

**BENVINDO, JULIANO ZAIDEN (2010). [OS  
LIMITES DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL:  
DESCONSTRUINDO O BALANCEAMENTO E O  
ATIVISMO JUDICIAL]. HEIDELBERG: SPRINGER.**

*// BENVINDO, JULIANO ZAIDEN (2010). ON THE  
LIMITS OF CONSTITUTIONAL ADJUDICATION:  
DECONSTRUCTING BALANCING AND JUDICIAL  
ACTIVISM. HEIDELBERG: SPRINGER.*

Gabriel Rezende de Souza Pinto

>> **SOBRE O AUTOR** // ABOUT THE AUTHOR

Doutorando em Direito pela Universidade de Brasília. // PhD Candidate in Law at Universidade de Brasília.

É comum que as resenhas se iniciem com um tipo de elogio que destaque a importância de determinada obra para o campo de estudos no qual ela se insere. Não é exatamente o que se pode dizer de *On the limits of constitutional adjudication: deconstructing balancing and judicial activism*, de Juliano Zaiden Benvindo. Não sem alguma complicação; não sem que a noção de campo já tenha sido complicada por ao menos duas razões. Em primeiro lugar, ainda que o livro, fruto de tese de doutorado apresentada conjuntamente à Universidade de Brasília e à Humboldt University, Berlin, se anuncie como um estudo de direito constitucional, fica muito rapidamente claro para o leitor que estes limites se dissolvem ante à naturalidade e à consistência com que Benvindo passeia por alguns dos mais complexos debates filosóficos da última metade do século XX. Notadamente naquilo que se organiza ao redor dos nomes de Jacques Derrida e Jürgen Habermas. Em segundo lugar, a ideia de *campo* é prejudicada porque toda a proposta do trabalho não é outra coisa senão a de uma crítica ferrenha ao movimento hegemônico que informa o direito constitucional contemporâneo – tanto em sua versão brasileira quanto alemã. Neste sentido, o texto de Benvindo não retira sua importância de uma suposta importância para o campo, mas antes do modo como coloca em xeque a força daquele senso comum, tomando parte de sua desconstrução.

Se o objeto da investigação já está apresentado desde o subtítulo, isto é, certa contraposição à ponderação (de valores, de princípios, talvez de *valores-princípios*) e ao ativismo judicial, ele se torna pensável desde um determinado percurso, um caminho no qual se vê o conceito de *racionalidade limitada*. Trilha e trilhadura em que se desdobra o dever da ponderação e do ativismo judicial como uma só coisa; um mesmo movimento a combinar pretensão à racionalidade e à centralização de decisões políticas de grande monta nas cortes constitucionais. Circula-se, de algum modo, ao redor do que dizia Jean de la Fontaine na fábula *O lobo e o cordeiro*: “a razão do mais forte é sempre a melhor”. Benvindo vai mostrá-lo, “logo em seguida”, na divisão triádica do livro.

No capítulo inicial é discutida a presença do princípio da proporcionalidade como método predominante de adjudicação e em seu interior a ponderação, ponto lógico de chegada dessa processualidade histórica. Três casos são destacados para tanto: o *Caso do crucifixo*, o *Caso da maconha* e o *Caso Ellwanger*. Tendo sido este último julgado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) e os dois outros pelo Tribunal Constitucional Federal (BVG) alemão, marcam-se os contornos da hegemonia que atravessa ambas as culturas jurídicas investigadas por Benvindo, a ponderação como entrada definitiva dos valores na forma-direito. Dissolvendo as margens dessa última, ela delinea a transposição do raciocínio político de alcance comum para o terreno típico da atividade das cortes constitucionais.

É exatamente a isto que Benvindo pretende se contrapor. Os dois capítulos seguintes analisam historicamente a ascensão do princípio da proporcionalidade e da ponderação à condição de metaprincípios constitucionais. Esse movimento enceta uma orientação clara: a mudança na autocompreensão do BVG e do STF em direção a um modelo de ativismo

judicial. Os tribunais constitucionais franqueariam, assim, a passagem dos direitos fundamentais enquanto direitos subjetivos para sua concepção em termos de princípios objetivos de uma ordem total. Nestes termos, o direito subjetivo deixa de funcionar como trunfo diante de desígnios das maiorias políticas, sendo posto em relação com formato da ordem de valores que os princípios desenhariam. A totalidade da ordem jurídica é agora a totalidade dos princípios objetivos e toda questão política pode ser manejada como uma questão de otimização dos direitos fundamentais. Se os princípios são mesmo máximas, as cortes constitucionais podem agora descrever a si mesmas como via de direito para sua concretização valorativa.

Benvido defende a interessante tese de que, tanto no Brasil quanto na Alemanha, a mudança para o ativismo judicial se relacionou à necessidade de responder a legados antidemocráticos. Dizer “nunca mais” ao *nazismo* e à ditadura militar comportava, de antemão, desconfiança quanto às instituições legislativas e ao poder executivo, julgados responsáveis pelas devastadoras práticas autoritárias ou, ao menos, incapazes de contra elas fazer frente. Antevia-se a indispensabilidade de um poder forte que suportasse a tarefa de defender os valores da democracia constitucional e realizar os direitos fundamentais. Autoimunidade: aquilo que é erigido para defender a democracia arrisca destruí-la. A ponderação torna-se hegemônica neste contexto porque é capaz de abrir duas diferentes sendas de legitimação: por um lado ela permitia tratar os direitos como se valores fossem, ampliando o escopo e a natureza da atividade judicial no cumprimento de sua nova tarefa – mesmo que isso significasse desconsiderar os limites tradicionais da noção de separação de poderes; por outro lado, ela permitia justificar o ativismo judicial ao dar-lhe aura de racionalidade. Através de inúmeros exemplos e de uma ampla reconstrução histórica do papel do *BVG* e do *STF* nas emergentes democracias alemã e brasileira, Benvido mostra como a ponderação acompanha a crescente centralidade das cortes constitucionais apagando as bordas entre direito e justiça no exato passo em que enfatiza a racionalidade de sua metodologia.

