

Do Estado Liberal ao Estado Democrático de Direito: as promessas da modernidade entre o ativismo judicial e a busca por respostas constitucionalmente adequadas

João Vitor de Souza Alves¹

Vitor Soliano²

RESUMO: O objeto do presente artigo consiste em propor uma análise crítica-reflexiva em torno do papel do Poder Judiciário na implementação das promessas (não cumpridas) da Modernidade. Para tanto, este *paper* se valerá, em um primeiro momento, de uma apreciação histórico-contextual entre o Estado Liberal e o Estado Democrático de Direito para elucidar as origens das promessas modernas. Em seguida, desvela o surgimento do Ativismo Judicial, no Brasil, como uma decorrência do não cumprimento das referidas promessas atrelado à recepção do neoconstitucionalismo, minudenciando, por via de consequência, os (diversos) problemas oriundos de uma *praxis* jurídica ativista. Dentre esses problemas destacam-se a discricionariedade – como resquício de uma racionalidade solipsista – e o enfraquecimento da participação político-democrática (da sociedade) em detrimento da expansão do Poder Judiciário. Por fim, propõe, com base no “método” fenomenológico-hermenêutico e na hermenêutica filosófica, a tese da resposta constitucionalmente adequada (Lenio Streck) e o modelo heterorreflexivo (Wálber Carneiro) como condições de possibilidade para o controle das decisões judiciais a fim de que estas não usurpem totalmente as possibilidades do jogo democrático. Insta salientar que o presente trabalho resulta de uma síntese da conjunção dos trabalhos de conclusão de curso dos autores, intitulados *A efetividade do direito constitucional à saúde: Em busca da resposta hermenêuticamente adequada à concretização da Constituição* e *O lugar e o papel do substancialismo constitucional: (im)possibilidades do Ativismo Judicial na teoria hermenêutica*.

PALAVRAS-CHAVE: Estado Democrático de Direito. Neoconstitucionalismo. Ativismo Judicial. Respostas Corretas. Heterorreflexividade.

ABSTRACT: The purpose of this essay is to propose a critic analyze of the place of the Judiciary Power in the achievement of the (unfulfilled) promises of the Modernity. To reach this goal the

¹ Graduando em Direito (5º ano) pela Universidade Salvador - UNIFACS. Atualmente é pesquisador do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq) e membro do Instituto de Estudos Jurídicos - IEJ (Universidade Salvador). Foi Monitor da disciplina Introdução ao Estudo do Direito no ano de 2008.

² Pós-Graduando (*lato sensu*) em Direito Público pelo JusPodivm. Graduando em Direito (5º ano) pela Universidade Salvador – UNIFACS. Atualmente é membro do Instituto de Estudos Jurídicos - IEJ (Universidade Salvador). Foi bolsista em Iniciação Científica pelo CNPq (2009/2010) e Monitor da disciplina Introdução ao Estudo do Direito no ano de 2009.

present paper will, in a first moment, study the evolution between the Liberal State and the Democratic State of Law to identify the origins of the promises made by Modernity. Following, the essay shows that the rising of Judicial Activism in Brazil is a consequence of the (...) and the reception of neoconstitutionalism, explaining the (many) problems that come along a activist *praxis*. Among this problems we find, as most important, the judicial discretionary and the lost of room to a political and democratic participation of society along side with a expansion of Judiciary Power. At the end the text propose, based on the phenomenological hermeneutics “method” and on the philosophical hermeneutics, the thesis of the Right Answer (Lenio Streck) and the heteroreflexive model (Wálber Carneiro) as condition to a control of the judicial decisions so that they do not steel all the possibilities of the democratic “game”. It should be said that the present text is a result of the combination of two end of graduation works, entitled *A efetividade do direito constitucional à saúde: Em busca da resposta hermenêuticamente adequada à concretização da Constituição* and *O lugar e o papel do substancialismo constitucional: (im)possibilidades do Ativismo Judicial na teoria hermenêutica*.

KEY-WORDS: Democratic State of Law. Neoconstitutionalism. Judicial Activism. Right Answers. Heteroreflexivity

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Do Estado Liberal ao Estado Democrático de Direito. 3. Neoconstitucionalismo e Ativismo Judicial no Brasil. 4. A busca por respostas constitucionalmente adequadas. 4.1. A tese da resposta correta. 4.2. A Hermenêutica Jurídica Heterorreflexiva. 5. Conclusões. Referências.

1 INTRODUÇÃO

O Brasil é um país de modernidade tardia e arcaica³, em que “as promessas da modernidade só são aproveitadas por um certo tipo de brasileiros”.⁴ Para constatar essa afirmação, basta analisarmos as diversas pesquisas que atestam o baixo nível de desenvolvimento humano da nossa população ou os noticiários que diuturnamente divulgam as tragédias da indignidade humana.

Neste contexto de “crise das estruturas político-jurídicas da modernidade”, o Poder Judiciário vem ganhando cada vez mais espaço enquanto ambiente “propício” ao tratamento das promessas incumpridas da modernidade. Essa questão ganha relevo nos países que têm

³ STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *Ciência Política e Teoria do Estado*. 6.ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2008, p. 84.

⁴ *Ibidem*, p. 85.

demonstrado déficits no trato da questão social, isto é, nos países em que ainda há um predomínio da percepção liberal-individualista dos direitos sociais, uma tradição patrimonialista e assistencialista em que o foco não está no “projeto de construção de cidadania” e sim e outros interesses secundários.⁵

Assim, em tempos de “neoconstitucionalismo” ou “pós-positivismo” se fala em um Poder Judiciário (cri)ativo como uma forma de resgatar as promessas da modernidade e, em muitos casos, tal situação tem dado azo à uma *práxis* jurisdicional que expressa os sintomas (positivistas) da discricionariedade e da arbitrariedade. Ou seja, o novo (neo) constitucionalismo continua preso aos problemas que deve(ria) superar.

Posto isto, afigura-se patente a necessidade de discutirmos o direito e as suas possibilidades democráticas em meio a uma teoria da decisão que esteja atenta aos desvios do positivismo⁶ e ao enfraquecimento da participação político-democrática (da sociedade) em face da expansão do Poder Judiciário.

É neste sentido que pretendemos analisar, com base na crítica hermenêutica do direito, a tese da “resposta correta” difundida por Lenio Streck e o modelo da “hermenêutica heterorreflexiva” defendida por Wálber Carneiro, enquanto condições de possibilidade para pensarmos em decisões judiciais constitucionalmente adequadas.

Para tanto, passaremos a analisar brevemente a evolução do Estado Liberal ao Estado Democrático de Direito a fim de lançarmos as bases para uma (correta) entrada nessa nova circularidade.

