

NEOCONSTITUCIONALISMO(S): POTENCIALIDADES E OBJEÇÕES RELACIONADAS AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO BRASILEIRO

Rafael Campos Soares da Fonseca¹

RESUMO: Este trabalho versa sobre a recepção do “neoconstitucionalismo” em suas variadas vertentes pelo Direito brasileiro de modo a formular os méritos e deméritos dessa adoção a partir de uma análise enfocada na consolidação do Estado Democrático de Direito afirmado pela Constituição de 1988.

PALAVRAS-CHAVE: Neoconstitucionalismo. Direito Constitucional Brasileiro. Estado Democrático de Direito.

ABSTRACT: This work deals with the reception that the “neoconstitucionalism” in its many forms have encounter in Brazilian Law in order to formulate the risks and possibilities of this adoption through an analysis concentrated in the consolidation of a democratic State ruled by the Law as it is affirmed by the Brazilian Constitution of 1988.

KEY-WORDS: Neoconstitucionalism. Brazilian Constitutional Law. Rule of Law.

INTRODUÇÃO

Nas últimas duas décadas, o Direito brasileiro, assim como a própria sociedade e o Estado, sofreu inúmeras transformações associadas ao contexto de redemocratização do Brasil. Em decorrência dessas, sob a égide da Constituição de 1988, a dogmática constitucional pátria se viu desapercibida em termos instrumentais para lidar com tamanha profusão de situações advindas da complexidade e pluralidade da sociedade civil e do próprio Estado. A resultante disso foi a emergência do modelo do Estado Constitucional de Direito, o qual possui como fator precípua de identificação a subordinação da legalidade às constituições rígidas, que por sua vez acarreta alterações no estatuto epistemológico da ciência jurídica, no papel da jurisdição e a introdução de uma dimensão substancial nas naturezas tanto das condições de validade das normas quanto da própria

¹ Graduando em Direito pela Universidade de Brasília.

democracia.²

A partir desse panorama, este artigo lidará com a recepção do neoconstitucionalismo pelo Direito Brasileiro. O neoconstitucionalismo é uma linha de pensamento formulada nos ambientes acadêmicos da Espanha e da Itália, e incorporada aos debates brasileiros a partir da grande difusão da chamada “trilogia neoconstitucional”, isto é, três coletâneas de artigos editadas pelo jurista mexicano Miguel Carbonell, que lançariam indicações da base conceitual dessa nova matriz teórica.³ Desde então, a Academia brasileira se debruçou sobre a temática na tentativa de conceituar, operacionalizar e avaliar os efeitos dessa linha.

Conforme o próprio mexicano⁴, o neoconstitucionalismo é plural no sentido de que pode tratar dos fenômenos evolutivos que impactaram no paradigma do Estado Constitucional e também da Teoria do Direito que em passado recente propôs ou deu conta dessas mudanças.

Mesmo diante dessa pluralidade conceitual, a primeira tarefa deste artigo será a busca de elementos para uma definição. Sendo assim, o escopo da pesquisa a ser realizada irá de um extremo ao outro: da negação do(s) neoconstitucionalismo(s) à aceitação deste em sua modalidade “total”. Dessa empreitada, será retirado o substrato teórico para a discussão da problemática central, de maneira que além de uma conceituação fechada retirada de um estudo específico, o qual teria respaldo na perspectiva de um argumento de autoridade, tenciona-se reconstruir os movimentos conceituais em fluxos e refluxos científicos e doutrinários em via de concretizar uma definição adequada e operável para as finalidades deste trabalho.

Portanto, esse exame irá desaguar nas sugestões conclusivas do artigo *As Várias Faces do Neoconstitucionalismo*, de Margarida Camargo e Rodrigo Tavares⁵, ou seja, monitoramento dos desdobramentos teóricos decorrentes do Neoconstitucionalismo e os reflexos desses nas práticas jurídicas, além de considerar o Neoconstitucionalismo enquanto estímulo para o debate de nossas instituições democráticas e os respectivos possíveis ajustes. Assim, o enfoque

² FERRAJOLI, Luigi. *Pasado y futuro del Estado de derecho*. Trad. Pilar Allegue. CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. 3. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009, pp. 18-19.

³ As obras são: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Editorial Trotta, 2003; CARBONELL, Miguel. **Teoría del Neoconstitucionalismo: Ensayos escogidos**. Madrid: Editorial Trotta, 2007; e CARBONELL, Miguel. **El Canon Neoconstitucional**. Madrid: Editorial Trotta, 2010.

⁴ CARBONELL, 2009a, pp. 9-10.

⁵ CAMARGO, Margarida; TAVARES, Rodrigo. *As Várias Faces do Neoconstitucionalismo*. In: QUARESMA, Regina et alii. **Neoconstitucionalismo**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 368.

estará sobre a consolidação e o desenvolvimento do Estado Constitucional de Direito na República Federativa do Brasil, com especial interesse nas possibilidades de concretização da Constituição na realidade social, adotado como premissa o caráter emancipatório da dogmática constitucional, como também se essa euforia pelo novo superador do antigo não seria mais um caso de incorporação acrítica de teorias estrangeiras nos ambientes acadêmicos e pela práxis jurídica em solo brasileiro. Claro, sem pretensões generalizantes, mas sim na qualidade de contributo. Enfim, será perquirida se a recepção do(s) neoconstitucionalismo(s) deve ser querida e em qual formato.

