



**Seminário**  
**Teoria da Decisão Judicial**

Cadernos <sup>série</sup>  
do CEJ **30**

## **REALIZAÇÃO**

Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal  
Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – Enfamf

## **COORDENAÇÃO CIENTÍFICA**

Ricardo Villas Bôas Cueva – Ministro do STJ

## **EDITORAÇÃO**

CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS

Reinaldo Couto – Secretário

SUBSECRETARIA DE INFORMAÇÃO DOCUMENTAL E EDITORAÇÃO

Cyva Regattieri de Abreu – Subsecretária

COORDENADORIA DE EDITORAÇÃO

Milra de Lucena Machado Amorim – Coordenadora

Ariane Emílio Kloth – Chefe da Seção de Edição e Revisão de Textos

Luciene Bilu Rodrigues – Servidora da Coordenadoria de Editoração

Diagramação e Arte-Final

Helder Marcelo Pereira – Chefe da Seção de Programação Visual e Arte Final

Ilustração da Capa

Hélcio Rosa Corrêa

PROJETO GRÁFICO

Grau Design Gráfico

IMPRESSÃO

Coordenadoria de Serviços Gráficos do CJF

**RAFFAELE DE GIORGI**

Professor da Universidade del Salento,  
Lecce – Itália

Agradeço ao Conselho da Justiça Federal pelo convite, é uma honra para mim. Agradeço também ao Senhor Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, ao Presidente da Mesa e seus integrantes, ao Professor Marcus Faro de Castro e, de maneira muito especial, ao Professor Celso Campilongo, que fez uma esplêndida palestra e que me honra com sua amizade e palavras.

**I.**

Diante do tema proposto, ocorrem-me três questões: por que *argumentação jurídica a partir da Constituição*, e não simplesmente *interpretação da constituição*? Por que refletir sobre a unidade de um processo que termina por oferecer uma justificativa de si mesmo, e não ao contrário, refletir sobre as diferenças que são inerentes ao resultado de tal processo? Por que observar a *estrutura* de um processo e não a *função*?

A ideia presente no título sugerido nos remete a um horizonte específico do pensamento constitucional contemporâneo: um horizonte que se autodefine *neoconstitucionalismo*.

Considero fundamental iniciar com esse esclarecimento, pois o termo não indica apenas um entre muitos outros *neoísmos* que são da moda: tal proposta é um dos produtos que mais está em moda no mercado atual de ideias. Como todas as modas, ela também provoca adesões entusiasmadas e desperta animosidades virulentas. Ao

mesmo tempo, no entanto, revive tramas e nos deixam perplexos. Por esse motivo, prefiro a cautela e um relativo distanciamento.

O primeiro motivo que suscita perplexidade diz respeito ao fato de que, na incerteza desconfortante do presente, esse horizonte oferece certezas teóricas muito tranquilizantes e seguranças filosóficas sólidas. O segundo motivo, por sua vez, refere-se ao problema de que, caso se penetre na robustez declarada do seu pensamento, caso se sondem os ataques que seus adeptos dirigem às grandes construções do passado, tem-se a impressão de ouvir o eco das velhas histórias mal contadas, de assistir a encenações nas quais os personagens atuam em busca de um autor, o título de uma peça dramática de Pirandello, e de se encontrar diante de uma pobreza atroz. Tem-se a impressão, em outras palavras, que a diferença entre os antigos e os modernos consiste apenas na noção de que os modernos dizem somente aquilo que sabem, enquanto os outros, os antigos, sabiam o que diziam. Existirá, todavia, um motivo para tudo isso. Na busca por explicar esse motivo, está minha tentativa de desenvolver o tema proposto.

Isso que se chama neoconstitucionalismo não é uma teoria da constituição nem uma filosofia do direito da política, como se poderia contrariamente pensar. É, na verdade, um horizonte, uma linha fronteira que separa o que se vê do que não se vê, uma perspectiva ao longo da qual são colhidas contribuições que surgem de diversas direções, mas estão ligadas a uma mesma função. Em comum, tais contribuições estão sob uma particular coação a repetir a tentativa de exorcizar o passado, que foi o lugar do mal, e construir o futuro, que será o lugar do bem. De um lado, o passado, o século breve, como diz Hobsbawn; de outro, um futuro que não se abala diante do presente do qual é futuro, pois esse presente é um tempo sem tempo.

Em seu vocabulário, esse neopensamento constitucional considera o recente passado do constitucionalismo, que era o tempo da interpretação da Constituição, como um velho resíduo, como um inútil – se não perigoso – objeto de museu, como utensílios pré-históricos.

O pensamento jurídico da primeira metade do século passado, que se formou a partir da herança do Estado nacional do final do século XIX e que teria sido arrancado do velho constitucionalismo, fora produzido no âmbito de um Estado cuja centralidade exprimia-se na autoridade da lei: o direito positivo era a manifestação da superação do privilégio e da desigualdade originárias, e a supremacia do poder se realizava na supremacia da lei. Suas características eram a certeza da vontade, a ordem das ações, a congruência dos meios e fins, a igualdade de todos perante a lei, a independência de um juiz submetido apenas aos ditames legais. E mais: a centralidade do público, a estabilidade da ordem, a exclusividade do direito do Estado, a tutela da propriedade privada e das iniciativas que dela surgiam, a contenção da exclusão social e a sua inserção marginal no sustento da economia dos privados e do Estado. Essas eram as aquisições com as quais, em seus primórdios, o século breve dotou de garantias jurídicas à moderna sociedade de Estados. Essas eram as características do Direito Positivo dos Estados os quais, logo no início, lutaram entre si, massacraram-se para que, por meio da violência, um poder impor ao outro a superioridade exclusiva que algum desses Estados tinha em seu interior.