2 DO ESTADO LIBERAL AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Os direitos fundamentais, enquanto promessas oriundas da modernidade, não são entidades etéreas e/ou metafísicas.⁷ Em verdade, tais direitos constituem realidades históricas, ou seja, que surgem de modo gradual em face das “lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes”.⁸

Assim sendo, os diversos acontecimentos políticos, sociais e culturais que se desenvolvem em meio ao evoluir da história acabam influenciando a forma como nós concebemos

⁵ MORAIS, José Luis Bolzan de. *A atualidade dos direitos sociais e a sua realização estatal em um contexto complexo e em transformação*. In STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luis (Org.). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*. Vol. 6. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 103.

⁶ STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 112.

⁷ SARMENTO, Daniel. Os direitos fundamentais nos paradigmas Liberal, Social e Pós-Social. In SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). *Crises e desafios da Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 375.

⁸ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 5.

esses direitos atualmente.⁹ Deste modo, faz-se necessária a realização de uma breve apreciação histórico-contextual entre o Estado Liberal e o Estado Democrático de Direito a fim de elucidarmos as origens das promessas modernas.

Nesse particular, não se pode olvidar que o Estado Moderno foi profundamente alterado em virtude da passagem do absolutismo para o Constitucionalismo.¹⁰ Vale dizer, a centralização oriunda do absolutismo, “justificado a partir da vontade divina (Bodin) ou da idéia de contrato social (Hobbes)”, viabilizou o surgimento de um meio legítimo para a prática de arbitrariedades e opressões e, por via de consequência, de um ambiente favorável à edificação das primeiras noções acerca dos direitos do Homem.¹¹

Dessa forma, em meio à oposição secular entre a liberdade do indivíduo e o absolutismo do monarca, surge o primeiro sentido do Estado de Direito. Com efeito, tal Estado “reflete a pugna da liberdade contra o despotismo”, alcançando o seu ápice histórico na Revolução Francesa.¹² Além disso, nesse período, a burguesia ascende ao poder político, mediante a legitimação relacionada ao “poder legal-racional, sustentado em uma estrutura normativa a partir de uma ‘Constituição’ – no sentido moderno do termo – como expressão jurídica do acordo político fundante do Estado”.¹³

Neste contexto histórico-político, há de se ressaltar que a doutrina do contrato social¹⁴ acabou se tornando um dos principais referenciais teóricos, sob a idéia de que “o contrato social encontra sua explicitação na Constituição”.¹⁵ Ademais, outro importante norte teórico do Estado Liberal se deu através da doutrina da separação de poderes, mormente por se tratar de um instituto que visa impor limites ao governante, bem como evitar a concentração de poderes em uma só autoridade pública.¹⁶

Posto isso, em apertada síntese, Paulo Bonavides¹⁷ elenca alguns dos principais aspectos que marcaram o Estado Liberal:

a lei, o código, a segurança jurídica, a autonomia da vontade, a organização jurídica dos ramos da soberania, a separação de Poderes, a harmonia e equilíbrio funcional, do Legislativo, Executivo e Judiciário, a distribuição de competências, a fixação de limites à autoridade governante; mas fora por igual, abstratamente, o dogma constitucional, a declaração de direitos, a promessa programática, a conjugação do verbo “emancipar” sempre no futuro, o lema liberdade, igualdade e fraternidade – enfim, aqueles valores superiores do bem comum e da coisa pública.

⁹ SARMENTO, Daniel. op. cit., p. loc. cit.

¹⁰ BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 39.

¹¹ SARMENTO, Daniel. op. cit., p. 377-378.

¹² BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 8.ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 41-42.

¹³ STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *Ciência Política e Teoria do Estado*. 6.ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2008, p. 51.

¹⁴ Cf. BOBBIO, Norberto. Contrato e Contratualismo no Debate atual. In: *O Futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. 6.ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986, p. 129-149.

¹⁵ STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luis. op. cit., p. 55.

¹⁶ BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 42.

¹⁷ *Ibidem*, p. 44.

O Estado Liberal, portanto, restou caracterizado por um modo de atuar “alheio e indiferente à vida econômica e social”, preocupando-se predominantemente com a vida política e dispensando aos seres humanos tão somente uma proteção na órbita das liberdades individuais.¹⁸

No plano jurídico, se percebe um “desvirtuamento do projeto de modernidade”¹⁹, uma vez que, com a ascensão da burguesia ao poder, houve um rompimento da racionalidade moral-prática em favor de uma racionalidade cognitivo-instrumental. Nesse sentido, Wálber Araújo Carneiro²⁰ aduz que “a racionalidade moral-prática (ética) foi deslocada para a racionalidade científica, passando esta a ser, portanto, uma das lógicas que embalam o pensamento moderno pós-revolucionário”.

Destarte, sob os auspícios da filosofia da consciência²¹, o direito foi entificado, isto é, transformado em objeto, “independente do fato de ser ele uma construção humana”.²² Vale dizer, a partir desta quadra da história, o direito passa a ser concebido como sinônimo da lei e do seu texto. É nesse contexto que surge o positivismo primitivo bem representado pela Escola de Exegese e os seus dogmas.

Ocorre que, com a chegada dos séculos XIX e XX, alguns acontecimentos históricos ensejaram a mudança gradual do Estado Liberal para o Estado Social de direito e, portanto, houve a necessidade de uma revisão das bases teóricas que fundamentaram o paradigma liberal-individualista.

Lenio Luiz Streck e José Luis Bolzan de Moraes²³ apontam, com base na doutrina de Dallari, alguns dos principais fatores históricos que ensejaram a transição do Estado Liberal para o Estado Social: a) a revolução industrial e as suas conseqüências; b) a primeira guerra mundial que rompe com o tradicionalismo liberal-econômico; c) a crise de 1929 e a depressão em face da necessidade de uma intervenção estatal na economia (a exemplo do new deal); d) a segunda guerra mundial com a necessidade de uma atitude ativa do ente estatal; e) as crises cíclicas que já apontavam para as fissuras do liberalismo em seu viés econômico; f) os movimentos sociais que rechaçaram o dogma do livre mercado; g) em linhas gerais, a substituição da liberdade negativa pelas “liberdades sociais ou liberdades positivas”.

¹⁸ JÚNIOR, Dirley da Cunha. *Curso de Direito Constitucional*. 2.ed. Salvador: Jus Podivm, 2008, p. 567

¹⁹ Cf. CARNEIRO, Wálber Araújo. *Hermenêutica Jurídica Heterorreflexiva*. 1.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 154-158.

²⁰ Idem. *Processo e Hermenêutica: a produção do direito como compreensão*. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15574-15575-1-PB.pdf>. Acesso em: 19 jul. 2011.

²¹ De acordo com Wálber Araújo Carneiro, “a filosofia da consciência congrega uma série de correntes filosóficas que vai de Descartes a Husserl, dos objetivistas aos idealistas, passando pelo historicismo de Hegel até a fenomenologia de Husserl, na medida em que toda cognição se dava mediante a estrutura sujeito-objeto. Em termos ontológicos, a marca da filosofia da consciência em relação às manifestações humanas é a entificação para o estudo”. Ibidem, p. 2.

