

Neoconstitucionalismo em Tempos de Crise: Avançar Ou Retroceder?

Neoconstitutionalism in Times of Crisis: We Must Go Forward Or Retreat?

RICARLOS ALMAGRO CUNHA

Juiz Federal, Professor dos Cursos de Graduação, Mestrado e Doutorado em Direito da Faculdade de Direito de Vitória (FDV), Doutor em Direito Público (PUC-MG), Doutor em Filosofia (UFRJ).

ISRAEL DOMINGOS JORIO

Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais (FDV). Professor da Faculdade de Direito de Vitória (FDV) e da Escola do Ministério Público do Espírito Santo, Advogado.

RESUMO: Vivemos um tempo marcado pela sucessão constante de crises, e isso nos impõe a contínua exigência de tomadas de decisões sobre os mais variados assuntos. Sem crer na suficiência das regras objetivas e das técnicas de subsunção para promover justiça diante dos casos concretos mais complexos, invocamos os princípios constitucionais. Proclamando sua força normativa, apostamos na constitucionalização de tudo, substituindo os métodos e raciocínios típicos do positivismo jurídico por aqueles sugeridos pelo paradigma “neoconstitucionalista”. Essa tendência é promissora quanto à busca de realização da justiça, mas encerra muitos riscos, decorrentes da linguagem mais aberta que marca os princípios, o que pode comprometer o ideal de segurança jurídica. O trabalho tem por objetivo mapear as características do paradigma neoconstitucionalista, fazendo-o sob uma perspectiva fenomenológica, a fim de enfrentar o seguinte problema: entre os riscos e possibilidades trazidos pelo neoconstitucionalismo, devemos avançar ou retroceder?

PALAVRAS-CHAVE: Neoconstitucionalismo; positivismo; princípios jurídicos.

ABSTRACT: We live at a time marked by the constant succession of crises, and this imposes the continuous demand for decision-making on various issues. Without believing in the sufficiency of the objective rules and juridical subsumption technique to promote justice on the most complex individual cases, we invoke the constitutional principles. Proclaiming their normative force, we bet on the constitutionalisation of everything, replacing the methods and typical reasoning technics of the juridical positivism by those suggested by the neoconstitutionalist paradigm. Due to his tendency to reach the justice, this model is promising, but involves many risks resulting from more open language that marks the principles, which can compromise the ideal of legal certainty. This paper aims to map the characteristics of the neoconstitutionalist paradigm, under a phenomenological perspective, in order to face the following problem: between risks and opportunities brought by neoconstitutionalism, we must go forward or retreat?

KEYWORDS: Neoconstitutionalism; positivism; juridical principles.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Tempos de crise; 2 Do legalismo ao neoconstitucionalismo; 3 Análise crítica do neoconstitucionalismo; 3.1 A relação entre Direito e moral; 3.2 O papel dos princípios; 3.2.1 A

ponderação de princípios e a sua crítica; 3.3 A constituição invasiva; 3.4 A superestima do Poder Judiciário; Considerações finais; Referências.

INTRODUÇÃO

A história da humanidade, até aqui escrita em ambiente exposto a incessantes tensões e constantes conflitos, narra uma trajetória de lutas e sacrifícios pela consolidação de ideais libertários e igualitários. Marcada por diversas tragédias, registra também importantes e custosas conquistas, no sentido do reconhecimento e da sedimentação de valores existenciais.

Uma análise mais cautelosa da experiência humana revela que a sobrevivência aos episódios particularmente traumáticos costuma levar à instauração de períodos de fervorosa proclamação de uma série de pressupostos existenciais, voltados não apenas ao reforço das conquistas anteriores, mas à sua expansão. Falamos de um movimento progressivo e acumulativo, o qual se intensifica e acarreta a ampliação do rol de direitos e garantias individuais, aumentando o espectro de liberdades consideradas minimamente exigíveis para uma existência digna, muito embora nem sempre realizados.

A proliferação de processos emancipatórios aumentou a conhecida tensão existente entre liberdade e segurança, instaurando uma crise jurídica, em meio a tantas outras constatadas atualmente (econômicas, militares, políticas etc.). O objetivo do presente trabalho é realizar uma análise crítica dos principais pressupostos teóricos do movimento denominado *neoconstitucionalismo*, a fim de proporcionar uma reflexão sobre o seu papel e os seus rumos na teoria da Constituição.

