

O QUE HÁ DE TÃO DEMOCRÁTICO NO “CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO”?

JOSÉ ALCEBÍADES DE OLIVEIRA JUNIOR

Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Doutor em Filosofia do Direito e da Política pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Bolsista de produtividade do CNPq (classificação 1D). Coordenador dos seguintes grupos de pesquisa, todos devidamente registrados na plataforma do CNPq: “Direitos fundamentais e novos direitos” e “Sociologia Judiciária”.

PEDRO DA SILVA MOREIRA

Doutorando em Filosofia do Direito, *Universidad Autónoma de Madrid* (UAM). Mestre em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS).

Resumo

A principal ideia deste artigo é questionar o caráter democrático do “constitucionalismo contemporâneo”. Para tanto, apresentamos teses de quatro renomados autores, cuja influência – sobretudo no mundo latino – é inegável. Trata-se de Manuel Atienza, Luigi Ferrajoli, Luis Prieto Sanchís e Gustavo Zagrebelsky. Entre as muitas diferenças que os caracterizam, suas ideias têm um ponto em comum: o entusiasmo pelo projeto constitucional, pela normatividade da Constituição e pelo caráter civilizatório dessa empresa. Nossa pretensão é suscitar uma série de perguntas de matriz democrática – essencialmente sobre a participação política dos membros da comunidade no desenvolvimento do conteúdo moral e político dos direitos fundamentais. Para fazê-lo, é preciso reconhecer o *fato do pluralismo* e o *fato do desacordo* como elementos indissociáveis do processo de proteção e efetivação dos direitos fundamentais, que – apenas de modo aparente – restariam subtraídos de um processo decisório.

Palavras-chave

Constitucionalismo; Democracia; Direitos Fundamentais; Legislação; Desacordo.

Abstract

The main idea of this paper is to raise questions on the democratic character of “contemporary constitutionalism”. In this sense, we present the ideas of four renowned scholars

and the core of their theses, whose influence – especially in the “Latin world” – is undeniable. They are Manuel Atienza, Luigi Ferrajoli, Luis Prieto Sanchís and Gustavo Zagrebelsky. Among the many differences that characterize them, their accounts have at least one thing in common: enthusiasm for the constitutional project. To that extent, they stress the normativity of the Constitution and the “civilizing feature” of constitutional values. We address several objections to this understanding, taking into consideration the fundamental right to participate on political affairs, including issues related to substantive rights, which require political and moral developments. To do so, we must take seriously *the fact of disagreement* and *the fact of pluralism* as elements of the process of protection and realization of fundamental rights. These rights are also subject to a decision-making process.

Key words

Constitutionalism; Democracy; Fundamental rights; Legislation; Disagreement.

1. Introdução

Em uma de suas obras, Luís Roberto Barroso qualifica o constitucionalismo contemporâneo, ao qual ele manifesta adesão, de “constitucionalismo democrático” (2014, p. 25). É verdade que o termo “constitucionalismo” tem sido acompanhado por uma gama de prefixos e adjetivos que pretendem qualificá-lo, mas que, na realidade, apenas demonstram o baixo poder explicativo dessas etiquetas. No entanto, “constitucionalismo democrático” talvez não seja um termo tão vazio, tendo em vista que, pelo menos, ele anuncia a sua *pretensão* de conviver com e de *promover* os valores democráticos.

A ideia básica do constitucionalismo como ideologia (em suma: a supremacia da Constituição, a proteção aos direitos fundamentais e a limitação ao poder político) está substancialmente assentada na teoria e prática do direito brasileiro. Há muitos trabalhos sobre espécies distintas de direitos fundamentais, sobre a relevância da jurisdição constitucional e sobre a melhor maneira de proteger/efetivar esses direitos. Parece-nos que, e em referência a uma célebre obra de Bobbio, a “era dos direitos” constitui um mundo que aceitamos e descrevemos com relativa naturalidade. Mas será que não deveríamos nos perguntar pelo *significado* do termo *democracia* no contexto desse *nosso* constitucionalismo?

Essa pergunta é importante porque esse modo “democrático” de entender o “constitucionalismo”, embora assuma distintas nuances teóricas, contém, sem dúvida alguma, uma essência *normativa*. Trata-se de prescrever um conjunto de valores que *devem* ser assimilados e promovidos pelas comunidades políticas. Todavia, o problema não é tanto com o conjunto de valores que *deveríamos* assimilar, mas sim com a *forma* pela qual esses valores reclamam efetivação. No “constitucionalismo democrático”, na sua versão mais disseminada, esses valores – cujo conteúdo moral é inegável – estão refletidos nos direitos

fundamentais, que, por sua vez, estão protegidos pela Constituição. E essa Constituição, acompanhada e definida por esses direitos, *deve ser* aplicada por todo e qualquer juiz, em toda e qualquer operação jurídica. Os direitos fundamentais, nesse sentido e *dessa forma*, irradiam-se.

A nossa intenção, aqui, é propor uma reflexão acerca dessa “irradiação”, mais precisamente, acerca da relação entre a *efetivação judicial* dos direitos fundamentais, mantra do “constitucionalismo democrático”, e a sua pretensão de ser também *democrático*. Notemos bem: o simples fato de se afirmar que algo é “democrático” não significa dizer que esse algo de fato o seja. Nenhuma forma de constitucionalismo se apresenta como “antidemocrática”, “menos democrática” ou “quase democrática”, assim como nenhuma Constituição se autocompreende reguladora de uma ordem “injusta”. Por isso, não devemos nos distrair com os rótulos, mas procurar discutir as implicações do que se está propondo. Neste caso, o nosso objeto é o “constitucionalismo democrático” ou, para não usarmos a expressão em demasia, o “constitucionalismo contemporâneo”.

Na primeira parte deste escrito, procuraremos descrever as principais teses desse constitucionalismo, enfatizando o seu caráter de *política do direito*, ou seja, a sua função de promover um determinado estado de coisas, aspirando-se a uma forma ideal de organização da comunidade política. Pela importância e influência de suas teses, sobretudo no mundo latino, optaremos por observar com mais atenção o pensamento de dois autores: Manuel Atienza e Luigi Ferrajoli. Ademais, passaremos também, ainda que com mais brevidade, pelas compreensões de Gustavo Zagrebelsky e Luis Prieto Sanchís. Ainda que entre eles haja conhecidos e disputados desacordos, é preciso assinalar que todos eles creem em um aspecto fundamental do constitucionalismo contemporâneo: a criação de uma cultura jurídico-constitucional centrada nos direitos fundamentais; e, em alguns casos mais explícitos, creem ainda na *emancipação* do cidadão inserido nesse contexto.

Na segunda parte do trabalho, pretendemos analisar criticamente o núcleo das teses apresentadas na primeira seção, justificando, assim, a pergunta que dá título a este artigo: *o que há de tão democrático no “constitucionalismo democrático”?* É nesse ponto que pretendemos questionar não propriamente a aceitação do conjunto de valores que esses autores têm como *ideais*, mas essencialmente o *meio* para alcançá-los e para efetivá-los. O termo “democracia” pode envolver muitas coisas, pode implicar uma série de requisitos materiais, relativos ao *conteúdo* do que é decidido na comunidade política. Mas certamente a pergunta sobre *o que é ou não* democrático envolve também a indagação sobre *quem* deve decidir o alcance e o conteúdo dos nossos direitos. E se o “constitucionalismo contemporâneo” também conserva a pretensão de ser “constitucionalismo democrático”, é recomendável que leve a sério esse conjunto de provocações.