2. NEOCONSTITUCIONALISMO(S)

Como já visto em introdução, neoconstitucionalismo é um significante que comporta diferentes significados, ainda que correlatos. De forma escurra, Daniel Sarmiento⁶ conclui que não é tarefa simples definir o neoconstitucionalismo justamente porque a base teórica que o enseja é heterogênea, de forma que se trata de diversas visões sobre o fenômeno jurídico na contemporaneidade, as quais só podem ser agregadas em uma mesma linha por terem alguns denominadores comuns; por efeito, há um comprometimento na precisão do conceito.

Ainda sobre isso, diante da mesma dificuldade em precisar a expressão, de novo, Camargo e Tavares⁷ afirmam que o termo surgiu no Congresso Mundial de Filosofia e Sociologia do Direito de 1997, em Buenos Aires, e quem assume a paternidade é Susanna Pozzolo, jurista italiana positivista e uma das maiores críticas do neoconstitucionalismo e suas implicações antipositivistas. Pois bem, continuam:

[...] Notamos, assim, que o neoconstitucionalismo foi pensado originariamente como uma doutrina jusfilosófica antipositivista, que promove uma particular reconstrução do ordenamento jurídico dos modernos Estados Constitucionais de Direito.

No entanto, o sentido original atribuído ao termo, cujos contornos eram mais ou menos precisos, se dissolveu quase que inteiramente em paralelo à popularidade que o mesmo alcançou. A ampla difusão da expressão entre os constitucionalistas, teóricos do direito e juristas em geral acabou por gerar um discurso cacofônico e turbulento. (CAMARGO; TAVARES, 2009, p. 357)

De outro lado, a despeito da dificuldade inerente à tarefa, não encontrar um

⁶ SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e Possibilidades. In: NOVELINO, Marcelo. **Leituras complementares de Direito Constitucional: Teoria Da Constituição**. Salvador: JusPodivm, 2009, pp. 33-34.

⁷ CAMARGO; TAVARES, op. cit., pp. 356-357.

conceito minimamente operável implica em, no mínimo, três situações danosas. A um, e talvez a menos gravosa, é a falência prematura desta pesquisa. A dois, é a persistência da insuficiência teórico-instrumental por parte do Direito para lidar com os problemas hodiernos em contexto democrático e brasileiro, pelo menos nesta perspectiva, o que é uma perda dado o contexto de pluralismo metodológico, ou mesmo sincretismo, desejável ao Direito Brasileiro atualmente⁸ e em último grau, seria um contributo ao anarquismo metodológico nas práticas dos tribunais, oportunizando sistemicamente o decisionismo. A três, Marcelo Neves⁹ pontua ser fundamental a precisa localização histórica e a rigorosa delimitação semântica do contorno conceitual de “Constituição” e “constitucionalismo”, caso contrário torna-se categoria inapta a servir ao esclarecimento de problemas decisivos da sociedade mundial contemporânea, pois haveria a conversão do termo “Constituição” em mera metáfora contextualmente ilimitada, sem referência a suas implicações estruturais, o que inviabilizaria suas mudanças; a transposição desta pontuação para o presente caso é pertinente.

Visto isso, resta investigar nos estudos especializados as proposições acerca do neoconstitucionalismo, daí sistematizar os “denominadores comuns” de forma a obter um conceito razoavelmente preciso e operável para as finalidades deste trabalho.

3. DENOMINADORES COMUNS

Ao se defrontar com a necessidade de definição, Miguel Carbonell¹⁰ abriu a fim de análise o neoconstitucionalismo em três planos: textos constitucionais, práticas judiciais e teorias constitucionais, porquanto se introduziram elementos substancialistas nas Cartas Magnas, os operadores do direito se socorrem cada vez mais de abordagens principialistas e metodologia mais aberta, principalmente a partir da ponderação, e os teóricos formulam modelos constitucionais em busca da compreensão dos fenômenos evolutivos do direito como também são participantes

⁸ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e a constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, pp. 212-213.

⁹ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 1-6.

¹⁰ CARBONELL, Miguel. Neoconstitucionalismo: elementos para una definición. In: MOREIRA, Eduardo Ribeiro; PUGLIESI, Maurício. **20 anos da Constituição Brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2009.

de sua própria criação.

Luis Roberto Barroso¹¹ define o neoconstitucionalismo a partir de três marcos: histórico, filosófico e teórico. Como marco histórico, é a formação do Estado constitucional de direito. Como marco filosófico, identifica o pós-positivismo. Como marco teórico, três fatores, quais sejam, força normativa da Constituição, expansão da jurisdição constitucional e uma nova interpretação constitucional.

Ana Paula Barcellos¹² relata que o neoconstitucionalismo seria o estado da arte do constitucionalismo contemporâneo, não completamente novo já que inserido nos desdobramentos evolutivos do próprio constitucionalismo. Ademais, define como características dois planos: o metodológico-formal e o material. Quanto ao primeiro, percebe-se a normatividade da constituição, a superioridade da Constituição e a centralidade desta nos sistemas jurídicos. Já no segundo plano, anota-se a incorporação explícita de valores e opções políticas nos textos constitucionais, como também a expansão de conflitos nos sistemas constitucionais, específicos e gerais no tocante às opções normativas e filosóficas.

Daniel Sarmiento¹³, na busca por uma definição, parte de um conjunto de fenômenos evolutivos do Estado constitucional e depois tece considerações sobre elementos compartilhados e consensualizados pelos neoconstitucionalistas de uma teoria do direito que dotasse esses fenômenos de sistematicidade. Em resumo, os fenômenos distintos e reciprocamente implicados que representariam o novo paradigma seriam: reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos e valorização da sua importância no processo de aplicação do Direito; rejeição ao formalismo e adoção de metodologia mais aberta; constitucionalização do Direito; reaproximação entre o Direito e a Moral; e judicialização da política e das relações sociais.