Nesse contexto, a fenomenologia apresenta-se como método adequado para a evidenciação desse quadro crítico, de modo a encaminhar o problema, consistente na indagação acerca da necessidade de continuarmos ou retrocedermos em face do paradigma neoconstitucionalista.

1 TEMPOS DE CRISE

A palavra “crise”, inexoravelmente presente nos discursos políticos, filosóficos e jurídicos da atualidade, possui múltiplos sentidos. Porém, é ordinariamente utilizada para delinear uma situação ou estado de coisas marcado por perigos, conflitos e adversidades. Por isso ela é usualmente utilizada para predicar pejorativamente uma determinada configuração de fatores e circunstâncias que dá ensejo a dificuldades, angústias e infortúnios.

É assim na área médica, em que a crise representa a acentuação de uma manifestação patológica; na linguagem da psicologia, em que se relaciona com

a violenta manifestação de um sentimento potencialmente destrutivo; no campo da economia, que a relaciona diretamente com fases de carência ou ausência de recursos; no discurso militar, que a emprega para ressaltar o acirramento de conflitos e tensões; ou nas narrativas históricas, em que é associada à decadência ou ao declínio de povos ou civilizações.

Nesse contexto, podemos afirmar, convictos, que o mundo se encontra em crise. Há uma crise global, que afeta a todos, cientes ou não da sua existência, e incontáveis crises locais (desde as municipais até as nacionais). Se de um lado sempre existiram guerras, períodos de recessão e grandes desigualdades socioeconômicas; de outro, é inegável que o impacto dessas mazelas, bem como a complexidade que as envolve, é muito maior no contexto atual.

De fato, um dos responsáveis por esse quadro é o fenômeno da globalização, o qual promove uma modificação radical em nossa percepção de tempo (notícias, comunicações e transações passam a ser instantâneas ou imediatas), de espaço (o ponto mais distante do mundo fica a algumas horas de voo, ou a apenas um clique do *mouse*) e de identidade (as culturas todas se fundem em um ambiente de convivência permanente, ainda que pelo meio digital). A distinção entre local e universal acaba por ser mitigada, através de uma constante interação dialética, de tal forma que os problemas locais, se não se universalizam, ao menos afetam os internacionais.

Nesse contexto, acaba-se por instalar um ambiente de tensão constante e de urgência permanente, de tal forma que todos os problemas sejam de todos, legitimando falsamente toda sorte de medidas drásticas por qualquer dos potenciais prejudicados, o que invariavelmente incrementa os níveis de atrito internacional e mesmo intersubjetivos, comprometendo, de um lado, a noção de soberania; e, de outro, a de individualidade.

Nesse momento de múltiplas e acentuadas adversidades, seria ingenuidade esperar que saísse ileso o Direito. De fato, embora seja um grave equívoco depositar nele todas as esperanças de uma realidade melhor, é óbvio que será convocado para resolver uma série de questões que, novas ou antigas, têm seus níveis de complexidade catalisados por esses fatores atuais do risco permanente e da globalização. Portanto, a indagação que se apresenta é: o Direito terá ferramentas adequadas para desincumbir-se dessa tarefa? Em que fundamentos ele deve assentar-se para aumentar as chances de sucesso? Quais diretrizes devem nortear a criação, a interpretação e a aplicação das normas destinadas a solucionar as abstrusas questões do mundo atual?

Fruto da acumulação tanto de traumas quanto de conquistas, começou a formar-se um movimento libertário, com o objetivo de pôr a salvo da própria lei, bem como daqueles que as elaboram e as executam, uma série de direitos,

cujo reconhecimento se dera à custa de muito sacrifício, e que deveriam ser considerados inerentes a todo ser humano. Ansiando por uma liberdade cada vez maior e mais irrestrita, e com receio de perder o que já haviam conquistado, buscou-se, então, um “Direito superior”, algo que, posicionado acima das leis, garantisse a adequação destas aos paradigmas liberais então predominantes. É a partir desse ponto que se intensifica a importância das Constituições¹, robustecendo-se, em paralelo, uma tendência de abandono do legalismo.

Ao fortalecimento da relevância das Constituições seguiu-se uma mudança quanto às suas funções dentro de um Estado. De fundamento de validade de outras normas, passou por várias etapas até alcançar o *status* de repositório axiológico irrevogável e irreduzível de um povo, funcionando, de modo invasivo, como um filtro ao qual devem ser submetidas todas as normas e todas as ações estatais. Nesse ínterim, vivenciamos o surgimento do constitucionalismo e sua evolução para o neoconstitucionalismo.