2. O Núcleo do “Constitucionalismo Contemporâneo”

Não apenas o Brasil vive um entusiasmo pela cultura constitucional alicerçada nos direitos fundamentais – pelo “constitucionalismo contemporâneo” – como essa é a tônica presente na maior parte dos países ocidentais que possuem constituições que incorporam princípios de substantivo teor moral. Riccardo Guastini (2003, pp. 51/58), descrevendo a constitucionalização do direito italiano, apresenta um conjunto de características que tranquilamente poderiam ser aplicadas ao Brasil: (1) Constituição rígida; (2) garantia judicial da Constituição; (3) força vinculante da Constituição; (4) “sobre-interpretação” da Constituição; (5) aplicação direta das normas constitucionais; (6) interpretação conforme das leis; (7) influência da Constituição sobre as relações políticas.

Essas características não necessariamente se auto-implicam. Por exemplo: da existência de uma Constituição rígida não se deduz a aplicação direta das normas constitucionais, tampouco – ainda que isso possa não soar bem – essa aplicação direta é decorrência necessária da garantia judicial da Constituição. Entretanto, não queremos aqui discutir isso. Nosso objetivo é mais singelo. Há um núcleo que caracteriza as teses do “constitucionalismo contemporâneo” e que ajuda a explicar a realização, ao menos no campo judicial, da *cultura* dos direitos fundamentais. Cuida-se de uma *aposta civilizatória*, cuja importância não radica tanto na distribuição de competências e nos desenhos institucionais, mas na auto-compreensão que os juristas (e sobretudo os juízes) passam a ter da atividade que desempenham e, por óbvio, da própria ciência jurídica¹.

2.1. A “Emancipação” pelo Constitucionalismo: O Jusmoralismo de Atienza e Zagrebelsky

Em trabalhos mais recentes, Manuel Atienza (2014) tem defendido a construção de uma filosofia do direito para o mundo latino. Em coerência com a sua compreensão de que o jurista *deve* atuar para ajudar a melhorar a prática, sob pena de desenvolver um trabalho de pouca relevância, Atienza lança-se a propor um modelo centrado na dimensão argumentativa do Direito, que reuniria três elementos indispensáveis: (1) o método analítico, consagrado pelo positivismo do século XX; (2) o objetivismo moral, mesmo mínimo, cuja inspiração remete ao jusnaturalismo; (3) e a implantação social, preocupação-chave das chamadas teorias críticas (2014, p. 302). Se o Direito serve para lograr

1 Aqui entendemos o Direito não apenas como um fenômeno linguístico, isto é, não apenas como um sistema de textos normativos que são objeto de atribuição de significados. Há algo mais. O Direito é uma *prática social*. Por isso, o modo como compreendemos a prática – e, em nosso caso, a maneira como compreendemos a atividade jurisdicional diante dos direitos fundamentais, termina por modificar a prática. Não basta, pois, analisar os textos normativos que compõem os direitos fundamentais. Em palavras singelas: é importante indagar *o que fazer com eles*; e a pergunta sobre o papel da democracia nesse contexto é, a nosso juízo, indispensável.

finalidades, a função do jurista seria empenhar-se para construir um modelo em que essas finalidades possam efetivamente realizar-se. Para Atienza, o núcleo filosófico ideal para o mundo latino seria constituído por esses três elementos.

Essa deveria ser, na concepção do autor, a maneira mais adequada de compreender o “constitucionalismo”. Trata-se de evitar duas posturas que, a seu juízo, seriam inaceitáveis: o formalismo jurídico e o “neoconstitucionalismo” (2014, p. 308). Este dispensaria a dimensão autoritativa do Direito, ignorando a relevância da parte orgânica da Constituição; aquele, o que dispensa é a dimensão axiológica do Direito, evitando reconhecer que a prática jurídica envolve a consecução de valores e, ademais, certa conexão com a moral. Portanto, o “constitucionalismo” de Atienza estaria no centro – não seria nem formalista nem “neoconstitucionalista”, mas – talvez pudéssemos afirmar – “argumentativo”.

O “constitucionalismo” de Atienza é, declaradamente, pós-positivista (2013, p. 28), aproximando a sua obra das contribuições de autores como Nino, Alexy e Dworkin, cujas ideias provocaram (e ainda provocam) intensa influência na prática dos ordenamentos jurídicos constitucionalizados. Isso fica bem claro em um trabalho em que se postula, com bastante firmeza, que *deixemos para trás o positivismo jurídico* (ATIENZA e RUIZ MANERO, 2007), pois o positivismo representaria uma concepção demasiadamente pobre do Direito, incapaz de dar conta da complexidade característica dos ordenamentos jurídicos constitucionalizados. Além da discussão acerca da correção das teses positivistas (na forma apresentada pelos autores), o principal argumento para que abandonemos o positivismo seria a sua *irrelevância*; e a sua irrelevância tendo em vista a *nossa* necessidade de lidar com os desafios de um Direito recheado de valores morais, de finalidades subjacentes que *devem* ser perseguidas na aplicação judicial do Direito. Os juristas positivistas não estariam preocupados com isso.

Manuel Atienza é, por sua vez, um jurista *comprometido*. O seu compromisso não é com a mera descrição da ordem jurídica vigente, mas com a promoção dos valores morais do “constitucionalismo contemporâneo”, “pós-positivista”, cuja pretensão é, também, suscitar problemas de justificação das decisões judiciais e, em sentido menos estrito, questionar o Direito como prática social, destinada a perseguir as finalidades consagradas pelo “constitucionalismo” (ATIENZA e RUIZ MANERO, 2007, p. 26). Por isso, a dimensão argumentativa do Direito exerce um papel fundamental nesse modo de compreendê-lo. É que a argumentação, se entendemos bem o pensamento do autor, guarda estrita relação com a justificação; e esta, por sua vez, não *deve* isolar-se da fundamentação moral que, ao contrário do que pensaria o jurista positivista, vincula a atividade jurídica, integra a “perspectiva interna”². Trata-se de *prescrever* aos atores, envolvidos no processo discursivo e decisório do Direito, a tarefa de *comprometer-se* com o avanço dessa complexa empresa.

2 Atienza compreende que não se pode interpretar o Direito, entendido adequadamente como *prática social*, sem assumir um ponto de vista interno, sem aceitá-lo (2014, p. 304).

Na obra *Podemos hacer más* (2013), Atienza assume uma posição bastante clara como *jurista práctico*. Esse talvez seja o seu trabalho menos rigoroso e, por isso, mais revelador. A tese central do livro é apresentada da seguinte maneira: para promover a *emancipação social* e para reduzir as injustiças do mundo, é preciso pensar o Direito de outra maneira, e isso consistiria em superar o formalismo (p. 27)³. O jurista tem, segundo o autor, o dever de trabalhar para que as promessas da Constituição sejam cumpridas (p. 26). Isso, claro, levando a sério não só os direitos fundamentais como também os valores da democracia.

Para atuar em favor do cumprimento dessas promessas, o jurista práctico deve ter consciência de que uma das maiores virtudes do “constitucionalismo contemporâneo” é o fato de colocar à disposição do intérprete um material normativo capaz de propiciar *quase sempre* soluções mais justas, que impliquem menos custos para os direitos fundamentais (ATIENZA, 2013, p. 22). Nesse contexto, Atienza assinala um modo de interpretar que deveria orientar a aplicação do Direito no Estado Constitucional. Mencionando lições de Ronald Dworkin e aderindo, sem reservas, a elas, o autor afirma que interpretar consiste em conferir a um enunciado o significado que maximize o valor da prática. E acrescenta: “a melhor interpretação (...) é a que (sem violar o elemento autoritativo do Direito: sem contrariar o Direito estabelecido) nos permita desenvolver ao máximo os direitos fundamentais (...)”⁴ (2013, p. 93).