²² CARNEIRO, Wálber Araújo. op. cit., loc. cit.

²³ STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luis. op. cit., p. 70-71.

É em meio a esses fatores históricos que surgem o Estado Social e o constitucionalismo social, cujos principais marcos foram a Constituição mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919.

Com efeito, o ideário social surge como uma tentativa de corrigir os equívocos do modelo liberal-individualista e salvar a proposta capitalista – ameaçada pelo “fantasma da revolução” – a partir da inserção de uma nova pauta axiológica que está relacionada às questões sociais. Neste particular, os direitos sociais, econômicos e culturais foram reconhecidos formalmente (positivados) “na inquestionável premissa de que, diante da desigualdade de fato existente no meio social, se o Estado não agir para proteger o mais fraco do mais forte, os ideais éticos de liberdade, igualdade e solidariedade em que se lastreia o constitucionalismo seguramente vão se frustrar.”²⁴

Nesta etapa, passou-se dos interesses tradicionalmente individuais – sem abandoná-los! – para os interesses transindividuais nas suas diversas formas.²⁵ Ademais, o constitucionalismo social traz o reconhecimento constitucional da questão social através dos direitos sociais que, por demandarem uma intervenção mais qualificada e a elaboração de políticas públicas prestacionais, acaba promovendo o deslocamento das atenções da esfera legislativa do Estado (típico do Estado Liberal) para o ambiente da atividade executiva (responsável pela implementação, através das políticas públicas, dos direitos sociais).²⁶

Ocorre que, mesmo sob a vigência do Estado Social de Direito, “a questão da igualdade não obtém solução, embora sobrepuje a sua percepção puramente formal, sem base material.”²⁷ Ou seja, com o advento do Estado Social de direito, a igualdade passa a ser reconhecida formalmente, no entanto, no plano real, a desigualdade continua(va) a imperar, sobretudo em países de modernidade tardia, tais como o Brasil.

Assim, diante da ausência de uma concretização material da igualdade, surge o Estado Democrático de Direito com a preocupação básica de “transformação do *status quo*”. Trata-se, em verdade, de uma conjugação do ideal democrático ao Estado de Direito, sob um sentido próprio onde estão salvaguardadas “as conquistas democráticas, as garantias jurídico-legais e a preocupação social.”²⁸ Em outras palavras, “o Estado Democrático é *plus* normativo em relação às formulações anteriores.”²⁹

²⁴ SARMENTO, Daniel. op. cit., 389.

²⁵ MORAIS, José Luis Bolzan de. *A atualidade dos direitos sociais e a sua realização estatal em um contexto complexo e em transformação*. In STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luis (Org.). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*. Vol. 6. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 102.

²⁶ MORAIS, José Luis Bolzan de. op. cit., p. 107.

²⁷ STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luis. op. cit., p. 97.

²⁸ *Ibidem*, loc. cit.

²⁹ *Ibidem*, p. 99.

Nesse sentido, a Constituição Federal de 1988, ao consagrar a fórmula do Estado Democrático de Direito (art. 1º), pretendeu inaugurar uma nova etapa. Vale dizer, o projeto constitucional passa a se voltar para a instauração de uma nova cidadania baseada na liberdade-igualdade-solidariedade, organização do presente e projeção do futuro a fim de que alcancemos uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º), cujo foco principal passa a estar direcionado para o “ser” humano.³⁰

Posto isto, há de se salientar que, em tempos de Estado Democrático de Direito, já se fala usualmente em um “neoconstitucionalismo”. Mas, qual o significado dessa expressão? Ela é equivalente ao substancialismo constitucional? Quais são as repercussões que um novo (neo) constitucionalismo pode acarretar em *terrae brasilis*?

3 NEOCONSTITUCIONALISMO E ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL

A inserção do Brasil no paradigma do Estado Democrático de Direito passou a exigir da comunidade jurídica e seus atores (“operadores” e doutrinadores) uma nova postura frente ao Direito, principalmente na área do Direito Constitucional. Historicamente marcado por um constitucionalismo fraco e por poucos períodos verdadeiramente democráticos o Brasil e seus atores jurídicos precisavam de uma nova atitude quando da promulgação da Constituição de 1988.

Não obstante, em um primeiro momento, a doutrina e jurisprudência brasileira se mostraram resistentes ao conteúdo da nova Constituição. No que pese a presença marcante do § 1º do art. 5º do texto magno³¹, a teoria do direito (constitucional) que imperou foi a de que as normas constitucionais suportavam graus distintos de aplicabilidade sendo necessário, em alguns casos, a intermediação prévia do legislador para que um direito fundamental fosse garantido. Tratava-se, ali, ainda, da prevalência de um sistema de regras³² que não admitia a normatividade de princípios.

Nesse sentido, o caráter simbólico da nossa Constituição foi hipertrofiado. Por um lado, o texto constitucional não era suficientemente concretizado de forma generalizada (sentido negativo do simbolismo). Nesse espeque, a Constituição não é entendida como mecanismo de determinação de comportamentos (sejam estatais, sejam particulares), ou seja, falta(va)-lhe normatividade³³. Por outro, ela desempenha um papel político-ideológico (sentido positivo). Quer isto dizer que ela representa uma aspiração histórica e uma exigência de uma sociedade que se pretende democrática. Os detentores do poder, assim, agem pois encontram-se legitimados por esta Carta³⁴. Seja como for

³⁰ MORAIS, José Luis Bolzan de. op. cit., p. 103.

³¹ Art. 5º, §1º: As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

³² Cf. CARNEIRO, Wálber Araujo, op. cit. p. 162-163

³³ NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização Simbólica*. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 90-94.

³⁴ Ibidem, p. 95-101.

a Constituição, nesse primeiro momento, não representava um guia para o Estado e para a sociedade.

Na última década, contudo, esse quadro *começou* a sofrer alguma mudança. A incapacidade dos Poderes Representativos em cumprir as promessas modernas inseridas na Constituição de 1988 facilitou a entrada, no Brasil, de um movimento ideológico (mas com fortes conseqüências teóricas) que pretende dar uma nova face ao Direito Constitucional e à efetividade da Constituição. Estamos falando do *neoconstitucionalismo*.

Referido movimento, gestado em decorrência das Constituições promulgadas após o término da Segunda Guerra Mundial, pode ser caracterizado por três níveis de mudança – conjuntas e que se influenciam reciprocamente – identificados por Miguel Carbonell. No primeiro nível (textual) as Constituições abarcam direitos substantivos e materiais que exigem conformação do Estado. No segundo nível (jurisprudencial) ocorre o aparecimento de novas “técnicas interpretativas” no intuito de lidar, principalmente, com princípios (agora entendidos como normas). Por fim, a própria ciência do Direito é modificada assumindo um caráter criativo e não apenas descritivo do sistema constitucional³⁵.