Já André Rufino do Vale¹⁴ sintetiza os denominadores comuns da seguinte forma: a) importância dada aos princípios e valores como componentes elementares dos sistemas jurídicos constitucionalizados; b) a ponderação como método de interpretação/aplicação dos princípios e de resolução dos conflitos entre valores e

¹¹ BARROSO, op. cit., pp. 205-216.

¹² BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas. In: NOVELINO, Marcelo (org.). **Leituras Complementares de Constitucional: Direitos Fundamentais**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2007, pp. 43-49.

¹³ SARMENTO, op. cit., p. 21-52.

¹⁴ VALE, André Rufino do. Aspectos do neoconstitucionalismo. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, n. 9, pp. 67-77, jan./jun. 2007. pp. 67-68.

bens constitucionais; c) a compreensão da Constituição como norma que irradia efeitos por todo o ordenamento jurídico, condicionando toda a atividade jurídica e política dos poderes do Estado e até mesmo dos particulares em suas relações privadas; d) o protagonismo dos juízes em relação ao legislador na tarefa de interpretar a Constituição; e) aceitação de alguma conexão entre Direito e Moral.

Após essa breve introdução às definições ofertadas por parte da doutrina, feita com o intuito de estender o horizonte de (pré-)compreensões com relação à temática, torna-se cabível cumprir a segunda parte do itinerário, conforme disposição da introdução. Isto é: reconstruir o debate acerca da conceituação do(s) neoconstitucionalismo(s) de modo a dotar esta pesquisa da concretude e da historicidade necessárias para uma investigação mais robusta das hipóteses lançadas, em consonância com a problemática de fundo.

4. OS SENTIDOS DO NEOCONSTITUCIONALISMO

Já visto as origens do neoconstitucionalismo, o qual teria um sentido mais ou menos preciso dentro do que se propunha, resta indagar a respeito de seu desenvolvimento nas doutrinas italianas, espanholas e latino-americanas. Quanto a isso, há poucas dúvidas de que ocorreu um salto qualitativo em direção à pluralidade de abordagens a partir de Paolo Comanducci¹⁵, pois foram reconhecidas duas dimensões do neoconstitucionalismo, a saber: a descritiva e a normativa. Segundo Alexandre Garrido da Silva¹⁶, na primeira dimensão, alguns elementos estruturais dos sistemas jurídicos localizados no segundo pós-guerra são destacados pelo neoconstitucionalismo a fim de descrever os componentes empíricos transformados pela constitucionalização desses ordenamentos jurídicos; já na segunda dimensão, e este é o elemento inovador de Comanducci, estendeu-se a classificação do positivismo jurídico de Norberto Bobbio¹⁷ para o neoconstitucionalismo, logo haveria suas vertentes teórica, metodológica e ideológica.

Sendo assim, a presente reconstrução se dará nesses termos. Em primeiro

¹⁵ COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. Trad. Miguel Carbonell. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. 3. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009, pp. 75-98.

¹⁶ DA SILVA, Alexandre Garrido. Neoconstitucionalismo, pós-positivismo e democracia: aproximações e tensões conceituais. In: QUARESMA, Regina et alii. **Neoconstitucionalismo**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 110.

¹⁷ Cf. BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito**. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1999.

momento, relacionado ao aspecto descritivo e em seguida, normativo. Por fim, haverá a introdução e reflexão sobre outro aspecto além desse quadro, isto é, o objeto de estudo em sua vertente paradigma científico.

4.1. MODELO DE ORGANIZAÇÃO POLÍTICA

Essa vertente do neoconstitucionalismo se propõe a ser um modelo histórico, e não teórico, de uma particular experiência político-institucional, isto é, a forma de organização política que marca a passagem do modelo de Estado de Direito liberal burguês para o Estado Constitucional de Direito, de matiz social e intervencionista,¹⁸ gerada, de acordo com Luigi Ferrajoli¹⁹, pela inflação legislativa e pelo retorno ao papel criativo da jurisdição. Nessa perspectiva, é imperativo entender o que é a constitucionalização do direito para daí entender as transformações empíricas de caráter estrutural que esse fenômeno enseja.

Um marco teórico comumente adotado é o estudo de Riccardo Guastini²⁰ sobre a constitucionalização dos ordenamentos jurídicos, notadamente o caso italiano. Nele, busca-se conceituar o que seria esse constitucionalizar e também as condições para o desencadeamento desse processo. Logo, a constitucionalização do ordenamento jurídico seria um conjunto de transformações em que, ao fim e ao cabo, a ordem jurídica se tornasse completamente “impregnada” pelas normas constitucionais. Conjuntura essa marcada por uma Constituição extremamente invasora, intrometida, a qual possuísse a capacidade de condicionar a legislação, a jurisprudência, a doutrina, a ação dos atores políticos e até as relações sociais. Conforme o italiano nota bem, a constitucionalização é gradativa, porquanto não haja uma resposta binária para o estado de um ordenamento neste aspecto.

Daniel Sarmento²¹ afirma que o processo de constitucionalização do Direito envolve duas facetas distintas: questões antes delegadas ao legislador passam a ser tratadas pelo Poder Constituinte em suas diversas modalidades e por isso, constitucionalizadas, o que retira uma série de decisões do alcance das maiorias

¹⁸ CAMARGO; TAVARES, op. cit., pp. 358-361.

¹⁹ FERRAJOLI, op. cit., pp. 20-22.

²⁰ GUASTINI, Riccardo. La constitucionalización del ordenamiento jurídico: El caso italiano. Trad. José María Lujambio. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. 3. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009, pp. 75-98.