O pensamento jurídico que acompanhou essa tragédia se chamava *positivismo*. Melhor dizendo: a moda do presente o chama assim, conferindo-lhe um sentido depreciativo que autoriza os modernos a se apresentarem no futuro como *pós-*, *neo-* ou *anti-*. O positivismo é tratado como uma teoria do direito que era uma filosofia do poder, uma técnica interpretativa que devia ser a manifestação da vontade exclusiva do poder no direito, uma ideologia da sacralidade da lei, uma metafísica de vulgar empiria, como a poderia ter denominado o herético Marx, referindo-se ao sacrílego Hegel: um pensamento nefasto diante do qual o neopensamento constitucionalista se horroriza.

A primeira metade do século breve se fechava com o eco dos gritos de milhões de mortos e como a dor impressa na memória dos vivos, que podiam se entorpecer apenas por meio da expectativa de um futuro no qual uma razão universal cosmopolita poderia assegurar os indivíduos

diante dos Estados, o direito diante do poder, as diferenças diante da uniformização, o acesso igual de todos os bens sociais, o espaço de uma comunicação livre. Em tais expectativas, exprime-se a necessidade de controle da violência dos Estados e do direito das leis, a necessidade de reconhecimento da individualidade dos indivíduos, da sua capacidade de autorrepresentação. O percurso seguido foi a *constitucionalização das relações entre direito e política* e a inclusão de um *catálogo de direitos fundamentais*, o qual – para dizer a verdade – já tinha sido proclamado um século e meio antes e tinha sobrevivido a uma longa noite durante a qual coexistiu com a mais negra escravidão e com os guetos de extermínio em que eram marginalizados e explorados os antigos e os novos *famélicos da terra*, segundo um título de um livro famoso.

## II.

Constitucionalizar a relação entre direito e política significava fixar os pressupostos de uma contínua reabertura da circularidade entre ambos, romper a hierarquia que colocava a política como vértice da sociedade e condicionar a imunização recíproca e a recíproca conexão entre política e direito. Aquela política, ainda era a política das grandes relações do mundo, das grandes filosofias da história, a política que narrava a liberdade dos indivíduos e a igualdade, o livre acesso à comunicação social, a sociedade como universo público de sustento e proteção. Ela era a política das liberdades de acesso e da inclusão, do tratamento das diferenças e do incipiente reconhecimento da diferença entre as nações do mundo. O direito de tal política construía, com muito esforço, seu fechamento. Sua seletividade era pouco resistente em relação às diferenças e às formas de exclusão que o passado de dependência tinha legado. O direito devia imunizar a sociedade contra as suas ameaças internas, pois, desse modo, os direitos fundamentais poderiam finalmente realizar a função para a qual tinham sido inventados, assegurar a estabilidade da forma da diferenciação social tipicamente moderna. Tratava-se, assim, de uma política de direitos que investigava e, por meio dos direitos, obtinha a sua

imunização e o reconhecimento da sua expansão nas formas – igualmente legitimadas pelos direitos – do Estado Social e do Estado de Bem-estar. Expressões essas que nos habituamos a utilizar para definir aquela condição particular de recíprocas expectativas do reforço da seletividade da política através do incremento da seletividade do direito. O direito da política dos direitos exprimia o limite de aceitabilidade social da transformação da realidade da exclusão em expectativas de inclusão. Representava o limite da materialização, isto é, da especificação dos universalismos que as constituições prestavam.

Política e direito tinham a função de temporalizar os conteúdos constitucionais. Nesse sentido, realizavam as constituições: por meio de suas decisões, a política podia absorver o futuro, vale dizer, mantê-lo aberto independentemente dos vínculos que o atavam, pois, de todos os modos, sempre realizava a constituição. Da mesma forma, os indivíduos podiam absorver o futuro cultivando as expectativas cuja legitimidade nascia do reconhecimento constitucional dos espaços indistintos da possibilidade de cada um deles. Podia-se, assim, sempre inventar o futuro, pois ele sempre encontrava a sua legitimidade no presente: o futuro que se podia inventar podia ser tratado como o futuro presente da constituição. O tempo da constituição era, na verdade, o presente futuro da sociedade: política e direito temporalizavam a constituição como fonte de legitimação do tempo do decidir e do agir, que potencializam continuamente a realidade do presente, transformando-a na possibilidade do futuro. Por isso, a constituição sempre se realizava e sempre devia se realizar. As constituições constituíam as condições da contínua abertura e do contínuo fechamento do direito e da política.

Inventados como livres, os indivíduos sempre realizavam a constituição por meio do seu agir: a constituição é; não *deve ser*. Todavia, ao mesmo tempo, devia-se dizer igualmente que a Constituição *deve ser*; não é. Ela desenhava horizontes cujas prescrições reivindicavam da política

a delimitação dos espaços na forma de direitos. A constituição era de todos, assim como o mundo, que é o limite da sociedade.