Não nos cabe trabalhar, ao menos não agora, os exemplos que o autor fornece para demonstrar como os juízes *deveriam* interpretar um caso ou outro. Cumpre ressaltar,

3 Um exemplo de teoria formalista do Direito, de acordo com Atienza, é a de Niklas Luhmann, para quem o sistema jurídico, cuja função primordial seria promover a *segurança*, estaria, de certa forma, “à margem do sistema social”. Essa leitura de Luhmann, todavia, parece apresentar alguns problemas. Em geral, é certo que a caracterização autopoietica do Direito (como sistema) pode conduzir a uma perspectiva de isolamento em relação ao “entorno”. No entanto, haveria que levar a sério algo que, para Luhmann, parece ser muito sério: a abertura cognitiva do sistema jurídico. Em palavras singelas: não é que o Direito simplesmente se feche para os demais sistemas sociais; ele se fecha para operar normativamente, de acordo com o material *seleccionado* nos demais sistemas – como a política, a economia, a arte. Luhmann não parece estar preocupado em isolar o Direito – o que seria bastante problemático – mas em conservar a sua autonomia, o que constitui um desafio teórico relevante. Outro detalhe: a função primeira do Direito não é, para Luhmann, simplesmente a “segurança”, mas a garantia das expectativas normativas de comportamento, o que, no contexto de sua obra, é algo distinto. Além disso, se quando falamos de formalismo estamos nos referindo à *interpretação*, é preciso enfrentar a afirmação luhmanniana de que “interpretar é sempre produzir mais texto”. Teríamos que analisar com cuidado o que há de *formalismo* nisso. Ver LUHMANN, 2005, pp. 189-191 e p. 403.

4 No original: “interpretar consiste en adscribir a un enunciado (dentro de los límites fijados por los materiales jurídicos: interpretar no es inventar) el significado que maximice el valor de la práctica (el Derecho es una práctica cuyo sentido es la realización de ciertos valores) en la que ese enunciado se inserta. O, dicho de otra manera, la mejor interpretación (aquella, pues, por la que tendría que optar el intérprete) es la que (sin vulnerar el elemento autoritativo del Derecho: sin ir en contra el derecho establecido) nos permite desarrollar al máximo los derechos fundamentales, entendidos de acuerdo con una determinada filosofía moral y política: la que mejor permita dar cuenta de nuestras Constituciones (o de cada una de ellas)”.

porém, que Atienza ingressa no debate de alguns dos temas mais polêmicos e mais controversos da política contemporânea, como a eutanásia, o matrimônio entre pessoas do mesmo sexo e, particularmente, o tema dos despejos (decorrentes da impossibilidade de o cidadão arcar com o valor das hipotecas) em contextos de crise econômica. São assuntos que, apesar de se apresentarem na forma de conflitos jurídicos *individualizados*, desafiam considerações morais e políticas sensíveis.

É exatamente a presença desses exemplos e da necessidade de argumentar moralmente que justificam, no seu contexto, a defesa que o autor promove de um *objetivismo moral mínimo*, compreendido como a possibilidade de que sejam apresentadas razões justificadas (e objetivas) para resolver essas controvérsias e manejar *corretamente* o Direito contemporâneo (ATIENZA, 2013, p. 56). Além disso, e justamente por esse caráter *objetivo* da moralidade no pensamento de Atienza, há uma pretensão de *universalização* dos valores do “constitucionalismo”. Segundo o autor, “levar as instituições jurídicas do constitucionalismo ao âmbito mundial” é uma “exigência moral” (2013, p. 58). Trata-se, na verdade, de globalizar o “constitucionalismo” para diminuir as desigualdades, no intuito de reduzir os efeitos negativos da própria globalização.

Se voltarmos os olhos à proposta de Atienza para a filosofia do direito do *mundo latino*, encontraremos referências bastante entusiasmadas à função emancipatória do “constitucionalismo”. O jurista do Estado Constitucional deveria firmar, segundo entende o autor, um “compromisso com um projeto político-ético de emancipação” (2014, p. 315). Isso implica, entre outras coisas, o desenvolvimento da capacidade argumentativa dos cidadãos, condição necessária para uma sociedade democrática. Mas representa algo maior: a compreensão de que o Direito (desde que imbuído dos valores do constitucionalismo pós-positivista) é um dos instrumentos mais potentes para realizar a difícil tarefa de “civilizar o mundo” (2013, p. 60). A pretensão é, sem dúvida, *civilizatória*. Voltaremos a comentá-la na segunda parte deste artigo. Por ora, passemos brevemente o olhar nas ideias de outro autor.

Gustavo Zagrebelsky não é tão engajado quanto Manuel Atienza, até porque a obra de Zagrebelsky não é tão vasta, tão ampla e repleta de incursões em problemas práticos. Mas o livro *Il Diritto Mite*, conhecido entre nós sobretudo pela tradução espanhola *El Derecho Dúctil*, constitui uma abordagem bastante entusiasmada com a *cultura dos direitos fundamentais*. Que se trata de uma teorização também “pós-positivista” não há dúvidas. Zagrebelsky esforça-se para demonstrar como o positivismo jurídico está superado. No entanto, ao contrário de Atienza, que ataca mais o positivismo do século XX (*normativista*), Zagrebelsky parece definir como inimigo o “positivismo do século XIX”, aquele do Estado Liberal, dos juízes autômatos e que apenas *descobriam* (ao menos era esse o mito) a solução prescrita pelo legislador – a única solução correta – na perfeição da legislação, dos códigos.

Portanto, enquanto Atienza parece demonstrar rejeição a uma postura positivista metodológica por sua irrelevância prática (porque obviamente o positivismo do século XIX Atienza sequer cogita como algo defensável), Zagrebelsky desenvolve suas ideias tendo como “inimigo” um formalismo bastante mítico, cujo modo de enxergar o Direito poderia ser definido como “o Direito por regras”. Para o autor, as coisas já não são assim. Há de se pensar o fenômeno jurídico de maneira distinta. Já não se está mais na era do “Direito por regras”, mas na era do “Direito por princípios” (2011, p. 112). Os princípios têm, claro, afinidade com os direitos fundamentais, e assim como reconhece também Atienza, a sua conexão com a moral é inegável, de maneira que o jurista deveria estar preparado para lidar com uma nova realidade; segundo Zagrebelsky, uma realidade mais fluida, dúctil, própria do Estado Constitucional.

O autor ainda explora mais um detalhe, cuja importância precisa ser destacada. Para ele, raciocinar por princípios, modificar o paradigma das regras para o paradigma dos princípios, é uma exigência *civilizatória*. Isto é: as sociedades plurais, que abrigam as mais variadas formas de vida, grupos e indivíduos dotados de concepções de mundo muito diversas (e, muitas vezes, legítimas) necessitariam ser reguladas por um conjunto de normas flexíveis que permitisse uma convivência pacífica e tolerante (ZAGREBELSKY, 2011, pp. 123-124). Essas normas, claro, seriam os princípios jurídicos, material normativo capaz de permitir ao juiz chegar não a soluções mecânicas, mas a resultados equilibrados, mais justos, que efetivamente resultem da *ponderação* dos legítimos interesses em jogo. Desse modo, o “Direito por princípios” seria, na visão de Zagrebelsky, e cremos poder interpretá-lo assim, uma condição da democracia, na medida em que permitiria exatamente a convivência, em um mesmo espaço, das diferenças.

