

A integração do conceito de patriotismo constitucional na cultura política brasileira

Maria Eugenia Bunchaft*

1. Introdução

O tema do patriotismo constitucional surgiu no contexto alemão-ocidental do *Historikerstreit*, consistindo na questão que, durante dois anos, opôs, na República Federal da Alemanha, intelectuais alemães com relação ao nazismo. Foi Jürgen Habermas quem promoveu a significação política da controvérsia, denunciando o neo-historicismo e sua tentativa de reconstruir, após Auschwitz, uma continuidade histórica da identidade alemã. A adoção inicial do conceito na obra de Habermas ocorreu no Debate dos Historiadores durante a metade da década de 1980, no qual o filósofo assumiu uma postura crítica em relação à perspectiva de alguns historiadores conservadores que propagavam interpretações revisionistas do período nazista, no sentido de trivializar o significado histórico do Holocausto. Assim, o patriotismo constitucional alemão significou o orgulho pela superação do nazismo, estabelecendo uma ordem baseada no Estado de direito e ancorando-a numa cultura política liberal¹. O autor alemão desenvolveu o conceito de patriotismo constitucional como uma nova maneira de fornecer um modelo de identificação política capaz de superar o nacionalismo, concebendo a identidade nacional alemã de forma diversa da compreensão neo-historicista alemã².

Todavia, o contexto constitucional brasileiro possui peculiaridades próprias e distintas do contexto alemão. Na cultura política alemã os

* Doutoranda em Ciências Jurídicas (PUC-Rio). E-mail: mbunchaft@hotmail.com.

¹ HABERMAS, 1998, pp. 115-116.

laços nacionais historicamente eram fortes, o que conduziu a uma exacerbação do nacionalismo e, conseqüentemente, ao Nazismo. No contexto brasileiro, diferentemente, temos um país com uma composição étnica híbrida, marcado por grandes diferenças regionais, que está consolidando seus laços nacionais de identidade. Por outro lado, há uma insuficiência das instituições deliberativas no provimento das demandas sociais de grupos estigmatizados e sem voz no processo político, tais como os homossexuais. A questão fundamental do presente artigo é analisar a integração do conceito de patriotismo constitucional na cultura política brasileira e refletir sobre a possibilidade de adaptar tal conceito às especificidades de nossa tradição jurídico-política, considerando a relação intrínseca – ignorada por Habermas – entre substancialismo e patriotismo constitucional.

2. A recepção do conceito de patriotismo constitucional na cultura jurídico-política brasileira

O conceito de patriotismo constitucional tem sido objeto de contestação no âmbito da filosofia política. Autores têm questionado se a idéia de patriotismo constitucional baseado em uma lealdade à Constituição é realmente coerente, ou, pressupondo-se que seja, se poderia inspirar uma união suficientemente forte para preservar a unidade e a estabilidade do Estado democrático. De uma forma ou de outra, essas objeções questionam se o patriotismo constitucional alcança um balanço apropriado entre o universalismo dos princípios e o particularismo das identidades e uniões. A generalidade dos argumentos sustenta que o patriotismo constitucional seria uma concepção pouco consistente e sem entusiasmo suficiente para inspirar um genuíno apego dos cidadãos ao ideário constitucional.

Em oposição direta ao expoente do patriotismo constitucional, os republicanos nacionalistas e os nacionalistas cívicos consideram a nação como o horizonte definitivo da identidade política, porquanto a dissociação entre integração política e integração cultural seria equivocada. Esses autores reconhecem que as democracias modernas são definidas por princípios universais, mas duvidam que os laços da unidade social criados pelo patriotismo constitucional sejam suficientemente fortes para a comunidade política alcançar alguns de seus objetivos centrais³.

³ Cientistas políticos como Margaret Canovan têm a preocupação de que o espírito cosmopolita do conceito termine por desconsiderar lealdades particulares e identidades concretas

Neste aspecto, o *ethnos* só pode ser transformado em *demos* em nível nacional, o único nível onde os valores de liberdade, responsabilidade cívica e justiça política adquirem um significado verdadeiro. Os nacionalistas cívicos argumentam que princípios universais, por si sós, não podem sustentar uma comunidade política particular. Se quisermos que a democracia sobreviva, argumentam, nós precisamos imbuí-la de fortes sentimentos e emoções envolvidos na tradição nacional.

A nação, sustentam esses autores, seria definida em termos de linguagem compartilhada, histórias, tradições ou algumas combinações que possibilitem a aquisição da participação por pessoas que carecem dessas características, mas que escolhem abraçá-las. Nesse contexto, é imperioso refletir sobre a possibilidade de adaptação de tal conceito à nossa cultura constitucional. Analisando a especificidade da noção de nacionalismo em nossa cultura política, Antonio Cavalcanti Maia entende que o patriotismo constitucional, estando livre das ambigüidades do nacionalismo tradicional, poderia reforçar a coesão republicana⁴. No Brasil, assinala o autor, a globalização funciona como uma força centrífuga que contribui para enfraquecer os laços de identidade nacional. Com efeito, a integração do conceito de patriotismo constitucional no contexto brasileiro poderia funcionar como uma força centrípeta, um fator de coesão política, capaz de reforçar a identidade nacional brasileira, mas sem a pretensão de superar o nacionalismo.

O autor propõe para o Brasil um nacionalismo reflexivo que assume a forma de um patriotismo constitucional republicano, tendo como inspiração o trabalho de Aijaz Ahmad⁵. O pensador indiano afirma que

dos sujeitos que os unem como compatriotas. A oposição à idéia de patriotismo constitucional deriva da preocupação de que ele desconsidere a diversidade de identidades particulares que lhe são anteriores. CANOVAN, 2000, pp. 413-432. Entretanto, como brilhante defensor da concepção de patriotismo constitucional, Omid Payrow Shabani procura dialogar com a autora, assinalando que a plausibilidade de tal alegação não pode nos afastar do fato de que o poder aglutinante da Constituição surge precisamente da necessidade de encontrar uma norma política associativa que seja abstraída das diferenças concretas das sociedades pluralistas, de forma que tal abstração torne possível a diversos grupos se reunirem como cidadãos, em virtude de estarem sujeitos à mesma Constituição. A real possibilidade de dissenso com respeito aos princípios democráticos requer uma condição cívica *a priori*, na qual os membros dos diversos grupos culturais são relacionados uns com os outros através da Constituição. Com efeito, defensores do patriotismo constitucional – como Justine Lacroix, Omid Payrow Shabani e Ciaran Cronin – têm argumentado que o conceito é capaz de acomodar diferenças e pluralidades desde que os cidadãos estejam socializados em uma cultura política comum de valores democráticos liberais. A respeito, ver CRONIN, 2003; SHABANI, 2002; LACROIX, 2002.

⁴ MAIA, 2005, p. 148.