²¹ SARMENTO, Daniel. Ubiquidade Constitucional: Os Dois Lados da Moeda. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Coord.). **A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, pp. 116-122.

legislativas de cada momento; além disso, os princípios e valores da Constituição penetram em todo o ordenamento jurídico, impondo uma “filtragem” constitucional do ordenamento, de modo que se dê uma releitura do Direito à luz da Constituição. E Mais: a Constituição não é somente a lei fundamental do Estado, mas também da sociedade, ou melhor, ela não apenas coordenada as relações entre os Poderes e a governante-governado, como também é uma norma diretiva fundamental no sentido de ser uma ordem objetiva de valores. Consoante à argumentação de Luís Barroso²²: “A idéia de constitucionalização do Direito aqui explorada está associada a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico.”

Quanto às condições do processo, Guastini²³ formula enquanto necessárias: a existência de uma Constituição rígida, ou seja, há necessidade de um procedimento gravoso para a alteração de matéria formal constitucional em relação à matéria infraconstitucional; e a garantia jurisdicional da Constituição, existência de um mecanismo de controle de constitucionalidade que zele pela inviolabilidade da própria. Enquanto correlatas e mutuamente implicadas: a força vinculante da Constituição, isto é, normas constitucionais são genuínas, vinculantes e juridicamente eficazes; a sobreinterpretação da Constituição, aplicação de uma interpretação extensiva cujo resultado é a inexistência de lacunas no Direito Constitucional e por efeito, na vida política e jurídica, assim não há espaço para uma discricionariedade legislativa; a aplicação direta das normas constitucionais, uma norma constitucional é imperativa independentemente da mediação do legislador ordinário; interpretação conforme das leis, aquela que gera uma harmonização entre a lei e a Constituição de modo que não haja contradições entre elas, pressuposta a supremacia desta; e a influência da Constituição sobre as relações políticas, um postura ativista do Judiciário de modo que questões puramente políticas passem a ser de sua alçada, via Constituição.

Pode-se acrescentar a esta pauta a positivação de uma pauta moral através de um extenso rol de direitos fundamentais e o caráter controvertido, vago e pluralista dessa mesma pauta.²⁴ Antonio Cavalcanti Maia²⁵ argumenta que as

²² BARROSO, op. cit., p. 217.

²³ GUASTINI, op. cit., loc. cit.

²⁴ CAMARGO; TAVARES, op. cit., p. 359.

democracias constitucionais demandam o entrelaçamento entre a interpretação constitucional e as teorias de argumentação jurídica, além de uma reformulação do problema clássico do conceito de direito e de seu valor moral a partir da análise da carga axiológica do direito nos Estados Constitucionais, do funcionamento e da estrutura particular das normas sobre direitos fundamentais e o Direito passa a assumir um caráter tanto de prescrição quanto de descrição.

Alfonso García Figuera²⁶ acredita que a constitucionalização do ordenamento não só transforma o Direito, mas também altera o estilo do pensamento jurídico. Nesse sentido, a constitucionalização do pensamento jurídico deu lugar ao “constitucionalismo” que é um conjunto de teorias voltadas à teorização conceitual e/ou normativa do fenômeno da constitucionalização do Direito. Aquelas influíram no desenvolvimento deste nos aspectos material, estrutural e funcional, e político.

O aspecto material refere-se à recepção de certas exigências da moral crítica sob forma de direitos fundamentais. A mudança dá-se no deslocamento do enfoque da ideologia, teoria meramente normativa para uma teoria do direito oposta ao positivismo como método. Já em relação ao aspecto estrutural e funcional, divide-se a análise. O aspecto estrutural indica a estrutura das normas constitucionais, que expandem sua influência, gerando uma Onipresença da Constituição. Ou seja, um ordenamento constitucionalizado caracteriza-se pela irradiação dos princípios constitucionais sobre todo o ordenamento jurídico e incide sobre a aplicação do Direito, oportunizando a sobreinterpretação jurídica. O aspecto funcional aponta para o tipo de argumentação que essas formas fomentam, a forma de aplicar o direito muda em direção à Ponderação, com conseqüente preponderância da Teoria dos princípios e da Teoria da Argumentação Jurídica. Ademais, a partir da tese do caso especial de Alexy, o pensamento jurídico é colocada como caso especial do pensamento prático geral e a Teoria do Direito é convertida em parte especial da teoria geral da argumentação prática. O aspecto político decorre dos outros, dada a mudança na relação de forças entre os Poderes do Estado, ocorre um deslocamento do protagonismo político do Legislativo para o Judiciário, gerando uma onipotência

²⁵ MAIA, Antonio Cavalcanti. Neoconstitucionalismo, Positivismo Jurídico e a Nova Filosofia Constitucional: As Transformações dos Sistemas Jurídicos Contemporâneos. In: QUARESMA, Regina et alii. **Neoconstitucionalismo**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 110.

²⁶ FIGUEROA, Alfonso García. La teoría del Derecho en tiempos de constitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. 3. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009, pp. 159-186.

dos Tribunais no Estado Constitucional.

4.2. IDEOLOGIA

Partindo da concepção de que Ideologia é um sistema de crenças que justifica uma forma de organização política, nota-se que o neoconstitucionalismo não apenas limita-se a descrever as transformações ocorridas no Estado Constitucional de Direito decorrentes da constitucionalização do ordenamento jurídico, mas vai muito além, pois através de sua função prescritiva visa à conformação do próprio objeto que descreve, de modo que valora positivamente essas mudanças e adquire um caráter apologético.²⁷ Portanto, aposta no processo de constitucionalização do Direito, visto que o regime majoritário não é garantia suficiente dos direitos fundamentais e os agentes políticos inativos devem ser compelidos a promover a concretização da Constituição na realidade social. Trataria assim de uma resposta da consciência da civilização ocidental ao contexto beligerante e devastador da primeira parte do século XX.²⁸

Luis Pietro Sanchís²⁹ encara essa vertente ideológica nos seguintes postulados: constitucionalismo como melhor forma de governo, como modelo ótimo de Estado de Direito, e a partir do viés dogmático em que há uma nova visão das atividades do Direito, isto é, o jurista deve ter um ponto de vista comprometido e o Cientista do Direito deve tencionar por um labor crítico e não meramente descritivo.