Apesar da vasta bibliografia acerca do tema e das divergências internas sobre limites, propostas e objetivos, podemos dizer, como Luis Prieto Sanchís, que representam o núcleo do neoconstitucionalismo os seguintes fatores:

más principios que reglas; más ponderación que subsunción; omnipresencia de la Constitución en todas las áreas jurídicas y en todos los conflictos mínimamente relevantes, en lugar de espacios exentos a favor de la opción legislativa o reglamentaria; omnipotencia judicial en lugar de autonomía del legislador ordinario; y, por último, coexistencia de una constelación plural de valores, a veces tendencialmente contradictorios, en lugar de homogeneidad ideológica en torno a un puñado de principios coherentes entre sí y en torno, sobre todo, a las sucesivas opciones legislativas³⁶

Daniel Sarmento não discrepa muito desse entendimento ao aduzir que são características marcantes do neoconstitucionalismo o reconhecimento da força normativa dos princípios, a adoção de modelos hermenêuticos distintos do formalismo clássico, a constitucionalização do direito, a reaproximação entre direito e moral e a judicialização das relações sociais³⁷.

O neoconstitucionalismo, portanto, ao tentar (re)valorizar a Constituição concede ao Poder Judiciário uma primazia antes não conhecida. O faz na medida em que passa atribuir aos

³⁵ CARBONELL, Miguel (org.). *Teoría del neoconstitucionalismo*. Ensayos escogidos. Madrid: Trotta, 2007, p. 9-11 (apresentação).

³⁶ SANCHÍS, Luis Prieto. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. In CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. 2.ed. Madrid: Trotta, 2005, p. 131-132. No mesmo sentido MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 127.

³⁷ SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades. In. _____. *Por um Constitucionalismo Inclusivo: História Constitucional Brasileira, Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 233-234.

princípios (entendidos, aqui, semanticamente) não só normatividade, mas primazia. Ocorre que a estrutura semântica dos princípios não permite conclusões imediatas sobre as conseqüências jurídicas exigidas. Nesse sentido, em nível abstrato, os princípios poderiam coexistir sem se anularem. Em nível concreto, contudo, o julgador deveria se valer da ponderação frente ao problema que tem diante de si para dar uma resposta adequada. O mecanismo da ponderação seria, para o neoconstitucionalismo, uma exigência de um direito principiológico típico do constitucionalismo contemporâneo³⁸.

Sem pretender menosprezar a importância que a recepção do neoconstitucionalismo teve para o início de uma afirmação do texto constitucional e para uma *constitucionalização*³⁹ do direito em terras brasileiras é preciso, nesse momento, dar um passo para trás no intuito de perceber as possíveis conseqüências negativas de uma incorporação acrítica e apressada dos contornos desse movimento. Nessa toada é preciso ter em mente que se o constitucionalismo brasileiro era deficiente devido a razões teórico/epistemológicas – positivismo, sistema de regras, racionalidade instrumental e descritiva – um eventual excesso do Poder Judiciário (Ativismo Judicial) também vai ocorrer devido a razões epistêmicas.

Deve-se destacar que, nessa quadra da história, parece infrutífera e retrógrada a discussão sobre a possibilidade ou não do Poder Judiciário “criar” o Direito. A tentativa da clássica teoria da separação dos poderes, gestada no interior do Estado Liberal e possibilitada teoricamente pela Escola de Exegese (atrelada à filosofia da consciência), de delimitar com precisão as funções dos Poderes do Estado parece ultrapassada. Com o giro lingüístico e um melhor entendimento sobre o processo compreensivo do intérprete⁴⁰ não cabe falar em uma distinção precisa entre interpretação e legislação ou entre aplicação e legislação. A tensão entre legislação e jurisdição, portanto, gira em torno das condições e possibilidades de “segurar” o arbítrio da segunda.

Com efeito, a recepção do neoconstitucionalismo no Brasil⁴¹ trouxe (direta ou indiretamente), no seu “pacote teórico”, uma série de mecanismos que acabam por sobrevalorizar a subjetividade do julgador o que acarreta, de uma forma ou de outra, uma confiança no seu

³⁸ Cf. SANCHÍS, Luis Prieto. Op. cit., ZAGREBELSKY, Gustavo. Jueces constitucionales. In CARBONELL, Miguel (org.). *Teoría del neoconstitucionalismo*. Ensayos escogidos. Madrid: Trotta, 2007, p. 91-104; BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In SILVA, Virgílio Afonso da (org.). *Interpretação constitucional*. Malheiros, 2007, p. 271-316.

³⁹ Paolo Comanducci afirma que a constitucionalização do direito trata-se de “un proceso al término del cual el Derecho es ‘impregnado’, ‘saturado’ o ‘embebido’ por la Constitución: un Derecho constitucionalizado se caracteriza por una Constitución invasiva, que condiciona la legislación, la jurisprudencia, la doctrina y los comportamientos de los actores políticos. Se trata además de un concepto graduado: un Derecho puede ser más o menos constitucionalizado”. COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. In CARBONELL, Miguel (org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. 2.ed. Madrid: Trotta, 2005, p. 81

⁴⁰ Falamos aqui da impossibilidade de separação entre compreensão, interpretação e aplicação demonstrada por Hans-Georg Gadamer.

⁴¹ Cf. SARMENTO, Daniel, op. cit. p. 233-272.

poder/dever discricionário. Esta é, no nosso sentir, a característica central do Ativismo Judicial: uma atuação discricionária do Poder Judiciário sob o pretexto de aplicar e dar concretude à normatividade da Constituição.

Dentre esses fatores podemos destacar, como mais importantes, a má compreensão dos princípios constitucionais (mormente o chamado “princípio da proporcionalidade”), o uso do método da ponderação e a não superação (ou adoção explícita) da discricionariedade judicial nos chamados “casos difíceis”.

A recepção da normatividade dos princípios no Brasil ocorreu através, *principalmente*, do conceito e metodologia desenvolvidos por Robert Alexy⁴². Este autor entende os princípios de forma puramente semântica afastando, assim, seu caráter pragmático e seu potencial hermenêutico e reflexivo. Além disso, o autor alemão entende que princípios são *mandados* (ou *mandamentos*) de otimização a serem aplicados na maior medida possível⁴³.

Ao lado dessa concepção acerca dos princípios é possível dizer, com Lenio Streck, que o Brasil experimenta um fenômeno denominado por ele de *panprincipiologismo*⁴⁴. Esse fenômeno tem origem na medida em que uma série de doutrinadores – embalados pelo neoconstitucionalismo – afirmam que os princípios constitucionais são a positivação dos valores predominantes na sociedade. A partir daí a criação de um sem número de princípios se torna possível diante de “casos difíceis”⁴⁵. Não é preciso muito esforço para perceber, tanto no âmbito doutrinário quanto jurisprudencial, o uso inflacionário de princípios “criados” por conveniência e sem base positiva. Isso possibilita um uso retórico dessa importante categoria do direito constitucional contemporâneo acarretando uma sobrecarga de subjetividade no julgamento. Ora, se tudo pode ser dito através de princípios (criados) o julgador não tem limites de interpretação/aplicação, abrindo amplo espaço para discricionariedade e Ativismo Judicial.