⁵ AHMAD, 2002, p. 7.

tanto o Brasil como a Índia caracterizam-se por grandes variações geográficas e sociológicas, e nenhuma das formações nacionais se encaixa nas teorias de nação e nacionalismo que emanam da Europa. Destaca a dimensão específica da noção de nacionalismo em nossas culturas políticas e a necessidade de desenvolver uma reflexão própria, distinta dos nacionalismos racistas do fim do século XIX e da primeira metade do século XX. Nesta perspectiva, Antonio Cavalcanti Maia⁶ defende um nacionalismo reflexivo adaptado às condições de uma sociedade periférica de modernidade tardia, suscitando uma apropriação crítica do passado que, sem adotar bandeiras ufanistas, seja capaz de mobilizar os cidadãos brasileiros a se engajarem num projeto coletivo.

Portanto, a integração do conceito de patriotismo constitucional na cultura política brasileira não tem a pretensão de substituir a ideologia nacionalista, porquanto o nacionalismo brasileiro, diferentemente do alemão, nunca foi xenófobo, mas integrativo, permitindo a convivência entre as diversas identidades culturais. De outro lado, o cenário constitucional contemporâneo é marcado pelo advento do Neoconstitucionalismo, no qual os princípios constitucionais permitem a aproximação entre direito e moral, deixando de ser fonte secundária do direito e produzindo reflexos por todo o ordenamento jurídico. Tais princípios podem construir as identidades dos cidadãos, na medida em que funcionam como veículo de integração da diferença em sociedades pluralistas e multiculturais. É precisamente neste aspecto que assume especial relevância o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, capaz de irradiar efeitos sobre o núcleo essencial dos direitos fundamentais e do qual decorrem os direitos da personalidade.

Nessa perspectiva, é necessário refletir se a integração do conceito de patriotismo constitucional em nossa cultura jurídica se compatibiliza com uma perspectiva eminentemente procedimentalista. Sem dúvida, um dos tópicos mais controversos no âmbito da doutrina constitucional constitui o debate sobre os limites de atuação do Poder Judiciário e a legitimidade ou não do processo contemporâneo denominado judi-

⁶ MAIA, 2005, pp. 125-128. Como assinala Daniel Sarmento, a nossa sociedade é essencialmente pluralista, razão por que o autor considera que “não parece possível fundar a lealdade ao Estado exclusivamente no compartilhamento de alguma identidade cultural. O engajamento em causas comuns e a cooperação solidária carecem também de outros alicerces. E um desses alicerces pode ser a percepção de que cada pessoa que vive sob a égide de um regime constitucional que trata a todos com o mesmo respeito e consideração; a compreensão de que não se é súdito do Estado, mas cidadão...” SARMENTO, 2006, p. 318.

cialização da política. Haveria uma incompatibilidade entre a atuação das Cortes Constitucionais e a democracia? A principal crítica decorre do caráter contramajoritário da jurisdição constitucional e sua inevitável liberdade interpretativa. Alguns autores acusam o poder Judiciário de adentrar em questões políticas fundamentais que deveriam ser decididas pelos representantes do povo. Assim, de acordo com a concepção tradicional, não caberia ao Poder Judiciário a formulação de políticas públicas, tarefa reservada exclusivamente aos poderes políticos legitimamente democráticos.

Em face do aumento da complexidade dos conflitos sociais, há uma inevitável ampliação da área de atuação do Poder Judiciário em questões políticas e morais, função anteriormente adstrita ao Legislativo e Executivo. Trata-se de um redimensionamento das funções judiciais em um contexto marcado pelo advento do Neoconstitucionalismo, haja vista que os princípios constitucionais permitem uma maior liberdade interpretativa. Com efeito, pretendemos analisar o conflito teórico entre a matriz substancialista – capitaneada por Ronald Dworkin e Mauro Cappelletti – e a vertente procedimentalista – representada por Jürgen Habermas e John Hart Ely – que, por sua vez, restringe a atuação das Cortes constitucionais à garantia da lisura dos pressupostos procedimentais pelos quais a democracia alcança sua plenitude. É no seio desse debate profundo sobre o papel da Constituição que propugnamos refletir sobre a relação intrínseca entre substancialismo e patriotismo constitucional, porquanto este somente alcança plenamente seu potencial inclusivo através de uma postura mais dinâmica do Poder Judiciário na realização dos valores constitucionais ínsitos ao Estado de Direito, cujo elemento basilar é a dignidade da pessoa humana.

2.1. O embate teórico: substancialistas *versus* procedimentalistas

A obra de Dworkin configura-se como um dos empreendimentos teóricos mais polêmicos da filosofia político-jurídica. Adotando uma perspectiva eminentemente substancialista, Dworkin leciona que a interpretação racionalmente construída a partir de princípios substantivos deve considerar não apenas a Constituição como um todo, mas também a história, as tradições e as práticas constitucionais⁷. Contra os

⁷ Alguns autores interpretaram a obra de Dworkin como uma nova versão do jusnaturalismo, no sentido de que a interpretação na argumentação judicial estaria sendo utilizada por Dworkin para defender uma forma de jusnaturalismo em oposição ao positivismo de Hart. Até que pon-

originalistas, Dworkin formula a concepção de um direito em cadeia, segundo a qual os juízes desenvolvem conjuntamente um complexo empreendimento em cadeia, no qual cada ato de interpretação representa um capítulo que integra um grande romance redigido por diferentes escritores em distintos momentos.

Pondera o jurista pela inexistência de incompatibilidade entre democracia e direitos fundamentais, razão por que busca conciliar ambos os aspectos através de uma concepção substancialista de democracia constitucional. Na sua percepção a comunidade política é formada por indivíduos moralmente autônomos que terminam por constituir um corpo político distinto da maioria de seus membros. Todavia, o filósofo americano exige alguns pressupostos para a atribuição da condição de membro de uma comunidade política ao indivíduo: os integrantes dos corpos políticos deliberativos devem ser eleitos pelo povo; as decisões políticas devem ser influenciadas pelos cidadãos; deve-se resguardar uma esfera de autonomia moral do indivíduo diante dessas decisões.