4.3. METODOLOGIA

No pensamento de Eduardo Ribeiro Moreira³⁰: “metodologia jurídica deve ser entendida como o conjunto de procedimentos técnicos de verificação de uma disciplina jurídica. Ela visa garantir ao direito o uso de técnicas eficazes, que levem ao resultado desejado.” Sendo assim, essa vertente do neoconstitucionalismo como metodologia se caracteriza pela tese de conexão necessária entre Moral e Direito,

²⁷ COMANDUCCI, op. cit., pp. 85-86.

²⁸ CAMARGO; TAVARES, op. cit., pp. 361-362

²⁹ SANCHÍS, Luis Prieto. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. 3. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009,

³⁰ MOREIRA, Eduardo Ribeiro. **Neoconstitucionalismo: A Invasão da Constituição**. São Paulo: Método, 2008, p. 33

que por sua vez gera um conjunto de transformações na metodologia jurídica.³¹ O ponto de partida da investigação é um conceito de direito que envolva a legalidade conforme o ordenamento, a eficácia social e também a correção material.³²

Em suma, o neoconstitucionalismo metodológico, consoante a contribuição de Robert Alexy, sustenta que os princípios constitucionais, ao consagrarem os direitos fundamentais, constituem *standards* normativos que estabelecem uma ponte entre o direito e a moral. É necessário que o jurista ou o estudioso do direito assumam a perspectiva de um participante interessado em ingressar em uma argumentação jurídica e moral para que possa ter acesso à pretensão de correção formulada tanto pelas normas isoladas quanto pelo sistema jurídico como um todo. (DA SILVA, 2009, pp. 122-123)

Nessa linha de raciocínio, percebe-se uma orientação antipositivista, dada a impossibilidade de realização de uma descrição neutra do fenômeno jurídico, logo todo esforço descritivo implica em uma dimensão também normativa, ou melhor, descrever o Direito é uma tentativa de justificá-lo sob a perspectiva moral inscrita na Constituição. Daí, a perspectiva de participante, e não de observador, porque a descrição é feita de um lugar (participante-ativo) e a partir de um ponto de vista (prisma valorativo). Assim, propõe-se que o método abarque uma investigação dos aspectos institucionais, reais e ideais do direito, realizada de maneira conjunta e integrativa.³³

4.4. TEORIA DO DIREITO

Nessa acepção do neoconstitucionalismo, tem-se uma forma sistemática de explicações dos sistemas jurídicos característicos do Estado Constitucional de Direito, isto é, a pretensão de um modelo explicativo para as transformações decorrentes da constitucionalização do ordenamento jurídico e os respectivos reflexos na teoria do ordenamento, na teoria das normas e na interpretação do direito.³⁴

Luís Pietro Sanchís³⁵ foi o inventor de uma já conhecida fórmula do que seria o neoconstitucionalismo em sua vertente teórica, dada por cinco epígrafes: mais princípios do que regras; mais ponderação do que subsunção; onipresença da Constituição em todas as áreas jurídicas e em todos os conflitos minimamente

³¹ COMANDUCCI, op. cit., p. 87.

³² Cf. ALEXY, Robert. **Conceito e Validade do Direito**. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

³³ CAMARGO; TAVARES, op. cit., pp. 365-366.

³⁴ CAMARGO; TAVARES, op. cit., pp. 362-363.

³⁵ SANCHÍS, op. cit., pp. 131-132.

relevantes, em lugar dos espaços isentos em favor da opção legislativa ou regulamentária; onipotência judicial em lugar da autonomia do legislador ordinário; e coexistência de uma constelação plural de valores, às vezes com tendências contraditórias, em lugar da homogeneidade ideológica em torno de um punhado de princípios coerentes entre si e em torno das sucessivas opções legislativas.

A respeito dessa fórmula, Camargo e Tavares³⁶ pontuam que a Onipresença da Constituição é, na verdade, um componente ideológico do neoconstitucionalismo, enquanto a coexistência de uma constelação plural de valores se identifica mais adequadamente com a estrutura jurídico-política. Ademais, faltaria o fator de correção material, visto a concepção de Alexy do Direito enquanto sistema de regras, princípios e procedimentos.

Eduardo Moreira³⁷, tendo em mente sua divisão do neoconstitucionalismo em suas modalidades teórica e total, afirma que as conseqüências primárias da mudança paradigmática da teoria do direito seriam: todos os poderes submetidos à Constituição, inclusive os poderes privados; todos os direitos possíveis ganham em efetividade; e todos os planos ultrapassando as fronteiras nacional-estatais. Já quanto ao marco em si, resume-se a partir dos pontos: presença invasora da Constituição; maior presença judicial no lugar da autonomia do legislador; revisão completa da teoria da interpretação, teoria da norma e teoria das fontes; ênfase nos princípios e nos direitos fundamentais; mais ponderação nas decisões judiciais em lugar da subsunção clássica; e pensar o direito além do âmbito de aplicação e também o momento da formação do direito, de elaboração das leis e de suas resultantes jurídicas, influenciando claramente em pelo menos dois momentos, exige-se comportamento positivo do legislador através das opções legislativas, limitadas pela Constituição, além das políticas públicas sob o crivo do controle jurisdicional.

