

Teorias jurídicas contemporâneas: uma análise crítica sob a perspectiva institucional*

Rafael Bezerra de Souza**

Carlos Bolonha***

1. Introdução

Nas últimas décadas a teoria do direito e a teoria constitucional têm-se debruçado na busca persistente por um padrão decisório consensual, que represente a superação do paradigma jurídico positivista, bem como, propicie a utilização de critérios interpretativos racionais, universais e objetivos que limitem a discricionariedade judicial, ao tempo que assegure a garantia de direitos fundamentais, a segurança jurídica e a legitimidade das decisões¹.

* Este artigo foi elaborado no âmbito do Laboratório de Estudos Teóricos e Analíticos sobre o Comportamento das Instituições (LETACI). São financiadores do presente trabalho o Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq), no âmbito da concorrência do Edital Universal nº 14/2013 (Processo nº 483289/2013-2), e a Fundação Carlos Chagas Filho de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio de Janeiro (FAPERJ), no âmbito da concorrência do APQ-1, 2013 (Processo nº E-26/111.351/2013).

** Advogado. Mestrando em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ (Rio de Janeiro-RJ, Brasil). Pesquisador do Laboratório de Estudos Teóricos e Analíticos sobre o Comportamento das Instituições (LETACI/FND/UFRJ). E-mail: rafaelbezerras@gmail.com

*** Professor Adjunto da Faculdade Nacional de Direito e do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro. (Rio de Janeiro-RJ, Brasil). Coordenador do Grupo de Pesquisa: Laboratório de Estudos Teóricos e Analíticos sobre o Comportamento das Instituições (LETACI/FND/UFRJ) E-mail: carlosbolonha@direito.ufrj.br.

1 Como síntese deste intento teórico no sentido de desenvolver limites para a interpretação constitucional - apesar do equívoco de parcela considerável dos juristas brasileiros - tem-se a teoria sustentada por Robert Alexy, a qual apresenta o *princípio da proporcionalidade* como método de aplicação dos *direitos fundamentais*, estes, entendidos a partir de uma estrutura principiológica como *mandados de otimização*, quando concretizados, colidem com outro(s) direito(s) fundamental(is). Posteriormente, como resposta às inúmeras críticas recebidas, dentre elas a de Jürgen Habermas, no sentido de inexistir parâmetro racional para o sopesamento de direitos fundamentais, o referido autor reformulou a sua Lei da Ponderação, traduzida em fórmula de base matemática, propondo a ideia de *representação argumentativa* como elemento de racionalidade discursiva para fundamentar a legitimidade do Tribunal Constitucional. Cf. ALEXY, 2007, pp. 53-54; 2008, pp. 576-593.

Seguindo esta tendência, ecoa na doutrina constitucional brasileira forte influência de teorias normativas que se enquadram nas chamadas *Teorias Constitucionais Contemporâneas*², especificamente o Neoconstitucionalismo e o Novo Constitucionalismo Latinoamericano, centrados no alargamento da Jurisdição Constitucional – sob a primazia do Poder Judiciário – e no fortalecimento do Poder Constituinte e na ampliação dos atores constitucionais – sob a primazia da soberania popular, respectivamente.

Em contrapartida, o *Constitucionalismo Contemporâneo*³, principalmente a partir do começo do século XXI, vem adotando uma nova perspectiva acerca da análise das instituições jurídicas, a qual tem sido caracterizada como *Virada Institucional*⁴. Esta nova perspectiva metodológica considera que apesar dos teóricos constitucionalistas, em parte, haverem procedido um importante trabalho inicial de viés institucionalista na década de 1970, a doutrina jurídica até o momento ainda permanece em estado de *cegueira* quando do trato de certas *questões institucionais*⁵.

2 O termo utilizado acima, *Teorias Constitucionais Contemporâneas*, deve ser entendido em referência às teorias normativas que têm orientado a atuação das Cortes Superiores, com ênfase no fortalecimento da jurisdição constitucional sensível à força normativa da Constituição, à aplicação direta de suas normas e à interpretação das leis e fatos conforme as normas constitucionais. Estas possuem como ponto de partida a pergunta: *como os juízes devem julgar?*, bem como, enfatizam o papel preponderante do intérprete no processo de interpretação-aplicação constitucional.

3 Evidenciando a transição do Estado Democrático de Direito para o chamado *Estado Constitucional de Direito*, o *Constitucionalismo Contemporâneo* consolidou-se a partir do fim da II Guerra Mundial, possuindo como traços marcantes: a centralidade da Constituição, a supremacia judicial, e, nos últimos anos, a ascensão, o protagonismo e a hipertrofia institucional do Poder Judiciário no Brasil e em alguns países centrais, vislumbrando-se o desenvolvimento de uma pretensa *onda global rumo à constitucionalização*. HIRSCHL, 2009, p. 139.

4 O presente trabalho adota uma abordagem institucionalista contemporânea, sem perder de vista a contribuição das visões clássicas do Institucionalismo, desenvolvidas por Maurice Hauriou, Massimo La Torre, Santo Romano e Carl Schmitt, considerado como *Velho Institucionalismo Jurídico*. Esta postura renovada, considerada como *Novo Institucionalismo Jurídico*, mormente na década de 1990, possui como obras de referência: SUNSTEIN; VERMEULE, 2002. Atualmente, são obras de referência para esta teoria institucional, as seguintes contribuições, entre outras: VERMEULE, 2007; PILDES, LEVINSON, 2006; WALDRON, 2006; VERMEULE, 2006; SUNSTEIN, 2009; POSNER; VERMEULE, 2011. Mais recentemente, VERMEULE, 2011. Na doutrina brasileira, para o entendimento da *Virada Institucionalista* no âmbito das Ciências Sociais, as concepções clássicas e contemporâneas do Institucionalismo Jurídico. Cf. CAMARGO.; VIEIRA.; TAVARES; RE; CARVALHO; PAIVA; SOARES; GAMA, 2010.

5 Trata-se de importante objeto de pesquisa da Teoria Institucional, cujo foco são os processos de interpretação da Constituição e das normas infraconstitucionais, observando-se os desdobramento dessas atividades institucionais em um contexto jurídico-político. No trecho a seguir, Vermeule e Sunstein sintetizam o conceito de *questões institucionais*, enfatizando os conceitos de *capacidades institucionais e efeitos sistêmicos*: “Here as elsewhere, our minimal submission is that a claim about appropriate interpretation is incomplete if it does not pay attention to considerations of administrability, judicial capacities, and systemic effects in addition to the usual imposing claims about legitimacy and constitutional authority”. Cf. SUNSTEIN; VERMEULE, 2002, p. 48.

Com efeito, a proposta da perspectiva institucional, típica da matriz norte-americana, lança mão de um viés pragmático, através do qual se vislumbra a consideração comportamental e funcional das instituições políticas, com foco na análise do desempenho da *atividade institucional*⁶, em detrimento do já extenuante debate acerca do problema da *legitimidade constitucional*, realizado sob a dimensão normativo-interpretativa.

Assim sendo, a problemática central do presente estudo resta evidenciada na insuficiência dos tradicionais paradigmas teórico-constitucionais para a compreensão da realidade constitucional contemporânea, haja vista a negligência da dimensão prática do comportamento das instituições políticas e dos seus rebatimentos em outras esferas de interesse (jurídica, administrativa, democrática, etc.), em face da *cegueira institucional* na consideração das *capacidades institucionais* e *efeitos sistêmicos*.

Neste diapasão, a partir da crítica em relação às chamadas visões perfeccionistas⁷, reafirma-se a necessidade de superação dos velhos dilemas dicotômicos já incessantemente debatidos pela doutrina, tais como o da supremacia do Legislativo vs. supremacia do Judiciário e das tradicionais teorias de interpretação constitucional com foco restrito à norma jurídica.