Leciona o célebre jurista que, a despeito de uma multiplicidade de concepções de vida digna, os cidadãos compartilham uma concepção de justiça decorrente do fato de que todos os cidadãos devem ser tratados com igual respeito. Sua perspectiva está atenta à preservação da inviolabilidade da esfera de autonomia moral de cada indivíduo, de forma que nenhuma decisão política dos órgãos deliberativos poderá afetar esta esfera individual moralmente independente. O liberalismo de Dworkin parte do pressuposto de que as decisões políticas majoritárias nem sempre alcançam plenamente todas as concepções éticas individuais, razão por que há de se resguardar um complexo de direitos fundamentais frente ao poder de decisão das maiorias, com funda-

to o juiz Hércules não estaria exercendo um papel semelhante à razão na reflexão jusnaturalista? Por outro lado, a argumentação jurídica, segundo Dworkin, invoca e utiliza princípios que os tribunais desenvolvem lentamente, mediante um largo processo de argumentação e de criação de precedentes. Em conseqüência, os princípios morais têm um papel muito importante na argumentação jurídica, especialmente nos casos difíceis. Entretanto, leciona Calsamiglia, Dworkin não é um autor jusnaturalista, porque não sustenta a existência de um direito natural constituído por um conjunto de princípios universais e imutáveis. O autor americano tenta construir uma terceira via - entre o jusnaturalismo e o positivismo - fundamentada no modelo reconstrutivo de Rawls. Dworkin, ao descrever o sistema e o funcionamento constitucional dos Estados Unidos, assinalou claramente a fusão entre princípios morais e jurídicos. Sobre este ponto, Calsamiglia ressalta que a descrição de Dworkin sobre as atitudes dos juízes americanos é correta, mas não pode ser invocada como contra-exemplo do positivismo. Por causa desta circunstância, a conexão existente entre o direito e a moral, ainda que seja importante, não é uma conexão necessária ou conceitual, mas fática. CALSAMIGLIA, 1984, p. 7.

mento no princípio da autonomia moral. Tal compreensão expressa uma perspectiva eminentemente liberal, visando proteger uma esfera de liberdades individuais, cujo âmbito de atuação não pode ser restringido pelo processo político majoritário. É nesse aspecto que Dworkin formula a concepção de comunidade de princípios, segundo a qual os indivíduos que formam um corpo social aceitam que suas vidas estejam ligadas por princípios comuns – criados através de um pacto político – que não podem ser restringidos pelas maiorias parlamentares⁸.

Com efeito, introduz uma concepção de democracia constitucional que tem como pressuposto a tutela judicial dos direitos fundamentais dos cidadãos, uma vez que estes devem ser tratados com igual consideração e respeito. Enquanto a democracia majoritária visa tornar efetiva a vontade política da maioria, a sua concepção de democracia constitucional não se fundamenta na primazia das decisões políticas majoritárias, porquanto exige do governo o respeito a determinados princípios e direitos fundamentais, cuja tutela será melhor conduzida através do controle judicial⁹. É precisamente neste sentido que Dworkin critica severamente a concepção procedimentalista de John Hart Ely, contrapondo-se às duas correntes de pensamento, que consideram o *judicial review* como antidemocrático: a teoria da intenção original e a teoria procedimental. Na sua concepção, tais teorias, ao evitarem uma interpretação valorativa, terminariam por se basear em julgamentos judiciais substantivos.¹⁰

A abordagem substancialista de Dworkin foi alvo incessante de críticas, porquanto é acusada de fundamentar-se em uma perspectiva antidemocrática que concede aos juízes uma licença para impor suas convicções morais aos cidadãos. Dworkin contra-argumenta no sentido de que a legitimidade interpretativa dos juízes não é elitista e antidemocrática, na medida em que a leitura moral da Constituição é indispensável à democracia. Propõe um modelo de democracia constitucional relacionada a uma concepção que limita a esfera de atuação do governo em face das condições de associação moral, legitimando a leitura moral da Constituição a partir do ideal democrático. Os direitos individuais são tutelados por normas de textura aberta, dependendo de uma perspectiva reconstrutiva fundamentada na moralidade política de

⁸ DWORKIN, 2003, p. 254.

⁹ DWORKIN, 1996, p. 17.

¹⁰ ELY, 1998 *apud* DWORKIN, 2000, pp. 80-100.

uma comunidade. Para Dworkin a leitura moral da Constituição como método de interpretação não implica discricionariedade judicial, pois o texto constitucional é permeado por uma moralidade política que deve ser alcançada através de uma perspectiva reconstrutiva, com fundamento no princípio da integridade.

Neste aspecto, Dworkin concilia o princípio da democracia com o *judicial review*, demonstrando que os valores políticos e morais consagrados pelo povo no ideário constitucional apenas podem ser alcançados através de uma leitura moral da Constituição. Do mesmo modo, não há porque defender uma soberania absoluta do poder legislativo, pois o princípio da igual consideração e respeito torna-se mais efetivo em uma democracia constitucional fundamentada no controle judicial dos direitos fundamentais. Propõe, nesta perspectiva, um modelo de democracia constitucional desvinculada do princípio majoritário, porquanto somente a tutela judicial de tais direitos é capaz de consagrar a plenitude do potencial democrático. Em suma, não há uma conexão necessária entre democracia e princípio majoritário, porque a garantia dos direitos através do judiciário reforça o conteúdo democrático do sistema constitucional.

Destarte, para Jürgen Habermas a perspectiva substancialista de Dworkin pressupõe a idéia de comunidade que partilha os mesmos valores, percepção esta que é incompatível com o pluralismo das democracias contemporâneas. Assinala Gisele Cittadino relativamente à crítica habermasiana que a leitura moral da Constituição empreendida por Dworkin pressupõe uma confiança antropológica nas tradições e práticas constitucionais americanas, razão por que o autor opta por uma perspectiva substantivista e não-procedimental de democracia constitucional¹¹. O paradigma procedimental habermasiano contrapõe-se à perspectiva construtiva de Dworkin e à hermenêutica fundamentada em valores substantivos, em um processo monológico de in-

¹¹ Neste aspecto, a autora enfatiza que o filósofo alemão se contrapõe ao modelo de interpretação construtivista proposto por Ronald Dworkin: “Habermas recorre a diferentes exemplos históricos – o nazismo na Alemanha, as síndromes totalitárias em Portugal e Espanha, o socialismo burocrático no Leste Europeu – para demonstrar que nestes casos é necessário um distanciamento reflexivo em relação às tradições que conformam identidades.” Assim, a autora conclui que, quando já não é possível se apoiar na “confiança antropológica das tradições”, resta apelar para o patriotismo constitucional. CITTADINO, 2000, pp. 223-224. Em relação ao pensamento habermasiano, ver HABERMAS, 1996. Sobre o modelo de interpretação proposto por Dworkin, ver DWORKIN, 1996.

terpretação judicial. Leciona o filósofo alemão que a função primordial do Direito seria “assegurar as condições necessárias, a partir das quais os membros de uma comunidade jurídica, por meio de práticas comunicativas de autodeterminação, interpretam e concretizam os ideais inscritos na Constituição”¹². Habermas questiona, portanto, a possibilidade de compatibilizar um processo de interpretação construtiva com o princípio da separação de poderes. Destaca que a própria existência dos Tribunais Constitucionais não é auto-evidente, ressaltando que tais instituições não existem em muitos Estados e mesmo onde existiram há controvérsias sobre o seu lugar na estrutura de competências da ordem constitucional e sobre a legitimidade de suas decisões.