Esse processo faz descortinar um quadro de insegurança na busca de um padrão axiológico que encaminhe o Direito para o campo do justo, pela própria dificuldade em decantar esse valor do estrato normativo constitucional. Como registra Luís Roberto Barroso, referindo-se à injustiça e à insegurança que marcam a nossa era, “o direito vive uma grave crise existencial. Não consegue entregar os dois produtos que fizeram sua reputação ao longo dos séculos” (Barroso, 2005, p. 2).

Aí se revela a eterna dialética entre liberdades públicas e segurança jurídica, polos que parecem inversamente coimplicados. Dessa forma, previsível que historicamente tenhamos uma tendência a privilegiar um em detrimento do outro, perfazendo um movimento pendular em que, em um momento, no zênite do absolutismo, o pêndulo esmagava as liberdades; em outro, no auge do liberalismo, a segurança era contida. Podemos assistir inertes a esse movimento ritmado, e já cientes de seu natural desfecho, ou podemos intervir, no intuito de evitar que o pêndulo volte a alcançar as extremidades. O neoconstitucionalismo, que nasceu por força de momentos críticos, está, nessa época de clamor por segurança, ele próprio, entrando em crise. Significa que é hora de decidir.

De fato, sem apelar para aquela noção pejorativa do termo, a que nos referimos mais acima, em sua etimologia, *krisis* autoriza a remissão à ideia de decisão e julgamento². Portanto, “crise” pode ser assumida como um momento decisivo, ou seja, em que a decisão, mais do que oportuna, faz-se verdadei-

1 Não por outro motivo, a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão (1789), em seu art. 16, não reconhece como detentora de uma Constituição a sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos por ela declarados.

2 Cf. verbete *krisis* em Lidell; Scott, 1996, p. 997.

ramente imprescindível, quer para a estabilização, quer para a ruptura com a situação ou estado de coisas verificado.

Por outro lado, relevante destacar que em toda decisão está implicado um ato de escolha, demarcada não apenas pelos objetos e soluções selecionadas, mas também pela negação daqueles que lhes são diametralmente opostos. Esse é o nível de responsabilidade que uma decisão – comissiva ou omissiva, tanto faz – pressupõe, por tratar-se de ato proveniente da vontade consciente de um ente racional.

Trazendo a discussão mais especificamente para a seara da teoria da Constituição, vemos a problemática existente entre a segurança e a liberdade induzir-nos a uma reflexão que, há até bem pouco tempo, era impensável: se o positivismo soa retrógrado, por não sacralizar direitos fundamentais, o neoconstitucionalismo tem exalado insegurança, por suas inclinações axiológicas e principiológicas quase sempre marcadas por grande abertura e vagueza. Vale-nos aqui, então, a ponderação há pouco realizada: o aspecto mais relevante da decisão não repousa sobre o objeto ou solução selecionada, mas sobre aquilo de que se resolve abrir mão por conta dessa escolha. Nessa época de *krisis*, estamos preparados para abrir mão do quê?

2 DO LEGALISMO AO NEOCONSTITUCIONALISMO

A despeito de absolutamente inegáveis a corruptibilidade do ser humano e a sua tendência individualista inicial de autopreservação, não parece haver dúvidas de que a realização da justiça é uma expectativa tipicamente presente diante de qualquer conflito. Assim, deixados de lado os casos em que os interesses particulares obliterem por completo até mesmo os meros vestígios de ética, o natural é que a racionalidade humana somente se conforme com uma solução que possa ser considerada justa para a hipótese. A busca por justiça é, destarte, uma busca pessoal inerente à condição humana e uma busca coletiva típica de qualquer sociedade minimamente organizada. É impossível, nessa fase, não reconhecer, se não a confusão total, pelo menos, uma grande área de interseção entre o Direito e a Moral.

De fato, as impressões mais primárias do conceito de Direito no ideário do ser humano tradicionalmente partem de uma grande aproximação de sua essência a dois objetos-aspirações, que são a justiça e a proporcionalidade³. Se abandonarmos a tecnicidade do discurso acadêmico e tivermos que apontar qual a finalidade do Direito, é bem possível que a resposta venha em coro: “Promover a justiça”.

3 A própria noção de proporcionalidade já parece estar conectada à de justiça. Nesse sentido, veja a correlação que Aristóteles estabelece entre a justiça distributiva e a noção de termo médio (Aristóteles, 1131b, 15-18).