Em face do exaurimento da corriqueira afirmação da doutrina constitucional brasileira de que o problema da ausência de legitimidade político-constitucional das Cortes Constitucionais pode ser suprido apenas argumentativamente e da ingênua crença de que é possível superar a tradicional tensão entre constitucionalismo e democracia apenas a partir de sofisticações intermináveis de artifícios de interpretação normativa, sustenta-se como principal hipótese que as teorias normativas perfeccionistas, prescritivas e ideais representativas do modelo principialista de interpre-

6 A compreensão da dimensão da *atividade institucional* sustentada pela *Virada Institucional* concebe que o problema da *legitimidade constitucional* não se limita à dimensão normativo-interpretativa, pautada em critérios de teorias sobre interpretação, deliberação e decisão de uma Corte Constitucional, mas sim na consideração dos resultados obtidos a partir do desempenho das diversas instituições democráticas, mediante a adequação de seus desenhos institucionais.

7 Sunstein apresenta síntese para a compreensão de uma abordagem perfeccionista da constituição: the view that the Constitution should be construed in a way that makes it best, and in that sense perfects it. Imagine a society – proudly called Olympus – in which the original public meaning of the document does not adequately protect rights, properly understood. Imagine that the text is general enough to be read to provide that protection. Imagine finally that Olympian courts, loosened from Thayerian structures, or from the original understanding, or from minimalism, would generate a far better account of rights and institutions, creating the preconditions for both democracy and autonomy. In Olympus, a perfectionist approach to the Constitution would be entirely appropriate. SUNSTEIN, 2006, p. 3.

tação-aplicação constitucional, sob os auspícios de uma suposta efetivação plena dos direitos fundamentais, acabam por negligenciar a prática constitucional, o funcionamento das instituições e seus processos decisórios, assim como, a própria *atividade institucional*, fato este que evidenciaria a necessidade de substituição do critério da *racionalidade argumentativa* pelo da *atividade institucional* no debate relacionado aos limites democráticos da jurisdição constitucional.

Discute-se, assim, a tentativa de transição de um paradigma cuja ênfase é dada na lógica binária reducionista de supremacia do Judiciário ou do Legislativo⁸ focada na análise de critérios de interpretação e deliberação, ou seja, na discussão de se um Poder Constitucional deve ou não rever os atos do outro, e neste caso, a intensidade com que a revisão deve ocorrer⁹, para uma abordagem acerca da *atividade institucional* do ponto de vista jurídico-político, na qual se atenta tanto para o desempenho de funções e competências infra-institucionais, quanto para a relação dialógica interinstitucional¹⁰.

O objetivo do presente estudo é apresentar uma consideração crítica acerca das insuficiências do modelo principialista de interpretação-aplicação constitucional, característicos do Neoconstitucionalismo e do Novo Constitucionalismo Latinoamericano, considerados aqui como sendo teorias normativas perfeccionistas, prescritivas e ideais, bem como, a partir da análise dessas vertentes teóricas apontar para uma visão alternativa, amparada na Teoria Institucional, que auxilie na compreensão dos desenhos e mecanismos institucionais quando do processo decisório.

Por fim, cabe a ressalva epistemológica de que o fato das referidas teorias jurídicas contemporâneas não serem suficientemente sensíveis à dimensão institucional de interpretação constitucional, não as invalidam enquanto doutrina jurídica, sendo forçoso reconhecer os avanços alcançados no plano da eficácia normativo-constitucional dos direitos fundamentais.

8 SILVA *et al.*, 2010, p. 14.

9 SUNSTEIN; VERMEULE, 2002, p. 38.

10 BOLONHA; EISENBERG; RANGEL, 2011, p. 289.

2. Da superação do positivismo jurídico à “hercúlea” principiologização do direito brasileiro: insuficiências de uma abordagem perfeccionista, prescritiva e ideal

A partir da segunda metade do século XX, o pensamento jurídico vivenciou a superação histórica do Jusnaturalismo¹¹ e o fracasso jurídico-político do Positivismo Jurídico¹², ensejando profundas reflexões acerca da discussão de um novo marco epistemológico para o Direito. Assim sendo, a teoria do direito viu-se diante da chamada *Virada Kantiana*¹³, através da qual se evidenciou uma (re)aproximação entre o direito e a moral, característica do paradigma pós-positivista¹⁴.

Considerando tal guinada principiológica do pensamento jurídico, é importante ressaltar a influência de dois estudiosos norte-americanos na reinserção da questão moral no âmbito da Filosofia Política e do Direito, defendendo a justiça como valor imprescindível às sociedades contempo-

11 O conceito *Jusnaturalismo* é plurívoco, do qual decorre a existência de variadas correntes que remontam desde a Antiguidade até os dias atuais. A menção expressa no presente trabalho faz alusão especificamente ao Jusnaturalismo Racionalista, doutrina contemporânea ao Iluminismo e ao processo de Codificação do Direito. Para uma breve compreensão da “evolução” histórica do jusnaturalismo, Cf. BOBBIO *et al*, 1991, pp. 655-656 e BARCELLOS, 2000, pp. 8-9.

12 Segundo Luís Roberto Barroso, o Positivismo Jurídico pretendeu ser uma teoria do Direito, na qual o estudioso assumisse uma atitude cognoscitiva (de conhecimento), fundada em juízos de fato. No entanto, o fetiche da lei e o legalismo acrítico, seus subprodutos, serviram de disfarce para autoritarismos de matizes variados, consubstanciando-o em verdadeira ideologia, movida por juízos de valor, haja vista ter se tornado não apenas um modo de entender o Direito, como também de querer o Direito. Para a análise de algumas características desta importante corrente do pensamento jurídico, bem como suas variações, dentre elas o normativismo de Hans Kelsen. Cf. BARROSO, 2009, p. 3-46. Para uma visão renovada sobre o Positivismo Jurídico, dissociado da ideia convencional de uma postura essencialmente formalista na doutrina brasileira. Cf. STRECK, 2010; DIMOULIS, 2011; STRÜCHINER, 2009. Na doutrina estrangeira. Cf. SCHAUER, 1991.

13 Este conceito desenvolvido por autores alemães (*kantische Wende*) retrata o fenômeno do retorno à influência da filosofia de Kant, com a fundamentação moral dos direitos humanos e a busca da justiça fundada no imperativo categórico. Cf. BARROSO, 2009, p. 28.

14 O Pós-positivismo fundamentado na ascensão dos valores, no reconhecimento da normatividade dos princípios e na essencialidade dos direitos fundamentais propiciou a reintrodução dos ideais de justiça e legitimidade no estudo da teoria do direito, identificou as incompletudes das concepções normativas de cunho semântico de Hans Kelsen e de Herbert Hart e apontou para a interpretação construtivista do direito, o direito como integridade e o romance em cadeia de Ronald Dworkin. Em contrapartida às teses positivistas – a tese das fontes do direito (teste de *pedigree*), da separação entre o direito e a moral e da discricionariedade judicial – reconhece a relação intrínseca entre o direito e a moral, a não sujeição das normas/princípio ao teste de *pedigree*, já que elas não se sujeitariam ao tudo ou nada e nem poderiam ser identificadas por sua origem, mas sim por seu conteúdo ou força argumentativa, a indeterminação do direito evidenciada na incompletude da *teoria da interpretação* na resolução dos chamados *hard cases*, onde não haveria norma exatamente aplicável pelo juiz. Assim, ao invés de tese da discricionariedade judicial, valer-se-ia das diretrizes e dos princípios, daí a defesa da teoria da adjudicação. Para uma esclarecedora análise dos paradigmas positivista e pós-positivista. Cf. CALSAMIGLIA, 1998, pp. 209-220.

râneas: John Rawls¹⁵ e Ronald Dworkin¹⁶. Em uma postura de reformulação da teoria dos princípios desenvolvida por Ronald Dworkin desde a década de 1960, o jurista alemão Robert Alexy¹⁷, a partir de uma reconstrução da jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão dos anos 1970, criticou a tese de que as regras seriam aplicadas de acordo com a disjunção excludente do *tudo ou nada*, logo, válida ou inválida, reformulando-a; concebeu os princípios como *mandados de otimização*, associando-os à noção de proporcionalidade e ponderação/sopesamento¹⁸ e se dissociou da tese da *unidade da solução justa*, que pretende oferecer uma única decisão correta ou o melhor julgamento, que deve ser encontrada apenas pelo juiz Hércules¹⁹.