Interpretar a constituição; concretizá-la. Essas eram as preocupações que orientavam o interesse do constitucionalismo tradicional. Era o trabalho teórico ao qual os velhos pais dedicaram seus cuidados. “No curso da interpretação constitucional”, dizia um deles, “a constituição sempre será atualizada”. Por isso, todo o esforço deveria ser dedicado à interpretação. Por meio dela, o caráter aberto e amplo da constituição devia ser precisado, especificado, universalizado. Um trabalho complexo, pois especificar significa universalizar, e ambos significam atualizar, materializar, isto é, revelar o conteúdo da constituição.

Nesse sentido, Konrad Hesse dizia: “Se em virtude da Lei Fundamental, o Tribunal Constitucional interpreta a constituição com eficácia vinculante, não apenas para o cidadão, mas também para os demais órgãos do Estado, a ideia que origina e legitima essa vinculação, qual seja, a submissão de todo o poder do Estado à constituição, pode se tornar realidade apenas se as sentenças do Tribunal expressam o conteúdo da constituição, ainda que seja pela interpretação do Tribunal” .

[...] o direito positivo era a manifestação da superação do privilégio e da desigualdade originárias, e a supremacia do poder se realizava na supremacia da lei.

A interpretação foi confiada à tarefa de encontrar o resultado constitucionalmente correto, por meio de um procedimento racional e controlável, e de motivar esse resultado de um modo igualmente racional e controlável, realizando, assim, condições de certeza e previsibilidade do direito. Na realidade, constitucionalmente correto é o resultado considerado aceitável, tolerável, que se crê não haver superado os limites daquilo que se pode tratar como racionalmente motivado. Segurança jurídica e certeza do direito, por sua vez, significam que é legítima a expectativa de que cada decisão interpretativa será tomada com

base no direito. É justamente essa certeza, todavia, que torna possível a previsibilidade como abertura para um futuro no qual, independentemente da decisão que será tomada, saber-se-á como se comportar. Um tema ao qual Guilherme Leite Gonçalves dedicou páginas muito profundas.

A necessidade de expor a constituição excluía naturalmente qualquer tipologia interpretativa que aludisse à subsunção do caso à lei ou qualquer outra perspectiva que poderia ser tratada como positivista, pois não se vinculava a ideia de descoberta da vontade do constituinte; devia-se, ao contrário, supor que o resultado da interpretação fosse a realidade da Constituição e que o constituinte não poderia ter decidido sobre tal realidade. A constituição oferecia pontos de apoio, múltiplos, mas necessariamente incompletos. Não perseguia objetivos, cuja realização poderia ser objeto de interpretação. A constituição não tem um objetivo. Como pode ter um objetivo a constituição que, como dizia Häberle, “é a expressão de um nível de desenvolvimento cultural, instrumento da representação cultural autônoma de um povo, reflexo da sua herança cultural e fundamento de novas esperanças?” A primeira consequência é: o guardião da constituição é o Tribunal Constitucional em seu caráter de “tribunal *sui generis* da sociedade (em sua totalidade)”, no dizer de Häberle. Tribunal constitucional em seu caráter – citação de Handelman – de tribunal *sui generis* da sociedade em sua totalidade. Por meio do tribunal, a sociedade se interpreta. De fato, “a constituição viva é obra de todos os intérpretes constitucionais da sociedade aberta”.

O direito processual constitucional é o *medium* pelo qual “a sociedade aberta dos intérpretes constitucionais” materializa a constituição. “O direito constitucional material, o direito que se vive”, afirmava Häberle, “surge de uma diversidade de funções que foram percebidas de maneira correta: as funções do legislador, do juiz constitucional, da opinião pública, do cidadão, mas também as funções do governo e da oposição”. Um outro estudioso, de caráter – podemos dizer – moderno, proclama: “a interpretação constitucional deve se voltar à cidadania”. Para evitar equívocos, ele explica: “isso não é o mesmo que

dizer que a interpretação final deve ser resultado de decisões plebiscitárias ou de aplausos massivos (ou, ainda pior, o produto de uma Corte eleita pelo povo). Afirmar que a interpretação final deve se voltar à cidadania significa dizer que esta última deve recuperar o controle sobre o direito e que o direito deve começar a se vincular aos processos igualitários da discussão pública, que hoje estão completamente ausentes de nosso horizonte democrático”. O autor é um constitucionalista argentino.

### III.

O século breve concluiu-se alguns anos antes do seu fim cronológico: os últimos pedaços de sua história trágica caíram esmagados pelas pedras de um muro cuja ilusão levou milhões de pessoas a correrem em direção a um futuro que a história os havia negado absolutamente. Aquelas pedras sepultavam também as esperanças que, justamente em seu início, tinham levado aquele século a correr atrás das bandeiras da última grande filosofia da história, bandeiras que os crimes do regime teriam rasgado para sempre.

A natureza das esperanças iniciais não era diversa da natureza das ilusões para onde milhões de pessoas corriam agora, qual seja, o reconhecimento das possibilidades de agir sem estar submetido à violência que põe o direito, como dissera Benjamin, ou, em termos atuais, o reconhecimento das possibilidades do agir, na forma dos direitos subjetivos como forjados no advento da sociedade moderna. Ou ainda: o reconhecimento do caráter originário daqueles direitos que tinham sido consagrados um século e meio antes, mas que permaneceram impotentes não apenas diante da violência do Estado que conserva o direito na forma de burocracia. Ou, por fim, o reconhecimento de um deslocamento necessário e definitivo do poder originário, o qual não podia mais ser confiado à política e ao seu direito, nem mesmo poderia permanecer nas mãos das maiorias políticas, a não ser sob condição de uma proteção segura daqueles espaços tidos como intangíveis, não negociáveis, pois considerados como pressupostos inevitáveis, fundamentos de possibilidade de um agir livre e autônomo.