Na visão da teoria do discurso sustentada por Habermas a lógica da tripartição das funções estatais exige uma assimetria no cruzamento dos Poderes de Estado: em sua atividade, o Executivo subjaz ao controle parlamentar e judicial, ficando excluída a possibilidade de inversão dessa relação. O filósofo ressalta que a concorrência do tribunal constitucional com o legislador legitimado democraticamente pode agravar-se no âmbito do controle abstrato de normas. Por isso, o filósofo defende ser o controle abstrato de normas uma função indiscutível do legislador. A idéia de concretização dos valores materiais constitucionais não se compatibiliza com o princípio da separação de poderes, porquanto “ao deixar-se conduzir pela idéia de realização de valores materiais, o tribunal constitucional transforma-se numa instância autoritária”¹³.

O herdeiro da Escola de Frankfurt demonstra-se cético em relação à jurisdição constitucional, expressando a preocupação de torná-la compatível com o princípio democrático, tendo em vista que somente o poder comunicativo dos cidadãos pode ser capaz de influenciar as instâncias de representação política, consideradas legítimas representantes da soberania popular. Com base neste fundamento, Habermas procura evitar uma posição paternalista do Tribunal Constitucional, que deve se restringir a zelar pelos pressupostos comunicativos e condições procedimentais necessárias à conexão entre autonomia pública e privada. Assim, os diferentes grupos sociais devem influenciar, não apenas no processo através do qual as leis são debatidas e criadas, como também no seu processo de concretização¹⁴.

¹² HABERMAS, 1997, p. 297.

¹³ HABERMAS, 1997, p. 297.

¹⁴ Habermas resgata a idéia de comunidade aberta de intérpretes de Peter Häberle, defendendo um processo hermenêutico aberto e dialógico, na medida em que o potencial racionalizador do

A partir da tensão entre a concepção liberal e a republicana de comunidade política, surgem duas posições: aqueles que se situam em uma perspectiva próxima da concepção liberal, buscando justificar o estabelecimento de restrições ao princípio da maioria em favor da tutela das liberdades individuais; e a matriz republicana, que ressalta os aspectos de legitimidade decorrentes da gênese democrática de produção de leis. Inobstante o filósofo procure conciliar ambas as tradições, harmonizando autonomia pública e privada¹⁵, assume nítida preferência em favor do princípio democrático, atribuindo uma função mais instrumental para os direitos fundamentais, concebidos como condições constitutivas de uma prática de formação discursiva de opinião e vontade a serviço do procedimento democrático.

Por isso, Habermas considera inerente ao controle abstrato de leis uma inaceitável incompatibilidade entre o Tribunal Constitucional e as prerrogativas do legislador, entre um corpo elitista e contramajoritário e a decisão legítima da soberania popular. Tanto para Habermas, como para Ely, a postura do Tribunal Constitucional se insere na defesa da democracia deliberativa e das condições procedimentais para a gênese democrática do direito. Nesta perspectiva, o Tribunal Constitucional, no que se refere ao âmbito de interpretação, não deve proferir juízos valorativos morais, devendo assumir uma postura imparcial.

debate público seria fundamental na legitimação das decisões dos tribunais superiores. Na sua concepção o processo de interpretação constitucional envolve as denominadas potências públicas, ou seja, tanto os órgãos estatais incumbidos no processo de interpretação constitucional como os cidadãos, autor e réu, pareceristas e *experts*, peritos, associações, partidos políticos e opinião pública. A respeito, ver HÄRBELE, 1997, p. 20 e ss; HABERMAS, 1997, p. 347.

¹⁵ De acordo com a concepção liberal, as regras de formação de acordos políticos são fundamentais a partir de princípios constitucionais liberais. Em oposição, na tradição republicana a formação democrática de vontade pressupõe um auto-entendimento ético, qual seja, a deliberação apóia-se no conteúdo de um consenso que os cidadãos chegam por via cultural, e que se renova na rememoração ritualizada por um ato republicano de fundação. A teoria do discurso acolhe elementos de ambos os lados e os integra no conceito de um procedimento ideal para tomada de decisões: “a teoria do discurso, que obriga ao processo democrático com conotações mais fortemente normativas do que o modelo liberal, mas menos fortemente normativas do que o modelo republicano, assume por sua vez elementos de ambas as partes e os combina de uma maneira nova. Em consonância com o republicanismo, ele reserva uma posição central para o processo político de formação da opinião e da vontade, sem no entanto entender a constituição jurídico-estatal como algo secundário; mais que isso, a teoria do discurso concebe os direitos fundamentais e princípios do Estado de Direito como uma resposta conseqüente à pergunta sobre como institucionalizar as exigentes condições de comunicação e do procedimento democrático. A teoria do discurso não torna a efetivação de uma política deliberativa dependente de um conjunto de cidadãos capazes de agir, mas sim da institucionalização de procedimentos que lhe digam respeito.” HABERMAS, 2002, p. 280.

Em suma, os juízes não estão autorizados a emendar a obra do legislador, mas a garantir que este seja democrático. Todavia, o filósofo parece ignorar que a Constituição possui um caráter dúctil, repleta de preceitos vagos, porosos, e muitas vezes contraditórios que permitem uma certa margem de liberdade interpretativa. A justificação do controle jurisdicional de constitucionalidade sempre se deparou com o debate entre democracia e constitucionalismo, considerado este último como um limite jurídico ao processo democrático, impondo restrições às decisões políticas das maiorias que eventualmente alcancem o poder.

Para o filósofo os Tribunais Constitucionais não podem ser compreendidos como guardiões de uma ordem suprapositiva de valores substantivos, expressão de uma determinada tradição ético-política, como pretende a tradição republicano-comunitarista. Habermas propõe um modelo de democracia constitucional que não se fundamenta nem em valores compartilhados, nem em conteúdos substantivos, mas em procedimentos que assegurem a formação democrática da opinião e vontade capazes de harmonizar autonomia pública e privada. A Constituição não deve ser interpretada como uma ordem suprapositiva de valores, pois apenas garante as condições procedimentais para o exercício da democracia. Nesse aspecto, a função da Corte Constitucional, originária ou não de Poder Judiciário, seria a de zelar pelo respeito aos procedimentos democráticos para a formação da opinião e da vontade política, e “não a de se arrogar o papel de legislador político”¹⁶.

Alinhando-se à matriz procedimentalista, a obra de John Hart Ely se fundamenta em uma defesa contundente da autocontenção judicial, propondo que o *judicial review* deve restringir-se à garantia das condições procedimentais que viabilizam o processo democrático. Não caberia ao Judiciário adentrar no conteúdo substantivo das normas constitucionais, e sim garantir a lisura dos pressupostos procedimentais inerentes à democracia. Ely enfatiza que tanto a perspectiva dos interpretativistas como a dos não-interpretativistas estariam equivocadas. Para os primeiros a Constituição deixa de ser um patrimônio dos vivos para transformar-se em um patrimônio dos mortos. Por outro lado, os não-interpretativistas, ao enfatizarem o conteúdo substantivo das normas constitucionais, conferem poderes excessivos ao judiciário, que termina por invadir a esfera de competência destinada ao legislativo.