Tais doutrinas de forte apelo acadêmico e que disseminaram rapidamente o apego a valores jurídicos suprapositivos – no qual a realização de direitos fundamentais desempenha papel central – evidenciam uma postura de *individualismo metodológico*²⁰, que tenta explicar a ação social coletiva através das escolhas individuais, e (retro)alimentam a aporia do tradicional paradoxo entre constitucionalismo e democracia, agora, sobre

15 Para a compreensão do pensamento de John Rawls e a ideia de *justiça como equidade*. Cf. RAWLS, 2000; 2002.

16 Para a compreensão da teoria dworkiniana, do debate acerca dos princípios jurídicos e a distinção em relação às regras e a crítica à *versão mais poderosa do positivismo jurídico*, qual seja, a Teoria do Direito de H.L.A Hart, na opinião do próprio Ronald Dworkin, ver o famoso artigo de sua autoria publicado em 1967, sob o título *É o Direito um Sistema de Regras?*, incorporado ao capítulo 2 da obra *Taking Rights Seriously* e o *El postscript de Hart y el sentido de la filosofía política*, capítulo 7 da obra *La Justicia com toga*.

17 No trecho a seguir, Juliana Neuenschwander caracteriza o entendimento de Alexy sobre princípios, regras e ponderação: “Para ALEXY, os princípios são obrigações de otimização, enquanto as regras têm um caráter de obrigação definitiva. Assim, para os princípios a ponderação é a forma característica da aplicação do direito, ao passo que, para as normas, é aplicada a subsunção”. MAGALHÃES, 1994, p. 102.

18 NEVES, 2013, p. 63.

19 Ao invés desta teoria forte dos princípios proposta por Dworkin, Alexy defende uma tese fraca ou mitigada, a qual aceita a existência da resposta correta, mas não concorda que ela possa ser sempre alcançada. Neste sentido, uma teoria dos em uma ordem fraca deve observar três elementos: um sistema de condições de prioridade; um sistema de estruturas de ponderação; e um sistema de prioridades *prima facie*. Cf. ALEXY, 1988, p. 146.

20 Jon Elster definiu o *individualismo metodológico* como “a doutrina de que todos os fenômenos sociais (suas estruturas e mudanças) são, em princípio, explicáveis somente em termos do indivíduo – suas preferências, objetivos e crenças”. Cf. ELSTER, 1982, p. 453 *apud* HODGSON, 2007, p. 97. Sob uma abordagem neo-institucionalista, o *individualismo metodológico* possibilitaria uma perspectiva reducionista do fenômeno social, pois, segundo esta postura: a) Social phenomena should be explained entirely in terms of individuals alone, and b) Social phenomena should be explained in terms of individuals plus relations between individuals. Assim, na visão de Hodgson, para uma compreensão holística dos fenômenos sociais, deve-se buscar um *institucionalismo metodológico*, o qual foca nas instituições e hábitos que moldam e são moldados pelos indivíduos, a partir da sua interação indivíduo-instituição. Cf. HODGSON, 2007.

uma nova roupagem: entre as chamadas *Teorias do Consenso*, as quais argumentam que a criação de regras constitucionais básicas de uma democracia devem reger-se pela lógica do consenso, e as *Teorias do Dissenso*, as quais privilegiam o princípio majoritário e até abordagens desconstrutivistas/pós-modernas²¹.

Neste contexto, fora notória a ampla recepção pelo direito constitucional brasileiro de teorias alienígenas, consubstanciada na recorrência do debate entre regras e princípios; da constitucionalização do direito; dos princípios e métodos de interpretação constitucional; das técnicas hermenêuticas de ponderação ou sopesamento e da teoria da argumentação jurídica, a maioria delas tendo como ponto comum a aposta no protagonismo dos juízes. Sem dúvida, há uma vasta literatura jurídica teorizando acerca destas temáticas, restando quase uma dicotomia no âmbito acadêmico entre apoiadores e críticos, bem como certa trivialização em sua abordagem²².

Não é outra a percepção de Streck²³ ao afirmar que o advento de uma nova Constituição exigira novos modos de análise: no mínimo, uma nova teoria das fontes, uma nova teoria da norma, uma nova teoria interpretativa e, fundamentalmente, uma teoria da decisão (teoria da validade).

Como resultado, para a elaboração da análise crítica ora pretendida, cabem considerações propedêuticas acerca da importação irrefletida e acrítica de construções teóricas desenvolvidas em sua origem em países com experiência e cultura constitucionais e institucionais diversas da nossa, sem a observância de apropriada recepção ao ordenamento jurídico pátrio²⁴.

21 Como exemplo do que consideramos *Teoria do Consenso*, Cf. HABERMAS, 2003. Em contrapartida, como exemplo de *Teoria do Dissenso*, Cf. WALDRON, 1999. O presente trabalho adota a perspectiva de Marcelo Neves, a qual caracteriza a sociedade moderna como pautada não pelo consenso, mas pelo *dissenso contudístico* decorrente de uma esfera pública pluralista, na qual os conteúdos valorativos e as visões de mundo discrepantes se entrecrocaram. Cf. NEVES, 2006, pp. 148-149.

22 Streck identifica marcadamente a existência de *incentivo* doutrinário de três posturas ou teorias de origem estrangeira: a jurisprudência dos valores, o realismo norte-americano (com ênfase no ativismo judicial) e a teoria da argumentação de Robert Alexy. STRECK, 2011a, p. 8.

23 O respectivo autor arremata pontuando que: “nossa tradição jurídica esta(va) assentada em um modelo liberal-individualista (que sempre operou com os conceitos oriundos das experiências da formação do direito privado francês e alemão), em que não havia lugar para direitos de segunda e terceira dimensões. Do mesmo modo, não há(via) uma teoria constitucional adequada às demandas de um novo paradigma jurídico”. STRECK, 2011a, p. 8.

24 NEVES, 2006, prefácio.

O conceito *reserva do possível*^{25 26} é o exemplo mais emblemático na prática jurídica e constitucional brasileira da incorporação distorcida de técnicas criadas para reduzir o espectro de discricionariedade judicial, mediante a adoção de parâmetros racionais, objetivos e pretensamente universalizáveis, os quais muitas vezes reproduzem efeito inverso, mascarando procedimentos decisórios arbitrários e voluntaristas²⁷.

Outro aspecto importante diz respeito à exigência de ponderação ou sopesamento nos casos de colisão entre princípios constitucionais, a qual revela a noção idealista do *mandamento de ponderação otimizante*, que somente poderia ter um significado prático se concebêssemos o juiz monológico (juiz Hércules dworkiniano^{28, 29}) ou uma intersubjetividade orientada consensualmente para a busca de solução dos chamados *hard cases*, mediante argumentação racional, asseguradas *condições ideais do discurso*³⁰.

A supracitada abordagem, todavia, certamente, é de manifesta subestimação da complexidade constitucional em sociedades hipercomplexas, haja vista que durante o processo político-decisório os indivíduos normalmente *discordam* a respeito dos meios de concretização das finalidades

25 Referido conceito tem sua origem em construção jurisprudencial do Tribunal Constitucional alemão e fora utilizado pela primeira vez em decisão conhecida como *Numerus Clausus* – BverfGE 33, 303 (333), a qual tratou do direito ao acesso ao ensino superior diante do problema da restrição do número de vagas nas Universidades Públicas. Para uma análise mais detalhada do problema da transposição deste conceito para a prática constitucional brasileira de forma acrítica, desvirtuando seu propósito original, com base nas realidades histórico-sociais e político-econômicas do Brasil e da Alemanha, Cf. KRELL, 2002.

