

GRANDES TRANSFORMAÇÕES DO DIREITO CONTEMPORÂNEO E O PENSAMENTO DE ROBERT ALEXY¹

Luís Roberto Barroso²

I. INTRODUÇÃO

Eu tenho muito prazer e muita honra de estar aqui e de partilhar algumas ideias e algumas reflexões sobre as grandes transformações do direito contemporâneo. E, naturalmente, sobre a influência do pensamento do Professor Robert Alexy nessas mudanças filosóficas e conceituais. É sempre um risco falar da obra de um autor na sua presença. Eu me lembro bem, quando era ainda advogado perante o Supremo Tribunal Federal, de ter vivido o seguinte episódio. Em uma sustentação oral, eu baseei um dos meus argumentos em passagem de um livro do Professor Eros Grau, à época Ministro da Corte. Ele, porém, tinha uma posição íntima diferente da que eu sustentava – era o caso da anencefalia, que envolvia a possibilidade legítima de uma mulher interromper a gestação – e fez uma interpretação *autêntica* do que havia escrito, dizendo que não era aquilo que ele tinha querido significar.

Ou, pior ainda, lembro-me do episódio de um filme de Hollywood baseado em um livro de renomado autor. Indagado sobre o que tinha achado da adaptação, ele respondeu: “A adaptação que fizeram do meu livro deu-me inspiração para escrever outro”. Para não correr esses riscos, eu pretendo narrar, brevemente, como *eu* vejo as transformações do direito contemporâneo. E, em seguida, procuro identificar como, a meu ver, o pensamento do Professor Robert Alexy teve influência

¹ O presente texto foi preparado como apontamentos para uma apresentação oral, seguida de debate com o Professor Alexy.

² Professor Titular de Direito Constitucional da Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ. Mestre pela *Yale Law School*. Doutor e Livre-Docente pela UERJ. Pesquisador Visitante na *Harvard Law School*. Ministro do Supremo Tribunal Federal.

nesse processo. Assim, dou a ele a chance de dizer: “Esse doido pode achar o que quiser, mas eu não tenho nenhuma responsabilidade nisso”.

II. TRÊS GRANDES MUDANÇAS DE PARADIGMA NO DIREITO CONTEMPORÂNEO

O constitucionalismo democrático foi a ideologia vitoriosa do século XX. Nesse arranjo institucional se condensam duas ideias que percorreram trajetórias diferentes: o *constitucionalismo*, herdeiro da tradição liberal que remonta ao final do século XVII, expressa a ideia de poder limitado pelo Direito e respeito aos direitos fundamentais. A *democracia* traduz a ideia de soberania popular, de governo da maioria, que somente se consolida, verdadeiramente, ao longo do século XX. Para arbitrar as tensões que muitas vezes existem entre ambos – entre direitos fundamentais e soberania popular –, a maior parte das democracias contemporâneas instituem tribunais constitucionais ou cortes supremas. Portanto, o pano de fundo no qual se desenvolve a nossa narrativa inclui: (i) uma Constituição que garanta direitos fundamentais, (ii) um regime democrático e (iii) a existência de uma jurisdição constitucional.

Pois bem: o século XX foi cenário da superação de algumas concepções do pensamento jurídico clássico, que haviam se consolidado no final do século XIX. Estas transformações chegaram ao Brasil no quarto final do século, sobretudo após a redemocratização. Novos ventos passaram a soprar por aqui, tanto na academia quanto na jurisprudência dos tribunais, especialmente do Supremo Tribunal Federal. Identifico, a seguir, três dessas transformações, que afetaram o modo como se pensa e se pratica o Direito no mundo contemporâneo, em geral, e no Brasil das últimas décadas, em particular.

1. *Superação do formalismo jurídico*. O pensamento jurídico clássico alimentava duas ficções: a) a de que o Direito, a norma jurídica, era a expressão da razão, de uma justiça imanente; e b) que o Direito se concretizava mediante uma

operação lógica e dedutiva, em que o juiz fazia a subsunção dos fatos à norma, meramente pronunciando a consequência jurídica que nela já se continha. Tais premissas metodológicas – na verdade, ideológicas – não resistiram ao tempo. Ao longo do século XX, consolidou-se a convicção de que: a) o Direito é, frequentemente, não a expressão de uma justiça imanente, mas de interesses que se tornam dominantes em um dado momento e lugar; e b) em uma grande quantidade de situações, a solução para os problemas jurídicos não se encontrará pré-pronta no ordenamento jurídico. Ela terá de ser construída argumentativamente pelo intérprete.