Ao lado dessa recepção/incorporação/compreensão acerca dos princípios (ou justamente por causa dela(s)) está o uso da ponderação. Como já antecipado, a ponderação é entendida, na atualidade, como uma necessidade inconcussa da era dos princípios constitucionais. Esse mecanismo, criado para dar racionalidade à aplicação de princípios, contudo, é mais um alibi para a discricionariedade interpretativa na aplicação da Constituição – logo, Ativismo Judicial⁴⁶.

⁴² Estamos cientes de que a doutrina costuma colocar ao lado de Robert Alexy o autor Ronald Dworkin como responsáveis pela forma de lidar com os princípios. Contudo, a concepção defendida pelos autores em muito se distingue sendo impossível equiparar-los. Cf. OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 190-217.

⁴³ *Ibidem*, p. 198. No mesmo sentido CARNEIRO, Wálber Araujo, op. cit. p. 207.

⁴⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 517-541.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 518.

⁴⁶ Relacionando a ponderação com o ativismo judicial CANOTILHO, J. J. Gomes. Um olhar jurídico-constitucional sobre a judicialização da Política. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas – Atlas, 245, maio/ago, 2007, p. 90.

A despeito das inúmeras críticas que são feitas à ponderação de princípios na sua relação com a discricionariedade⁴⁷ é possível destacar, com base no paradigma filosófico em que nos inserimos, que o seu núcleo é a incapacidade de levar o intérprete ao contato com a alteridade. Ao confiar em um procedimento (método) guiado por um julgador do qual não se exige *diálogo*, e mesmo com as camadas da proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), a ponderação permanece no esquema sujeito-objeto, ou seja, no paradigma da filosofia da consciência. O centro deste esquema é confiar ao sujeito cognoscente a capacidade de alcançar respostas a partir de sua subjetividade. Nesse cenário, resta impossível a não decaída na discricionariedade.

Nesse sentido, chega a parecer duvidosa a capacidade da ponderação em superar o positivismo jurídico. Como se sabe, a discricionariedade judicial é algo que acompanha o positivismo desde o seu surgimento. Em um primeiro momento ela não foi suficientemente trabalhada (positivismo primitivo). Em um segundo momento ela foi expressamente adotada como incontornável sendo impossível ao aplicador não agir conforme um *ato de vontade* (concepção cujos representantes principais são Hans Kelsen⁴⁸ e Herbert Hart⁴⁹)⁵⁰.

O Ativismo Judicial no Brasil, portanto, é uma decorrência direta da recepção do neoconstitucionalismo. Esse movimento, ao tentar recolocar o Direito na trilha de uma racionalidade moral-prática – perdida no pós-revolução –, o faz sem uma preocupação epistemológica que leve o intérprete/aplicador para além da subjetividade.

Duas conseqüências imediatas podem ser destacadas quando da existência de uma prática judicial ativista (discionária). A primeira se relaciona com o constitucionalismo e sua proposta básica. A segunda se relaciona com um regime democrático participativo⁵¹.

Quanto ao constitucionalismo, é forçoso perceber que, desde o seu surgimento como movimento teórico, a sua proposta básica é – ao lado da garantia de direitos – o controle do poder estatal. A partir do momento em que julgadores “aplicam” a Constituição com poderes discionários – “legitimados” por teorias jurídicas inviáveis⁵² –, atribuí-se um poder excessivo ao órgão judicante tornando-o um poder descontrolado e, por isso, absoluto.

⁴⁷ Cf. STRECK, Lenio Luiz, op. cit. p. 213-242, OLIVEIRA, Rafael Tomaz de, op. cit. p. 208-217 e CARNEIRO, Wálber Araujo, op. cit. p. 221-233.

⁴⁸ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 7.ed. Traduzido por João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

⁴⁹ HART, Herbert. *O conceito de direito*. Traduzido por Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

⁵⁰ Relacionado a ponderação com o positivismo jurídico CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. *Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 115-121.

⁵¹ Não se pretende, aqui, estabelecer uma apartação entre constitucionalismo e democracia. Entendemos, com STRECK, Lenio Luiz, op. cit. p. 76, que “a afirmação da existência de uma ‘tensão’ irreconciliável entre constitucionalismo e democracia é um dos mitos centrais do pensamento político moderno, que entendo deva ser desmi(s)tificado”.

⁵² CARNEIRO, Wálber Araujo, op. cit. p. 280.

Atrelado a esta problemática está a perda de espaço dos Poderes Representativos e da própria sociedade civil na determinação do destino do Estado. A partir do momento em que o Judiciário é “de mais” o restante do Estado (Poderes e sociedade) é “de menos”. Se é autorizado ao julgador decidir “qualquer coisa” há uma perda de espaço para o debate democrático-participativo na determinação do nosso futuro⁵³.

As breves críticas tecidas acima podem levar o leitor à conclusão de que não somos favoráveis a um substancialismo constitucional. Nada mais distante da realidade. Entendemos que o Poder Judiciário desempenha um papel fundamental na concretização e defesa dos direitos materiais presentes na Constituição de 1988. Disso, contudo, não deriva uma confiança na consciência do julgador. A diferença entre uma atuação legítima e uma atuação ativista do Poder Judicante passa, em primeiro lugar, pelas balizas epistemológicas que guiam o julgamento. Assim, teorias que não pretendem superar um paradigma subjetivista (discricionário) não fazem bem à democracia e ao constitucionalismo. Nesse sentido, concordamos com posturas que, preocupadas com a subjetividade, tentam regulá-la sem abdicar de uma posição substancial⁵⁴.

4 A BUSCA POR RESPOSTAS CONSTITUCIONALMENTE ADEQUADAS

4.1 A tese da resposta correta

A interpretação/aplicação do direito, em pleno Estado Democrático de Direito, não pode dar azo aos “esquemas interpretativo-procedimentais que conduzam a múltiplas respostas”⁵⁵, cujas principais conseqüências são as práticas discricionárias e/ou arbitrárias em que o intérprete/aplicador julga “conforme a sua consciência”⁵⁶ – o que descamba para o Ativismo Judicial.