Em essência, reivindicava-se a realização de uma democracia de direitos que fosse capaz de romper os vínculos e constrangimentos daquela política dos direitos que se firmou na Europa Ocidental por todo o meio século precedente. Uma democracia dos direitos que, na Europa que queria superar o muro, nunca se realizou a não ser na forma da violência de uma política moralizada e, em outras regiões do globo, expressou-se de diferentes modos, das trevas das ditaduras aos crepúsculos do Estado do século XIX.

Não se reivindicava apenas uma democracia política, de representação, de legalidade e do Estado de Direito. Essa democracia já havia sido imposta como a forma moderna da democracia e poderia se expandir facilmente para regiões onde ela fora bloqueada. A democracia que se reivindicava devia reconhecer o espaço originário dos direitos subjetivos como o lugar no qual se exprime o poder socialmente difuso que os indivíduos recuperavam e se tornavam titulares. Eles pretendiam a tutela desse espaço por parte do Estado e, conforme a experiência recente, também sua proteção contra o Estado: uma proteção que poderia ser garantida somente por meio do recurso ao texto fundamental, cujo conteúdo fora fixado como originário e, por conseguinte, como irrenunciável, irreduzível e indecível. Em outras palavras, os indivíduos reivindicavam o reconhecimento do caráter originário de sua individualidade, isto é, reivindicavam que suas expectativas em relação ao modo como a política tratava seus espaços originários pudessem ser avaliadas e, se reconhecidas como legítimas e violadas, poderiam ser afirmadas.

Tratava-se de reconhecer que o ordenamento jurídico e político apoiavam-se em fundamentos que não podem ser modificados, de rigidez inflexível e conteúdos que legitimavam somente pelo fato de que puderam ser formulados. Não importa se em tais ordenamentos se expressa a racionalidade da razão e se, nesse sentido, eles são herança moderna do velho jusnaturalismo ou se nascem do poder que se reconhece como constituinte, como fundamento de si mesmo. Em qualquer forma de legitimação, a organização político-jurídica do Estado devia encontrar limites ao seu agir tanto

no sentido da possibilidade de aceitar e fazer declarar a omissão de reconhecimento, quanto no sentido de impedir que a decisão política a qual fosse reconhecida como violação daqueles espaços pudesse continuar a operar.

Essa democracia devia responder às expectativas daqueles que foram excluídos da democracia moderna e, ao mesmo tempo, às expectativas amadurecidas pela experiência das frágeis democracias europeias, nas quais os direitos fundamentais não foram protegidos contra a violência que põe o direito.

Essa democracia deveria exaltar o caráter de fundamento que caracteriza o poder originário dos indivíduos; protegê-lo como condição inevitável de sua capacidade de se afirmar como indivíduos e como requisito da sua individualidade jurídica e política. Tal poder devia ser colocado em um lugar seguro que não é o lugar da política nem do direito, mas o espaço inobservável *da unidade da diferença entre eles*. Nesse espaço da unidade e da diferença de política e direito, não somente os direitos são originários, mas o próprio espaço adquire um caráter originário, constitutivo, de contínua refundação e redefinição de si mesmo. Obviamente, a unidade de uma distinção não se vê. Nesse sentido, aquele espaço também não era visível. Tal espaço é como a razão para Kant: é o início do tempo, no sentido de que o presente começa sempre a partir daquele tempo, daquele ponto, daquele lugar, que justamente por isso é razão, não apenas lugar da razão. É a razão do velho iluminismo que se determina a partir de si e que fala somente sobre si mesma. O espaço é a razão: é o caso de se perguntar se o mesmo é diferente ou o diferente é o mesmo, se “the same is different or the different is the same?”

A origem dos direitos encontra-se na razão; a razão é, não deve ser. É o limite, isto é, o início, mas também o fim; é o tempo que não possui tempo. Não pode, portanto, ser medida: a razão é imponderável. Não tem peso. Não pode ser sopesada ou valorada. A razão é a medida de si mesma. Para utilizar uma frase famosa, podemos dizer que a razão age como “qualquer coisa que estava dentro do sistema, sai do sistema e atua sobre o sistema, como se estivesse fora do sistema”

(Hofstetter). Mas, nesse caso, a razão é o sistema. É a razão dos direitos fundamentais que supera e domina qualquer outra.

Essa democracia chama-se “*democracia constitucional*” e o Estado que a organiza, “*Estado constitucional*”. Essa democracia representa uma formação evolutiva na semântica da democracia moderna: o que a caracteriza como democracia não é mais somente a forma da participação política, mas o fato de que essa participação se realiza na forma do exercício de poder de controle das decisões políticas, as quais não se exprimem apenas através do consenso, mas de decisões de natureza jurídica, que avaliam o respeito ou a violação aos direitos originários dos indivíduos ou aos poderes das organizações individuais. Uma vez que os direitos originários exprimem condições constitutivas de possibilidade de uma ordem democrática, seu respeito ou violação afetam a forma da própria ordem. Na democracia constitucional, expectativas podem ser afirmadas como pretensões se encontram sua legitimidade no sentimento de sentido originário da constituição.