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

A doutrina pós-positivista se inspira na revalorização da razão prática³, na teoria da justiça e na legitimação democrática. Nesse contexto, busca ir

³ O termo ficou indissociavelmente ligado à obra de Kant, notadamente à *Fundamentação da metafísica dos costumes*, de 1785 e à *Crítica da razão prática*, de 1788. De forma sumária e simplificadora, a razão prática cuida da fundamentação racional – mas não matemática – de princípios de moralidade e justiça, opondo-se à razão cientificista, que enxerga nesse discurso a mera formulação de opiniões pessoais insuscetíveis de controle. De forma um pouco mais analítica: Trata-se de um uso da razão voltado para o estabelecimento de padrões racionais para a ação humana. A razão prática é concebida em contraste com a razão teórica. Um uso teórico da razão se caracteriza pelo conhecimento de objetos, não pela criação de normas. O positivismo só acreditava na possibilidade da razão teórica. Por isso, as teorias positivistas do direito entendiam ser papel da ciência do direito apenas descrever o direito tal qual posto pelo estado, não justificar normas, operação que não seria passível de racionalização metodológica. É por isso que, por exemplo, para Kelsen, não caberia à ciência do direito dizer qual a melhor interpretação dentre as que são facultadas por determinado texto normativo. Tal atividade exibiria natureza eminentemente política, e sempre demandaria uma escolha não passível de justificação em termos racionais. O pós-positivismo, ao reabilitar o uso prático da razão na metodologia jurídica, propõe justamente a

além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral da Constituição e das leis, mas sem recorrer a categorias metafísicas. No conjunto de idéias ricas e heterogêneas que procuram abrigo nesse paradigma em construção, incluem-se a reentronização dos valores na interpretação jurídica, com o reconhecimento de normatividade aos princípios e de sua diferença qualitativa em relação às regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre a dignidade da pessoa humana. Nesse ambiente, promove-se uma reaproximação entre o Direito e a ética⁴.

3. *Ascensão do direito público e centralidade da Constituição.* Por fim, o século XX assiste a ascensão do direito público. A teoria jurídica do século XIX havia sido construída predominantemente sobre as categorias do direito privado. O Século, que começara com o Código Civil francês, o Código Napoleão, de 1804, termina com a promulgação do Código Civil alemão, de 1900. Os protagonistas do Direito eram o contratante e o proprietário. Ao longo do século XX assiste-se a uma progressiva publicização do Direito, com a proliferação de normas de ordem pública. Não apenas em matéria de direito família, como era tradicional, mas em áreas tipicamente privadas como o contrato – com a proteção do polo mais fraco das relações jurídicas, como o trabalhador, o locatário, o consumidor – e a propriedade, com a previsão da função social da propriedade.

Ao final do século XX, essa publicização do Direito resulta na centralidade da Constituição. Toda interpretação jurídica deve ser feita à luz da Constituição, dos seus valores e dos seus princípios. Toda interpretação jurídica é, direta ou indiretamente, interpretação constitucional. Interpreta-se a Constituição

possibilidade de se definir racionalmente a norma do caso concreto através de artifícios racionais construtivos, que não se limitam à mera atividade de conhecer textos normativos.

⁴ V. Ricardo Lobo Torres, *Tratado de direito constitucional, financeiro e tributário: valores e princípios constitucionais tributários*, 2005, p. 41: “De uns trinta anos para cá assiste-se ao retorno aos valores como caminho para a superação dos positivismos. A partir do que se convencionou chamar de ‘virada kantiana’ (*kantische Wende*), isto é, a volta à influência da filosofia de Kant, deu-se a reaproximação entre ética e direito, com a fundamentação moral dos direitos humanos e com a busca da justiça fundada no imperativo categórico. O livro *A Theory of Justice* de John Rawls, publicado em 1971, constitui a certidão do renascimento dessas idéias”.

diretamente quando uma pretensão se baseia no texto constitucional (uma imunidade tributária, a preservação do direito de privacidade); e interpreta-se a Constituição *indiretamente* quando se aplica o direito ordinário, porque antes de aplicá-lo é preciso verificar sua compatibilidade com a Constituição e, ademais, o sentido e o alcance das normas infraconstitucionais devem ser fixados à luz da Constituição.

II.1. O PENSAMENTO DO PROFESSOR ROBERT ALEXY E AS TRANSFORMAÇÕES DO DIREITO CONTEMPORÂNEO

A obra do Professor Robert Alexy influenciou ou refletiu muitas dessas transformações, em textos memoráveis e que se tornaram clássicos em diversas partes do mundo, inclusive no Brasil. Merece destaque, nesse contexto, sua valiosa e decisiva contribuição para a criação de uma cultura jurídica “não positivista” (como ele a denomina), bem como para a centralidade dos direitos fundamentais – e, conseqüentemente, da Constituição – no direito contemporâneo.

Com efeito, no centro das reflexões do Professor Robert Alexy encontra-se a tese de que o Direito possui natureza dupla, com uma dimensão real (ou fática) e outra ideal. A dimensão fática se manifesta na validade formal da norma e na sua eficácia social. A dimensão ideal se manifesta na sua correção moral. Ao se agregar a ideia de correção moral como um terceiro elemento, ao lado da validade e da eficácia social, supera-se o conceito positivista de Direito. De fato, a fronteira mais visível entre o positivismo e o não positivismo encontra-se, precisamente, nas relações entre o Direito e a moral: enquanto os positivistas sustentam a separação entre ambos, os não positivistas afirmam que há uma vinculação necessária entre eles.