Neste particular, na esteira do pensamento de Lenio Luiz Streck⁵⁷, pensamos que, a partir da hermenêutica filosófica, é possível traçarmos uma nova circularidade em busca da “resposta

⁵³ Nesse contexto faz-se importante a referência a duas Propostas de Emenda Constitucional que tramitam no Congresso Nacional ambas propostas em 2011 pelo Deputado Federal Nazareno Fonteles (PT-PI): as PECs 03/2011 e 33/2011. Tais propostas, tem tese uma resposta do Poder Legislativo ao “protagonismo judicial”, objetivam atribuir ao Congresso a possibilidade de “sustar atos normativos do Poder Judiciário” e alterar o sistema de controle de constitucionalidade. Parecem se tratar de medidas protetivas por parte do Poder Legislativo em relação ao crescimento do Poder Judiciário. Sobre o assunto cf. SOLIANO, Vitor; COSTA, Frederico Magalhães. A PEC 03/2011 e o controle legislativo das decisões judiciais no contexto do ativismo judicial brasileiro: o sintoma de uma crise anunciada da elefantíase do Judiciário e da anorexia do Legislativo. In: XX Encontro Nacional do CONPEDI. *Anais...* Belo Horizonte: CONPEDI, 2011 (no prelo).

⁵⁴ Principalmente: CARNEIRO, Wálber Araujo, op. cit., STRECK, Lenio Luiz, op. cit. e DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Traduzido por Jefferson Luiz Camargo. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

⁵⁵ STRECK, Lenio Luiz, op. cit. p. 328.

⁵⁶ Idem. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 19.

⁵⁷ Idem. *Verdade e consenso*. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, loc. cit.

hermeneuticamente adequada à Constituição”, isto é, da “resposta correta”, cujo principal *locus* é a situação concreta.

Com efeito, a tese da resposta correta representa uma simbiose entre a teoria integrativa de Dworkin e a fenomenologia hermenêutica⁵⁸, “com o acréscimo de que a resposta não é a única nem a melhor”.⁵⁹ Vale dizer, a supramencionada tese exige uma nova visão hermenêutica, em que não se cogita a utilização de qualquer método interpretativo⁶⁰, bem como não mais se admite a cisão entre interpretação e aplicação e entre texto e norma.⁶¹

Nesse sentido, em substituição ao sujeito solipsista, a tese ora em epígrafe estabelece alguns limites para o intérprete/aplicador em face das condições histórico-concretas, tais como a tradição, a coerência e a integridade. Estas são, em apertada síntese, as condições de possibilidade para pensarmos em uma “resposta correta”⁶².

A tradição constitucional “deve ser entendida como uma consolidação de um modelo de constitucionalismo que transforma ou sustenta as transformações das sociedades contemporâneas”⁶³, isto é, enquanto um fenômeno de apropriação produtiva dos conteúdos transmitidos e dos compromissos estabelecidos na Constituição.⁶⁴ Posto isto, pode se afirmar que a metáfora da resposta correta “deve obediência à tradição autêntica.”⁶⁵

Neste particular, a autenticidade da interpretação está diretamente relacionada à capacidade do jurista de “apropriar-se” do que foi compreendido, sob pena de incorrer em uma “tradição inautêntica do direito”.⁶⁶ Logo, uma “baixa compreensão” acerca do sentido da Constituição implicará, conseqüentemente, em uma “baixa aplicação”.⁶⁷

Há, portanto, no texto constitucional, uma substancialidade, que, mormente a partir dos princípios, passa a integrar o ordenamento jurídico pátrio. Dessa forma, o alcance da resposta correta também deve observar a integridade.⁶⁸

Ronald Dworkin⁶⁹, ao descrever o direito como integridade, aduz que “as proposições jurídicas são verdadeiras se constam, ou se derivam, dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade.”

⁵⁸ Ibidem, p. 387.

⁵⁹ Ibidem, p. 621.

⁶⁰ NETO, Orlando Faccini. *Elementos de uma Teoria da Decisão Judicial: Hermenêutica, Constituição e respostas corretas em direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 26.

⁶¹ STRECK, Lenio Luiz. op. cit., p. 334-336.

⁶² Ibidem, p. 356.

⁶³ Ibidem, p. 348.

⁶⁴ NETO, Orlando Faccini. op. cit., p. 30-31.

⁶⁵ Ibidem, p. 30.

⁶⁶ STRECK, Lenio Luiz. op. cit., p. loc. cit.

⁶⁷ Ibidem, p. 342.

⁶⁸ NETO, Orlando Faccini. op. cit., p. 31.

⁶⁹ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Traduzido por Jefferson Luiz Camargo. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 272.

Lenio Luiz Streck⁷⁰, por sua vez, ao analisar a integridade trabalhada por Dworkin, assevera que a integridade não seria algo objetivável, “mas nos leva ao estranhamento (à angústia) sobre algumas decisões que não atendem a ela”.

Dito de outro modo, a integridade requer que os nossos magistrados tratem o atual sistema jurídico como se este refletisse um conjunto coerente de princípios e, destarte, que a interpretação esteja coadunada em meio a tal sistema único de justiça e equidade.⁷¹ Não à toa a resposta correta também deve observar outro limite correlato aos limites já expressos, qual seja, a coerência. Esta última encontra-se relacionada à necessidade de que os múltiplos casos tenham a igual consideração por parte dos magistrados. Ou seja, uma “aplicação integrativa e coerente do direito” deve observar o modo como os tribunais do país vêm decidindo uma matéria específica.⁷²

Em meio a esses limites, resta claro que a decisão jurídica não pode ser compreendida enquanto sinônimo de um processo de escolha do julgador⁷³, mas sim por um compromisso (pré-compreendido) que perpassa pela “reconstrução da história institucional do direito” (tradição), bem como “pelo momento de colocação do caso julgado dentro da cadeia da integridade do direito”.⁷⁴

Além disso, não se pode olvidar que “a” resposta correta não representa uma única possibilidade de resposta, sob pena de incorrerem em um totalitarismo, haja vista que o conhecimento que transcende à nossa compreensão restaria excluído eternamente das nossas possibilidades reflexivas. Deste modo, “não será a única resposta; será, sim, ‘a’ resposta” que se encontra diretamente relacionada às peculiaridades de cada caso concreto.⁷⁵

Por fim, insta esclarecermos que a opção pela tese da resposta correta se dá em face da necessidade de (re)pensarmos como o Poder Judiciário vem dizendo o direito atualmente e, principalmente, como o aludido Poder pode vir a decidir de uma forma constitucionalmente adequada. Em outras palavras, entendemos que a resposta correta, em virtude do respeito à autonomia, tradição, coerência e integridade do direito, contribui substancialmente para o combate à discricionariedade e os demais sintomas oriundos de uma racionalidade cognitiva-instrumental (positivista) que continua a (pre)dominar (n)o senso comum teórico dos juristas brasileiros..!

4.2 A Hermenêutica Jurídica Heterorreflexiva

A despeito da importância das referidas contribuições parece-nos que a busca de um modelo de racionalidade que esteja preocupado com a efetivação (substancial) da Constituição sem

⁷⁰ STRECK, Lenio Luiz. op. cit., p. 353.

⁷¹ NETO, Orlando Faccini. op. cit., p. 32.

⁷² STRECK, Lenio Luiz. op. cit., p. 368.

