uma atuação incisiva quando se trata de defender direitos fundamentais, mas apenas de afirmar que nem sempre esta é a melhor forma de defender direitos. Muitas vezes, a sua defesa precisa da política, da deliberação e do silêncio por parte dos Tribunais.

Com efeito, é o que se chama de usos construtivos do silêncio que talvez venha a ajudar na superação dos impasses até aqui vividos pela Constituição e apontar para novas formas de realizar direitos. Trata-se de uma prática que utiliza o silêncio como um mecanismo para produção de decisões a apesar do dissenso, das incertezas, dos limites de tempo e da heterogeneidade.

Especialmente em uma sociedade plural, o silêncio acerca de algo que, eventualmente, possa revelar-se falso, obtuso ou excessivamente controvertido, ajuda a minimizar o conflito, permite que o presente aprenda com o futuro e ainda poupa tempo e gasto. No direito, assim como em outras áreas da vida social o que é dito não é mais importante do que aquilo que não é dito.

Talvez assim, sem pretender esgotar todas as esferas da vida política, possamos perceber com mais clareza que a democracia e a defesa dos direitos fundamentais que deve ser promovida pela Constituição é mais profunda, mais ampla e mais abrangente do que aquela que nos dá certezas. É a democracia constitucional, principalmente, aquela que transforma a diversidade de valores, o pluralismo e o multiculturalismo em força criativa e meio para se alcançar decisões legítimas que não obstruam o tempo, que permitam que

sujeitos excluídos no presente possam vir a participar no futuro, garantindo então eficazmente os direitos.

Finalmente, pode-se dizer que será somente assim, ou seja, se a Constituição puder permanecer aberta ao debate público e albergando sob si mesma as inúmeras contradições que a constituem, desde que estas sejam politicamente defensáveis, é que podemos falar em Constituição efetiva. Pois é somente a ausência de respostas definitivas e na falta de uma legitimidade última é que podem ser encontrados os direitos. Estes precisam de um vazio para poderem surgir: não há um povo unido, não há uma matéria definida, não há direitos acabados e, quero dizer, que é muito bom que seja assim, pois nestes últimos 20 anos, cada vez que buscamos direitos, encontramos o STF, suas respostas, em alguma medida as suas opiniões e nada mais.

## Referências

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

DWORKIN, RONALD, **O império do direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

\_\_\_\_\_. **Uma questão de princípio**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

\_\_\_\_\_. **O direito de liberdade: a leitura moral da constituição norte-americana**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MICHELMAN, Frank I. **Bennan and democracy**. New Jersey: Princeton University Press, 1999.

ROSENFELD, Michel. **A identidade do sujeito constitucional**. Trad. Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

SUNSTEIN, Cass R. Constituciones y democracias: epílogo. *In*: ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune (orgs.). **Constitucionalismo y democracia**. Trad. Mónica Utrilla de Neira. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1999.

\_\_\_\_\_. **Designing democracy: what constitutions do**. New York: Oxford University Press, 2001.

\_\_\_\_\_. **Legal reasoning and political conflict**. New York: Oxford University Press, 1996, p. 43.

VOLPATO DUTRA, Delamar José. **Manual de Filosofia do Direito**. 1. ed. Caxias do Sul: Educs, 2008.