Não precisamos ir muito mais longe nas ideias de Zagrebelsky. Entre ele e Atienza há diferenças que não podemos ignorar. Porém, do ponto de vista do entusiasmo com o “constitucionalismo” – pós-positivista – como proposta *civilizatória*, ambos parecem coincidir sem muitos problemas. E é isso que, aqui, importa-nos. Não temos certeza se Atienza concordaria com Zagrebelsky quando este diz que raciocinar por princípios é como se raciocinásemos pelo *método do Direito Natural* (2011, p. 121). É uma frase interessante e desafiaria mais reflexões. Nada há na obra de Atienza que nos permita aproximá-lo de uma visão jusnaturalista do Direito, ainda que tenha ele aderido a alguma forma de objetividade moral, de jusmoralismo. O essencial aqui é assentar que as propostas de ambos os autores possuem um núcleo, ao menos um ponto de intersecção: ambos creem que o “constitucionalismo” mudou ou *deve* mudar a forma de manejar o Direito e que os juízes têm em suas mãos instrumentos valiosos para alcançar decisões justas, à luz das finalidades constitucionais. Ambos pretendem também que esse constitucionalismo seja *democrático*. Mas isso é algo para analisarmos no momento adequado.

2.2. O “Constitucionalismo dos Direitos”: Sobre o Pensamento de Luigi Ferrajoli e Prieto Sanchís

Entre os pensadores contemporâneos que defendem a ideologia constitucionalista – no que concerne à promoção, defesa e *garantia* dos direitos fundamentais –, Luigi Ferrajoli é sem dúvida um expoente. E isso por um aspecto em certa medida paradoxal: ao mesmo tempo em que sua teoria *garantista* goza de ampla aceitação (e a ciência penal brasileira parece-nos um exemplo disso), a sua concepção *positivista* do Direito está praticamente ilhada em um universo quase dominado pelo *pós-positivismo*, com toda a imprevisão que esse termo possa carregar. Essa particularidade produz algumas tensões internas na obra de Ferrajoli. Alfonso García Figueroa, por exemplo, chega a dizer que Ferrajoli se declara positivista, quer ser crítico, mas parece neoconstitucionalista (2009).

O que sim é certo é que Ferrajoli critica duramente o que ele chama de “constitucionalismo principialista”, o qual imputa a autores como Atienza e Zagrebelsky – por nós aqui comentados –, além de Alexy, Dworkin e Nino. Não são insignificantes os desacordos entre Ferrajoli e essa corrente de autores. O principal dissenso tem a ver com uma das teses positivistas, que Ferrajoli, por óbvio, subscreve: a separação entre o Direito e a moral. Os *principialistas* seriam (e de fato assim se declaram) adeptos de uma concepção do Direito que não separa esses dois sistemas. Ainda que entre eles o termo “moral” possa ganhar contornos conceituais próprios, não há controvérsia sobre a conexão – também conceitual – que eles enxergam entre a moral e o Direito. E isso, para o “constitucionalismo garantista” de Ferrajoli, é inaceitável. Além disso, o “constitucionalismo garantista” também não adere à distinção forte e estrutural entre princípios e regras, demonstrando, ainda, pouca simpatia e muitas reticências ao uso da ponderação na aplicação do Direito (FERRAJOLI, 2011a, p. 20).

Trata-se de uma concepção *moderna* do Direito (CHIASSONI, 2011), preocupada em não se deixar seduzir pelas tentações *pré-modernas*, típicas do principialismo, que confiaria, segundo Ferrajoli, a garantia dos direitos fundamentais à capacidade de argumentação moral dos juízes (2011, p. 23). Ele não aceita a distinção estrutural entre regras e princípios, tampouco a caracterização alexyana de que os direitos fundamentais *são* princípios (ALEXY, 2008, p. 575), por uma razão categórica: os direitos fundamentais seriam simplesmente *regras* (FERRAJOLI, 2011a, p. 21), uma vez que impõem a existência de regras que proíbam a lesão a esses direitos ou que criem obrigações específicas para promovê-los (como no caso das prestações positivas no âmbito dos direitos sociais).

Trata-se de uma concepção bastante *forte* sobre os direitos fundamentais⁵. Cuidar-se-ia, ainda, de um positivismo reforçado, já que não apenas o *ser* estaria positivado, mas

5 Pablo de Lora, por exemplo, classifica o constitucionalismo de Ferrajoli de “constitucionalismo fortíssimo”. Ver DE LORA, 2009.

também o *dever-ser* (FERRAJOLI, 2011a, p. 24). Assim, e neste ponto parece que garantismo e principialismo caminham juntos, a incorporação – pelas constituições contemporâneas – das normas de direitos fundamentais passou a implicar também a normatividade desses direitos e, nesse sentido, a obrigatoriedade de que a legislação infraconstitucional não respeite apenas a *forma* da Constituição, mas também o seu *conteúdo*. Aqui, claramente, Atienza e Ferrajoli não discrepam: ambos estão, como se vê, profundamente comprometidos com a normatividade dos direitos fundamentais e com um projeto de cultura jurídica centrado na sua promoção e garantia. O positivismo de Ferrajoli, porém, leva-o a reiterar que os direitos fundamentais não são oriundos da “moral” (que, segundo o autor, sequer é cognoscível), mas são fruto de processos históricos e, por isso, o seu conteúdo é *contingente* (FERRAJOLI, 2011a, p. 25).

O “constitucionalismo garantista” propõe-se, ademais, *democrático*. Os direitos representariam, pois, a dimensão *substancial* da democracia⁶, que não seria apenas um procedimento para o alcance de decisões coletivamente vinculantes; isto é, não importa apenas *quem* decide e *como* decide, mas sobretudo *o que* é decidido. O modelo seria composto de inúmeras características, entre as quais poderíamos destacar (1) a rigidez constitucional, (2) o controle judicial de constitucionalidade, (3) a verificação de antinomias na violação de direitos fundamentais, o que conduz à invalidação da lei violadora e, por fim, (4) a garantia dos direitos sociais. Ferrajoli sublinha, ainda, que o seu constitucionalismo não aposta na atividade judicial para *reparar* lacunas referentes aos direitos fundamentais, mas na atividade política do Poder Legislativo; caberia à jurisdição (constitucional), portanto, constatar as antinomias e declarar a anulação das normas inválidas (2011a, p. 34).

No que concerne à *força* do “constitucionalismo garantista” e principalmente à sua pretensão democrática, é indispensável destacar que, para Ferrajoli, os direitos fundamentais compõem a “esfera do indecível” (2008). Essa esfera é a garantia substancial da democracia, pois o procedimento deliberativo não pode adentrá-la, vale dizer, uma vez definidos o conteúdo, a estrutura e os limites dos direitos fundamentais, e uma vez protegidos esses direitos pela rigidez constitucional, a política ordinária não deve ter nada a dizer sobre eles, não deve ter, portanto, poder algum de disposição. Nesse contexto, não se encaixa a técnica da ponderação, já que entre os direitos fundamentais não ocorreria conflito algum. Cumpre ao Poder Judiciário apenas aplicá-los, declarando a invalidade das normas infraconstitucionais que os contrariem.

Ferrajoli pressupõe, com isso, que os direitos fundamentais devam ser precisamente definidos, elaborados da maneira mais clara possível, para que a jurisdição desempenhe sua atividade tendencialmente *cognoscitiva*, com pouco (ou nenhum) espaço para conformações

6 Esse modelo é minuciosamente desenvolvido na maestra obra de Luigi Ferrajoli, *Principia Iuris*. Ver FERRAJOLI, 2011b, pp. 96/100.

morais e políticas. Evidentemente, trata-se de uma construção *normativa*, preocupada em como as coisas – no ideal garantista – *devem ser*. O “constitucionalismo garantista” depende, assim, do desenvolvimento de uma linguagem precisa e rigorosa (FERRAJOLI, 2011a, p. 51), o que, por consequência, implica o afastamento de uma visão do direito fundamental como princípio, como norma *derrotável* e ponderável. Nesse sentido, a indisponibilidade dos direitos fundamentais se acentua e eles se tornam, de acordo com o autor, objeto de *garantia* efetiva da ordem jurídica, que deve atuar para que não existam normas incompatíveis com o preciso, definido e *indecidível* conteúdo desses direitos.