Pois bem: a correção moral, ideia característica do pensamento de Alexy, se manifesta no mundo do Direito sob a forma de justiça. Em suas palavras textuais: “Quem afirma que algo é justo, afirma sempre, ao mesmo tempo, que é correto”⁵. Nessa linha, Alexy refuta a ideia de Kelsen de que “qualquer conteúdo pode

⁵ Robert Alexy, *La institucionalización de la justicia*, 2005, p. 58.

ser direito”, o que daria lugar à possibilidade de uma normatividade sem moralidade. Contra esta visão, contrapõe-se a célebre fórmula de Radbruch, que em versão abreviada é assim enunciada: “Injustiça extrema não é direito”. Indo adiante, Alexy considera que extremamente injusto é tudo aquilo que vulnera os direitos humanos básicos⁶. E este mínimo de justiça tem validade universal⁷.

Uma vez incorporados à Constituição, os direitos humanos se convertem em direitos fundamentais, vinculam todos os Poderes estatais e representam uma abertura do sistema jurídico perante o sistema moral⁸. Os direitos fundamentais desfrutam de uma posição central no sistema, irradiando-se por todos os domínios do direito infraconstitucional. Esta visão compreensiva ou holística dos direitos fundamentais foi originariamente desenvolvida pelo Tribunal Constitucional Federal alemão no célebre caso Luth, comentado por Alexy em diversos de seus textos. Em resumo apertado: a correção moral do direito e das decisões jurídicas impõe uma vinculação entre o Direito e a moral. A correção equivale, no Direito, à ideia de justiça. A reserva mínima de justiça corresponde aos direitos humanos básicos. E estes, convertidos em direitos fundamentais pela inclusão na Constituição, condicionam a compreensão de todo o ordenamento jurídico.

III. AS TRANSFORMAÇÕES NA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

O direito constitucional, sobretudo após a 2ª Guerra Mundial, passou por mudanças profundas no mundo romano-germânico, tanto de natureza institucional quanto dogmática. É possível destacar três delas:

⁶ Robert Alexy, *La institucionalización de la justicia*, 2005, p. 76: (...) [A]s normas jurídicas devidamente promulgadas e socialmente eficazes que são incompatíveis com o núcleo dos direitos humanos básicos são extremamente injustas e, portanto, não são direito”.

⁷ A propósito, de acordo com Alexy os direitos humanos apresentam cinco propriedades: são universais, fundamentais, abstratos, são direitos morais e estabelecem uma prioridade sobre todos os demais tipos de direitos. V. Robert Alexy, *Discourse theory and fundamental rights*. In Agustín José Menéndez e Erik Oddvar Eriksen, *Arguing fundamental rights*, 2006, p. 18.

⁸ Robert Alexy, *Teoria dos direitos fundamentais*, 2008, p. 29.

a) **o reconhecimento de força normativa à Constituição**, com a superação do modelo europeu tradicional no qual a Constituição era percebida como um documento político, uma convocação à atuação dos Poderes Públicos, especialmente do Legislativo. Nesse modelo, a Constituição não era vista como norma jurídica nem tinha aplicabilidade direta e imediata.

⇒ Como se sabe, o constitucionalismo americano e francês (e, por extensão, europeu), embora contemporâneos, deram origem a modelos constitucionais diversos. Nos Estados Unidos, desde a primeira hora, a Constituição foi vista como um documento jurídico, dotado de supremacia e força normativa, passível de aplicação direta e imediata pelo Poder Judiciário. Em *Marbury v. Madison*, julgado em 1803, a *judicial review* foi aceita com relativa naturalidade e reduzida resistência.

b) **a expansão da jurisdição constitucional**, com a criação de tribunais constitucionais na maior parte das democracias do mundo, a partir da instalação do Tribunal Constitucional Federal alemão. É certo que antes mesmo da guerra já havia sido criado o Tribunal Constitucional austríaco, mas em outro contexto e com outra dimensão. De certa forma, prevaleceu na Europa, após o fim do conflito, o modelo americano de supremacia da Constituição e controle judicial da constitucionalidade das leis (*judicial review*). Esta fórmula significa, na verdade, e em alguma medida, um modelo de supremacia judicial, já que compete a um tribunal constitucional ou a uma corte suprema a interpretação final do sentido e do alcance da Constituição.

Supera-se, assim, o modelo europeu tradicional fundado na centralidade da lei – não propriamente da Constituição – e na supremacia do parlamento. De fato, diante da inexistência de controle de constitucionalidade, a palavra final sobre o sentido e o alcance da Constituição era dada pelo parlamento, cuja atuação não era passível de controle judicial. Na verdade, sobretudo na metade final do século XX, o que se verificou, no fundo, foi uma expansão do Poder

Judiciário de uma maneira geral. Juízes e tribunais deixam de integrar o que seria um departamento técnico-especializado do governo e se transformam em um efetivo poder político, que disputa espaço com os demais.

c) **o desenvolvimento da nova hermenêutica e de novas categorias para a interpretação constitucional.** Nas últimas décadas, foi ficando progressivamente desacreditada a crença na interpretação como uma atividade puramente técnica e mecânica. Desenvolveu-se a ideia dos casos difíceis (*hard cases*), como tal entendidos aqueles cuja solução não se encontra pré-pronta no ordenamento jurídico, exigindo uma atuação criativa do intérprete.