Todavia, esse vetor axiológico padece de grande indeterminação, de tal forma que, mesmo se pudéssemos eliminar completamente a malícia, a insegurança ostentaria níveis intoleráveis, tendo em vista a tendência de afirmar uma concepção personalíssima de valores, o que nos remeteria a um quadro de verdadeira aleatoriedade das decisões e atuações estatais.

Essa instabilidade ressalta a natural necessidade da racionalidade humana de antecipadamente conhecer as consequências possíveis para seus atos (sanções), justificando um modelo jurídico que se foi distanciando dos referenciais axiológicos. Em seu percurso, por força das exigências da previsibilidade e, portanto, de segurança, a lei passou a identificar-se com o próprio Direito⁴. Direito, a essa altura, não seria mais a vaga “realização do justo”, mas a aplicação da lei antecipadamente instituída.

Todavia, corrupção, malícia ou puro despreparo fizeram surgir leis cada vez mais indigestas. Não demorou muito para que os homens identificassem as imperfeições das leis às quais juraram obediência. No entanto, os únicos recursos de que dispunham para atacá-las eram os juízos de valor morais e éticos, ferramentas que já haviam sido extirpadas do repertório argumentativo juridicamente aceitável, pois segurança e estabilidade determinavam obediência cega a elas (*dura lex sed lex*). O poder de modificar ou de afastar as leis seria exclusivo do Legislativo, o mesmo a quem incumbia a sua criação e que, teoricamente, era composto pelos representantes do próprio povo. Quanto ao papel do Judiciário, ele ainda era muito tímido; para tanto, basta lembrar que, no âmbito da denominada Escola da Exegese, o bom juiz era aquele que humilhava a sua razão diante da razão da lei, porquanto investido no cargo para julgar segundo a lei, e não para julgá-la⁵.

Catalisada pelos eventos do período Iluminista, a valorização de um rol de direitos assumidos como inerentes a qualquer ser humano passou a ser uma exigência da maior parte dos povos ocidentais, seja para conferir maior respeitabilidade aos atos legislativos que os previam, seja para situá-los já como parte de um “Direito especial”, posicionado em nível diferenciado, superior àquele das leis comuns. O fato é que os direitos humanos passaram a ser declarados em documentos solenes “universais” e nas próprias Constituições nacionais. Os modelos da França e dos Estados Unidos, ambos do fim do século XVIII, deflagraram a forte tendência de fazer da Constituição o veículo normativo “oficial” para a previsão dos direitos fundamentais, contribuindo diretamente para uma crescente superestima da lei constitucional.

4 Cf. Barroso, 2005, p. 4.

5 Cf. Bobbio, 1995, p. 86.

Apesar desse quadro de ascensão, até o fim da primeira metade do século XIX, eles eram bastante limitados. Em sua maioria, os textos constitucionais mantinham-se estáticos e as Constituições, se não funcionavam como adornos figurativos, eram vistas como cartas de promessas. Eram diretrizes ideológicas a se seguir, objetivos a se buscar, nem sempre resultando sanções específicas do seu descumprimento. Em síntese, eram extremamente dependentes das leis.

Essa dificuldade decorria da própria linguagem constitucional, a qual, com sua densidade axiológica, de estrutura aberta, tradicionalmente não trazia a especificidade necessária para sua aplicação a casos concretos. As primeiras mudanças nesse quadro advieram a partir da adoção do controle de constitucionalidade, dada a tendência, por ele inaugurada, de verificação da conformidade da lei às disposições constitucionais. Assim, a Constituição ganhou um pouco de vida: primeiro, porque saía do papel ao se embater com as leis infraconstitucionais; segundo, porque passou a ter poder de sanção (no caso, de invalidação e de decesso das leis consideradas inconstitucionais).

Essa potencialidade de as Constituições interferirem no ambiente social, sobretudo no exercício do seu papel de afirmação dos direitos fundamentais, conquanto afirmada, não chegava ainda a ser substancial quando a comparamos com a visada do neoconstitucionalismo⁶. Sem nos estendermos, basta lembrar as dificuldades que enfrentamos e o tempo decorrido para que conferíssemos efetividade à norma constitucional que assentou o direito de greve dos servidores públicos⁷.

A percepção da impotência da Constituição para ver efetivados os direitos por ela declarados, associada ao fato de que a malícia poderia ser positivada nos textos legais, dando respaldo jurídico à sua concretização efetiva, provocou mudanças significativas, voltadas à proteção dos direitos fundamentais.