A segunda parte do livro é consagrada ao debate sobre a racionalidade da ponderação. Afinal, o que há de estranho em sua ascensão à condição de guardador de lugar da racionalidade jurisdicional? O quarto capítulo elege o modelo teórico de Robert Alexy como *locus* para a discussão e procura evidenciar os contornos de seus principais axiomas. Já na conhecida *tese do caso especial*, desenvolvida na *Teoria da Argumentação Jurídica*, enxerga-se a problemática dissolução dos contornos do direito num discurso em que os objetivos de uma dada comunidade podem prevalecer sobre garantias constitucionais. Em sua *Teoria dos direitos fundamentais*, Alexy traduz essa lógica num método que supostamente controlaria os riscos de irracionalidade das colisões normativas. O princípio da proporcionalidade e, em seu interior, a ponderação formam a metodologia racional para tempos de ativismo judicial.

Os dois capítulos 5 e 6 vão atacar estas premissas. Benvido adota uma estratégia algo heterodoxa e, por isso mesmo, bastante corajosa: opor-se

à ponderação por meio de um conceito de *racionalidade limitada* construído através da tensão produtiva entre a *différance* de Jacques Derrida e o procedimentalismo de Jürgen Habermas. Como que reproduzindo a resposta do primeiro ao convite de discussão proposto pelo segundo em 1999 – “já é tempo, não esperemos que seja tarde demais” –, Benvindo faz os dois filósofos dialogarem frente a sua necessidade de afrontar e enfrentar a ponderação. Com Derrida, ele esboça um pensamento da justiça que faça justiça ao outro. O direito é, assim, tomado no *double bind*, na aporia entre constitucionalismo e democracia. Entender que o direito é propriamente desconstrutível e que a justiça é a desconstrução significa perceber a indispensabilidade de ambos e o fato de que uma decisão digna do nome é sempre aquela que reside na indecidibilidade – a ser distinguida infinitamente da indecisão –, na diferenciação e no diferimento da presença de seu conteúdo, em sua irredutibilidade a qualquer conjunto de regras. Essa dinâmica de negociações infinitas se ajusta mal a um regramento metodológico que se pretende racional precisamente no controle da *différance*. Há algo de extremamente *logocêntrico* na ponderação.

Com Habermas, Benvindo busca uma espécie de *terapia* para o problema da indeterminação do direito e, portanto, da adjudicação no contexto de sociedades pós-convencionais. Pode-se, então, desenvolver uma crítica à ponderação através da ênfase em procedimentos orientados para o mútuo entendimento. A ideia habermasiana de intersubjetividade e suas consequências para a fundamentação de uma atividade judicial que não recorra a metodologias prévias fundamenta sua crítica. Benvindo não se limita a apontar, a partir dela, como a ponderação introduz elementos valorativos na adjudicação ou como seu critério de discricionariedade reduz direitos de minorias, mas também desaprova a suposta capacidade heurística de seu método de controle do conhecimento.

O conceito de *racionalidade limitada*, finalmente discutido em profundidade na terceira e última parte do trabalho, tenta dar conta de um diálogo possível entre *différance* e intersubjetividade e, por conseguinte, entre uma justiça simétrica e outra assimétrica. A tese defendida é a de que, por mais difícil e improvável que seja essa aproximação, há um jogo de complementaridade e compatibilidade entre elas. Se toda tradução é, a um só tempo, possível e impossível, então há que se enveredar a reflexão por uma resolução sem resolução: a tensão produtiva em seu horizonte de (in)tradutibilidade. Benvindo aposta numa espécie de aproximação entre o filosofar de Derrida e o de Habermas diante de questões institucionais mais concretas, como a adjudicação. A *racionalidade limitada* não apenas se coloca neste espaço, mas dá espaço para que estas questões irrompam numa dinâmica de busca pela justiça. O capítulo derradeiro opera um retorno aos três casos judiciais ao início do trabalho estudados para repensá-los à luz dessa racionalidade que se sabe limitada. Destacam-se três axiomas de sua abordagem: a) enfoque na singularidade do caso concreto para além das fórmulas prévias simplificadoras; b) reconstrução da história institucional para manutenção da consistência do sistema de direitos; c) uma adjudicação que afirme o “outreidade” do outro.

É assim que Benvindo apresenta como alternativa à ponderação uma conexão renovada entre “o mundo empírico” e uma razão limitada. No limite, assunto de limites. Em sendo assim, a racionalidade convida também a pensar a porosidade de sua limitação, o que a atravessa, o que desfaz a pura fronteira. Qualquer que seja resposta, ante o *limen*, é preciso ler *On the limits of constitutional adjudication*.