IV. A NOVA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL E OS CASOS DIFÍCEIS

1. A interpretação constitucional tradicional

Descrevo, brevemente, a concepção tradicional da interpretação constitucional. A interpretação constitucional é uma modalidade de interpretação jurídica e, como tal, socorre-se dos elementos tradicionais de interpretação jurídica, a saber: o gramatical, o histórico, o sistemático e o teleológico. As especificidades das normas constitucionais e da interpretação constitucional levaram ao desenvolvimento, ao longo do tempo, de alguns princípios específicos de interpretação constitucional, princípios instrumentais, que figuram como pressupostos metodológicos da atuação do intérprete: supremacia da Constituição, presunção de constitucionalidade, interpretação conforme a Constituição, razoabilidade-proporcionalidade e efetividade. Não é o caso, nas circunstâncias, de detalhar cada um desses princípios.

Dentro desse universo da interpretação tradicional, era possível definir com precisão o papel da norma, dos fatos e do intérprete. A *norma* deveria trazer, no seu relato abstrato, a solução para os problemas jurídicos. Os *fatos* lá estavam para serem enquadrados na norma, permitindo o silogismo que solucionava os problemas: a lei é a premissa maior; os fatos a premissa menor; a sentença a conclusão, o produto da subsunção dos fatos à norma; e, por fim, o papel do

intérprete: ele desempenhava uma função técnica de conhecimento, identificando a norma aplicável e pronunciando as consequências de sua incidência sobre o caso concreto. A interpretação, portanto, como um ato de conhecimento e não de vontade.

2. A nova interpretação constitucional

A nova interpretação constitucional surge para atender as demandas de uma sociedade que se tornou bem mais complexa e plural. Ela não derrota a interpretação tradicional, mas vem para atender necessidades deficientemente supridas pelas fórmulas clássicas. Ela surge, entre outras razões para lidar com os *casos difíceis*, que são aqueles para os quais não há soluções pré-prontas no ordenamento. Esta é uma observação importante: não foi o Direito e a interpretação constitucional que, deliberadamente, se tornaram mais complicados. Foi a vida que ficou mais complexa, exigindo categorias jurídicas mais sofisticadas e sutis.

Chega-se aqui à noção de *casos difíceis*. *Casos fáceis* são aqueles para os quais existe uma solução pré-pronta no direito positivo. Por exemplo: a) a Constituição prevê que aos 70 anos o servidor público deve passar para a inatividade. Se um juiz, ao completar a idade limite, ajuizar uma ação pretendendo permanecer em atividade, a solução será dada de maneira relativamente singela: pela mera subsunção do fato relevante – implementação da idade – na norma expressa, que determina a aposentadoria; b) a Constituição estabelece que o Presidente da República somente pode se candidatar a uma reeleição. Se o Presidente Lula, por exemplo, tivesse pretendido concorrer a um terceiro mandato, a Justiça Eleitoral tê-la-ia recusado, por simples e singela aplicação de uma norma expressa. Para bem e para mal, a vida nem sempre é fácil assim.

Há muitas situações em que não existe uma solução pré-pronta no Direito. A solução terá de ser construída argumentativamente, à luz dos elementos do caso concreto, dos parâmetros fixados na norma e de elementos externos ao Direito. São os casos difíceis. Há três grandes situações geradoras de casos difíceis:

A. *Ambiguidade da linguagem.* O direito se socorre de termos que têm múltiplos significados ou que por serem indeterminados somente podem ser definidos à luz do caso concreto. Exs.: a) servidor público; b) relevância e urgência; c) interesse social; d) repercussão geral; e) impacto ambiental. A linguagem, muitas vezes, dá lugar a mais de uma interpretação possível.

B. *Desacordos morais razoáveis.* No mundo contemporâneo, nas sociedades plurais e complexas em que nós vivemos, pessoas esclarecidas e bem intencionadas pensam de maneira diferente acerca de temas moralmente controvertidos. Exemplos: a) Eutanásia e suicídio assistido, a existência ou não de um direito à morte digna; b) a questão da recusa de transfusão de sangue por pessoas adeptas da religião Testemunhas de Jeová; c) o debate sobre a descriminalização das drogas leves. Evidentemente, o desacordo tem que ser razoável. Se o indivíduo dizer: minha opção existencial é a pedofilia... Sinto muito, esta não é uma alternativa moralmente aceitável. Aqui não há desacordo, há um consenso contrário.