Daniel Sarmento nos proporciona uma síntese desse quadro (2009, p. 70-71):

Até a Segunda Guerra Mundial, prevalecia no velho continente uma cultura jurídica essencialmente legicêntrica, que tratava a lei editada pelo parlamento como a fonte principal – quase como fonte exclusiva – do Direito, e não atribuía força normativa às constituições. Estas eram vistas basicamente como programas po-

6 A expressão neoconstitucionalismo é usada para representar uma série de transformações ocorridas no direito constitucional de alguns dos países do hemisfério Norte. Questões como o papel da Constituição na estruturação do Estado, a extensão das funções e dos poderes da Constituição no ordenamento jurídico, as novas técnicas hermenêuticas constitucionais com ênfase principiológica e a revitalização da relação entre Direito e moral e Direito e justiça, dentre outras, passam a ocupar lugar de destaque nos ambientes acadêmicos e nos Tribunais Constitucionais da maioria dos ordenamentos mais desenvolvidos.

7 Veja o longo percurso até que o Supremo Tribunal Federal chegasse a acolher o pedido formulado em sede de mandado de injunção, não apenas para declarar a mora do Congresso Nacional em regulamentar o direito de greve dos servidores públicos, assegurado na Constituição da República, mas garantindo-lhe efetividade, ao determinar a aplicação da lei de greve vigente no setor privado (Lei nº 7.783/1989).

líticos que deveriam inspirar a atuação do legislador, mas que não podiam ser invocados perante o Judiciário, na defesa de direitos. Os direitos fundamentais valiam apenas na medida em que fossem protegidos pelas leis, e não envolviam, em geral, garantias contra o arbítrio ou o descaso das maiorias políticas instaladas nos parlamentos. [...] Depois da Segunda Guerra, na Alemanha e na Itália, e algumas décadas mais tarde, após o fim de ditaduras de direita, na Espanha e em Portugal, assistiu-se a uma mudança significativa deste quadro. A percepção de que as maiorias políticas podem perpetrar ou acumpliciar-se com a barbárie, como ocorrera no nazismo alemão, levou as novas constituições a criarem ou fortalecerem a jurisdição constitucional, instituindo mecanismos mais potentes de proteção dos direitos fundamentais mesmo em face do legislador.

No âmbito das referidas mudanças, em primeiro lugar, podemos observar uma alteração no teor das Constituições, que passaram a expressar uma preocupação massiva com os direitos fundamentais. Em vez de apenas prever os direitos e garantias individuais (como fizeram as “declarações” predecessoras), passaram a estratificar os diversos direitos, detalhando-os em suas ramificações e extensões, ampliando o seu rol e, inclusive, ocupando-se de temas até então inéditos, como as relações familiares, as relações de trabalho, o meio ambiente, os sistemas tributário e financeiro etc. Trata-se do que restou denominado de “constitucionalização do Direito”, ou seja, um fenômeno pelo qual a Constituição formal passa a incorporar em seu texto inúmeros temas afetos aos ramos infraconstitucionais do Direito, de tal forma que se revela assim “um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico” (Barroso, 2005, p. 12).

Em segundo lugar, e com efeitos práticos bem mais sensíveis, as constituições passaram a expandir os poderes e as áreas de atuação do Poder Judiciário. Não apenas por meio da criação dos Tribunais Constitucionais, que funcionariam como guardiões da Constituição, mas, também, pela criação de mecanismos de acesso à Justiça para a discussão das temáticas relativas aos direitos fundamentais.

Essas modificações proporcionam uma guinada significativa, marcada pela mudança na compreensão da normatividade da Constituição e da extensão dos poderes e das funções do Judiciário, acarretando o simultâneo declínio do prestígio da visada do Direito como sendo unicamente um sistema de regras, bem como dos modos de operá-lo, notadamente do processo subsuntivo. Sem falar na intangibilidade de certas matérias, que conformariam o núcleo duro da Constituição, aí incluídos os direitos fundamentais e suas garantias⁸.

8 Aqui não tocamos a delicada questão da extensão desse rol, no sentido da sua intangibilidade irrestrita, ou conformada apenas aos direitos e garantias individuais.