⁷³ Idem. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 106.

⁷⁴ Ibidem, p. 106.

⁷⁵ Idem. *Verdade e consenso. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 362.

precisar recorrer à subjetividade (discricionária) do julgador precisa dar um passo além. Ainda atentos à centralidade epistêmica do nosso problema, entendemos haver espaço para uma epistemologia dentro de um paradigma hermenêutico (ontológico)⁷⁶. Esse espaço, contudo, não poderá ter a pretensão de construir verdades a partir de métodos *a priori*, devendo estar adstrito às limitações (finitude) do sujeito que compreende⁷⁷.

Encontramos esse modelo na proposta de uma *Hermenêutica Jurídica Heterorreflexiva* desenvolvida por Wálber Araujo Carneiro. A teoria fundamenta-se na filosofia hermenêutica de Martin Heidegger e na hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer⁷⁸, mas o núcleo filosófico que possibilita a identificação e construção de um espaço epistemológico com conseqüências produtivas para o direito é a dicotomia verdade/não-verdade – atrelado ao conceito de verdade como desvelamento (Heidegger) – na sua relação com a dupla estrutura da linguagem (hermenêutica e apofântica)⁷⁹. A impossibilidade de suspender compreensões e de transitar no mundo sem pré-compreensões força a epistemologia para um nível secundário, mas não menos importante: a reflexividade.

Dentro de um contexto jurídico, o diálogo será o melhor caminho para essa epistemologia. O diálogo é, por excelência, comunicação com o *outro* e, por isso, a ele cabe um papel secundário no sentido de que não é por ele que se chega à verdade, mas é através dele que a “melhor” verdade pode ser desvelada. O diálogo, no paradigma aqui adotado, será responsável por mostrar àquele que compreende algo que ainda não se viu, embora já fosse possível ver.

Aposta-se no diálogo pois, além de ser ele o responsável por novas compreensões sobre o mesmo fenômeno, pretende-se fugir da dissimulação e por estar ele “historialmente” legitimado, uma vez que a tradição democrática se impõe autenticamente nas sociedades ocidentais constitucionalizadas⁸⁰. O diálogo entrará em curso como mecanismo *reflexivo* e, por ser realizado através e com o *outro* (o *alter*), a hermenêutica aqui adotada será *Heterorreflexiva*.

Transportar esse paradigma para a compreensão do direito exige que, em primeiro lugar, se entenda o direito não de forma existencial, ainda que ele busque fundamento na existencialidade, uma vez que co-originariamente ligado à moral. O direito é, antes, uma artificialidade política e sistêmica que seleciona condutas *intersubjetivamente* relevantes para a regulação do convívio em sociedade.

⁷⁶ STRECK, Lenio Luiz, op. cit. p. 404 e STEIN, Ernildo. Nas raízes da controvérsia. In STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 23 (apresentação)

⁷⁷ CARNEIRO, Wálber Araujo, op. cit. p. 233-234.

⁷⁸ Ibidem, p. 57-96.

⁷⁹ Ibidem, p. 117-130.

⁸⁰ “A opção pelo diálogo e a necessária relação entre ele e a busca por *repostas corretas* em direito não é uma necessidade *a priori* para que se obtenha o conhecimento válido, mas uma marca da história que nos atropela na contramão de um movimento que se inicia com uma tentativa de ultrapassar os nossos limites” (CARNEIRO, Wálber Araujo, op. cit, p. 127).

Justamente por isso um modelo interpretativo adequado deve se dividir em dois tempos compreensivos: primeiro um jogo dialógico contratextual (ou contra-sistêmico) em face do problema; em seguida um jogo e diálogo problemático em face do sistema. Essa divisão em dois tempos tem por objetivo a preservação da autonomia do Direito face à moral sem que se deixe de lado a sua co-originariade.

A primeira preocupação do intérprete quando de frente para um problema que exige uma resposta jurídico-constitucional é não se preocupar imediatamente com a possível resposta que o sistema pode oferecer. Se fizer isso, encobrirá sentidos possíveis, uma vez que os sentidos morais-práticos do problema não foram trabalhados. A proposta interpretativa aqui defendida, portanto, tem um cunho altamente problemático. Deve-se inverter a polaridade que comumente se atribui ao direito: da relação *norma-fato* para a relação *fato-norma*.

O objetivo do intérprete, portanto, é mapear a fundo o problema contra-sistemicamente, a fim de desvelar o máximo de sentidos que envolvem o dissenso e promover a redução da complexidade. O modelo Heterorreflexivo pretende reduzir a complexidade do Direito através da maximização de desvelamentos possíveis acerca do problema. Essa redução ocorre na medida em que se densifica o plano ontológico do dissenso em questão desocultando todos os meandros do problema concreto (sentidos morais-práticos) ao mesmo tempo em que barra questões completamente irrelevantes (argumentos estratégicos).

Uma vez mapeado o dissenso e esgotado o desvelamento das questões morais-práticas do problema, passa-se a enfrentar o sistema. A primeira camada sistêmica a ser enfrentada pelo intérprete são os princípios. Estes são entendidos, aqui, em um sentido existencial, pragmático, local privilegiado da conexão do direito contemporâneo com uma racionalidade moral-prática (portanto, de forma bem distinta à proposta de Alexy). A ausência de densidade semântica e a inexistência do comprometimento dos princípios com uma solução determinada faz dele um bom “ouvinte” das razões morais-práticas que nos direcionaram para o direito. O problema em questão, uma vez ontologicamente densificado pelo primeiro tempo compreensivo, possibilitará o elo entre seu conteúdo axiológico com o caráter deontológico dos princípios⁸¹.

A segunda camada reflexiva com o sistema no jogo problemático é o confronto com as regras. Por evidente as regras já serão balizadas pelo conteúdo deontológico advindo da camada anterior. Assim, os princípios que se conectam com o problema podem bloquear determinadas regras e exigir outras. As regras, enquanto soluções standards para determinados casos se relacionam menos intensamente com a racionalidade moral-prática e o conteúdo axiológico do problema, mas dizem muito sobre o resultado final possível. As regras a serem confrontadas e

⁸¹ Ibidem, p. 254-255.

eventualmente aplicadas dependem e exigem uma adequação com o problema em dissenso. Mais uma vez resta patente a preocupação com a densificação ontológica do problema em questão⁸².

A terceira estratificação sistêmica a ser alvo de problematização e diálogo é a doutrina. Entende-se por doutrina o resultado de estudos acadêmicos sérios, conectados com a sociedade e que pretendem apontar caminhos possíveis/necessários para a atuação jurisdicional. Essa camada tem um importante papel legitimador. Não podemos entender a doutrina como mecanismo de fundamentação de algo que já foi compreendido. Antes, ela deve representar uma instância que mostra ao intérprete algo sobre o problema que tem em mãos que ele ainda não viu. À doutrina cabe doutrinar⁸³.