C. *Tensões de normas constitucionais ou de direitos fundamentais.* A Constituição, por ser um documento dialético, abriga valores contrapostos. Exemplo 1: quando o cantor Roberto Carlos procura impedir a divulgação de uma biografia sua, não autorizada, há uma tensão entre normas constitucionais de direito fundamental, como a que protege a liberdade de expressão e a que protege o direito à privacidade. Exemplo 2: na construção de duas usinas hidrelétricas na Amazônia, estiveram em concorrência, por igual, duas normas constitucionais que se contrapunham, de certo modo, naquela situação concreta: a que prevê que um dos objetivos da República é o desenvolvimento nacional e a que consagra a proteção ao meio ambiente. Note-se que o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, ao julgar a possibilidade ou não de uma emissora de televisão fazer um programa sobre crime ocorrido há muitas décadas, proferiu decisão oposta à do Tribunal Constitucional alemão ao julgar o caso dos soldados de Lebach.

Não é possível chegar-se a uma solução para estas situações pelos métodos tradicionais de interpretação. Há mais de uma solução possível e, em princípio, razoável disputando a escolha do intérprete. Neste admirável mundo novo da interpretação constitucional foram desenvolvidas ou refinadas diversas categorias jurídicas novas, que incluem: (i) o reconhecimento de normatividade aos princípios e sua distinção qualitativa em relação às regras; (ii) o equacionamento do fenômeno das colisões de normas constitucionais, tanto as de princípios como as de direitos fundamentais; (iii) a ponderação como técnica de solução desses conflitos, superando as limitações do raciocínio puramente subsuntivo; e (iv) a reabilitação da argumentação jurídica, da razão prática, como fundamento de legitimação de decisões judiciais que não se sustentam na lógica tradicional da separação de Poderes, por envolverem uma parcela de criatividade judicial.

IV.1. O PENSAMENTO DO PROFESSOR ROBERT ALEXY E AS TRANSFORMAÇÕES NA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

É no domínio da interpretação constitucional – e, notadamente, da interpretação dos direitos fundamentais –, com suas diferentes categorias particulares que se deu a contribuição mais abrangente e revolucionária do Professor Robert Alexy.

A teoria dos princípios é um dos pilares da sua teoria dos direitos fundamentais e, segundo ele, seu sistema de constitucionalismo democrático seria incompleto sem ela⁹. Uma anotação importante, logo de início, é que os princípios são tratados por ele como uma espécie de *norma jurídica*. Embora isso possa parecer relativamente óbvio, esta foi uma conquista importante entre nós. É que, no Brasil – e provavelmente em outras partes do mundo romano-germânico – os princípios eram tratados como uma fonte meramente subsidiária do Direito, a ser utilizada apenas em caso de lacuna normativa e, ainda assim, depois dos costume e da analogia. Mesmo quem reconhecia aos princípios constitucionais o caráter de norma, a ela logo agregava

⁹ Robert Alexy, *Teoria dos direitos fundamentais*, 2008, p. 85; e Robert Alexy, Principais elementos de uma teoria da dupla natureza do direito, *Revista de Direito Administrativo*, 25.

o adjetivo *programática*, a significar que sua efetividade ficava a depender de uma integração normativa subsequente, geralmente uma atuação do legislador ordinário. De modo que o simples reconhecimento do *status* de norma, que vem da obra de Alexy, já foi importante em si.

Porém, mais relevante, foi a formulação de que as normas de direito fundamental têm, com frequência, a estrutura de princípios. De modo que o termo princípio pode se referir tanto a direitos individuais como a bens coletivos, isto é, fins de interesse público. E princípios, muitas vezes, entram em rota de colisão. Como consequência, ocorrem colisões entre bens coletivos, entre direitos fundamentais e entre direitos fundamentais e bens coletivos. Pois bem: nesse contexto geral, Alexy formulou a sua clássica distinção qualitativa entre regras e princípios. O tema foi explorado à exaustão, em trabalhos doutrinários no Brasil e no exterior. Utilizo aqui a conceituação por ele utilizada em um dos últimos trabalhos publicados no Brasil, traduzido por Fernando Leal:

“Princípios são mandamentos de otimização. Eles exigem que algo seja feito na maior medida possível relativamente às possibilidades fáticas e jurídicas. Sua forma de aplicação é a ponderação. Regras são, ao contrário, normas que obrigam, proíbem ou permitem algo definitivamente. Nesse sentido, elas são mandamentos definitivos. Sua forma de aplicação é a subsunção”¹⁰.

Ainda no âmbito da teoria dos princípios, Alexy expõe a questão das colisões entre princípios e dos conflitos de regras, em *insights* luminosos. Uma colisão de regras somente pode ser solucionada se se introduzir uma cláusula de exceção – isto é, a regra terá sua incidência excluída em determinada hipótese – ou pela declaração de invalidade de uma delas. A colisão de princípios, por sua vez, é

¹⁰ Robert Alexy, Principais elementos de uma teoria da dupla natureza do direito, *Revista de Direito Administrativo*, 25.

solucionada de forma bem diversa. Se dois princípios estão em rota de colisão, um deles terá de ceder. Isso não significa, todavia, que seja inválido. O que ocorre é que, sob determinadas circunstâncias concretas, um deles terá precedência. Sob outras condições, a solução pode ser oposta. É necessário um sopesamento ou ponderação para determinar qual princípio tem maior peso no caso concreto¹¹.