Observemos, de maneira pontual, o que pensa Luis Prieto Sanchís sobre o tema. Está clara a sua adesão ao “constitucionalismo contemporâneo”, que ele denomina – a nosso juízo de modo um tanto acertado – de “constitucionalismo dos direitos” (PRIETO, 2013). É que, afinal, é exatamente disso que se cuida. Vejamos, por exemplo, a compreensão de jurisdição constitucional na obra de Kelsen: trata-se de um arranjo institucional para invalidar as leis que não estejam de acordo com a Constituição e destinado a guardar a normatividade da norma fundamental positiva. De direitos fundamentais e princípios constitucionais Kelsen não cuida. Pelo contrário: chega a recomendar que não se adotem princípios de caráter muito abstrato na Constituição, pois isso concederia aos juízes um “poder insuportável” (KELSEN, 1988, p. 143). Ora, mas quase todas as constituições do mundo ocidental – hoje – possuem um catálogo de direitos fundamentais – sim – de conteúdo sumamente abstrato. Pensemos na *igualdade*, na *liberdade de expressão*, na *dignidade humana*. Portanto, em geral essa recomendação de Kelsen não foi observada.

O “constitucionalismo dos direitos” de Prieto Sanchís é, note-se, essencialmente centrado – e mais uma vez este é o ponto de encontro com os autores que trabalhamos acima – no reconhecimento da normatividade dos direitos fundamentais, na sua promoção e garantia. Não é sequer necessário a Luis Prieto ingressar no debate Ferrajoli-Atienza sobre positivismo ou pós-positivismo, embora se perceba, no conjunto de alguns de seus textos, certa inclinação a esse aspecto do “constitucionalismo garantista” (2013, p. 109)⁷. No entanto, positivista ou não, as ideias desenvolvidas pelo autor são categóricas em alguns pontos – e é isso que devemos ter em conta. Como premissa, é possível assentar o seguinte: Luis Prieto aposta – decididamente – na cultura *judicial* dos direitos fundamentais. Podemos demonstrá-lo de maneira sintética.

O autor não crê, por exemplo, que seja imprescindível a existência de uma instância específica para controlar a constitucionalidade das leis. Não é tanto a garantia da rigidez constitucional que lhe preocupa. O que move a sua tese é a *substância* dos direitos fundamentais. Parece importar sempre uma questão de *justiça* (de justiça *interna* do caso

7 Uma aproximação ao “constitucionalismo garantista” pode ser observada quando Luis Prieto oferece uma crítica ao neoconstitucionalismo, ao “constitucionalismo ético”.

concreto). Nesse sentido, princípios constitucionais teriam uma eficácia direta, imediata, de modo que Luis Prieto acaba sustentando dois aspectos nucleares: 1) os princípios seriam instrumentos dúcteis nas mãos dos juízes (o que corresponde ao ponto central de Zagrebelsky, como vimos); 2) ademais, o *importante* é que os juízes possam “corrigir” a legislação mediante a aplicação direta dos direitos fundamentais, sem que disso resulte – necessariamente – a declaração formal de inconstitucionalidade (PRIETO, 2003, pp. 168-169). A ênfase, pois, é na *cultura dos direitos*, não na forma, na hierarquia, tampouco na dimensão autoritativa do Direito.

3. Direitos Fundamentais, Desacordo e Decisão

Aqui é necessária uma pausa metodológica para sintetizar e clarificar o estudo. No capítulo anterior, procuramos apresentar dois tipos de constitucionalismo: o primeiro, principialista, que aposta na capacidade de argumentação moral dos participantes da comunidade e no *comprometimento* do jurista com a prática e com os valores constitucionais; o outro, “garantista”, que aposta na *proteção* judicial dos direitos fundamentais, que seriam estruturados não na forma de princípios, mas na forma de regras, integrando um espaço politicamente indevassável. No primeiro tipo, Atienza discorre sobre a necessidade de justificação moral das decisões no Estado Constitucional. No segundo tipo, Ferrajoli enfatiza a necessidade de separação conceitual (e prática) entre Direito e moral.

Ocorre que, em termos de *proposta civilizatória*, as duas posições acreditam na força de um projeto *constitucionalista*, cujo alicerce indisputável é a normatividade, o caráter deontológico dos direitos fundamentais. É isso, na verdade, que importa para a nossa discussão, porque é basicamente nesse aspecto que residem os principais problemas de compatibilidade entre o “constitucionalismo contemporâneo” e a democracia; ou seja, é aqui o ponto de tensão entre a *efetivação* ou *proteção judicial* dos direitos fundamentais e o processo de atribuição de direitos por meio da *deliberação* e da *participação política* em condições de igualdade.

Por essa razão, destinamos este capítulo à elaboração de uma série de indagações aos autores apresentados na primeira parte deste escrito. Não pretendemos oferecer respostas definitivas a problemas cuja complexidade justifica a intensidade da discussão acadêmica e, além disso, somos conscientes de que muitas outras questões poderiam ser endereçadas a essas ideias. Contudo, todas as objeções que formularemos nos itens seguintes decorrem – essencialmente – da seguinte pergunta: *não existiria uma espécie de desacordo, de sério desacordo, em relação ao conteúdo e alcance dos direitos fundamentais?*

Abordamos um pouco o núcleo desse “constitucionalismo contemporâneo”, mas para que ele seja considerado também *democrático* é preciso levar a sério a pergunta que elaboramos acima e considerar, portanto, o desacordo moral e político existente na

comunidade (WALDRON, 1999). Vejamos bem. Pode ser que um esquema institucional, alicerçado em uma ideologia “constitucionalista”, esteja justificado por razões sobretudo substantivas, isto é, porque produzam decisões *justas* (ou tendam a produzi-las). Mas isto é uma coisa. Outra coisa é saber como se encaixam nesse esquema os direitos de participação política de cada cidadão, a legitimidade dos parlamentos e, assim, o próprio *procedimento* democrático (WALDRON, 2006).

Pensemos, por exemplo, no direito fundamental à igualdade. Um cidadão “A” e um cidadão “B” podem *aceitar* com tranquilidade a normatividade do direito à igualdade (concordar com Atienza e Ferrajoli – e também com Prieto e Zagrebelsky), isto é, podem identificá-lo como *dever-ser*. No entanto, nada garante que ambos possuam concepções idênticas sobre o que significa violar ou efetivar a norma da igualdade (ATRIA, 1991, p. 332). Pelo contrário, em uma sociedade pluralista, a regra é que as pessoas discordem sobre esse tipo de assunto, que desenvolvam concreções políticas diversas sobre as noções de liberdade, igualdade, solidariedade, moralidade, dignidade. A disputa política real costuma envolver debates acerca da melhor forma de entender esses conceitos e de estabelecer decisões coletivamente vinculantes sobre eles. É disso que cuida a política⁸. O fato do desacordo decorre, assim, do fato do pluralismo, o que inevitavelmente nos conduz a mais uma (indispensável) pergunta: *quem deve resolver, então, esses desacordos?*

Para autores que se inserem na tradição, por exemplo, de Jeremy Waldron, a resposta é simples: o legislador *deve* resolver os desacordos morais que compõem uma comunidade política multicultural. Porque, nesse caso, estaria respeitado nosso direito de participação política. As normas de direitos fundamentais não *encerram* o debate político. Há muitas coisas que devemos seguir deliberando e decidindo. Precisamos definir, por exemplo, *quais* direitos os idosos possuem concretamente, nas relações diárias, nas relações com os demais membros da comunidade: se têm direito a passe livre e a assento preferencial nos transportes públicos, se pagam menos por ingressos em eventos culturais, se têm garantia de estacionamento exclusivo, se devem aguardar mais de dez minutos nas filas dos bancos e nos caixas de supermercado, se recebem algum tipo de favorecimento fiscal na compra de medicamentos, se pagam ou não pagam despesas processuais quando acessam o Poder Judiciário, entre tantas outras hipóteses.