#### IV.

Há poucos anos, um historiador do direito italiano escreveu que “a atuação constitucional, isto é, a democratização da sociedade e a realização dos direitos, encontra na magistratura um novo protagonista. Com isso, muda a concepção da interpretação jurídica: não se trata mais de uma atividade técnica [o que foi sempre uma mentira], de uma dedução mecânica ou silogística, mas de escolhas, ponderação de interesses, referência a valores e a princípios políticos (*lato sensu*)”. Nesse sentido, continuava o mesmo autor, por oposição à resistência dos tradicionalistas, que defendem que a função dos juízes deve ser o papel apolítico de um terceiro desinteressado e neutro, que se encontra distanciado do conflito a ser decidido, os inovadores afirmam que “a atuação do juiz possui (também) uma dimensão valorativa e, de todo modo, encontra na constituição seu ponto de força. Justamente porque o juiz olha para a constituição como seu critério basilar, deve contribuir para a modificação do ordenamento existente por meio de uma crescente realização da

igualdade e dos direitos”. Por fim, citando outro historiador do Direito, ele concluía que, agora, “a luta do direito (por meio do direito) compreendia o juiz entre os seus protagonistas. Em nome do nexos entre direitos, democracia e constituição, se apresenta um juiz protagonista; um juiz que se coloca como um *policy maker*, convocado a realizar os direitos constitucionalmente garantidos, orientando-se segundo princípios éticos e politicamente desafiadores”.

Na forma da democracia, realizou-se uma evolução profunda no sentido de que os conflitos, antes percebidos como políticos, passaram a ser vivenciados e tratados como jurídicos. A mesma situação vale para o significado das pretensões dos indivíduos contra o Estado: se, antes, possuía o caráter exclusivo das reivindicações políticas, agora se reveste do selo de relevância jurídica. A reivindicação adquire, assim, o caráter de pretensão provida de legitimidade jurídica, digna de proteção jurídica, pois ancorada na constituição e, portanto, constitucionalmente garantida.

O nexos entre democracia e constituição se explicaria, todavia, também por motivos estritamente ligados à forma do tratamento político dos conflitos. Hoje, a política se encontra cada vez mais indisponível a confrontar diretamente questões – como se diz – eticamente desafiadoras, questões em relação às quais não se pode avaliar quão elevado é o risco do consenso. Por esse motivo, a política teria cedido o espaço ao direito, ao juízo dos magistrados, que não podem recorrer à boca da lei, mas sim à reserva de certeza fixada na constituição. Diante do caso a ser decidido, tal juiz não pode recorrer à *ratio* do fato ou da norma, como pretendia a hermenêutica positivista. Ele não mais funciona como “válvula de fechamento do sistema”, pois o sistema não pode mais ser fechado em razão de um simples reconhecimento da norma e do fato. O juiz deve recorrer a uma outra *ratio*, uma *ratio* universal, não específica, não petrificada em sua singularidade, a uma fonte de sentido inesgotável, isto é, à razão ou à sedimentação jurídico-política de sua universalização, a constituição.

Segundo os historiadores do direito e os críticos da hermenêutica juspositivista, existe ainda

outro motivo que explica e justifica a transfiguração da função do juiz. Trata-se do caráter da normatização. Na atual configuração dos ordenamentos jurídicos, os velhos códigos não ocupam mais o lugar central e proeminente que possuíam até a primeira metade do século passado: produziu-se uma grande quantidade de normas heterogêneas, de normas relativas a direitos sociais, ambientais, coletivos, de seguridade social e supranacionais. Toda essa normatização não seria mais subsidiária, marginal e de caráter excepcional como no passado. Assim, segundo esses observadores, o ordenamento não seria mais fechado, reconduzido a uma unidade, não podendo ser mais tratado do velho ponto de vista da completude.

Nesse contexto, a perspectiva hermenêutica que se chamava “concretização da constituição” em virtude da interpretação constitucional, não seria mais aceitável e foi superada pela transformação do ordenamento, da forma da democracia, e da natureza dos conflitos das pretensões. Na conjuntura atual, para concluir ainda com as palavras de Pietro Costa, “os direitos fundamentais parecem ser forçados a descer do pedestal de uma *ratio* indiscutível e evidente para serem arrastados a um perigoso, mas inevitável jogo de interpretações contrapostas e de conflitos entre visões incompatíveis de mundos”.

Isso significa que interpretações contrapostas devem ser justificadas, que não se pode mais fazer referência a uma interpretação correta da constituição, mas ao procedimento argumentativo em que se funda uma decisão. A história constitucional conclui-se com a teoria da argumentação.

A plausibilidade da observação do historiador ecoa na voz dos neófitos. Basta um para compreender todos: “assim como o Estado constitucional enquanto fenômeno histórico é inegavelmente ligado ao crescente desenvolvimento da prática argumentativa nos ordenamentos jurídicos contemporâneos, o constitucionalismo enquanto teoria é o núcleo de uma nova concepção de direito que, na minha opinião, não se encaixa nos moldes do positivismo jurídico, pois confere especial ênfase ao direito como prática argumentativa”. E para concluir: no Estado constitucional, o poder

legislativo (em nossas palavras, o direito) deve se justificar de forma mais exigente. A referência à autoridade e ao procedimento é insuficiente: requer-se sempre um controle de conteúdo. Esse Estado constitucional pressupõe um “incremento em relação à tarefa justificativa dos órgãos públicos e, portanto, uma maior demanda por argumentação jurídica [...]”. Na realidade, o ideal do Estado constitucional (o ponto culminante do Estado de Direito) supõe a submissão completa do poder ao direito, à razão”.