Chega-se aqui a uma das questões centrais no debate acerca da interpretação constitucional que é o papel da ponderação ou sopesamento. Boa parte das cortes constitucionais do mundo se valem, hoje em dia, dessa técnica, que tem origem na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão. Na tradição alemã, a ponderação é um aspecto de um princípio mais abrangente, que é o princípio da proporcionalidade. Como é corrente, o princípio da proporcionalidade se divide em três subprincípios: o da adequação, o da necessidade e o da proporcionalidade em sentido estrito. Interpretar o direito constitucional ou os direitos constitucionais à luz do princípio da proporcionalidade é implementar o mandado de otimização próprio à concretização dos princípios. Como assinalado acima, isso significa realizar cada direito constitucional, notadamente quando em tensão com outros direitos e bens jurídicos constitucionais, na maior extensão possível, à luz das circunstâncias fáticas e jurídicas a serem levadas em conta.

Alexy esclarece que os princípios da adequação e da necessidade dizem respeito à otimização dentro dos limites das possibilidades de fato presentes na situação específica. De outra parte, o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito diz respeito às possibilidades jurídicas de otimização. A ponderação, em última análise, envolve a busca da solução ótima à vista de princípios concorrentes. A proporcionalidade em sentido estrito dá lugar ao que Alexy denomina de “Lei da Ponderação”, que pode ser assim enunciada: “Quanto maior o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância de satisfação do outro”¹².

¹¹ Robert Alexy, *Teoria dos direitos fundamentais*, 2008, p. 92 e 105.

¹² Robert Alexy, *Teoria dos direitos fundamentais*, 2008, p. 167.

V. JUDICIALIZAÇÃO DA VIDA. OS PAPÉIS CONTRAMAJORITÁRIO E REPRESENTATIVO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL¹³

Como disse ao início, o constitucionalismo democrático foi a ideologia vitoriosa do século XX em boa parte do mundo, derrotando diversos projetos alternativos e autoritários que com ele concorreram. Tal arranjo institucional é produto da fusão de duas ideias que tiveram trajetórias históricas diversas, mas que se conjugaram para produzir o modelo ideal contemporâneo. *Democracia* significa soberania popular, governo do povo, vontade da maioria. *Constitucionalismo*, por sua vez, traduz a ideia de poder limitado e respeito aos direitos fundamentais, abrigados, como regra geral, em uma Constituição escrita. Na concepção tradicional, a soberania popular é encarnada pelos agentes públicos eleitos, vale dizer: o Presidente da República e os membros do Poder Legislativo. Por outro lado, a proteção da Constituição – isto é, do Estado de direito e dos direitos fundamentais – é atribuída ao Poder Judiciário, em cuja cúpula, no Brasil, se encontra o Supremo Tribunal Federal – STF.

Daí a dualidade, igualmente tradicional, que estabelecia uma distinção rígida entre política e Direito, cuja relação vem sendo analisada nesse tópico. Nessa ótica, tribunais eram independentes e preservados da política por mecanismos diversos (autonomia financeira e garantias da magistratura, dentre outros). Por outro lado, não interferiam em questões políticas. Para bem e para mal, esse tempo ficou para trás. Ao longo dos últimos anos, verificou-se uma crescente *judicialização* da vida, rótulo que identifica o fato de que inúmeras questões de grande repercussão moral, econômica e social passaram a ter sua instância final decisória no Poder Judiciário e, com frequência, no Supremo Tribunal Federal. Em tom crítico, na

¹³ As ideias expostas neste tópico foram apresentadas, originariamente, em Luís Roberto Barroso e Eduardo Mendonça, *STF entre seus papéis contramajoritário e representativo*, 2013. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2013-jan-03/retrospectiva-2012-stf-entre-papeis-contramajoritario-representativo>.

academia ou no Parlamento, muitos atores reeditaram o comentário de Carl Schmidt, contrário à ideia de criação de tribunais constitucionais, que falava dos riscos de judicialização da política e de politização da justiça. Ao contrário de Hans Kelsen, que os defendia. Não é o caso de reeditar esse debate, já feito em outros trabalhos doutrinários do autor¹⁴.

O que cabe destacar aqui é que a Corte desempenha, claramente, dois papéis distintos e aparentemente contrapostos. O primeiro papel é apelidado, na teoria constitucional, de *contramajoritário*: em nome da Constituição, da proteção das regras do jogo democrático e dos direitos fundamentais, cabe a ela a atribuição de declarar a inconstitucionalidade de leis (*i.e.*, de decisões majoritárias tomadas pelo Congresso) e de atos do Poder Executivo (cujo chefe foi eleito pela maioria absoluta dos cidadãos). Vale dizer: agentes públicos não eleitos, como juízes e Ministros do STF, podem sobrepor a sua razão à dos tradicionais representantes da política majoritária. Daí o termo *contramajoritário*. O segundo papel, menos debatido na teoria constitucional¹⁵, pode ser referido como *representativo*. Trata-se, como o nome sugere, do atendimento, pelo Tribunal, de demandas sociais e de anseios políticos que não foram satisfeitos a tempo e a hora pelo Congresso Nacional.