¹⁶ HABERMAS, 2002, p. 297.

Na perspectiva de Ely, a atividade do Tribunal Warren tornou-se um exemplo paradigmático, exatamente por priorizar a garantia da lisura dos procedimentos democráticos de formação política da vontade, desvinculando-se de uma dimensão substancial e reconstrutiva de valores constitucionais. Assim, se o Parlamento não atende às aspirações democráticas, então devemos reforçar os pressupostos democráticos e não estabelecer a supremacia judicial. As decisões políticas de uma sociedade devem ser tomadas pelas instituições políticas com legitimidade democrática, e não por um corpo elitista, cujos membros não foram eleitos pelo povo¹⁷.

Analisando o embate teórico entre procedimentalistas e substantivistas, Lenio Luiz Streck propõe uma resistência constitucional por parte dos juízes e tribunais que permita transformar a jurisdição constitucional no guardião das promessas da modernidade, concretizadas nas Constituições históricas. Streck demonstra-se cético em relação à capacidade do processo democrático em realizar o ideário constitucional, argumentando que o procedimentalismo só faz sentido nas democracias onde os problemas de exclusão e dos direitos fundamentais já foram resolvidos. Compartilhamos com Streck ser tal compreensão inaplicável à realidade brasileira: o Estado social não se concretizou, o intervencionismo estatal apenas gerou o aumento das desigualdades sociais, a maioria dos direitos individuais e sociais não é cumprida, sendo que tais fatores refletem a inaplicabilidade das teses procedimentais às especificidades da nossa tradição jurídica¹⁸.

Streck enfatiza que o Estado de Direito exige um novo modelo constitucional, no qual o poder judiciário deve assumir uma postura intervencionista e uma atitude de resistência constitucional, garantindo amplo acesso à jurisdição constitucional através dos institutos processuais criados pela Constituição de 1988, e protegendo concretamente os direitos fundamentais sonegados à população pelo legislador e pelo poder Executivo. Assim, inércias do Executivo e falta de atuação do Legislativo podem ser supridas pelo Judiciário, mediante a utilização dos mecanismos jurídicos previstos na Constituição. O Estado Democrático de Direito depende muito mais de uma ação efetiva do Judiciário do que de procedimentos legislativos e administrativos. Na falta de políticas públicas cumpridoras dos ditames do Estado Democrático de

¹⁷ ELY, pp. 75-77.

¹⁸ STRECK, 2001, p. 53.

Direito, o judiciário teria um papel fundamental como instrumento para o resgate dos direitos não realizados. Desse modo, mediante a utilização da principiologia constitucional, é possível combater alterações feitas por maiorias políticas eventuais, que, legislando na contramão da programaticidade constitucional, retiram conquistas da sociedade¹⁹.

A concepção substancialista de Streck encontrou inspiração na obra de dois autores italianos: Mauro Cappelletti e Luigi Ferrajoli. Cappelletti constata a emergência do constitucionalismo moderno como um novo paradigma marcado pela consagração de um catálogo de direitos fundamentais nas Constituições, e pela ampliação do controle jurisdicional de constitucionalidade capaz de relativizar o princípio da separação de poderes. Para Cappelletti a legitimidade interpretativa do poder judiciário não é antidemocrática, porquanto é inerente ao constitucionalismo moderno a proteção dos direitos fundamentais, de forma a proteger a esfera das liberdades individuais contra o poder das maiorias. De outro lado, o processo jurisdicional possui um conteúdo democrático: para o acesso à justiça basta que a parte interessada promova determinada ação ao órgão competente.

Cappelletti analisa os argumentos que sustentam uma legitimidade interpretativa democrática do Poder Judiciário típica do constitucionalismo moderno. Com o surgimento do Estado de Bem-estar-social, a consagração dos direitos sociais passou a exigir um maior protagonismo do Judiciário, em suma, uma ação permanente do poder público na remoção de barreiras socioeconômicas e promoção de programas sociais. O constitucionalismo moderno, segundo o autor italiano, requer do Poder Judiciário uma postura dinâmica e construtiva na interpretação dos direitos fundamentais. Os catálogos de direitos fundamentais - alicerce do constitucionalismo moderno – passam a exigir a sua proteção jurisdicional como elemento fundamental das democracias constitucionais modernas²⁰.

Inobstante, as normas que consagram tais direitos possuem um conteúdo aberto e principiológico que, para alguns, enseja um poder excessivo nas mãos dos tribunais. Com efeito, o autor busca justificar e legitimidade interpretativa do judiciário na concretização de tais valores ínsitos ao Estado de Direito, contrapondo-se ao argumento que sustenta a natureza contramajoritária de tal poder. Tal concepção en-

¹⁹ *Idem*, pp. 53-60.

²⁰ CAPPELLETTI, 1993, p. 62.

contra inspiração na obra de Alexander Bickel²¹, ressaltando que as virtudes passivas do Judiciário o tornam o ramo menos perigoso. Haveria nos tribunais uma combinação única de dois elementos: de um lado, o que Bickel denomina de isolamento crucial na descoberta dos valores duradouros da sociedade, e de outro lado, a obrigação de tratar com a realidade viva de controvérsias concretas, diversamente do legislador, que tem de lidar tipicamente com problemas gerais, abstratos ou vagamente previstos. Essa combinação de fatores, segundo o autor, constitui a força da função jurisdicional:

Ela permite aos tribunais a possibilidade de encontrarem-se continuamente em contato direto com os problemas mais concretos e atuais da sociedade, mantendo-se ao mesmo tempo, nada obstante, suficientemente independentes e afastados das pressões e caprichos do momento²².

Propugna ainda pela natureza participatória do processo jurisdicional, em oposição aos processos legislativo e administrativo. O “sentimento de participação” configura-se na medida em que ambas as partes são ouvidas em respeito ao princípio do contraditório. Conclui, portanto, ser o processo jurisdicional o mais participatório de todos os processos da atividade pública, dando proteção a grupos marginais que não estariam em condições de obter acesso ao processo político deliberativo²³.

Alinhando-se à perspectiva substancialista, Luis Roberto Barroso salienta que

o *déficit* democrático do judiciário, decorrente da dificuldade contramajoritária, não é necessariamente maior que o do legislativo, cuja composição pode estar afetada por disfunções diversas, dentre as quais o uso da máquina administrativa, o abuso do poder econômico, a manipulação dos meios de comunicação²⁴.

²¹ BICKEL, 1962, pp. 25-26.

²² *Idem*, p. 104.

²³ *Idem*, p. 100.

²⁴ BARROSO, 2005, p. 41.