Essa ambiência marca um quadro de transição para tendências que poderíamos reunir sob o que restou denominado neoconstitucionalismo. Embora quase todas as referências ao tema sejam voltadas a um objeto determinado e feitas no singular – “o neoconstitucionalismo” –, não seria desarrazoado afirmar que são várias as orientações que podem cair sob tal título. A conclusão se justifica porque as matrizes teóricas comumente suscitadas para embasar suas ideias são curiosamente dissidentes e, eventualmente, até antagônicas.

Conforme observa Daniel Sarmiento (2009, p. 269), na base do pensamento neoconstitucionalista,

[...] constata-se uma ampla diversidade de posições jusfilosóficas: há positivistas e não positivistas, defensores da necessidade do uso do método na aplicação do Direito e ferrenhos opositores do emprego de qualquer metodologia jurídica, adeptos do liberalismo político, comunitaristas e procedimentalistas.

Em que pese isso, junto às sensíveis distinções encontramos também pontos de convergência que justificam a aplicação do rótulo, mesmo aquelas correntes fundadas em bases teóricas dissidentes. São exatamente eles o objeto de nossa exposição e crítica.

Inicialmente, recorreremos ao elenco fornecido por Luis Prieto Sanchís (2009, p. 117)⁹:

Essa nova teoria parece que pode resumir-se nestes cinco temas, expressivos de outras tantas orientações ou linhas de evolução: mais princípios que regras; mais ponderação que subsunção; onipresença da Constituição em todas as áreas jurídicas e em todos os conflitos minimamente relevantes, em lugar de espaços isentos em favor da opção legislativa ou regulamentadora; onipotência judicial em lugar da autonomia do legislador ordinário e por último coexistência de uma constelação plural de valores, por vezes tendencialmente contraditória, em lugar de uma homogeneidade ideológica em torno de alguns princípios coerentes entre si e em torno, sobretudo, das sucessivas opções legislativas. (tradução nossa)

A esse rol de características que marcam as tendências neoconstitucionalistas, podemos acrescentar ainda aquelas demarcadas por Daniel Sarmiento (2009, p. 267-268):

(a) reconhecimento de força normativa dos princípios jurídicos e valorização da sua importância no processo de aplicação do Direito; (b) rejeição ao formalismo e recurso mais frequente a métodos ou “estilos” mais abertos de raciocínio jurí-

9 *“Esta nueva teoría parece que puede resumirse en estos cinco epígrafes, expresivos de otras tantas orientaciones o líneas de evolución: más principios que reglas; más ponderación que subsunción; onnipresencia de la Constitución en todas las áreas jurídicas y en todos los conflictos mínimamente relevantes, en lugar de espacios exentos en favor de la opción legislativa o reglamentaria; onnipotencia judicial en lugar de autonomía del legislador ordinario; y, por último, coexistencia de una constelación plural de valores, a veces tendencialmente contradictorios, en lugar de homogeneidad ideológica en torno a un puñado de principios coherentes entre sí y en torno, sobre todo, a las sucesivas opciones legislativas.”*

dico: ponderação, tópica, teorias da argumentação etc.; (c) constitucionalização do Direito, com a irradiação das normas e valores constitucionais, sobretudo os relacionados aos direitos fundamentais, para todos os ramos do ordenamento; (d) reaproximação entre o Direito e a Moral, com a penetração cada vez maior da Filosofia nos debates jurídicos; e (e) judicialização da política e das relações sociais, com um significativo deslocamento da esfera do Legislativo e do Executivo para o Poder Judiciário.

Portanto, a nova visada das relações entre Direito e moral, o reconhecimento da normatividade dos princípios e seu reflexo sobre a metodologia jurídica, o novo campo de abrangência da Constituição, bem como o novo papel do Poder Judiciário, tudo isso conforma uma matriz que demarca razoavelmente o impacto das visadas neoconstitucionalistas sobre o Direito, merecendo nossa atenção, sob o marco de uma análise crítica. É precisamente essa a tarefa a que nos lançaremos a seguir.

3 ANÁLISE CRÍTICA DO NEOCONSTITUCIONALISMO

O fenômeno do neoconstitucionalismo é pluriforme e rico em tendências e características que se chega à afirmação de que melhor seria utilizar o termo no plural¹⁰. Todavia, esse quadro multifacetado também revela um núcleo comum que aponta para mudanças fundamentais de perspectiva, embora em graus distintos que não torna equivocada a forma como aqui empregamos o termo. Nos subitens que se seguem, serão exploradas de forma destacada algumas marcas uniformes no quadro que delimita a ideia de neoconstitucionalismo, bem como a sua análise crítica.