Esse papel representativo do Supremo Tribunal Federal tem despertado grande atenção nos últimos tempos. E tem imposto uma reflexão acerca das relações da Corte com a sociedade e com os outros Poderes. A capacidade de uma corte constitucional interpretar e levar em conta o sentimento social é positiva e desejável. Em uma democracia, todo poder é representativo, vale dizer, deve ser exercido em nome e no interesse do povo, bem como deve contas à sociedade. Por isso, juízes de qualquer grau de jurisdição devem olhar pela janela de seus gabinetes e se esforçarem por compreender a realidade à sua volta. Mas aqui há cuidados a serem

¹⁴ V. Luís Roberto Barroso, *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*, 2011, p. 74-5.

¹⁵ V., no entanto, Corinna Barret Lain, *Upside-down judicial review*, *The Georgetown Law Journal* 101:113, 2012; Thamy Pogrebinschi, *Judicialização ou representação: política, direito e democracia no Brasil*, 2011; e Luís Roberto Barroso, *O constitucionalismo democrático no Brasil: crônica de um Sucesso Imprevisto*. In: Luís Roberto Barroso, *O novo direito constitucional brasileiro*, 2012, p. 41.

tomados: o Judiciário não pode se tornar mais um canal da política majoritária, subserviente à opinião pública ou pautado pela mídia. Muitas vezes, a solução justa não é a mais popular. E o populismo judicial é tão ruim quanto qualquer outro.

No tocante às relações com outros Poderes, também se impõem cuidados. No Brasil, o Poder Legislativo vive um momento difícil, uma certa crise de representatividade e de funcionalidade. Apesar da clara percepção do fenômeno, as lideranças políticas não conseguiram, ainda, avançar uma agenda de reformas, particularmente de uma reforma política. Isso aumenta a pressão sobre o Judiciário, muitas vezes provocado pelos próprios agentes políticos a atuar em questões controvertidas. Outras vezes, entidades da sociedade civil ou particulares postulam judicialmente o atendimento de demandas sociais que emperraram no processo político majoritário. Embora seja inevitável, muitas vezes, uma atuação mais expansiva, é preciso evitar a arrogância judicial ou qualquer pretensão de hegemonia. Nessa questão, como em tudo na vida, é preciso acertar a justa medida.

Por ocasião de minha sabatina perante o Senado Federal, realizada em 5 de junho de 2013, expus o meu ponto de vista na matéria. No mundo ideal, política é política, direito é direito. São domínios diferentes. No mundo real, todavia, as fronteiras nem sempre são demarcadas de maneira nítida. E, assim, surgem tensões inevitáveis. Quando isso ocorre, é preciso critérios para equacionar a questão. Penso ser próprio aqui distinguir duas situações: a) quando tenha havido uma atuação do Legislativo ou do Executivo em relação ao tema; e b) quando *não* tenha havido tal atuação.

A primeira situação, portanto, se dá quando o Legislativo tenha efetivamente deliberado acerca de determinada matéria. Por exemplo: (i) a edição de uma lei permitindo e disciplinando as pesquisas com células-tronco embrionárias; ou (ii) a edição de lei disciplinando a ação afirmativa em favor de negros. Nesses dois casos, embora exista controvérsia política, o Judiciário deve ser deferente para com as escolhas feitas pelo Legislativo. Não cabe ao Judiciário sobrepor a sua própria

valoração política à dos órgãos cujos membros têm o batismo da representação popular.

Situação diversa é a que ocorre quando o Legislativo não atuou, porque não pôde, não quis ou não conseguiu formar maioria. Aí haverá uma lacuna no ordenamento. Mas os problemas ocorrerão e o Judiciário terá de resolvê-los. Por exemplo: a) o Congresso não havia ainda regulado a greve no serviço público. A despeito disso, as greves ocorriam, surgiam disputas e o STF viu-se na contingência de estabelecer as regras que deveriam ser aplicadas até que o Congresso viesse a dispor a respeito. Ou b) o caso das relações homoafetivas. Elas existem. São um fato da vida, independentemente do que cada um pense sobre o ponto. Não há lei a respeito. Pois bem: o Estado tem que tomar uma posição sobre a existência ou não de um direito desses casais a serem reconhecidos como uma entidade familiar, pela importância moral desse reconhecimento e por uma série de questões práticas (herança, pensão alimentícia, divisão do patrimônio comum). Quando o Congresso Nacional não fornece uma resposta, é natural que os afetados traduzam o seu pleito perante o Judiciário, buscando a afirmação jurídica daquilo que a política negou-se a discutir.