4.5. PARADIGMA CIENTÍFICO

Além do quadro traçado por Comanducci, Alfonso Figueroa³⁸ também identifica o neoconstitucionalismo enquanto novo paradigma científico. A partir de

³⁶ CAMARGO; TAVARES, op. cit., loc. cit.

³⁷ MOREIRA, op. cit., pp. 33-39.

³⁸ FIGUEROA, Alfonso Garcia. **Racionalidad y Derecho**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006.

Thomas Kuhn³⁹, o conceito de paradigma deslocou-se para o centro das estruturas das revoluções científicas.

Em “A estrutura das revoluções científicas”, Thomas Kuhn afirma que os paradigmas são realizações universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência.

Ampliando e redefinindo, com Habermas, o conceito de paradigma para o campo das ciências sociais e nesse âmbito para as reflexões acerca do Direito, afirma que um paradigma jurídico consolida as visões exemplares de uma comunidade jurídica que considera os mesmos princípios constitucionais e sistemas de direitos, realizados no contexto percebido por essa dada sociedade. (FERNANDES, 2011, p. 41)

Portanto, Figueroa tem como proposta uma reconstrução do neoconstitucionalismo em alternativa ao lusnaturalismo-Positivismo (IP), dado que para o espanhol há uma difusão justeórica grande que impossibilita uma formulação unitária e coerente. Daí, a noção de paradigma, que é um pano de fundo compartilhado o qual permite a comunicação, posto o paradoxo da comunicação, pois é tido como saber absoluto e por isso, não é sabe algum.⁴⁰

O Antigo paradigma IP tem como elemento consensualizados: a concepção dualista do mundo, isto é, a dicotomia Direito e Moral; e a visão objetivista sobre as relações direito e moral, ou seja, diante da pergunta fundamental se a correção moral é ou não uma propriedade do conceito de direito, só permite-se uma resposta binária (sim ou não). O novo paradigma surge devido à consolidação do Estado Constitucional de Direito e ao surgimento de teorias éticas construtivistas. Assim, um gradualismo toma lugar do dualismo, quer dizer, encontra-se o discurso jurídico como subconjunto do discurso prático geral. Ademais, a questão da correção moral toma caráter disposicional, a depender das condições a serem afirmadas, de modo que um ordenamento jurídico é considerado moralmente correto a depender do reconhecimento e da fundamentação dos direitos fundamentais embasados por uma teoria racional da argumentação jurídica. A título de nota, percebe-se que a proposta de Figueroa é doutrinariamente contramajoritária, porquanto se entende aqui a preponderância do pós-positivismo enquanto doutrina filosófica, conseguinte o êxito da proposta vincula-se com a aderência aos postulados da nova formulação pela Academia.⁴¹

³⁹ Cf. KUHN, Thomas. **A Estrutura das Revoluções Científicas**. Trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 1998.

⁴⁰ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, P. 40.

⁴¹ CAMARGO; TAVARES, op. cit., pp. 366-368.

5. REFLEXOS NAS INSTITUIÇÕES DEMOCRÁTICAS

Já em introdução, afirmou-se que este artigo não tem pretensões somente metateóricas, logo é cabível, neste momento, avaliar os reflexos dos desdobramentos teóricos do neoconstitucionalismo nas instituições democráticas brasileiras. Nesse sentido, haverá uma concentração de esforços em dois problemas específicos do Direito brasileiro contemporâneo: o protagonismo político do Judiciário e a efetivação dos direitos fundamentais; e a abordagem principialista e a racionalidade das decisões judiciais.

Assim, duas ponderações devem ser feitas desde já. A um, como deve ser percebido ao escorrer deste trabalho, muito mais do que focos especializados e autônomos, os dois pontos a serem analisados são vertentes de uma mesma problemática, de tal forma que são contíguos e mutuamente implicados. Por óbvio, isso tem reflexos no método de análise a ser empreendido, ou seja, colocações podem ser transpostas, retomadas e alteradas em decorrência das necessidades do eixo argumentativo. A dois, toma-se o mesmo tom especulativo nas exposições posteriores em detrimento de investidas concludentes, como já esclarecido neste. Julga-se que medida contrária seria, no mínimo, contraproducente e no máximo, um exercício de futurologia, por se tratar de uma temática tão nova e de contornos conceituais e práticos incertos.

5.1. JUDICIÁRIO E DIREITOS FUNDAMENTAIS

Com já supracitado, há um reconhecimento pacificado acerca da alteração na dinâmica dos Poderes do Estado, associada à passagem do Estado Legal de Direito para o Estado Constitucional de Direito. Do ponto de vista quantitativo, há a inflação legislativa, ou seja, a realidade social torna-se tão complexa e plural que no afã de regular variadas novas situações surgidas diuturnamente, aliada aos flutuantes interesses e visões de mundo, típicos das instituições pautadas em representação popular, o Legislativo edita uma série de leis, muitas vezes, antinômicas e contraditórias entre si, gerando um emaranhado normativo de difícil harmonização. Qualitativamente, essas leis tornam-se mais abertas a fim de abarcar o maior número de situações, o resultado nas práticas judiciais é a conferência de maiores poderes hermenêuticos aos juízes. Por efeito, “o Poder Judiciário se

transforma também em responsável pelas modificações sociais e pela implementação das políticas públicas prescritas na Constituição. Sua atividade passa a ser, nestes termos, de muito maior visibilidade e de muito maior responsabilidade política.”⁴²

O cerne do debate está na relação entre o Poder Judiciário e a efetivação dos direitos fundamentais, conjuntamente com a legitimidade democrática gozada pela jurisdição, notadamente a de caráter constitucional, tendo em vista o raciocínio aqui construído. Mesmo a partir de uma ótica centrada nos desdobramentos teóricos do neoconstitucionalismo, vale ressaltar que esta discussão se inscreve e diversifica dentro do contexto acadêmico da atualidade.⁴³ Nesse sentido, é um dos grandes problemas o formato mais adequado para se equacionar o aumento do relevo político do Judiciário na lógica moderna de tensão entre constitucionalismo e democracia.