26 De acordo com a concepção original do Tribunal Constitucional Alemão, a reserva do possível estabeleceria o que o indivíduo pode, racionalmente falando, exigir da coletividade, no intuito de evitar exigências acima de um certo limite básico social, cabendo ao Legislador o juízo primário. No entanto, a doutrina e jurisprudência brasileira, de forma diversa, associa a promoção dos direitos sociais à disponibilidade de recursos orçamentários, a partir da qual se seguem diferentes concepções ativistas acerca da possibilidade de controle judicial dos direitos sociais e das políticas públicas. Cf. GONÇALVES, 2011, p. 328-329.

27 CABALLERO, C.; TAVARES, R.S., 2010, p. 157.

28 O “tipo ideal” do “juiz Hércules” é caracterizado por Dworkin como “um juiz imaginário, de capacidade e paciência sobre-humanas, que aceita o direito como integridade”. Cf. DWORKIN, 2007, p. 287.

29 Marcelo Neves propõe aproximação conceitual entre o modelo contrafactual de ponderação otimizante e a noção de única/melhor decisão correta, defendidas respectivamente por Robert Alexy e Ronald Dworkin. Cf. NEVES, 2013, p. 141.

30 Alexy considera que uma resposta correta para cada caso apenas poderia ser admitida se recorrermos a cinco idealizações da teoria do discurso: a) tempo ilimitado; b) informação ilimitada; c) clareza lingüística conceitual ilimitada; d) capacidade e disposição ilimitada para a mudança de papéis e e) carência de pré-concepções ilimitada. ALEXY, 1988, p. 151.

públicas³¹, bem como, negligência um *dissenso estrutural*³² a partir das inúmeras expectativas de comportamento humano decorrentes das variadas possibilidades de leituras morais baseadas em princípios³³.

No que tange à racionalidade das decisões tomadas com base em princípios constitucionais colidentes, observa-se certo caráter de *falibilidade*³⁴, haja vista a possibilidade de fatos jurídicos com características idênticas serem entendidos de maneira diversa, em face do casuísmo judicial nas decisões de *hard cases*, aceito pela jurisprudência de matriz principiologista, norteadas pelas técnicas de ponderação/sopesamento. Na esteira deste processo decisório, decisões *ad hoc* tendem a afastar, relativizar ou violar direitos e garantias fundamentais, a partir da superação das próprias regras constitucionais por construções jurisprudenciais, constituindo severa ameaça ao Estado Democrático de Direito.

Ainda, em face destas teorias de interpretação jurídica de cunho moral altamente complexas e abstratas³⁵, observam-se decisões judiciais baseadas em princípios igualmente abstratos, negligenciando os problemas institucionais³⁶ relacionados ao procedimento de interpretação e concretização do direito, em seu aspecto operacional, pelas múltiplas instituições estatais concretas.

31 Waldron, considerando o dissenso como inerente ao processo decisório em sociedades pluralistas: “The specification of social goals – to which participatory rights are supposed (on his account) [de John Elster] – is not only intensely controversial in modern society; it is of course the primary subject matter of the very politics that participatory rights are supposed to constitute. Those who claim participatory rights are demanding the right to participate in resolving controversies of exactly this sort”. (...) But since people disagree about what rights we have or ought to have, the specification of our legal rights has to be accomplished through some political process”. Cf. WALDRON, 1999, p. 243.

32 Neves identifica como fator desencadeador deste *dissenso estrutural* a ideia de *dupla contingência*, a qual evidenciará perspectivas antagônicas, sem que se possa contar nem com o convencimento (do *auditório universal*) de todos os destinatários atuais e potenciais da Constituição nem com a persuasão (do *auditório particular*) dos envolvidos efetivamente na solução do caso. Cf. NEVES, 2013, p. 142.

33 NEVES, 2013, pp. 141-142.

34 O conceito de *falibilidade* é desenvolvido por Neves no esteio do conceito sistêmico de *contingência*, de origem luhmanniana.

35 Em um olhar crítico das teorias de interpretação jurídicas abstratas: Typically interpretive issues are debated at high level of abstraction, by asking questions about the nature of interpretation, or by making large claims about democracy, legitimacy, authority, and constitutionalism. But most of the time, large-scale claims of these kinds cannot rule out any reasonable view about interpretation. Cf. SUNSTEIN; VERMEULE, 2002, p. 2.

36 Acerca dos problemas institucionais. Cf. BOLONHA; EISENBERG; RANGEL, 2011.

No esforço de demonstrar a inutilidade e/ou limites concretos das teorias abstratas na resolução de desacordos acerca do método interpretativo apropriado a concretização do texto constitucional, Vermeule aponta para um sério problema destas visões contemporâneas: o típico equívoco da tentativa de transição direta de conceitos ou premissas políticas e morais de alto nível de abstração (tais como: compromisso com a democracia, dignidade da pessoa humana, justiça, equidade, etc.) para conclusões sobre arranjos institucionais ou abordagens interpretativas³⁷.

Com efeito, mesmo com a forçosa consideração de que pessoas razoáveis concordam com a maioria dos princípios constitucionais³⁸ – fato que evidenciaria certa perspectiva perfeccionista outrora rechaçada – essa concordância no plano valorativo não necessariamente se materializa no desenho institucional, plano prático, ou seja, o acordo sobre princípios básicos não se reflete em um segundo nível, de maior especificidade. Em face deste *gap* operacional, surge a necessidade de se buscar uma perspectiva institucional que auxilie na compreensão dos desenhos e mecanismos institucionais quando do processo decisório.

37 VERMEULE, 2006, p. 13.

38 Reiterando a perspectiva epistemológica supracitada, o presente estudo trabalha sob um paradigma da impossibilidade de consenso sobre um determinado modelo de sociedade universalmente aplicável, haja vista que, no plano da Filosofia Política, as sociedades contemporâneas são marcadas pela complexidade e pelo pluralismo, bem como, pela existência de profundos “desacordos morais razoáveis” entre inúmeras “doutrinas abrangentes”. Cf. NETO, 2006. Este entendimento, inclusive, norteou importante *turnpoint* na Teoria da Justiça de Rawls, ao conceber como um dos objetivos centrais da teoria política contemporânea “compreender como é possível existir, ao longo do tempo, uma sociedade estável e justa de cidadãos livres e iguais profundamente divididos por doutrinas religiosas, filosóficas e morais razoáveis, embora incompatíveis”. Cf. RAWLS, 2000. p. 25. No trecho a seguir, Kok-Chor Tan sintetiza o conceito Rawlsiano de *burdens of judgments*: A reasonable disagreement for Rawls is a disagreement of a particular sort. It is a disagreement that stems from differences over deep philosophical, moral, or religious comprehensive views and commitments. These commitments can give rise to reasonable disagreements because they involve what Rawls calls “the burdens of judgments” concerning the epistemological and ontological status of these metaphysical, moral, and philosophical claims, and hence are irresolvable differences. Cf. TAN, 2006, p. 90.

3. Neoconstitucionalismo³⁹ e novo constitucionalismo latinoamericano⁴⁰: apontamentos sobre os equívocos do fascínio da doutrina brasileira

No plano da teoria do direito e da teoria constitucional observou-se o disseminar do debate em torno da *constitucionalização do direito*⁴¹ e do Neoconstitucionalismo⁴² na doutrina constitucional brasileira. Em paralelo, a contextualização do atual momento político latinoamericano, a partir de profundas mudanças sociais, políticas e institucionais vivenciadas principalmente em países andinos (Equador, Bolívia e Colômbia), despertou o olhar acadêmico para as inovações normativas implementadas em suas constituições, sob o conceito de Novo Constitucionalismo Latinoamericano⁴³.