3.1 A RELAÇÃO ENTRE DIREITO E MORAL

Nas tendências positivistas de caráter mais formalista, os elementos morais parecem não ser relevantes para o fim de validar a ordem jurídica estabelecida. Os juízos de justiça e validade não se interpenetram, precisamente porque é admitida a relatividade dos sistemas morais, de tal forma que, ao estabelecermos o Direito, ele já irá pressupor certa tendência à preservação de valores que conformam uma certa ordem moral (ordinariamente a da maioria), razão pela qual não faria sentido a pretensão de desqualificar o ordenamento com base em outra moral. Portanto, “isto significa que a validade de uma ordem jurídica positiva é independente da sua concordância ou discordância com qualquer sistema de Moral” (Kelsen, 1999, p. 47).

Da mesma forma, não caberia à Ciência do Direito a tarefa de análise crítica do ordenamento, com a pretensão de justificá-lo ou validá-lo. É que, em-

10 Reconhecendo essa possibilidade, mas também a existência de uma convergência de algumas marcas fundamentais, veja Ávila, 2009, p. 1-2.

bora se reconheça a presença de valores introjetados no ordenamento jurídico, a tarefa da ciência não residiria na aprovação ou não do seu objeto, mas apenas na sua descrição. Assim, “a ciência jurídica não tem de legitimar o Direito, não tem por forma alguma de justificar – quer através de uma Moral absoluta, quer através de uma Moral relativa – a ordem normativa que lhe compete – tão somente – conhecer e descrever” (Kelsen, 1999, p. 49).

Portanto, essa tendência separatista parece alicerçar-se no pressuposto da relatividade dos valores e dos sistemas morais que por eles são informados. De toda forma, as tendências neoconstitucionalistas ostentam a marca da reproximação entre Direito e moral, de tal forma que aqueles valores não apenas delimitam a tarefa de criação do Direito, como também condicionam a sua aplicação.

Nesse contexto, sobrevém a crítica da inauguração de certo relativismo no Direito e da consequente perda de segurança jurídica. De fato, a dignidade da pessoa humana, o direito à livre determinação da personalidade e o direito à liberdade de crença e de culto religioso são expressões linguísticas vagas, cujo sentido muitas vezes reclama o emprego de juízos de valor morais. A Constituição não as conceitua e, mesmo que o fizesse, sempre sobriaria espaço para a discussão de seus limites práticos. Sempre seria discutível se determinado direito é inerente à condição humana, quais os limites da liberdade religiosa etc. Registre-se, aliás, que nem seria interessante, sob a ótica neoconstitucionalista, que a Constituição o fizesse, pois a ideia é justamente a de que as expressões possam ser interpretadas conforme as particularidades exigidas para a realização da justiça em um caso concreto¹¹.

De fato, isso representaria um problema, pois, como acentua Canotilho (1998, p. 1036):

Um modelo ou sistema jurídico constituído exclusivamente por regras conduzir-nos-ia a um sistema de limitada racionalidade prática. Exigiria uma disciplina legislativa exaustiva e completa – *legalismo* – do mundo e da vida, fixando, em termos definitivos, as premissas e os resultados das regras jurídicas. Conseguir-se-ia um “sistema de segurança”, mas não haveria qualquer espaço para o desenvolvimento de um sistema, como o constitucional, que é necessariamente um sistema aberto. Por outro lado, um legalismo estrito de regras não permitiria a introdução dos conflitos, das concordâncias, do balanceamento de valores e interesses, de uma sociedade pluralista e aberta.

Além disso, prescrições hipotéticas jamais alcançarão um grau de previsibilidade capaz de esgotar a contingência do mundo. Como encontrar a exata medida da proteção da *intimidade*, por exemplo? Até que ponto ela deve influir

11 Daí por que termos nos referido à inclinação das teorias neoconstitucionalistas pela tópica, cujo marco reside precisamente em levar a sério o problema.

na ilicitude das provas? Até que ponto pode limitar o poder de polícia? Até que ponto pode subjugar outros direitos fundamentais, como o direito à segurança, por exemplo? São infundáveis as nuances que cada hipótese pode reservar.

Ademais, a diversidade cultural, o dinamismo das relações sociais, a contínua modificação dos costumes e a frenética evolução tecnológica aumentam muito a complexidade das questões potencialmente apresentáveis ao Judiciário. É absolutamente impossível criar regras específicas, de subsunção inequívoca, para todas as situações consideradas relevantes. Assim, o recurso a juízos morais poderia contribuir para que fossem dadas respostas para muitos dos casos com particularidades não especificamente contempladas pelo Direito positivo.