#### V.

Segundo outro filósofo neoconstitucionalista e Presidente emérito da Corte Constitucional Italiana, Zagrebelsky, o modo de se argumentar no direito constitucional assemelha-se ao estilo de se argumentar no direito natural. Os argumentos e os princípios do direito natural foram incorporados nas constituições. No Estado constitucional, os princípios desenvolvem uma função correspondente àquela que, no Estado pré-constitucional, foi desempenhada pela dogmática jurídica. De fato, as normas constitucionais são os princípios. Conforme tal perspectiva, eles se colocam entre os valores – que possuem uma função axiológica e referem-se a bens finais – e a regras – que possuam conteúdos determinados sem uma alternativa de aplicação imediata. Os princípios, por outro lado, são “bens iniciais”, normas como qualquer outra, mas normas de máximo grau. Seu conteúdo deontológico excedente, como dizia Betti, não é um excedente de caráter sintético, como se podia atribuir aos princípios gerais do direito, que podiam ser derivados indutivamente do ordenamento jurídico. Os princípios constitucionais possuem função construtiva e desenvolvem uma função intermediária entre caso e direito. São *axiomas do ordenamento jurídico*: “afirmam uma razão que, nos casos em que se pode recorrer a um princípio, conduz a uma direção, sem, todavia, indicar qual específica ação ou decisão é necessária para o caso particular”. Os princípios são *normas sem fattispecie normativa predeterminada e com prescrição genérica*. Essa é sua diferença em relação às normas que se chamam regras.

O direito constitucional moderno realiza uma transformação genética que resulta na centralidade dos princípios: “entendido como imperativo de adequação às situações concretas (igualdade-diferenciação), o princípio da igualdade” nega o caráter geral e abstrato da regra, a qual conserva imanente a função de realizar a “igualdade-homologação”, pois trata a todos de maneira indiferenciada, como sujeitos de uma lei abstrata. Nos casos em que se requer adequação e juízo, a regra geral recua a favor do princípio que, desse modo, proporciona uma personalização do direito: a lei pode ser mecanizada, aplicada em sequências; o princípio permite tratar “a pessoa como objeto não repetível”.

Para que possa operar, um princípio deve ser concretizado, traduzido em uma fórmula que possua os contornos de uma *fattispecie*, refira-se a um fato e estabeleça um conseqüente. O legislador pode concretizar um princípio; o juiz também. Este último, todavia, não cria direito, pois o caso do qual ele se ocupa já se encontra sob o manto do direito. Nesse sentido, o juiz deverá raciocinar construtivamente sobre o caso à luz dos princípios.

Interpretar a constituição; concretizá-la. Essas eram as preocupações que orientavam o interesse do constitucionalismo tradicional. Era o trabalho teórico ao qual os velhos pais dedicaram seus cuidados.

O juiz, sabemos, não opera naturalmente de maneira silogística. Raciocina, isto é, argumenta conforme um procedimento que não é formalizável e é constituído por inferências do caso diante do princípio e de deduções do princípio a partir do caso. Trata-se de uma imagem que Zagrebelsky deriva de imagens análogas expostas por Kaufmann há mais de quarenta anos. Com conseqüências diversas, é claro. De fato, os princípios têm a função de possibilitar a “dedução a partir do juízo de valor a respeito do caso a decidir, que é elemento da categorização do fato,” e “a determinação da norma que se aplica ao caso conforme a premissa de tal juízo”.

O princípio adquire, assim, uma posição par-

ticular: age como um *medium* entre o valor e a regra. No plano teórico, abre-se ao valor; no prático, à regra. Por meio dos princípios, continua Zagrebelsky, o mundo dos valores abre-se para o direito e o direito abre-se aos valores. Pense-se, por exemplo, no controle de constitucionalidade: as regras são confrontadas com os princípios que, por se acharem nos confins do direito, podem tocar naquilo que se encontra para além do direito positivo, que é pré-positivo e, portanto, que existe porque tem força, ecoa como sentido do agir coletivo.

Dessa perspectiva Zagrebelsky conclui que “a constituição, formada por princípios, abre-se a visões da vida social diretamente vigentes na concepção que a sociedade tem sobre si mesma”. Assim, se é verdade que a sociedade se subordina ao direito, isso é possível somente sob a condição de que a normatividade jurídica não esteja em contradição com “a representação de sentido por meio da qual a sociedade se identifica”. Pense-se, por exemplo, em um princípio central da argumentação jurídica, o princípio da razoabilidade. Ele não possui um fundamento de caráter derivado; não se origina do princípio da igualdade.

Seu fundamento tem caráter originário e consiste na “justificação necessária da regra à luz das categorias culturais de sentido e valor que vigem socialmente e são juridicamente filtradas por meio das normas

constitucionais de princípios. Adentra, com isso, no direito sem qualquer ‘positivação’ específica”.