Notemos que esse exemplo dos idosos pode ser compreendido, por exemplo, como concreção do princípio da dignidade humana e também como delineamento do direito à igualdade (o direito que os idosos teriam, por sua peculiar condição, à inserção adequada e digna no cotidiano da comunidade). Em poucas palavras, o que estamos dizendo é que um direito fundamental *abre* a deliberação. É como se a Constituição instituísse o dever

8 “A política organiza os absolutamente diferentes, tendo em vista a sua relativa igualdade e em contraposição a suas relativas diferenças”. ARENDT, 2012.

de que se *decida* sobre o que é ou não digno para os idosos ou sobre a melhor estratégia para que eles recebam tratamento igualitário. E a pergunta, então, já passa a ser relativa à autoridade, isto é, a *quem* deve tomar essa decisão. Mas se aceitamos que há uma decisão (e política!) a tomar, parece haver muito pouco de “indecidível” no processo de atribuição e garantia de direitos⁹.

3.1. A “Esfera do Indecidível” e a Decisão sobre Direitos Fundamentais

O grande problema do pensamento de Ferrajoli é não suscitar devidamente essa problemática. E não o faz por diversos motivos, mas um deles nos parece mais interessante. Recordemos: Ferrajoli concebe os direitos fundamentais como *regras* e os enxerga (ou os prescreve) como normas de conteúdo muito preciso, delineado pela legislação ordinária e constitucional, de modo que apenas caberia ao intérprete a sua aplicação. O juiz não desenvolve politicamente o direito fundamental, mas *garante-lhe* a normatividade. Ferrajoli não se pergunta, pois, algo que deveria anteceder as suas considerações sobre o “constitucionalismo garantista”: é possível garantir a normatividade dos direitos fundamentais sem engajar-se em uma tarefa moral e política de concretizá-los?

Como Ferrajoli não formula essa indagação, passa a fazer sentido o constante emprego do termo *antinomias*, na medida em que ao Poder Judiciário, cuja função seria tendencialmente cognoscitiva, caberia apenas verificar eventual *antinomia* entre lei e Constituição. Por essa razão, pensamos que talvez Ferrajoli considerasse as nossas provocações anteriores completamente *sem sentido*: como falar em *desacordo* em relação a direitos se eles estão ou devem estar já linguisticamente concretizados nos textos constitucionais? E, uma vez presumida a precisão dessas normas, qual o sentido de falar em “desenvolvê-las politicamente” se ao juiz cabe apenas *aplicá-las* por subsunção, sem ponderá-las? Em suma: Ferrajoli não tem de se preocupar com o *desacordo* porque, em seu horizonte, os direitos fundamentais possuem conteúdo preciso e definido. A eficácia de regra jurídica impediria ponderações políticas e morais por parte do intérprete.

Ora, mas isto é assim? Funcionam dessa maneira as constituições? Devemos, na verdade, dirigir duas objeções ao “constitucionalismo garantista” de Ferrajoli: a primeira tem caráter descritivo e depende de constatações empíricas; a segunda é normativa, diz respeito a como as coisas deveriam ser. Passemos à primeira. As constituições ocidentais estão formuladas, em sua maioria, com a precisão que requer Ferrajoli? Observemos tão somente a brasileira: nossa Constituição seguramente tem muitas regras, mas ela é composta

⁹ Ainda que assumamos a existência de uma “esfera do indecidível”, há a necessidade de que *alguém* tenha, em dado momento, decidido o que está dentro ou fora dessa esfera. Portanto, não é uma empresa fácil sustentar a *indisponibilidade* dos direitos fundamentais. A questão sobre *quem deve decidir* parece estar presente inclusive no momento pré-constitucional. Ver BAYÓN, 2010.

também por muitas normas de caráter abstrato, que enunciam um dever ideal ou um estado de coisas (seriam, pois, os princípios). O direito à liberdade de expressão, à igualdade, à dignidade e, ainda, os direitos sociais, em geral dependem de conformações legislativas ou judiciais. Em outras palavras: esses direitos, porque formulados justamente de maneira imprecisa e abstrata, dependem de uma decisão sobre o seu alcance e conteúdo. Se aceitamos essa descrição, o modelo de Ferrajoli seria meramente hipotético, pois fundado em “realidades” que não existem.

Quanto à segunda objeção, a questão é saber se seria melhor o esquema proposto por Ferrajoli, ou seja, se deveríamos preferir direitos fundamentais precisamente definidos e sem espaço para conformações políticas. Bastaria, pois, garanti-los. Mauro Barberis (2011, p. 92) afirma que isso seria sumamente indesejável, pois colocaria a teoria de Ferrajoli em rota de colisão com a democracia representativa. Retornemos ao princípio da igualdade. Quando o legislador edita uma lei que guarda relação, por exemplo, com esse princípio, não está a desenvolver um conteúdo político para ele, engajando-se em uma concepção política do princípio? Quando uma lei concede meia-entrada a estudantes ou quando uma lei prevê direitos específicos a pessoas com deficiência, não estão os legisladores a concretizar – por um caminho determinado – direitos fundamentais de caráter abstrato?

O que restaria aos legisladores, que tipo de tarefa lhes caberia, se a Constituição – em matéria de direitos fundamentais – não oferecesse espaço para concreções políticas? Ferrajoli pretende *garantir* normativa e judicialmente os direitos fundamentais. No entanto, se levada a sua ideia adiante (o seu “fortíssimo” constitucionalismo, para usar as palavras de Pablo de Lora), a democracia deliberativa perderia a relevância. Talvez seja por isso que autores como Habermas, cujo enfoque reside substancialmente em procedimentos deliberativos, não se entusiasmem tanto com a proteção judicial dos direitos fundamentais, porque a sua ideia parte exatamente da necessidade de que sejamos nós – os membros da comunidade – que definamos os direitos que efetivamente possuímos e que construamos a nossa legislação. Ela só seria legítima, portanto, se construída por aqueles que serão submetidos a sua aplicação.¹⁰

Nesse sentido, no intento de retirar da política aquilo que é fundamental, formando, assim, a “esfera do indecível”, Ferrajoli pode terminar esvaziando a própria atividade política, pois está muito pouco preocupado com o *procedimento* para a tomada de decisões

¹⁰ É conhecido o esquema teórico habermasiano que vincula a legitimidade do Direito ao procedimento de sua elaboração, à necessidade de que esse procedimento respeite exigências democráticas. Mais ainda, Habermas é consciente de que a atribuição de direitos, assim como o desenvolvimento do conteúdo dos nossos direitos básicos, são tarefas que não devem ser realizadas pelo juiz monologicamente. Interpretar a Constituição é um empreendimento comum, “sustentado pela comunicação pública dos cidadãos”. HABERMAS, 2003, p. 278.

vinculantes e muito mais envolvido com a necessidade de *garantir* (de maneira rígida) a indisponibilidade dos direitos fundamentais. Todavia, observemos atentamente o seguinte: se considerarmos dois aspectos ao mesmo tempo (*o fato do desacordo* e o caráter *abstrato* – em geral – dos direitos fundamentais), seria ainda possível falar de “esfera do indecidível”? Seria possível continuar falando – para além de um sentido metafórico e simbólico (que talvez seja importante) da *indisponibilidade* dos direitos fundamentais?