39 A terminologia *Neoconstitucionalismo* fora utilizada pioneiramente pela jurista italiana Suzanna Pozzolo durante conferência em Buenos Aires, concebendo-o como “um certo modo antijuspositivista de se aproximar o direito”. Cf. DUARTE; POZZOLO, 2010, p. 77. Todavia, faz-se necessária a ressalva epistemológica de que resta inconsistente qualquer tentativa de categorizar de modo uniforme o presente fenômeno constitucional, haja vista as variadas formas de entendê-lo e interpretá-lo já consagradas em doutrina nacional e estrangeira. Neste sentido, Miguel Carbonell, em coletânea clássica sobre o tema, o define como *Neoconstitucionalismo (s)*, tendo em vista as múltiplas possibilidades de construção e constituição desse movimento. Cf. CARBONELL, 2006, p. 75. Ainda, na doutrina nacional, Eduardo Moreira propõe classificação didática para a devida compreensão do novel paradigma: a) Neoconstitucionalismo teórico; b) Neoconstitucionalismo filosófico; c) Neoconstitucionalismo político e Neoconstitucionalismo total. Cf. MOREIRA, 2008, pp. 21-22. Ver também sobre o tema: MARMELSTEIN, 2009; SARMENTO; SOUZA NETO, 2007; BARROSO, 2008a.

40 São características desse novo paradigma constitucional elencam-se: a) a originalidade dos institutos previstos no texto constitucional; b) a limitação da atuação do poder constituído; c) rigidez constitucional; d) o fomento à participação popular, mediante o desenvolvimento de novos instrumentos de democracia participativa e cidadania ativa, em revisão do modelo de democracia representativa, baseado na representação política através de partidos políticos. Como atributo peculiar ao Novo Constitucionalismo Latinoamericano tem-se a) o reconhecimento e o empoderamento da população indígena, historicamente marginalizada dos processos político-decisórios, fato evidenciado na fundação do chamado Estado Plurinacional da Bolívia, no qual as 36 etnias indígenas são reconhecidas como nações; b) a coexistência da jurisdição Indígena Campesina com a Jurisdição Ordinária; c) a composição mista do Tribunal Constitucional Plurinacional. Cf. VICIANO; DALMAU, 2010, pp. 24-26 e 34-35.

41 Este fenômeno também é concebido na doutrina estrangeira, nas palavras do jurista italiano Riccardo Guastini, como *impregnação da constituição no ordenamento jurídico*. GUASTINI, 2006, p. 49. Na doutrina nacional é referido por Eduardo Moreira como *a invasão da constituição*.

42 Moreira apresenta a seguinte síntese acerca das características da referida vertente teórica: a) a presença invasora da constituição; b) o protagonismo judicial, ao invés da supremacia parlamentar; c) a revisão completa da teoria da interpretação, da teoria da norma e da teoria das fontes do direito; d) a ênfase nos princípios e nos direitos fundamentais; e) a técnica da ponderação e Estado Ponderador de normas constitucionais; f) o pensar o direito no plano da justificação/fundamentação da criação e aplicação do direito (influência da Teoria da Argumentação Jurídica) e g) a pretensão de correção como critério racional regulador do direito. Cf. MOREIRA, 2008, p. 38-39.

43 Para uma devida análise acerca do constitucionalismo contemporâneo na América Latina. Cf. GARGARELLA & COURTIS, 2010; YRIGROYEN, 2010.

Partindo-se da leitura dos estudos produzidos pelos professores Roberto Viciano Pastor e Rubén Martínez Dalmau⁴⁴, os quais promovem o cotejo entre o chamado Neoconstitucionalismo e o Novo Constitucionalismo Latinoamericano, o presente trabalho, em face dos pontos de aproximação entre as referidas correntes de pensamento jurídico⁴⁵, considerá-las-á como teorias normativas perfeccionistas, prescritivas e ideais, restando aplicadas a consideração crítica supracitada acerca das insuficiências do modelo principialista de interpretação-aplicação constitucional.

Referido paradigma normativo tem influenciado fortemente o pensamento jurídico brasileiro, evidenciando verdadeiro fascínio da doutrina nacional pela principiologia jurídico-constitucional, marcadamente, em relação à ponderação ou sopesamento entre valores, bens ou princípios; proporcionalidade e razoabilidade e métodos de interpretação constitucional⁴⁶.

Esta postura tem sido alvo de inúmeras críticas que apontam para o equívoco da consideração dos princípios constitucionais e da ponderação como *ultima ratio* para a resolução dos problemas constitucionais⁴⁷. Neste sentido, Silva⁴⁸ identifica o *sincretismo metodológico* como marca do atual estágio da discussão sobre interpretação constitucional na doutrina brasileira, haja vista a ausência nos estudos baseados no paradigma em questão de análises jurisprudenciais concretas que comprovem a possível aplicação

44 Referidos estudiosos são considerados os precursores do desenvolvimento teórico do chamado *Novo Constitucionalismo Latinoamericano*, tendo trabalhado *in loco* como assessores constituintes dos processos constitucionais do Equador, Bolívia e Venezuela.

45 Consideram-se como pontos de aproximação entre o *Neoconstitucionalismo* e o *Novo Constitucionalismo Latinoamericano*: a) a constitucionalização do ordenamento jurídico; b) a rigidez constitucional; c) a força normativa dos princípios e a sua presença abundante nas constituições; d) constituições analíticas/prolixas, em razão da busca da permanência da vontade do constituinte, face à necessidade de estabilidade institucional). Para analisar comparativamente os pontos de aproximação e tensão entre, ver quadro ilustrativo constante no nosso trabalho: VIEIRA; SANTOS; MARQUES; SOUZA; DIAS, 2013.

46 Neves associa este fascínio aos processos de democratização e constitucionalização que ocorreram nas últimas décadas do século XX, na América Latina, especialmente no Brasil, após um longo período de regimes autoritários que retiraram liberdades civis e políticas. Cf. NEVES, 2013, p. 171.

47 NEVES, 2013, p. 175.

48 Como síntese da ideia desenvolvida pelo conceito de *sincretismo metodológico* tem-se a adoção de catálogos de princípios e métodos de interpretação, propostos por doutrinas e práticas constitucionais diversas – no presente estudo, especificamente no caso do Neoconstitucionalismo, pode-se citar a matriz constitucional alemã, enquanto que no caso do Novo Constitucionalismo Latinoamericano cite-se a matriz constitucional auzina – e transplantados para o Brasil como se constituíssem algo universal, não passando, muitas vezes de discussão meramente teórica, sem o devido apego ao rigor dogmático, teórico e metodológico. SILVA, 2005, p. 182.

prática de métodos e princípios de interpretação constitucional largamente difundidos na doutrina e jurisprudência brasileira.

Em contrapartida, na esteira da análise prática da correlação entre previsão constitucional - a partir de transposição de modelos alienígenas - e resultado fático, Fábio Nadal⁴⁹, apoiado em dados estatísticos, ao confrontar a realidade fática e a determinação constitucional expressa sobre a educação e a saúde, assevera que não existe correspondência direta entre estas variáveis, pois outros são os fatores que preponderam no suporte dado pelo Estado.

Ainda, no presente estudo, o autor também demonstra que o percentual de desenvolvimento humano não tem correspondência com a natureza e a forma de organização das constituições, já que entre os primeiros de uma lista mundial aparecem países com Constituições sintéticas, analíticas, e até com Constituição histórica – caso do Reino Unido.

No mesmo sentido, estudo elaborado pelo advogado Octavio Luiz Motta Ferraz, teve por objetivo a análise dos efeitos do fenômeno da *judicialização da política*⁵⁰ na saúde brasileira, em face do crescimento exponencial, nos últimos anos, do número de decisões judiciais que determinam ao Poder Público o custeio de tratamentos de saúde ou fornecimento de medicamentos com base na aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana.

Como resultado, concluiu-se que, a despeito da pretensa efetivação plena dos direitos fundamentais advinda com a *judicialização da saúde*, as ações judiciais para a obtenção de remédios no Brasil estão concentradas em áreas ricas e focam excessivamente em tratamentos de alto custo, que não favorecem pessoas com as piores condições socioeconômicas, bem como aumentam as desigualdades do sistema de saúde brasileiro⁵¹.

49 NADAL, 2006, p. 93-102.

50 A judicialização da política é concebida por Hirschl como “o recurso cada vez maior a tribunais e a meios judiciais para o enfrentamento de importantes dilemas morais, questões de política pública e controvérsias políticas”. Cf. HIRSCHL, 2009, p. 140. Sobre as distinções entre ativismo e judicialização: TASSINARI, 2013; BARROSO, 2008b; VALLE, 2009.