Por fim, teremos a jurisprudência como camada reflexiva. Esta estratificação deve ser a última, pois está em direto contato com problemas reais. Da mesma forma que a doutrina ela deve servir como direção para a solução do caso concreto em questão. Não pode ser utilizada de forma retórica nem ser tomada como ponto de partida para decisões mesmo as de caráter vinculante⁸⁴.

Parece-nos que o modelo Heterorreflexivo tem seu momento principal nas duas últimas camadas que nos referimos. São nelas que o intérprete poderá ir além do que já havia compreendido sobre o caso. São nelas que a subjetividade do julgamento é reduzida de forma significativa já que a presença do *outro* na tomada da decisão é explícita. É através delas que se torna verdadeiramente possível uma solução intersubjetiva e, por isso, não discricionária, bloqueando uma *praxis* judicial ativista. Enfim, as possíveis conseqüências danosas ao constitucionalismo e à democracia são reduzidas pela legitimação do *decisum* através de uma rede de comunicação comprometida e atenta à alteridade e contingência das sociedades plurais.

O modelo aqui seguido, bem como as fundamentais contribuições de Ronald Dworkin e Lenio Streck, parece adequar a necessidade de uma valorização da normatividade da Constituição em sua substancialidade, conectando o direito a uma racionalidade moral-prática, ao mesmo tempo em que bloqueia juízos discricionários-solipsistas (ativistas) prejudiciais a um pleno e desejado desenvolvimento da democracia e do constitucionalismo.

5 CONCLUSÕES

Diante de tudo o que foi exposto é possível traçar algumas conclusões ainda que parciais e sujeitas a desenvolvimentos posteriores:

⁸² Ibidem, p. 256-257.

⁸³ Ibidem, p. 258-259.

⁸⁴ Ibidem, p. 259-260.

I – A garantia dos direitos fundamentais constitui a grande promessa da modernidade. Tais direitos são fruto de um longo desenvolvimento histórico marcado por intensos conflitos e sujeito a avanços e retrocessos. O surgimento do Estado de Direito como decorrência da vitória das Revoluções Burguesas significou o início das limitações estatais e da garantia dos direitos individuais ao mesmo tempo em que transformou o direito (concebido pelo jusnaturalismo em sua relação com uma racionalidade moral-prática) em texto e em técnica;

II – As insuficiências do liberalismo e do Estado Liberal nos impulsionaram na direção de um Estado e de um constitucionalismo social que pretendia, ao positivizar direitos (formal) que exigiam prestações positivas do Estado, alcançar uma igualdade de fato;

III – Os insucessos desse modelo nos fizeram caminhar mais uma vez. Surgido da conexão entre as propostas liberais e sociais, o Estado Democrático de Direito pretende ser um veículo de transformação social. Significa, portanto, um *plus* normativo em relação aos modelos anteriores;

IV – A Constituição de 1988 coloca o Brasil nesse novo paradigma. Na tentativa de superar um longo período histórico de ausência de democracia e de um fraco constitucionalismo – bem como o marcante simbolismo constitucional – os atores jurídicos brasileiros recepcionam o movimento neoconstitucionalista. Com intuito de valorizar a Constituição, dar normatividade aos princípios e garantir os direitos fundamentais esse movimento se vale de perspectivas teóricas que sobrevalorizam a subjetividade do intérprete/aplicador (discricionabilidade). Sob a aparência de concretização do texto constitucional e se valendo de modelos teóricos inviáveis e que não superam o positivismo jurídico o neoconstitucionalismo autoriza (mesmo que, talvez, sem querer) o surgimento do Ativismo Judicial no Brasil;

V – O Ativismo é prejudicial ao constitucionalismo, na medida em que permite a expansão desmedida/excessiva do Poder Judiciário (ausência de controle de um Poder Estatal), e à democracia, no instante em que retira do restante do Estado a possibilidade de determinação dos caminhos a serem trilhados (perda de espaço para o jogo democrático);

VI – A resposta a tal situação, no interior de uma teoria para o Poder Judiciário (teoria da decisão) é a incorporação de uma tese que, ao mesmo tempo que está comprometida com a necessidade de proteção/concretização da Constituição (substancialismo), adota uma perspectiva teórica que vai além da mera aceitação da subjetividade assujeitadora do intérprete/aplicador. Referida tese, assim entendemos, é fruto de uma imbricação entre proposta de Lenio Streck/Ronald Dworkin com o modelo heterorreflexivo proposto por Wálber Carneiro. A partir de um substancialismo não discricionário (Ativismo Judicial) é possível falar em respostas constitucionalmente adequadas e democraticamente construídas – caminho para uma judicialização responsável.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. Contrato e Contratualismo no Debate atual. In: *O Futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. 6.ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986, p. 129-149.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 8.ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Um olhar jurídico-constitucional sobre a judicialização da Política. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas – Atlas, 245: p. 87-95, maio/ago, 2007.

CARBONELL, Miguel (org.). *Teoría del neoconstitucionalismo*. Ensayos escogidos. Madrid: Trotta, 2007.

CARNEIRO, Wálber Araujo. *Hermenêutica Jurídica Heterorreflexiva*. Uma teoria Dialógica do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. *Processo e Hermenêutica: a produção do direito como compreensão*. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15574-15575-1-PB.pdf>. Acesso em: 19 jul. 2011.

CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. *Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. In CARBONELL, Miguel (org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. 2.ed. Madrid: Trotta, 2005.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Traduzido por Jefferson Luiz Camargo. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

HART, Herbert. *O conceito de direito*. Traduzido por Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

JÚNIOR, Dirley da Cunha. *Curso de Direito Constitucional*. 2.ed. Salvador: Jus Podivm, 2008.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 7.ed. Traduzido por João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MORAIS, José Luis Bolzan de. *A atualidade dos direitos sociais e a sua realização estatal em um contexto complexo e em transformação*. In STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luis (Org.). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*. Vol. 6. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

NETO, Orlando Faccini. *Elementos de uma Teoria da Decisão Judicial: Hermenêutica, Constituição e respostas corretas em direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização Simbólica*. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SANCHÍS, Luis Prieto. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. In CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. 2.ed. Madrid: Trotta, p. 123-158, 2005.

SARMENTO, Daniel. Os direitos fundamentais nos paradigmas Liberal, Social e Pós-Social. In SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). *Crises e desafios da Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 375.

SOLIANO, Vitor; COSTA, Frederico Magalhães. A PEC 03/2011 e o controle legislativo das decisões judiciais no contexto do ativismo judicial brasileiro: o sintoma de uma crise anunciada da elephantíase do Judiciário e da anorexia do Legislativo. In: XX Encontro Nacional do CONPEDI. *Anais...* Belo Horizonte: CONPEDI, 2011 (no prelo).

STEIN, Ernildo. Nas raízes da controvérsia. In STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

_____. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010

_____; BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *Ciência Política e Teoria do Estado*. 6.ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2008.