Seguimos os argumentos de Zagrebelsky, pois, no panorama do neoconstitucionalismo, são considerados possuidores de completude, coerência e de uma incomparável riqueza quanto às referências literárias. Nesse panorama, todavia, miserável, encontram-se formulações terminológicas diferentes, ora contraditórias, aparentemente contrapostas, ora caracterizadas por uma linguagem que tem o sabor do terrorismo linguístico ou, na verdade, ideológico. Em todo caso, o neopensamento contrapõe à dedução formalista do velho constitucionalismo a argumentação como caminho que leva à determinação material do conte-

údo dos princípios, como caminho que realiza o direito através da atuação dos mandamentos de otimização, que seriam os próprios princípios e que exigem que a definição do dever ser neles contida se realize o máximo possível. Os princípios possuem pesos e devem ser valorados, confrontados e sopesados. A argumentação possibilita a passagem de juízos relativos ao ser para juízos relativos ao dever ser. Nesse sentido, permito-me fazer ainda uma citação: “o ponto de contato entre o direito constitucional e o direito natural consiste na relevância atribuída à realidade”.

O sentido da argumentação por princípios a partir da constituição é claro: busca fundar racionalmente a justiça normativa, dar um fundamento racional aos valores. Busca levar o direito a dizer a verdade.

## VI.

O aspecto preocupante relativo ao neopenamento não consiste no fato de que ele traz à luz uma veia de jusnaturalismo, uma veia de ontologia, ou que ele reinclui a moral no direito, nem mesmo na série infeliz de falsas acusações dirigidas a um positivismo inventado. Seu aspecto preocupante é o problema que uma tendência aparentemente inofensiva surja de uma filosofia da história ameaçadora. Há pouco tempo, no Rio de Janeiro, duas ou três semanas atrás, em um dia que me parecia como qualquer outro, durante uma celebração plebiscitária ao seu pensamento, o teórico alemão dos *princípios como mandamentos de otimização* afirmou que aquilo que se deve alcançar é a “institucionalização da razão”. Declarações desse tipo evocam as primeiras décadas do século breve.

Na última parte da minha apresentação, buscarei explicar por que uma ingênua apoteose da argumentação e sua transformação em teoria do direito e da justiça traz consigo uma grande mentira e um retrocesso evolutivo.

Segundo o neopenamento, a argumentação a partir da constituição sopesa; valora; pondera; é o uso da razão que encontra a própria razão no direito; diz a verdade; determina o sentido pelo qual a sociedade descreve a própria identidade; é a ponte que une ser e dever ser.

Nós, por outro lado, afirmamos, de modo mais realista que argumentação ou o que utiliza argumentos para chegar a uma decisão é, na verdade, uma técnica da distinção por meio da qual se decide quais distinções distinguir, isto é, se decide o que e do que distinguir para depois justificar por que se decidiu de tal modo, e não de outro. Se argumentar significa excluir e motivar, a argumentação é uma técnica da discriminação que inclui a si mesma no processo de sua ativação. Isso significa que a argumentação se funda por si mesma, em si mesma e através de si mesma. As boas razões que excluem as más são construídas na argumentação, já que não existem motivos bons ou ruins por si próprios. Ao argumentar, a argumentação justifica a eventual exclusão futura de bons motivos anteriores, motivando sua identidade com base em sua diferença, isto é, motivando sua mudança de opinião. Nesse sentido, ela funciona como razão, pois sempre se funda sobre si mesma. Veja-se que a argumentação não usa a razão, mas ela mesma é a razão. É – note-se – a razão de si mesma.

Tudo isso acontece na comunicação, constrói comunicação, é um percurso comunicativo: a argumentação é a organização complexa de um complexo de observações que se expõe à observação de outras argumentações, ou seja, a outros percursos de discriminação.

A argumentação permite ao sistema jurídico observar-se em função de sua capacidade de discriminar e conferir a si mesmo sentido na forma da consistência de suas decisões. Como largamente explicado por Luhmann, os motivos são distinções de um observador cujo efeito é excluir. Diferentemente do que afirma o neopenamento, os princípios não possuem conteúdo. Seu conteúdo origina-se como consequência de sua aplicação argumentativa. Antes disso, o princípio é semanticamente vazio, é a unidade da diferença daquilo a ser excluído e incluído pela argumentação. Por meio dela, o princípio torna-se um condensado semântico. Este condensado é o conceito imanente ao princípio, mas tal imanência é atribuída, não é uma disposição natural. Dito de outro modo: na medida em que a motivação dos motivos da argumentação é produzida

na circularidade e na aplicação da própria argumentação no processo argumentativo, ou seja, na medida em que ela se produz a si mesma, é sempre contingente, isto é, pode ser sempre diversa do que é. Isso possibilita inferir a não motivação, a imotivabilidade de todos os motivos, isto é, o fato de que cada fundamento está privado de fundamento. Uma vez que os critérios – que motivam a escolha dos critérios sobre os quais se constroem os motivos – devem ser motivados no processo argumentativo, a circularidade da argumentação sempre se refere a algo externo de si. É justamente esse observador externo que está em condições de afirmar qual distinção ele utiliza para distinguir, qual a argumentação em relação a qual outra. Esse observador não pode ser uma teoria da argumentação, pois, como teoria, ela mesma seria incluída na circularidade do argumentar.

Ao não conseguir ver essa realidade da argumentação e o paradoxo de sua construção, ao não conseguir apreender por que a argumentação sempre funciona independentemente dos motivos sobre os quais se constrói, o neopensamento a concebe como o procedimento que torna possível a epifania dos princípios. Ele sustenta que justiça normativa, justiça da decisão e justiça do fato sejam questões de princípios, matter of principles. Sustenta que os princípios se realizam por meio da argumentação e que, em seu atualizar, se atualiza a razão. Para esse pensamento, o processo é naturalmente gradual, deve ser otimizado: as aquisições evolutivas não podem ser impostas, devem surgir da prática argumentativa.