51 Ferraz afirma que “a judicialização garante a poucos, aos que têm acesso mais fácil ao Judiciário, benefícios que o Estado não pode dar a toda a população, já que os recursos são necessariamente escassos”. Em outro estudo de sua autoria ainda não publicado a desigualdade é traduzida em números: os cinco Estados com melhor Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) concentram quase 75% dessas ações em nível federal, embora representem cerca de 45% da população do país. Ressalta que “como a taxa de sucesso dessas ações é altíssima, o privilégio dos que buscam os tribunais não é baseado em nenhuma concepção de justiça, mas exclusivamente na habilidade de recorrer ao Judiciário - algo que os mais pobres e necessitados não possuem”. Cf. FERRAZ, 2009, pp. 33-45.

A ausência de uma conexão sólida entre a ordem normativa e a prática jurídico-constitucional evidencia a inconsistência jurídica das diversas formulações da teoria constitucional em torno da devida relação recíproca entre prática e dogmática jurídica ou teoria do direito refletida no abuso da utilização de princípios e na ponderação desmedida⁵², os quais sugerem uma equivocada superioridade intrínseca destes sobre as regras constitucionais⁵³.

Ainda, quanto à prática-constitucional brasileira, cabe o registro de um fenômeno peculiar a nossa realidade constitucional contemporânea, qual seja, o *panprincipiologismo*, caracterizado pela utilização da *ponderação* como um verdadeiro *princípio*. Segundo Streck⁵⁴, os tribunais nacionais fazem um uso equivocado da teoria da argumentação alexyana, utilizando-a como se fosse um enunciado performativo, uma espécie de álibi teórico capaz de fundamentar os posicionamentos mais diversos.

Por fim, ressalte-se que na própria Alemanha, berço do modelo principialista de interpretação-aplicação constitucional, há indícios de que a chamada *Jurisprudência dos Valores*⁵⁵ está sendo paulatinamente superada⁵⁶, evidência maior de que devemos sair do estado de deslumbramento diante daquilo que vem de fora e do “novo”, que desde há muito não é mais novo⁵⁷.

52 Streck lista mais de quarenta desses *standards* jurídicos, enfatizando tratar-se de resultado de construção voluntarista por parte de juristas descomprometidos, em sua maioria, com a deontologia do direito. STRECK, 2011b, pp. 477-489.

53 NEVES alerta para o equívoco do afastamento de regras constitucionais a partir da invocação retórica de princípios, sob a pretensa observância da teoria da argumentação de Alexy citando-o diretamente: “Isso traz à tona a questão da hierarquia entre os dois níveis. A resposta a essa pergunta somente pode sustentar que, do ponto de vista da vinculação à constituição, há uma primazia do nível das regras. [...] É por isso que as determinações estabelecidas no nível das regras têm primazia em relação a determinações alternativas com base em princípios”. NEVES, 2013, p.192.

54 Este conceito desenvolvido por Streck encontra-se sintetizado no trecho a seguir: “é um subproduto do *neoconstitucionalismo* à brasileira, que acaba por fragilizar as efetivas conquistas que formaram o caldo de cultura que possibilitou a consagração da Constituição brasileira de 1988. Esse pan-principiologismo faz com que – a pretexto de se estar aplicando princípios constitucionais – haja uma proliferação incontrolada de enunciados (*standards*) para resolver determinados problemas concretos, muitas vezes ao alvedrio da própria legalidade constitucional”. Cf. STRECK, 2011a, pp. 11-12.

55 A tese principal da *Jurisprudência dos Valores* difundida no Brasil dentre outros autores por Luis Roberto Barroso, Ana Paula de Barcellos e Daniel Sarmento concebe que “a Constituição é uma ordem concreta de valores”, sendo o papel dos intérpretes o de encontrar e revelar esses interesses ou valores. STRECK, 2011a, p. 10.

56 NEVES, 2013, p. 187.

57 SILVA, 2005, p. 140.

4. A virada institucionalista na teoria interpretativa: um olhar sobre os desenhos institucionais de pequena escala

Antes de dar início a análise da perspectiva institucional, cabe a ressalva de que o seu crescente interesse dar-se-á pela *unilateralidade* da doutrina constitucional brasileira, mormente por parte dos adeptos das chamadas *teorias modernas da interpretação constitucional*. Estas teorias normativas acabam por ignorar debates profícuos ao desconsiderar que os debates acerca da principiologia e metodologia de interpretação constitucional são meramente parte da questão constitucional⁵⁸.

A respectiva postura revela a preocupação excessiva com uma abordagem meramente teórica, bem como o foco apenas em uma única instituição: o Poder Judiciário, desconsiderando a análise acerca do desempenho de suas funções e competências intra-institucionais (*inputs*) e a sua relação dialógica interinstitucional (*outputs*)⁵⁹.

A justificativa para a apontada insuficiência da abordagem perfeccionista, prescritiva e ideal típicas das teorias de interpretação jurídica modernas estaria na desconsideração das chamadas *questões institucionais*, haja vista sua tradicional perspectiva focada na figura do intérprete, a qual possui como questionamento central: *como determinado texto jurídico pode ser melhor interpretado?*, ao invés de *como os juízes reais devem interpretá-lo?*⁶⁰.

Referida insuficiência ilustrada no estudo empírico supracitado sobre a judicialização da saúde no Brasil reflete a *cegueira institucional*⁶¹, característica das teorias normativas modernas, especificamente, no presente estudo,

58 NEVES, 2013, p. 141.

59 BOLONHA; EISENBERG; RANGEL, 2011, p. 289.

60 Para os referidos autores “the central question is not “how, in principle, should a text be interpreted?” The question instead is “how should certain institutions, with their distinctive abilities and limitations, interpret certain texts?”. Cf. SUNSTEIN; VERMEULE, 2002, p. 2.

61 São três os tipos de *cegueira institucional* que desconsideram à análise das instituições concretas tratados por Vermeule: a) *out-and-out philosophizing*: an account of interpretation from resolutely noninstitutional premises, particularly high-level political concepts like “democracy”, “authority” or “integrity” or abstractions about the character of legal language. Philosopher-lawyers like Ronald Dworkin are the paradigm here; b) *stylized institutionalism*: here the interpretative theorist talks about comparative institutional competence, but in a stylized or a stereotyped way, on the basis of abstract visions of “legislatures”, “agencies” and “courts”. (...) In these and other versions, stylized institutionalism proceeds by reference to conceptual claims about the essential features of legislatures, courts and agencies, rather than by the reference to empirical claims about institutions in particular legal systems; c) *asymmetrical institutionalism*: a distinct but related mistake is to take a cynical or pessimistic view of some institutions and an unjustifiably rosy view of others. Cf. VERMEULE, 2006, p. 16.

do *Neoconstitucionalismo* e do *Novo Constitucionalismo Latinoamericano*, haja vista a negligência de considerações institucionais.

Observa-se que as teorias normativas em tela focalizam a investigação do fenômeno constitucional centradas no alargamento da Jurisdição Constitucional, desprestigiando a atividade propriamente dita das instituições jurídico-sociais. Assim sendo, resta negligenciada a análise do desempenho da *atividade institucional*, face à desconsideração das *capacidades institucionais* e dos *efeitos sistêmicos*.

Constatada a insuficiência dos tradicionais paradigmas teórico-constitucionais para a compreensão da realidade constitucional contemporânea e a partir da crítica em relação às chamadas visões perfeccionistas, Vermeule aponta como modelo de estrutura e atividade institucional a ser adotado pelo Estado Democrático de Direito o *second-best democracy* (aquilo que efetivamente pode alcançado através da *atividade institucional*), ao invés do *first-best* (mera idealização da *atividade institucional*), tendo em vista que as instituições no plano operacional se deparam com limitações por elas ignoradas⁶².