O constitucionalista leciona que a judicialização da política não comporta juízo de valor, podendo ou não apresentar efeitos positivos, a depender do contexto. No final do século XIX e início do século XX o ativismo judicial da Suprema Corte tornou-se bandeira do pensamento político conservador, impedindo a introdução de direitos sociais e contrariando a legislação de muitos estados que aboliram a escravidão. Na década de 1950 há uma reviravolta jurisprudencial com a Corte Warren, que torna-se instrumento das forças progressistas, porquanto inúmeros avanços sociais são conquistados pela jurisprudência da Suprema Corte em matéria de direitos fundamentais²⁵.

A questão fundamental é identificar as situações nas quais o processo político majoritário não será capaz de atender às pretensões normativas de grupos minoritários, tal como na hipótese que envolveu a discussão sobre a gestação de fetos anencefálicos, no julgamento da ADPF n. 54²⁶. O autor conclui que “o papel do Judiciário deve ser o de resguardar o processo democrático e promover os valores constitucionais, superando o *déficit* de legitimidade dos demais poderes, quando seja o caso”²⁷. Portanto, a judicialização da política não é necessariamente um fator de progresso social, que irá depender das condições institucionais do Judiciário, porquanto há experiências históricas de ativismo judicial extremamente retrógradas. Com efeito, quando os mecanismos das instituições deliberativas funcionam adequadamente, a intervenção judicial se minimiza, mas quando o processo político majoritário não atende às demandas sociais ou às pretensões normativas de grupos minoritários, a tendência é a atuação judicial se expandir, de forma a suprir o *déficit* de legitimidade do Legislativo, quando seja o caso. No contexto brasileiro, o Poder Judiciário tem assumido um papel relevante na promoção dos valores constitucionais, passando a atuar nos vazios institucionais deixados pelos demais poderes. Essa nova configuração foi impulsionada pelas mudanças interpretativas das escolas jurídicas, omissão dos poderes Executivo e Legislativo, pelo aperfeiçoamento das

²⁵ *Idem*, p. 39.

²⁶ Trata-se do debate teórico envolvido na questão da ADPF n. 54, ou seja, “se ao declarar a não-incidência do Código Penal a uma determinada situação, estaria o STF interpretando a Constituição – que é o seu papel – ou criando uma nova hipótese de não-punibilidade do aborto, em invasão da competência do legislador. Como se sabe, o Tribunal, por maioria, conheceu da ação, reconhecendo tratar-se de uma questão de interpretação constitucional e não de criação de direito novo.” BARROSO, 2006, pp. 700-701.

²⁷ BARROSO, 2005, p. 41.

instituições judiciárias, constitucionalização dos direitos fundamentais e insuficiência das instituições majoritárias em dar provimento às demandas sociais.

Em determinadas situações o Poder Judiciário deve ser a vanguarda da sociedade, protegendo minorias estigmatizadas e sem voz no processo político, de forma a resgatar uma certa moralidade crítica relativa à reconstrução das práticas sociais vigentes. É o que se verifica, por exemplo com a jurisprudência inovadora – no que se refere às uniões homo-afetivas – do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no qual surgiu a primeira decisão integrando o parceiro na ordem de vocação hereditária. Diante da omissão legal, aplicou-se analogicamente a legislação que rege a união estável, contrapondo-se à jurisprudência dominante, que nega a concessão de direitos sucessórios e que limita-se ao deferimento da partilha do acervo patrimonial adquirido pelo esforço comum. Após tal decisão, outras se seguiram. Mas o julgamento de maior repercussão foi a disputa de direitos sucessórios em litígio entre parceiro sobrevivente e municipalidade, no qual a última pretendia a declaração de vacância do acervo hereditário. A partir do julgamento não-unânime foram interpostos embargos infringentes²⁸. Todavia, ocorreu empate no julgamento, razão por que se realizou a convocação do 3º Vice-Presidente para proferir o voto de Minerva, que terminou por assegurar ao companheiro sobrevivente a totalidade do acervo hereditário, afastando a declaração de vacância. Entretanto, foi interposto recurso especial e extraordinário pelo Ministério Público.

Nessa perspectiva, alguns tribunais, diante da inércia dos políticos e da impossibilidade de negarem uma decisão, são obrigados a pôr um fim em conflitos que deveriam ser resolvidos no âmbito político. Por outro lado, a Constituição brasileira é eminentemente substantiva, repleta de valores materiais que não se compatibilizam com uma perspectiva estritamente procedimental de interpretação constitucional. Nesse aspecto, oportuno é o posicionamento de Daniel Sarmento:

²⁸ “União estável homoafetiva. Direito sucessório. Analogia. Incontrovertida a convivência duradoura, pública e contínua entre parceiros do mesmo sexo, impositivo que seja reconhecida a existência de uma união estável, assegurando ao companheiro sobrevivente a totalidade do acervo hereditário, afastada a declaração de vacância da herança. A omissão do constituinte e do legislador em reconhecer efeitos jurídicos às uniões homoafetivas impõe que a justiça colmate a lacuna legal fazendo uso da analogia. O elo afetivo que identifica as entidades familiares impõe que seja feita analogia com a união estável, que se encontra devidamente regulamentada. Embargos infringentes acolhidos, por maioria.” TJRGS-EI 70003967676, 4ª G. C. Cível Redatora para acórdão Desembargadora Maria Berenice Dias, em 9 de maio de 2003.

Não é preciso discutir aqui se é viável uma teoria puramente procedimental da Constituição, ou se, ao contrário, qualquer definição sobre o tipo de democracia desejado e seus respectivos pressupostos acaba envolvendo, inexoravelmente, escolhas substantivas. Basta, para nós, constatar que teorias procedimentais não combinam com uma Constituição como a brasileira, que é profundamente substantiva, eis que pródiga na consagração de valores materiais. Aliás, a aplicação de teorias procedimentais da jurisdição constitucional no Brasil implica num curioso paradoxo. Estas teorias, como se sabe, buscam, em nome da democracia, limitar o ativismo judicial, retirando as questões substantivas da esfera da jurisdição constitucional. Contudo – e aí a suprema contradição –, para adotarem esta teoria, os juízes teriam de ignorar as orientações valorativas já contidas na Constituição²⁹.