É claro que uma corte constitucional poderia também, em linha de princípio, rever uma escolha que o legislador tenha feito, mas isso envolve naturalmente um ônus argumentativo muito mais elevado. Por tudo isso, o papel do Judiciário, quando não tenha havido deliberação política, é mais abrangente do que quando ela tenha ocorrido. Se há lei, o STF só deve invalidá-la se a afronta à Constituição for inequívoca. Se não há lei, o Judiciário não pode deixar de decidir a questão alegando omissão normativa. Nesse caso, seu poder se expande. Portanto, no fundo no fundo, quem tem o poder sobre o maior ou menor grau de judicialização é o Congresso: quando ele atua, ela diminui; e vice-versa.

V. 1. O PENSAMENTO DO PROFESSOR ROBERT ALEXY E A JURSDIÇÃO CONSTITUCIONAL: O TRIBUNAL CONSTITUCIONAL COMO REPRESENTAÇÃO ARGUMENTATIVA DA SOCIEDADE¹⁶

A jurisdição constitucional é uma manifestação do poder estatal, do poder político. Em uma democracia, como já assinalado, todo poder político emana do povo e, naturalmente, em seu nome deve ser exercido. Como consequência, todo poder político legítimo é poder representativo. Porém, membros de uma corte constitucional não são eleitos, como são os parlamentares, nem estão sujeitos a controle, na medida em que não há a opção de deixar de reelegê-los. A única maneira de reconciliar a jurisdição constitucional com a democracia é concebê-la, também, como uma representação popular. Para tanto, há dois obstáculos a superar: é preciso (i) desvincular representação de eleição; e (ii) demonstrar porque a representação pelo tribunal constitucional deve ter precedência sobre a representação baseada em eleições.

Na visão de Alexy, a chave para a solução desses problemas e, conseqüentemente, para o problema geral da jurisdição constitucional, é o conceito de representação argumentativa. Com efeito, é possível desenhar um modelo de democracia que não seja baseado exclusivamente nos conceitos de eleições e de governo da maioria. Um modelo assim seria puramente decisional. Mas um conceito adequado de democracia deve incluir não apenas decisão, mas também argumento. Com a inclusão da ideia de argumentos, a democracia se converte em democracia deliberativa. Nesse sentido, a representação do povo pelo parlamento deve ser tanto decisional quanto argumentativa ou discursiva. Por outro lado, a representação do povo por uma corte constitucional é puramente argumentativa. Veja-se que um

¹⁶ As ideias expostas nesse tópico foram colhidas em Robert Alexy, *Balancing, constitutional review, and representation*, *International Journal of Constitutional Law* 3:572, 2005, p. 578 e s.

conceito adequado de representação deve estar conectado com alguns *valores ideais*¹⁷. A representação deve ter uma pretensão de correção.

A crítica que se faz à jurisdição constitucional e ao papel das cortes constitucionais é de que isso é uma idealização. E que, no fundo, a simples invocação da representação do povo tornaria qualquer argumento legítimo, sem limite ou controle. Essa objeção pode ser rebatida demonstrando-se dois pontos: a) existem argumentos que podem ser considerados sólidos e corretos; e b) pessoas racionais são capazes de aceitar argumentos sólidos e corretos. Presentes estas condições, vai se constatar que o constitucionalismo discursivo é um projeto de institucionalização da razão e da correção. Vale dizer: se existem argumentos sólidos e corretos, assim como pessoas racionais, a razão e a correção são melhor institucionalizadas com a existência de uma jurisdição constitucional do que sem ela.

V. CONCLUSÃO

Pretensão de correção moral, princípios como mandados de otimização, lei da ponderação, direitos fundamentais como conteúdo mínimo da ideia de justiça, a corte constitucional como representação argumentativa da sociedade: a gramática e a semântica do direito constitucional contemporâneo, bem como a linguagem de um grande número de cortes constitucionais no mundo incluem as categorias e a terminologia do Professor Robert Alexy. Poucos autores têm a projeção e a influência por ele alcançadas. Tudo isso sem *marketing*, sem interesses políticos ou econômicos, sem qualquer gota de pretensão ou arrogância, mas tão somente pela virtude da qual ele se tornou um dos símbolos: a racionalidade e a qualidade do argumento. E porque o Professor Robert Alexy foi a pessoa que contribuiu para universalizar a proporcionalidade e a ponderação, eu gostaria de encerrar a minha apresentação com uma passagem do filósofo chinês Lao-Tsé, colhida no livro clássico

¹⁷ E expressão é utilizada por Alexy, que a atribui a Gerhard Leibholz. Robert Alexy, Balancing, constitutional review, and representation, *International Journal of Constitutional Law* 3:572, 2005, p. 579.

Tao Te Ching, escrito há dois mil e seiscentos anos, e que faz justiça ao nosso homenageado:

“O excesso de luz cega a vista.
O excesso de som ensurdece o ouvido.
Condimentos em demasia estragam o gosto.
O ímpeto das paixões perturbam o coração.
A cobiça do impossível destrói a ética.
Por isto, o sábio em sua alma
Determina a medida para cada coisa”.