É óbvio que aquilo que surge da argumentação, vale dizer, a realidade dos princípios é a realidade do Direito, mas no sentido específico que se deve atribuir a tal expressão. Assim, o que surge são diferenças, o resultado das discriminações, as diferenças que se produzem como consequências da construção do concentrado semântico que, somente após essa fase, constitui o princípio. Os princípios são unidades, mas unidades de distinções: quando se aplicam e se constroem, constroem-se junto com as diferenças. Os princípios, em outras palavras, não são inocentes. Eles discriminam. O que significa ponderar? Qual

parte da diferença é incluída? Quem pondera a diferença entre uma diferença e outra?

Não pretendemos oferecer outro modelo de argumentação, muito menos uma crítica que leve à aceitação ou à rejeição do neopensamento. Gostaríamos apenas de saber qual a sua função e para que ele serve.

Para tanto, nos remetemos a algumas belíssimas páginas que um filósofo alemão, Odo Marquard, em sua obra *Schwierigkeiten mit der Geschichtsphilosophie*, dedica à crítica de Hegel ao dever ser, ao vazio da filosofia kantiana e da moral formalista, que seria a mesma moral dos princípios e que, nesta apresentação, utilizaremos adaptando-as às questões que nos interessam.

Em sua crítica ao dever ser kantiano, que possuía a mesma estrutura do neopensamento, Hegel afirmou “o universal no sentido da universalidade da razão é universal também no sentido... que ele... se representa como o presente e o real... sem, para isso, perder sua natureza... Aquilo que deve ser também está na realidade e aquilo que somente deve ser sem ser não há verdade... pois a razão é essa certeza de ter realidade” (*das Allgemeine im Sinne der Vernunftsgemeinschaft ist auch allgemein in dem Sinne.....dass es....sich als das Gegenwärtige und Wirkliche ....darstellt.... ohne darum seine Natur zu verlieren....Was sein soll, ist in der Tat auch, und was nur sein soll, ohne zu sein, hat keine Wahrheit...denn die Vernunft ist eben diese Gewissheit, Realität zu haben*). A tarefa da Filosofia, escreveu Hegel, é a compreensão daquilo que é. A filosofia do dever ser, por outro lado, considera aquilo que é como a faticidade (ver Kant, Heidegger, Habermas e o neopensamento), como aquilo que é inevitável, indisponível, como aquilo a que se deve submeter. Para Hegel, todavia, a filosofia tem a função da mediação, da pesquisa dos meios para a realização da liberdade e da igualdade da liberdade, que é a igualdade que confere a todos a possibilidade da diferença. Ora, os fins que se relacionam com a liberdade, isto é, os fins gerais, permanecem inalcançáveis enquanto faltarem os meios para a sua realização. Tais meios não são normas nem princípios. Nas palavras de Hegel, “haver um mero ser sem conceito, sem dever ser... e ser em

conformidade com isso, é, na verdade, uma aparência vazia” (*ein blosses Sein ohne Begriff, ohne Sein-sollen...zu haben und ihm gemäss zu sein, ist ein leeres Schein*). Os princípios são esse mero ser sem conceito.

A Filosofia do dever se recusa-se a considerar que os fins universais dependem das condições históricas da sua mediação. Com isso, ela mente e produz regressão, retrocesso. “Na própria realidade”, escrevera Hegel em sua obra, *A ciência da lógica*, “a racionalidade e a lei não vivem em condições tão tristes de dever apenas ser” (*in der Wirklichkeit selbst steht es nicht so traurig um Vernunftigkeit und Gesetz, dass sie nur sein sollten*). A racionalidade a que Hegel se refere é o presente, que, em sua determinação histórica, realizou as condições da liberdade igual que torna possível a diferença. Em outras palavras: a sociedade moderna realizou as condições sob as quais a racionalidade das diversas razões pode subordinar a racionalidade da única razão: a razão dos princípios que devem somente ser (*die nur sein sollen*) e que, por essa razão, não mostram o que excluem e contam com a inclusão no futuro, ou melhor, no dever ser.

O presente tem em si a força de romper com o dever ser, isto é, de incluir o que está excluído:

a forma da diferenciação da sociedade moderna realizou as condições sob as quais as razões daquilo que está excluído possam ser incluídas. Realizou as condições sob as quais o dever ser não mais se encontra no vazio dos princípios, mas na realidade da diferença que cria diferença que a argumentação exclui, pois não a considera confiável e a entrega ao dever ser. À filosofia da história da exclusão, Hegel opunha a inclusão da história na filosofia, a racionalidade daquilo que é, do presente que não deve ser, simplesmente porque é. Tal presente já realizou as condições da inclusão universal, daquela liberdade da igualdade que vê a razoabilidade na inclusão das muitas razões, de todas as razões, não daquela do dever ser dos princípios vazios, não daquela razão que alguém queria institucionalizar.

O presente que a sociedade alcançou não sopesa o imponderável, não lega ao futuro o que já exige reconhecimento, pois sabe que a sociedade já atingiu níveis que viabilizam a inclusão e torna a exclusão um delito.

Essa sociedade reconhecerá a universalidade real das suas razões, poderá realizar a congruência entre todas as razões que existem quando aprender a ser presente a si mesma, isto é, quando aprender a viver sem as justificativas dos princípios.”