Importante contribuição, sob viés pragmático, trazida pela *Virada Institucional*⁶³, são os conceitos de *institutional design writ large* e *mechanisms of democracy*⁶⁴, no fito de auxiliar na compreensão do papel e da configuração dos desenhos e mecanismos institucionais, bem como na construção de mecanismos que possam constituir alternativas à dicotomia supremacia do Legislativo vs. supremacia do Judiciário e às tradicionais teorias de inter-

62 Apontando a inerência de certo grau de limitação e/ou incapacidade das instituições sociais, da qual decorreria a temeridade para um regime democrático da atribuição de tamanho poder deliberativo a uma única instituição, haja vista a possibilidade de verificação de *efeitos sistêmicos negativos*. Cf. BOLONHA; EISENBERG; RANGEL, 2011, p. 301.

63 Vermeule e Sunstein sintetizam a noção de *Virada Institucional* no trecho a seguir: Those who emphasize philosophical arguments, or the idea of holistic or intratextual interpretations, seem to us to have given far too little attention to institutional questions. Here as elsewhere, our minimal submission is that a claim about appropriate interpretation is incomplete if it does not pay attention to considerations of administrability, judicial capacities, and systemic effects in addition to the usual imposing claims about legitimacy and constitutional authority. But we have also suggested the possibility that in constitutional law, an assessment of those issues might lead to convergence, on appropriate methods, from those who disagree about what ideal judges should do. Cf. SUNSTEIN; VERMEULE, 2002, p. 48.

64 Vermeule explicita os temas relacionados ao conceito de *institutional design writ large* no trecho a seguir: the debate center on mass elections, the separation of powers, federalism, and other large-scale institutional structures". Em contrapartida, ao relacionar o conceito de *mechanisms of democracy* e *institutional design writ small*, sintetiza-o como "a repertoire of small-scale institutional devices and innovations that promote democratic values against the background of standard large-scale institutions. Cf. VERMEULE, 2007, pp. 1-2.

pretação constitucional com foco restrito à norma jurídica, permitindo a contribuição cooperativa de outras esferas – seja de poder político organizado, seja da sociedade.

Em análise da arquitetura institucional⁶⁵ proposta pelo Neoconstitucionalismo e pelo Novo Constitucionalismo Latinoamericano⁶⁶, tem-se que ambas teorias normativas focalizam desenhos constitucionais de larga escala, tais como: a separação de poderes, a soberania popular, supremacia da constituição, etc. Ao passo que, ao contrário do paradigma de rupturas institucionais ou profundas reformas, característicos destas práticas constitucionais, o conceito de *mechanisms of democracy* trabalha na lógica de rearranjo/rearquitetura institucional, por entender que o esforço em identificar mecanismos já existentes, ou tentar conceber novos mecanismos, em uma esfera mais reduzida de desenho institucional se apresenta como uma saída democrática mais estratégica e eficaz do que a alcançada com alterações em arranjos de maior escala⁶⁷.

5. Conclusão

A análise das teorias jurídicas contemporâneas, a partir da Teoria Institucional, possibilita um novo olhar, sob perspectiva holística, para a compreensão do fenômeno constitucional. Enquanto a agenda acadêmica do final do século XX mais parece um trabalho sísifício, tão eterno quanto inútil, uma vez que se encontrara pautada na busca persistente por um padrão decisório consensual que representasse a superação do paradigma jurídico

65 Na doutrina nacional, em uma abordagem interdisciplinar, Carvalho propõe a constituição de uma *nova arquitetura institucional*, que possua como pano de fundo o redimensionamento do desenho institucional do Estado brasileiro, pressupondo-se não mais a centralidade do debate teórico na figura de um ou outro titular, mas sim, o reconhecimento de que nenhum dos sujeitos constitucionais se revela, por si só, apto a solucionar profundos dissensos. Cf. CARVALHO, 2004, pp. 115-126). Apontando para a necessidade de discussão de um novo arranjo nas relações institucionais entre os Poderes Constitucionais e de uma maior participação da Sociedade Civil no processo político-decisório. Cf. SILVA; MOURA; BERMAN; VIEIRA; TAVARES; VALLE, 2010.

66 Um olhar comparativo das experiências constitucionais vivenciadas recentemente nos países andinos que referenciam o *Novo Constitucionalismo Latinoamericano* revela importantes elementos comuns, especialmente em relação à forma como organizam o desenho institucional. Neste sentido, Couso apresenta síntese “intentando identificar el ‘hilo conductor’ que une al diseño constitucional de Venezuela, Bolivia y Ecuador, este pareciera ser la concentración del poder político en torno al Ejecutivo, de manera de dotarlo de facultades suficientes como para avanzar en transformaciones económico-sociales profundas”. Cf. COUSO, 2013, p. 12.

67 ALMEIDA; RANGEL, 2012, p. 12.

positivista, bem como, propiciasse a utilização de critérios interpretativos racionais, universais e objetivos limitadores da discricionariedade judicial, a perspectiva institucional nos possibilita o contraste à unilateralidade metodológico-interpretativa da constituição.

O presente estudo, nesta linha de pensamento, teve por objetivo a rediscussão do papel da Constituição, apontando para a necessidade de rearranjo da arquitetura institucional em busca de uma configuração adequada para as instituições democráticas, a partir da superação de tradicionais concepções interpretativas e da construção de um processo político-decisório estável, simétrico, menos ativista, mais dialógico, por parte dos sujeitos constitucionais.

No âmbito da teoria do direito e da teoria constitucional, o Poder Judiciário, sem dúvidas, apresenta-se como um ator destacado da defesa e garantia de direitos fundamentais. Todavia, em sociedades complexas e pluralistas não se pode atribuir estaticamente a apenas um Poder Constitucional a definição do sentido da constituição, bem como desconsiderar a dimensão prática do funcionamento e do comportamento das instituições políticas, seus processos decisórios e seus rebatimentos em outras esferas de interesse.

Por fim, deve-se manter vigilante para que a compreensão da tarefa de investigação do papel das instituições jurídicas e de concretização da constituição não reedite o estado de deslumbramento diante daquilo que vem de fora e do “novo”, nem o debate academicista, de cunho teórico. Apontar para os limites e as complexidades dos novos desafios para a construção de uma teoria e práxis constitucional que fortaleça as instituições democráticas brasileiras já nos remeteria ao pensamento do ensaísta francês R. Caillois: *Il n’y a pas d’efforts inutiles. Sisyphe se faisait les muscles*⁶⁸.

Referências bibliográficas

- ALEXY, Robert. Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica. Traducción de Manuel Atienza. *DOXA*, Alicante, n. 05, pp. 139-151, 1988. Disponível em: <http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/public/12471730982570739687891/cuaderno5/Doxa5_07.pdf?portal=4>. Acesso em: 15 set. 2013.

68 “Não existem esforços inúteis. Sísifo ganhava músculos” (tradução nossa). Cf. CAILLOIS, 1946.