Em relação ao Judiciário e a efetivação de direitos fundamentais, há de ser levar em conta a especificidade do Brasil, em especial sua história política e seu povo. A partir de 88, a situação já começa agravada, pois de um lado, há um Povo como destinatário de prestações civilizatórias do Estado⁴⁴ altamente carente e de outro, uma Carta Maior que garante direitos da forma mais ampla possível. Nessa perspectiva e tendo em vista o desejo de efetividade dos mandamentos constitucionais, espera-se muito do Judiciário e dá-se muito poder a ele. Logo, ele deve atuar em um diapasão progressista de maneira a atender as grandes querelas sociais. Em suma, em poucos anos, instaura-se uma situação em que o Judiciário passa de legislador negativo a uma espécie de Poder Constituinte Reformador Permanente.

Essa perspectiva de Poder judicante tem seus muitos méritos e deméritos, e há farta literatura sobre eles, entretanto aqui haverá o enfoque em dois pontos específicos, mais relevantes dentro da lógica desta investigação. Quais sejam, o fenômeno da “Supremocracia”⁴⁵, no duplo sentido de preponderância do Supremo

⁴² ROESLER, Claudia Rosane. O Sistema de Seleção de juízes nas democracias constitucionais.

Novos Estudos Jurídicos, v. 12, pp. 35-42, 2007, p. 36.

⁴³ A título de exemplo, e talvez pela proeminência das questões levantadas, citam-se os embates jurisdição constitucional versus constitucionalismo popular e substancialismo versus procedimentalismo.

⁴⁴ Muller, Friedrich. **Quem é o Povo? A Questão Fundamental da Democracia**. Trad. Peter Naumann. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003, pp. 75-77.

⁴⁵ Vieira, Oscar Vilhena. Supremocracia. In: SARMENTO, Daniel (coord.). **Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

sobre os demais órgãos do Judiciário e o deslocamento do centro de gravidade político do Legislativo-Executivo para o Judiciário, agrava o problema da democracia; e a tensão Justiça e segurança jurídica.

Quanto ao primeiro tema, há uma preocupação de que a expansão da jurisdição constitucional gere um resfriamento da mobilização cívica do cidadão, a interpretação judicial da Constituição não cause uma hipertrofia do Judiciário e obscurecimento do Legislativo, Executivo e da própria esfera pública informal, oportunizando um governo à Platão⁴⁶. O risco é desse fenômeno ser de tal monta que se conceba o Poder judicante como Superego da Sociedade (órfã).⁴⁷

Na outra vertente, como visto acima, espera-se uma postura progressista do Judiciário no sentido de transformações sociais, entretanto é dos elementos basilares daquele a atuação em via de estabilizar as relações sociais. Nestes termos, dá-se a tônica da tensão entre justiça e segurança jurídica contemporaneamente. Em monitoramento, percebem-se movimentos díspares e plurais, quer dizer, discursos e práticas judiciais tanto no sentido de uma dogmática constitucional emancipatória embasada em um arcabouço humanista, quanto no sentido de uma dogmática constitucional conservadora do *status quo* e privilégios elitistas. Nessa linha de raciocínio, é conveniente perguntar Justiça/Segurança Jurídica para quê e para quem a cada transformação e seu respectivo fundamento.

A problemática do déficit democrático da atuação do Judiciário é atual tanto hoje quanto nos primórdios do Estado Moderno, advinda da própria dinâmica dos fluxos e refluxos da relação entre constitucionalismo e democracia. É certo que a democracia não se encerra na perspectiva majoritária, entretanto há um questionamento quanto à legitimidade do ponto de vista democrático de um Poder que não sofre intervenção direta do Povo Ativo⁴⁸. De certo, o juiz não tem seu respaldo emanado de uma relação de representação popular e sim de um mandamento do Poder Constituinte, constituído em um momento específico da história de uma sociedade. Isso é particularmente problemático dado suas novas funções nos âmbitos institucionais de um Estado.

Em relação ao neoconstitucionalismo, deve-se preocupar com o turvamento da fronteira entre as dimensões prescritiva e normativa, porquanto se corre o risco

⁴⁶ SARMENTO, 2009, pp. 56-57.

⁴⁷ Cf. MAUS, Ingeborg. Judiciário como Superego da Sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na "sociedade órfã". **Novos Estudos CEBRAP**, n. 58, pp. 183-202, novembro 2000.

⁴⁸ MULLER, op. cit., pp. 55-58

da análise das diversas questões correlatas ao Judiciário hodierno se pautar muito mais em um exercício de fé do que em uma racionalidade crítica, imprescindível para um contexto pós-metafísico, isto é, “se o retrato da realidade institucional fornecido pelos neoconstitucionalistas não é antes uma pressuposição que conforma a realidade às expectativas e anseios daqueles que realizam essa descrição, do que propriamente a descrição de uma situação fática.”⁴⁹

5.2. PRINCÍPIOS E RACIONALIDADE

Nos termos do neoconstitucionalismo como teoria do direito, nota-se uma metodologia mais aberta, dada pela aproximação necessária entre Direito e Moral, via argumentação jurídica. Nessa linha, a lógica da ponderação de princípios sobrepõe-se no cotidiano judiciário à subsunção de regras. Isso acarreta uma série de problemas em uma sociedade plural e complexa de cunho democrático.