Se assumirmos que os direitos fundamentais, na verdade, *abrem* a discussão política (isto é: estamos sempre deliberando sobre o que é digno, o que é discriminatório, o que é liberdade de expressão, etc.) e que os limites dessa discussão sempre dependem de uma decisão (política ou jurídica, mas de uma decisão), uma teoria como a de Ferrajoli – para ser também *democrática* – precisaria enfrentar a pergunta sobre a instância legítima para definir esses limites e construir o conteúdo dos nossos direitos mais básicos. No entanto, o problema é que essa é uma indagação preliminar, que não está presente adequadamente nos escritos de Ferrajoli justamente porque a sua concepção sobre os direitos fundamentais é *fortíssima*, mas – ao sê-lo – talvez não corresponda à realidade. Afinal, por que seguimos discordando sobre o *significado* dos nossos direitos se bastaria, pois, à justiça constitucional “conhecê-los” e “aplicá-los”?

O problema se intensifica – deixemos claro – se adotamos a concepção de Luis Prieto Sanchís sobre a eficácia dos direitos fundamentais. Ora, se o conteúdo deles fosse (ou ao menos devesse ser – em uma perspectiva normativa) preciso como Ferrajoli pensa, talvez constituísse uma boa ideia irradiá-los para toda a ordem jurídica, de maneira que cada problema jurídico fosse resolvido à luz do atributo categórico dos direitos fundamentais. Todavia, duvidamos que as coisas funcionem assim. Direitos fundamentais – ao menos aqueles (que não são poucos) formulados como princípios – dependem de um *desenvolvimento moral e político* para que tenham efeito adjudicatório, ou seja, para que sejam capazes de *resolver* um litígio. Se isto é assim, prescrever a cada juiz que os aplique a cada caso significa, ao fim, prescrever ao intérprete que defina ele mesmo o conteúdo e alcance dos direitos fundamentais. O problema, portanto, escaparia à jurisdição constitucional e ingressaria na imensidão da jurisdição ordinária. Não é que isso seja necessariamente uma má ideia. Entretanto, junto a esse efeito irradiador que o “constitucionalismo contemporâneo” prescreve, deveriam persegui-lo a intensidade das objeções democráticas.

3.2. A Emancipação pelos Direitos Fundamentais: Quem Emancipa?

Parte das perguntas destinadas ao “constitucionalismo garantista” poderiam ser também dirigidas às ideias de Atienza, naquilo em que desconsidera (ou considera de modo insuficiente) o *fato do desacordo*. Isso porque já sabemos que o autor prescreve um papel *ativo* ao jurista, que deveria não apenas aderir à empresa “constitucionalista”, mas também

trabalhar para promover os valores que as constituições consagram. Juízes, por sua vez, deveriam afastar-se do positivismo e do formalismo, procurando decidir de maneira *justa*, tendo em vista que têm em mãos um material normativo que quase sempre lhes dá a oportunidade de ajustar a forma a um conteúdo substancialmente conforme aos valores constitucionais. Isso, por óbvio, procedendo-se a uma argumentação racional.

Se estamos todos de acordo em relação ao conteúdo dos valores constitucionais, essa poderia parecer uma ideia interessante e equivaleria a uma “norma” (ou meta-norma) que valeria a pena perseguir. No entanto, conforme já explicamos ao comentar sobretudo a teoria de Ferrajoli, as coisas parecem não funcionar assim. Atienza entende que o primado das constituições axiológicas modifica o paradigma do primado da lei (ele, claro, sublinha várias vezes que os valores da legalidade são importantes, mas insiste na alteração de paradigma). Mas não se trataria, na visão de Atienza, da simples modificação em termos hierárquicos, relativa ao fato de que – agora – devemos obediência a uma norma de nível superior que tem a função de organizar as bases da comunidade política. Tratar-se-ia do surgimento de uma perspectiva totalmente nova para o Direito e, especialmente, para a aplicação do Direito; e tudo isso decorreria do advento das constituições, com as quais uma teoria jurídica fundada em ideias positivistas não poderia lidar adequadamente.

Pois bem. Que os princípios constitucionais (esses que Atienza entende que devemos trabalhar para efetivá-los na prática) desafiem a pergunta *contínua* sobre o seu conteúdo e alcance está fora de dúvida. Que, nesse sentido, uma eventual concreção desses princípios exige o desenvolvimento de uma determinada *concepção* sobre eles também não nos parece nada problemático. Estamos, pois, de acordo. E é por não assumir essa premissa que o pensamento de Ferrajoli abriga muitas tensões. Poderíamos aceitar, ainda, que para concretizar de fato o sentido da *dignidade* ou da *igualdade* seja indispensável argumentar moralmente. No entanto, nada disso esclarece (e Atienza parece não se debruçar sobre tal ponto) a questão que talvez seja a principal: não seria a maneira concreta como os intérpretes da Constituição (juízes, legisladores, sociedade civil, etc.) *compreendem* o significado desses princípios que deve determinar seu conteúdo e alcance?

Essa indagação é crucial. Ela nos remete outra vez à *dimensão autoritativa* do Direito. E por quê? Pelo fato de que não basta definir que devemos todos nos engajar numa espécie de *luta* pelos direitos fundamentais, é preciso – com a mesma importância – esclarecer *quem* deve ter a autoridade para delinear, precisar e concretizar os nossos direitos. É isso que faz, por exemplo, Waluchow (2008, p. 81), ao desenvolver uma argumentação – para contrapor as ideias de Jeremy Waldron – justificativa do papel judicial nessa esfera; ou seja, para Waluchow, são os juízes que devem realmente decidir o conteúdo da Constituição (naquilo que há de impreciso, que normalmente envolve os direitos fundamentais). É evidente que uma concepção como essa enseja uma série de objeções democráticas. Contudo, Waluchow parece acertar no ponto que deve orientar

a defesa do constitucionalismo: não se trata apenas de reafirmar os seus valores (quem será contra os direitos fundamentais?), mas de ingressar em um debate sério sobre o tema da autoridade e de estar disposto a definir que – sim – seriam os juízes os mais aptos ou capazes para dar conteúdo aos nossos direitos básicos.

A alternativa de Atienza, para não ter de defender a *juristocracia*, seria ingressar de maneira mais consequente no que ele entende por *objetivismo moral mínimo*, que seria passível de conhecimento e capaz de dar bases à aplicação “justa” desse material normativo dúctil (para usar a expressão de Zagrebelsky). Se há um núcleo objetivo e justificável dos direitos fundamentais, em relação ao qual todos estaríamos de acordo, então a objeção fundada no *fato do desacordo* perderia muito em força. Não nos parece, todavia, que Atienza tenha deixado isso claro e talvez tenha razão Jeremy Waldron em um aspecto específico: o *fato do desacordo* persiste porque a objetividade moral é irrelevante. É possível que haja respostas corretas e justas (não precisamos negar isso), mas nada garante que temos as ferramentas para encontrá-las e nada garante que os juízes não possam encontrar distintas dessas respostas “objetivas” (umas mais corretas que as outras). Essa constatação, uma vez mais, solapa a “esfera do indecível”, mas lança dúvidas sobre a capacidade dos juízes para acessar essa “moral objetiva”. Ao final, a verdadeira pergunta é pelo sujeito ativo dessa *emancipação civilizatória* proposta por Atienza. Quem nos emancipará: os juízes?