A própria concepção habermasiana de “situação ideal de discurso”, embora possa servir como parâmetro para a *práxis* política, constitui uma idealização utópica que não se efetivou em nenhuma sociedade, pressupondo-se que todos os participantes do discurso reconheçam-se reciprocamente como livres e iguais, o que revela a inaplicabilidade de uma concepção eminentemente procedimental à nossa cultura constitucional. Se inexistente a construção contrafática do Juiz Hércules, igualmente idealista é a concepção habermasiana de “situação ideal de discurso”. Com efeito, a Constituição de 1988 requer um judiciário mais atuante e dinâmico, vinculado às diretrizes materiais consagradas no texto constitucional, e comprometido com a concretização de um conteúdo principiológico que suscita uma viragem paradigmática no âmbito da divisão clássica dos poderes estatais. Não pretendemos abandonar o ideal habermasiano da democracia deliberativa, mas apostar também no Judiciário como instância capaz de resguardar, não apenas as condições procedimentais inerentes ao jogo democrático, mas também os princípios constitucionais e valores materiais ínsitos ao Estado de Direito, capazes de dinamizar um sentido de patriotismo constitucional. Neste sentido, se a perspectiva puramente procedimentalista é efetivamente inadequada às especificidades da nossa cultura constitucional, resta-nos refletir sobre a relação intrínseca – ignorada por Habermas – entre substancialismo e patriotismo constitucional.

²⁹ SARMENTO, 2005, pp. 48-49.

3. Considerações finais: em defesa de um patriotismo constitucional denso

Entendemos que diante da inércia das instituições deliberativas em questões morais envolvendo direitos de minorias, o Judiciário tem assumido uma postura mais ativa na concretização dos princípios constitucionais, de forma a impulsionar o processo político majoritário, suscitando um sentido de patriotismo constitucional sensível à diferença. É patente a existência de uma esfera de inviolabilidade moral inerente à pessoa humana que não pode ser restringida pelas instituições majoritárias. Cada indivíduo deve realizar plenamente seu projeto pessoal de vida, sem ser instrumentalizado a um projeto político majoritário que possa restringir tal universo singular inerente a cada indivíduo autônomo. Nesta perspectiva, através de um judiciário mais atuante na afirmação dos valores materiais da dignidade da pessoa humana e igualdade, os grupos homossexuais vêm avançando na conquista dos seus direitos, inclusive em aspectos que não alcançaram êxito junto às instituições deliberativas. Se o processo político majoritário não atende às expectativas normativas de minorias, o judiciário se legitima na reconstrução do núcleo substantivo da Constituição, de forma a resgatar uma certa moralidade crítica capaz de reconstruir as práticas sociais vigentes, tendo como parâmetro a Dignidade da Pessoa Humana. A arena jurídica funciona como cenário simbólico de lutas por reconhecimento, repercutindo nos processos morais, através dos quais os indivíduos geram representações de sua identidade, criando expectativas, indignação e construindo marcos de cidadania.

Em relação ao potencial emancipatório do direito, podemos exemplificar a utilidade da arena jurídica, quando colocada a serviço de minorias estigmatizadas e sem voz no processo político. É patente o impacto da jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul em relação ao reconhecimento jurídico das uniões homoafetivas. O impacto dessas vitórias judiciais foi capaz de transcender o campo jurídico, na medida em que veio fortalecer a própria identidade e o auto-respeito dos homossexuais, suscitando um sentido de patriotismo constitucional sensível à diferença que permite ao indivíduo desenvolver livremente sua singularidade em uma cultura político-jurídica aberta e inclusiva.

Não obstante o louvável esforço intelectual de Habermas, no sentido de compatibilizar a atuação do Tribunal Constitucional com o princípio da separação de poderes, entendemos que sua compreensão

puramente procedimental de democracia no contexto brasileiro enfraquece o potencial democrático e inclusivo do conceito de “patriotismo constitucional”. Nesse contexto, a versão densa de patriotismo constitucional que pretendemos sustentar para países periféricos de modernidade tardia pressupõe – diferentemente da perspectiva habermasiana – uma metodologia substancialista e principiológica da Constituição, empreendida por um Judiciário ativo na promoção dos valores constitucionais, como pressuposto necessário para a construção de uma identidade consubstanciada no apreço à Constituição.

Para Habermas, ao deixar-se conduzir pela realização de valores materiais, dados preliminarmente no direito constitucional, o Tribunal Constitucional transforma-se numa instância autoritária. Com efeito, a compreensão meramente procedimental habermasiana na cultura política brasileira é incapaz de suscitar adesão emotiva dos cidadãos ao ideário constitucional, porquanto restringe a atuação do judiciário na concretização dos princípios substantivos consagrados na Lei Maior. Inversamente, um incremento da atuação do judiciário fundamentado em uma principiologia constitucional também pressupõe a construção no imaginário nacional de uma nova forma de identidade constitucional, pluralista e integradora, capaz de aglutinar a sociedade brasileira em torno da tarefa de construir uma cultura política democrática. Nessa perspectiva, patriotismo constitucional e substancialismo estão intimamente relacionados.

Salienta Habermas que a Constituição possui uma sensibilidade inclusiva para as diferenças culturais, desde que estas estejam integradas em uma cultura política comum. Para o filósofo a única maneira de se permitir o reconhecimento da diferença é promover uma cultura político-constitucional aberta e inclusiva, capaz de ajustar o universalismo dos princípios ao particularismo das identidades e uniões. A questão fundamental é como dinamizar tal sensibilidade constitucional inclusiva em relação à diversidade em uma democracia constitucional marcada pela insuficiência das instituições majoritárias no provimento das demandas sociais. Como motivar os cidadãos a se engajarem em um projeto constitucional democrático se os parlamentos não adotam mecanismos que permitam uma formação democrática de opinião e vontade?

Com efeito, entendemos ser fundamental para a construção de um sentido de patriotismo constitucional capaz de ensejar o envolvimento emotivo dos cidadãos, um poder judiciário mais atuante na promoção

dos valores constitucionais, razão por que compartilhamos o entendimento segundo o qual a perspectiva procedimentalista revela-se inaplicável em relação às especificidades da nossa cultura jurídico-política. A realidade brasileira demonstra que nem sempre o processo político majoritário atende às expectativas normativas de minorias culturais, sexuais, religiosas, o que legitima um maior protagonismo do judiciário, quando seja o caso. Nesse contexto, entendemos que uma perspectiva substancialista – que tem como paradigma os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, igualdade e liberdade – pode potencializar a referida sensibilidade constitucional inclusiva em relação às identidades e minorias culturais, sem conduzir a uma perspectiva capaz de ensejar uma reificação das identidades coletivas, tão criticada por Nancy Fraser³⁰. Uma hermenêutica constitucional alicerçada em princípios constitucionais pode ser o catalisador de uma cultura política baseada na tolerância, e de um processo complexo de articulação da diferença em uma cultura constitucional integradora que conduz a formas não-fundamentalistas de reconhecimento mútuo.