A começar pelo desenho da Constituição brasileira vigente, conforme anota Humberto Ávila⁵⁰, a Carta Maior é um sistema de regras e princípios, entretanto é notório a preponderância quantitativa de regras e de matérias remetidas ao legislador ordinário. Consequente, há um problema científico e outro metodológico em operar a Constituição como se ela fosse essencialmente principiológica, já que não há corroboração na linguagem-objeto que procura se descrever e os princípios não são qualitativamente ou quantitativamente mais expressivos do que as regras na ordem jurídica brasileira.

O jurista continua: caso se adote uma máxima neoconstitucionalista de que toda interpretação é constitucional, de maneira que em toda questão jurídica o intérprete deveria saltar do plano legal para o constitucional, o que por sua vez ensejaria a ponderação, esta adotada como critério geral de aplicação do direito. Essa situação seria um problema, porque geraria um anti-escalonamento da ordem jurídica e o aniquilamento das regras e princípios democráticos por meio da função legislativa. Quanto ao primeiro, trata-se de uma constitucionalização total do ordenamento em que todos os vários níveis de concretização normativa se achatariam um só nível, o constitucional. Já o segundo ponto implica na perda do

⁴⁹ CAMARGO; TAVARES, op. cit., p. 361.

⁵⁰ ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo. **Vinte Anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

âmbito normativo do Legislativo em prol do Judiciário. Sendo assim, há dois paradoxos envolvidos. A um, a interpretação centrada nos princípios constitucionais viola três princípios fundamentais, quais sejam, democrático, legalidade e separação de poderes. A dois, a insignificância da supremacia constitucional, pois privilegiá-la em excesso gera sua eliminação, quer dizer, os outros níveis hierárquicos são tão insignificantes ou mesmo inexistentes, que a Constituição não é referência superior a outros níveis normativos.

Ávila aponta outro problema: a adoção de um paradigma da ponderação conduz a um subjetivismo que elimina o caráter heterolimitador do Direito. Ou seja, a norma passa a ser conselho, ou seja, se a norma não é independente de seu destinatário (juristas, em especial o juiz) e reconhecíveis a priori, então o resultado é a perda substancial da normatividade do Direito. A norma perde sua imperatividade e figura como uma categoria que pode ser considerada e se considerado, pode ou não servir de orientação da conduta, dado que o ponderador é o destinatário da norma, logo não há critérios definidos e antecipados ao processo de ponderação. O direito perde seu caráter heterolimitador, porque é o ponderador quem guia sua conduta. Ademais, é fundamental ter em mente o que o próprio Ávila afirma:

É preciso dizer, no entanto, que não é a ponderação, enquanto tal, que conduz à constitucionalização do Direito, à desconsideração das regras (constitucionais e legais), à desvalorização da função legislativa e ao subjetivismo. O que provoca essas conseqüências é a concepção de ponderação segundo a qual os princípios constitucionais devem ser usados sempre que eles puderem servir de fundamento para uma decisão, independentemente e por cima de regras, constitucionais e legais, existentes, e de critérios objetivos para sua utilização. Uma ponderação, orientada por critérios objetivos prévios que harmonize a divisão de competências com os princípios fundamentais, num sistema de separação de Poderes, não leva inevitavelmente a esses problemas. (ÁVILA, 2009, pp. 194-195)

Dentro de nossa problemática, repensar constantemente os termos e as bases pelas quais os discursos jurídicos se dão é necessário, considerando as especificidades do Brasil, problemas estruturais do Judiciário brasileiro, seleção e formação de juízes e educação jurídica em geral, a dinâmica estatamental-patrimonialista da sociedade, entre outras diversas questões, de modo que não haja uma situação de oba-oba constitucional.⁵¹ A partir dessas considerações, percebe-se que a fundamentação das decisões ganha enorme peso na discussão, como também a natureza bifronte dos princípios, quer dizer, ao mesmo tempo em que eles concedem maior discricionariedade aos juízes, também exigem uma maior

⁵¹ SARMENTO, op. cit., pp. 60-64.

responsabilidade destes, por coerência, de modo a fazer jus ao local privilegiado que os princípios se encontram no ordenamento jurídico, pelo menos na ótica neoconstitucionalista, e harmonizá-los a fim de que permaneçam categoria operável.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em via de conclusão, é cabível afirmar mais uma vez a necessidade de se discutir os desdobramentos teóricos do neoconstitucionalismo em contexto brasileiro, não por uma obsessão teórica, mas dada a capacidade dessa linha de pensamento em causar alterações estruturais nos âmbitos acadêmico, judicial e constituinte, é inconcebível o benefício da sustentação de uma pauta tanto apologética quanto indiferente, principalmente tendo em conta os reflexos observáveis e/ou potenciais na consolidação das instituições democráticas. Nesse sentido, espera-se êxito na pretensão deste artigo de contributo ao debate e que este se dê em termos profícuos.

Por último, convém propor um pensamento na esteira de Figueroa⁵², tem-se que a consumação do Estado de Direito perpassa a possibilidade de uma teoria da argumentação jurídica que permita definir um espectro de soluções constitucionalmente possíveis e estabelecer prioridade entre elas. Assim, a Teoria da Argumentação Jurídica deve ser elemento indispensável para a legitimação do discurso jurídico e político nas sociedades pós-metafísicas, além de elemento para a reconciliação do princípio democrático e a tutela dos direitos fundamentais na institucionalização dos direitos humanos do Estado Constitucional Democrático, não a partir da confrontação entre Parlamento e Tribunal Constitucional, porém concebendo a Corte como uma instância de “reflexão do processo político”.

⁵² FIGUEROA, 2009, p. 170.