- _____. *Constitucionalismo discursivo*. Tradução de Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- _____. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.
- ALMEIDA, Maíra V.; RANGEL, Henrique. Os Efeitos Sistêmicos na Teoria Institucional. In: *Congresso Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito*, 2012, Rio de Janeiro. Anais do Congresso Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação - 2012.2, 2012.
- BARCELLOS, Ana Paula. As relações da filosofia do direito e a experiência jurídica. Uma visão dos séculos XVIII, XIX e XX. Algumas questões atuais, *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v.96, n. 351, pp. 3–17, jul./set. 2000.
- BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 3. ed. rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2008a.
- _____. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. *Consultor Jurídico*, 2008b. Disponível em: <www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em: 15 set. 2013.
- _____. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: *Temas de direito constitucional*. Tomo II. 2. ed. rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 3-46.
- BOBBIO, Norberto *et al.* *Dicionário de Política*. Vol. 1. Brasília: UnB, 1991.
- BOLONHA, Carlos; EISENBERG, José; RANGEL, Henrique. Problemas Institucionais do Constitucionalismo Contemporâneo. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Porto Alegre, v. 17, pp. 288-309, 2011.
- CABALLERO, C.; TAVARES, R.S. Direito, deliberações coletivas e limites da racionalidade: uma análise dos estreitos limites da racionalidade jurídica a partir dos conceitos de cascatas sociais e polarização de grupos. *Argumenta: Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica, da Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP, Jacarezinho*, n. 13, pp. 155-167, jul./dez. 2010.
- CAILLOIS, Roger. *Circonstanciellles*, 1946. Disponível em: <<http://citations.webescence.com/citations/Roger-Caillois/pas-efforts-inutiles-Sisyph-faisait-des-muscles-3733>>. Acesso em: 23 set. 2013.
- CALSAMIGLIA, Albert. Pospositivismo. *DOXA*, Alicante, n. 21, pp. 209-220, 1998. Disponível em: <http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/public/23582844322570740087891/cuaderno21/vol1/Doxa21_12.pdf?portal=4>. Acesso: 29 ago. 2013.
- CARBONELL, Miguel (org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2006.
- CARVALHO, Ernani Rodrigues. Em busca da judicialização da política no Bra-

- sil: apontamentos para uma nova abordagem. *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, n. 23, pp. 115-126, nov. 2004.
- COUSO, Javier. *Las Democracias Radicales y el “Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano”*. Disponível em: <http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/SELA13_Couso_CV_Sp_20130420.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2013.
- DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Suzanna. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da Teoria do Direito em tempos de interpretação moral da constituição*. 2. ed. São Paulo: Landy, 2010.
- DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo; revisão técnica: Gildo Sá Leitão Rios. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- FERRAZ, Octavio L. M. The right to health in the courts of Brazil: worsening health inequities? *Health and Human Rights: an international journal*, v. 11, n. 2, pp. 33-45, 2009. ISSN 1079-0969. Disponível em: <<http://www.hhrjournal.org/2013/08/29/the-right-to-health-in-the-courts-of-brazil-worsening-health-inequities>>. Acesso em: 24 ago. 2013.
- GARGARELLA, Roberto; COURTIS, Christian. *El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes*. CEPAL: Santiago de Chile, 2009.
- GONÇALVES, Thiago de Oliveira. Metodologia de análise comparativa da reserva do possível: evitando-se a “importação” equivocada do conceito. *Rev. Fac. Direito UFMG*, Belo Horizonte, n. 58, pp. 311-346, jan./jun. 2011.
- GUASTINI, Riccardo. La “constitucionalización” del ordenamiento jurídico: el caso Italiano. In: CARBONELL, M. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2006.
- HIRSCHL, Ran. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. *Revista de Direito Administrativo FGV Direito Rio*, Rio de Janeiro, v. 251, pp. 139-178, mai./ago. 2009. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/7533/6027>>. Acesso em: 18 set. 2013.
- HODGSON, Geoffrey M. Institutions and Individuals: Interaction and Evolution. *Organization Studies*, Atenas, v. 28(1), pp. 95-116, jan. 2007. Disponível em <<http://www.geoffreyhodgson.info/user/image/instindiv.pdf>>. Acesso em: 05/03/2014.
- KRELL, Andreas Joachim. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado*. Porto Alegre: S.A. Fabris, 2002.
- MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander. *O uso criativo dos paradoxos do direito: a aplicação dos princípios gerais do direito pela corte de justiça européia*. Florianópolis, 1994. Dissertação (Mestrado em Direito). Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina.

- MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- MOREIRA, Eduardo. *Neoconstitucionalismo: a invasão da Constituição*. São Paulo: Método, 2008.
- NADAL, Fábio. *A Constituição como mito: o mito como discurso legitimador da constituição*. São Paulo: Método, 2006.
- NETO, Cláudio Pereira de Souza. *Teoria constitucional e democracia deliberativa: um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- NEVES, Marcelo. *Entre Thêmis e Leviatã: uma relação difícil: o estado democrático de direito a partir e além de Luhmann e Habermas*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- _____. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013.
- PILDES, Richard. LEVINSON, Daryl. Separation of Parties, Not Powers. *Harvard Law Review*, Cambridge, v. 119, n. 1, pp. 1-73, 2006.
- POSNER, Eric; VERMEULE, Adrian. *The Executive Unbound: after the madisonian republic*. New York: Oxford University Press, 2011.
- RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímolli Esteves. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- _____. *O Liberalismo Político*. 2. ed. rev. São Paulo: Ática, 2000.
- SARMENTO, Daniel. SOUZA NETO, Cláudio Pereira (orgs.). *A constitucionalização do direito – fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007.
- SILVA, Cecília de Almeida; MOURA, Francisco; BERMAN, José Guilherme; VIEIRA, José Ribas; TAVARES, Rodrigo de Souza; VALLE, Vanice Regina Lírio. *Diálogos institucionais e ativismo*. Curitiba: Juruá, 2010.
- SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In: Virgílio Afonso da Silva (org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005.
- STRECK, Lenio Luiz. As recepções teóricas inadequadas em terrae brasilis. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, v. 10, n. 10, pp. 2-37, jul./dez. 2011a.
- _____. *Verdade e Consenso*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011b.
- SUNSTEIN, Cass. *A Constitution of Many Minds: Why the Founding Document Doesn't Mean What It Meant Before*. Princeton: Princeton University Press, 2009.
- _____. Second-order perfectionism. *Fordhan Law Review*, New York, v. 75, n. 6, 2006.

- SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. Interpretation and Institutions. *Chicago Public Law and Legal Theory Working Paper Series*, Chicago, n. 28, 2002.
- TAN, Kok-Chor. The Problem of Decent Peoples. In: MARTIN, Rex; REIDY, David A. (Org.). *Rawls's Law of peoples: a realistic utopia?* Malden, MA: Blackwell Publishing, 2006, p. 76-94. Disponível em: <http://wlxt.whut.edu.cn/new/ddxfzsc/attachments/2/3/Rawls_s+Law+of+Peoples++A+Realistic+Utopia.pdf>. Acesso em: 21 set. 2013.
- VERMEULE, *Judging Under Uncertainty: an institutional theory of legal interpretation*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2006.
- _____. *Mechanisms of Democracy: Institutional Design Writ Small*. Cambridge, MA: Oxford University Press, 2007.
- _____. The interaction of democratic mechanisms. *Harvard Law School Public Law & Legal Theory Working Paper Series*, Cambridge, n. 09-22, 2009.
- _____. *The System of the Constitution*. Cambridge, MA: Oxford University Press, 2011.
- VICIANO. R. P; DALMAU. R. M. Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano. In: Corte Constitucional do Equador para el período de transición. *El nuevo Constitucionalismo latinoamericano*. Quito, 2010.
- VIEIRA, José Ribas. Saídas institucionais ou a força do processo democrático na prevalência da Constituição? *Direito Administrativo em Debate*. Rio de Janeiro, fevereiro, 2009. Disponível em: <<http://direitoadministrativoemdebate.wordpress.com>>. Acesso em: 21 ago. 2012.
- VIEIRA, José Ribas; SANTOS, Fabiana de Almeida Maia; MARQUES, Gabriel Lima; SOUZA, Rafael Bezerra de; DIAS, Sérgio Bocayuva Tavares de Oliveira. Impasses e alternativas em 200 anos de constitucionalismo latinoamericano. *RECHTD. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, São Leopoldo, v. 5, pp. 122-132, jul./dez. 2013.
- WALDRON, Jeremy. *Law and disagreement*. New York: Oxford University Press, 1999.
- _____. The Core of the Case Against Judicial Review. *The Yale Law Journal*, New Haven, v. 115, n. 1344, 2006.
- YRIGOYEN. R. Z. Y. *El Pluralismo Jurídico en la historia constitucional latinoamericana: de la sujeción a la descolonización*, 2010. Disponível em: <<http://www.scribd.com/doc/194283842/3-Ryf-2010-Constitucionalismo-y-Pluralismo-Br>>. Acesso em: 05 set. 2013.

Recebido em janeiro de 2014

Aprovado em fevereiro de 2014