³⁰ Neste sentido, temos em mente a perspectiva crítica assumida por Nancy Fraser em relação ao modelo de identidade desenvolvido por Charles Taylor. A autora defende que o modelo de identidade termina por ser utilizado por formas repressivas de comunitarismo que promovem o conformismo e a intolerância. O modelo de identidade conduz a uma reificação das características constitutivas da identidade como realidades isoladas, ao invés de refletirem as práticas históricas contingentes da diferenciação humana. Fraser conclui que o modelo de identidade, paradoxalmente, tende a negar seus próprios pressupostos hegelianos. Partindo do pressuposto de que a identidade é dialógica, construída por meio da interação com os outros sujeitos, o modelo de identidade acaba por valorizar o monologismo, supondo que as pessoas não reconhecidas devem construir sua identidade por conta própria. Essa perspectiva vai de encontro à visão dialógica, porquanto transforma a identidade cultural em uma realidade autogerada de si própria. De acordo com o modelo de status desenvolvido pela autora, o não-reconhecimento surge, não a partir da subordinação cultural, mas de estruturas que negam sistematicamente aos membros dos grupos não-reconhecidos oportunidades iguais para participação na vida social. FRASER, Nancy. Repensando a questão do reconhecimento: superar a substituição e a reificação na política cultural. In: BALDI, 2004, p. 606; FRASER, 2001, p. 26. A respeito das críticas de Nancy Fraser ao modelo de identidade de Taylor, ver ZURN, 2003. Portanto, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana pode dinamizar uma cultura constitucional aberta, porquanto contempla as duas dimensões fundamentais do reconhecimento: universalidade e afirmação da autenticidade. Tal princípio basilar do Estado de Direito permite o respeito ao indivíduo como ser capaz de expressar sua consciência moral, e cultivar sua singularidade dentro de uma cultura constitucional integradora. Nesse sentido, discordamos do filósofo canadense, no sentido de que o universalismo da dignidade igualitária e a afirmação da autenticidade seriam incompatíveis, uma vez que o primeiro implica abstração das diferenças. Compreendemos que a afirmação jurisdicional de valores constitucionais como Dignidade da Pessoa Humana é perfeitamente compatível com a singularidade inerente às identidades coletivas específicas.

Portanto, defendemos um “patriotismo constitucional denso”, capaz de reforçar a identidade nacional brasileira através da confiança na capacidade de que a Constituição e um poder judiciário atuante na concretização dos princípios constitucionais possam atender às demandas por reconhecimento de grupos minoritários e socialmente marginalizados. É necessário construir uma identidade coletiva consubstanciada no apreço à Constituição como pressuposto ideológico capaz de suscitar um maior protagonismo judicial na afirmação da força normativa dos princípios constitucionais. Nesse aspecto, imprescindível se faz forjar uma identidade constitucional aberta e inclusiva, através de uma atuação judicial capaz de resgatar a dimensão substantiva da Constituição, sem a qual não há se falar em envolvimento emotivo dos cidadãos em relação ao ideário constitucional. Tal dimensão psíquica do reconhecimento constitucional é potencializada por um aparato hermenêutico-argumentativo capaz de concretizar o conteúdo emancipatório da concepção de patriotismo constitucional.

Com efeito, entendemos que a integração do conceito de patriotismo constitucional na cultura política brasileira não pode ignorar o paradigma de democracia substancialista próprio do Neoconstitucionalismo, sob pena de transformar-se em uma teoria vazia e abstrata como defendem alguns críticos. A concepção densa de patriotismo constitucional poderia transformar o imaginário coletivo, suscitando admiração e respeito à Constituição pela comunidade de intérpretes e por um Judiciário atuante e efetivo na concretização das condições procedimentais inerentes à democracia e dos princípios constitucionais ínsitos ao Estado de Direito. Esse novo repertório simbólico – capaz de transformar a imaginação política de uma sociedade – será o substrato para um maior protagonismo do Judiciário na interpretação e concretização do ideário constitucional.

Referências Bibliográficas

AHMAD, Aijaz. *Linhagens do presente: ensaios*. São Paulo: Boitempo, 2002.

BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito - o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, v.240, 2005.

_____. Gestação de Fetos Anencefálicos e Pesquisas com Células-Tronco: dois temas acerca da vida e da dignidade na Constituição.

- In: SARMENTO, Daniel & GALDINO, Flavio (orgs.). *Direitos Fundamentais: Estudos em Homenagem a Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- BICKEL, Alexander. *The Least Dangerous Branch*. Indianapolis: Bobbs-Merrill, 1962.
- CANOVAN, Margaret. Patriotism Is Not Enough. *British Journal of Political Science*, Cambridge: Cambridge University Press, v. 30, n. 3, 2000.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993.
- CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.
- CRONIN, Ciaran. Democracy and collective identity: In: Defence of Constitutional Patriotism. *European Journal of Philosophy*, London: Blackwell Publishing, v.11, n.1, 2003.
- DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- _____. *Freedoms Law. The Moral Reading of the American Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1996.
- ELY, John Hart. *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*. Cambridge: Harvard University Press, 1998.
- FRASER, Nancy. Recognition without Ethics? *Theory, Culture & Society*, Sage Publications: London, v.18, n.2-3, 2001.
- HÄRBELE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Rio de Janeiro: Sérgio Fabris, 1997.
- HABERMAS, Jürgen. *La necesidad de Revisión de la Izquierda*. Tradução Manuel Redondo. Madrid: Tecnos, 1996.
- _____. Identidad Nacional y Identidad Postnacional-entrevista com Jean Marc Ferry. In: HABERMAS, Jürgen. *Identidades Nacionales y Postnacionales*. Madrid: Tecnos, 1998.
- _____. *A Inclusão do Outro*. Tradução George Sperber. São Paulo: Loyola, 2002.
- _____. *Direito e Democracia - entre faticidade e validade*. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- LACROIX, Justine. For a European Constitutional Patriotism. In: *Political Studies*, Oxford: Blackwell, v.50, n.5, 2002.

- MAIA, Antonio Cavalcanti. Diversidade Cultural, Identidade Nacional Brasileira e Patriotismo Constitucional. In: LOPES, Antonio Herculano e CALABRE, Lia. *Diversidade Cultural Brasileira*. Rio de Janeiro: Ed. Fundação Casa de Rui Barbosa, 2005.
- _____. A idéia de patriotismo constitucional e sua integração à cultura político-jurídica brasileira. *Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro: Departamento de Direito, PUC-Rio, v.9, n. 27, 2006.
- SARMENTO, Daniel. Legalização do Aborto e Constituição. In: *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, v.240, 2005.
- _____. Colisões entre Direitos Fundamentais e Interesses Públicos. In: SARMENTO, Daniel e GALDINO, Flávio (orgs.). *Direitos Fundamentais: Estudos em Homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- SHABANI, Omid Payrow. Who's Afraid of Constitutional Patriotism? The Binding Source of Citizenship in Constitutional States. In: *Social Theory and Practice*, Florida: Florida State University, v.28, n.3, 2002.
- STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica em Crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- ZURN, Christopher. Identity or Status? Struggles over Recognition in Fraser, Honneth and Taylor. *Constellations*, Oxford: Blackwell Publishing, v.10, n.4, 2003.