Essa aposta civilizatória se assemelha muito à empreendida por Zagrebelsky, que parte – centralmente – de um argumento: as sociedades plurais necessitam de uma aplicação do Direito mais dúctil, mais flexível, que possa abarcar todos aqueles indivíduos que vivem e compreendem o mundo de maneira muito distinta. O *problema democrático* dessa afirmação, que no fundo é a defesa do “Direito por princípios” é que – de novo – não suscita a pergunta sobre *quem* efetivamente decide o alcance e o significado desses princípios. Outra vez surge o desafio do parágrafo anterior: se há uma objetividade moral que conduz a aplicação desses princípios, que se invista em demonstrá-la.

Não sendo assim, estamos diante de uma problemática séria em termos democráticos, justamente porque se se confia aos juízes a tarefa de definir o alcance dos princípios e, além disso, aplicá-los diretamente, caso a caso, o que se assume – ao fim – é o seguinte: nós, membros da comunidade, no exercício do nosso igual direito de participação política, não temos capacidade para decidir sobre questões que envolvem direitos fundamentais. E isso – efetivamente – é um problema democrático que todos, inclusive *juristas comprometidos*, deveríamos levar a sério.

4. Conclusões

O último argumento apresentado pode não fazer sentido se seguimos entendendo os direitos fundamentais de forma “mítica”, ou seja, se seguimos compreendendo que eles

estão subtraídos do poder de decisão. O que ocorre é que eles não estão. Mesmo quando o Poder Judiciário atua para *garanti-los*, há sempre uma decisão sobre os seus limites e sobre o seu conteúdo, principalmente quando a espécie normativa invocada apresenta textura principiológica (normas como igualdade, dignidade e liberdade). Se já partimos da ideia pressuposta – no sentido de Ferrajoli – de que os direitos fundamentais compõem a “esfera do indecível”, possivelmente não formularemos as perguntas adequadas.

A principal delas corresponde à atenção à dimensão autoritativa do Direito, o que – do ponto de vista democrático – relaciona-se à indagação sobre *quem* detém legitimidade para resolver nossos desacordos morais e políticos. Em síntese, a pergunta é: *qual deve ser a arena adequada para a definição do conteúdo dos nossos direitos?* Porém, esse problema apenas tem sentido em um horizonte que pressuponha a constante *decidibilidade* acerca do significado dos direitos fundamentais. Esse pressuposto permite-nos dar um passo a mais: constatar a tensão existente entre o “constitucionalismo contemporâneo”, seja na vertente “principialista” (argumentativa), seja na vertente “garantista”, e a *democracia deliberativa*; ou melhor, a tensão entre a efetivação *judicial* dos direitos fundamentais e o nosso direito a participar na vida pública e a deliberar sobre *quais* direitos, em concreto, possuímos.

Abrimos este singelo escrito mencionando que Luis Roberto Barroso classificava o constitucionalismo contemporâneo de “constitucionalismo democrático”. Contudo, ele vai além e – deixando as coisas mais claras ao afirmar que esse “constitucionalismo democrático” é o ideal que nos restou – assevera:

“Já não existem ideologias abrangentes à disposição. A revolução não veio. Não vivemos em um mundo sem países, sem miséria, sem violência. A desigualdade abismal, no plano doméstico e no plano internacional, segue sendo um estigma para o processo civilizatório e para a condição humana” (BARROSO, 2009, p. 400).

É a injustiça do mundo que motiva a adesão de autores como Barroso e Atienza ao “constitucionalismo democrático”. Trata-se – exatamente por isso – de uma pretensão claramente *civilizatória* e *emancipatória*. Todavia, e pensando precisamente em termos democráticos, se são os juízes (e especialmente os juízes constitucionais) os responsáveis por levar adiante essa empresa tão imodesta, os membros da comunidade política, os que votam, os que elegem e os que são os destinatários das leis e da Constituição, terminam por ficar à margem do processo de sua própria “emancipação”. Talvez haja bons motivos para aceitarmos o “constitucionalismo” como ideal regulador do Direito como prática social, mas para denomina-lo “democrático” ainda necessitamos de uma teoria que considere de maneira contundente o *fato do pluralismo* e o *fato do desacordo*, cujo peso político e moral não pode ser secundário em um Estado Constitucional.

5. Referências

- ATIENZA, Manuel. *Curso de Argumentación Jurídica*. Madrid: Trotta, 2013.
- _____. “Una filosofía del derecho para el mundo latino. Otra vuelta de tuerca”. *Doxa*, Cuadernos de Filosofía del derecho, 37 (2014), pp. 299-318.
- _____. *Podemos hacer más: Otra forma de pensar el Derecho*. Madrid: Pasos perdidos, 2013.
- ATIENZA, Manuel e RUIZ MANERO, Juan. “Dejemos atrás el positivismo jurídico”. *Isonomía*, n. 27 (outubro de 2007).
- ATRIA, Fernando. “El Derecho y la contingencia de lo político”, *Doxa*, n. 10, 1991 (pp. 319-345)
- BARBERIS, Mauro. “Ferrajoli, o el neoconstitucionalismo no tomado en serio”. *Doxa*, Cuadernos de filosofía del derecho, 34, (2011), pp. 89-94.
- BARROSO, Luis Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- _____. *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. 3. reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2014.
- BAYÓN, Juan Carlos. “Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo”. In: CARBONELL, Miguel y JARAMILLO, Leonardo García (co-ord.) *El canon neoconstitucional*. Madrid: Trotta, 2010.
- BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Trad.: Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- CHIASSONI, Pierluigi. “Un baluarte de la modernidad”. Notas defensivas sobre el constitucionalismo garantista. *Doxa*, Cuadernos de filosofía del derecho, 34, (2011), pp. 101-120.
- DE LORA, Pablo. “Luigi Ferrajoli y el constitucionalismo fortíssimo”. In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro (Eds.). *Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. 2 ed. Madrid: Trotta, 2009.
- GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. “Las tensiones de una teoría cuando se declara positiva, quiere ser crítica, pero parece neoconstitucionalista”. In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro (Eds.). *Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. 2 ed. Madrid: Trotta, 2009.
- GUASTINI, Riccardo. La “constitucionalización” del ordenamiento jurídico: el caso italiano. In: CARBONELL, Miguel (Ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003 (pp. 49/74), pp. 51/58.

- HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Volumes I e II. 2 ed. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro: 2003.
- KELSEN, Hans. “La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)”. Trad. J. Ruiz Manero. In: *Escritos sobre la democracia y el socialismo*. Madrid: Debate, 1988
- LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Trad. Javier Torres Nafarrante. Ciudad de México: Herder, 2005.
- FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y garantismo* (Edición de Miguel Carbonnel). Madrid: Trotta, 2008.
- _____. “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista”. *Doxa*, Cuadernos de filosofía del derecho, 34, (2011), pp. 15-54.
- _____. *Principia Iuris: teoría del derecho y de la democracia*, v. 2 (Teoría de la democracia). Trad. Perfecto Andrés Ibañez, Carlos Bayón, Marina Gascón, Luis Prieto Sanchís y Alfonso Ruiz Miguel. Madrid: Trotta, 2011.
- PRIETO SANCHÍS, Luis. *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*. Madrid: Trotta, 2003.
- _____. *El constitucionalismo de los derechos: ensayos de filosofía jurídica*. Madrid: Trotta, 2013.
- WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. New York: Oxford University Press, 1999.
- _____. “The Core of the Case against Judicial Review”. *The Yale Law Journal*, 115: 1346, 2006.
- WALUCHOW, W.J. “Constitutional Morality and Bill of Rights”. In: HUSCROFT, Grant (Ed). *Expounding the Constitution: essays in constitutional theory*. New York: Cambridge University Press, 2008.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derecho y justicia*. 10 ed. Madrid: Trotta, 2011.