Por outro lado, embora pareça justificada a ideia de uma solução especial para cada caso único, é importante lembrar que uma carga indesejável de imprevisibilidade acaba acompanhando quase todos os processos judiciais, conformando um duro golpe na segurança jurídica¹².

De qualquer forma, é preciso considerar que o estreitamento dessas margens de valoração reflete uma tentativa natimorta de esgotar a contingência do mundo em previsões hipotéticas. Não somos deuses, mas humanos. Portanto, não nos pode ser dada uma tarefa como essa, e, toda vez que insistimos em realizá-la, acabamos por empobrecer o próprio mundo, não raro distanciando o julgador do próprio problema, que acaba incorporado em um modelo idealizado que a ele não corresponde¹³.

3.2 O PAPEL DOS PRINCÍPIOS

É evidente que o Direito funda-se em diversos princípios, reconhecidos e organizados conforme suas próprias finalidades. É impossível conceber um direito administrativo sério sem o princípio da moralidade; é absolutamente intolerável um direito penal sem o princípio da legalidade; não é nada confiável um processo sem que sejam oportunizadas a ampla defesa e o contraditório. É claro que esses são princípios de índole liberal ou garantista, tipicamente encontrados em Estados Democráticos de Direito. Autocracias e governos fundamentalistas provavelmente farão opção por princípios bastante diferentes, quiçá exatamente contrários aos mencionados.

A existência dos princípios, destarte, não é negada por qualquer das orientações jusfilosóficas conhecidas. O ponto central da controvérsia está na

12 Para uma crítica a esse quadro decisionista, notadamente em relação à sua presença no âmbito judicial, propiciado por uma equivocada aplicação da teoria da ponderação de princípios, ver Cristóvam, 2017.

13 Para uma análise detalhada desse problema, veja Cunha, 2012.

forma como eles são vistos e o papel que desempenham no ordenamento jurídico.

O que podemos observar a partir da Segunda Guerra Mundial, no continente europeu, e a partir da Constituição de 1988, no Brasil, é a proliferação de princípios cada vez mais amplos, de conteúdo cada vez mais aberto e impreciso em razão de uma carga axiológica representada por meio de expressões extremamente vagas. E com um detalhe importantíssimo: muitos deles são supralegais ou constitucionais implícitos, isto é, embora não se encontrem positivados e não estejam escritos, transcendem o plano da teoria e são afirmados como parte integrante do sistema jurídico. Entretanto, não são meras recomendações, não se limitam a nortear a criação e a interpretação das normas. Eles têm aplicação imediata, são normas autênticas, dotadas de coercitividade e arguíveis em qualquer processo, do mesmo modo que as regras escritas, podendo, inclusive, ser invocados para afastá-las.

Portanto, a partir da percepção de que uma regra formalmente válida pode ser considerada materialmente inválida (por afrontar, em nível de conteúdo, princípios constitucionais, ainda que implícitos), enfraqueceu-se, consideravelmente, a noção de obrigatoriedade das leis escritas. Se elas são sempre passíveis de questionamentos à luz da Constituição, e se esses questionamentos passaram a ser a práxis, é como se a sua validade estivesse sob condição (resolutiva), sendo seu conteúdo passível de suspensão. Regras surtem efeitos válidos se passarem pelo processo de filtragem constitucional.

Analisando sob essa perspectiva, torna-se muito interessante dispor de uma ferramenta capaz de afastar injustiças e anomalias eventualmente positivas. É evidentemente reconfortante saber que direitos e garantias são postos a salvo inclusive da própria lei, devendo esta, por mais clara e objetiva que seja, ser afastada quando se identificar que não guarda consonância com os princípios emancipatórios propugnados pela Constituição.

Por outro lado, ao reconhecer tal poder aos princípios não escritos, voltamos a caminhar por regiões de extrema aridez. Embora vejamos como positivo o balanço final, não é prudente menosprezar os efeitos destrutivos que essa prática pode apresentar. Antes mesmo de expressar os pontos que consideramos vantajosos, precisamos fixar seus limites aceitáveis, frisando, sempre, que o uso não criterioso certamente trará resultados nefastos, daí a crítica de Ingeborg Maus (2000, p. 189-190):

Toda menção a um dos princípios “superiores” ao direito escrito leva – quando a Justiça os invoca – à suspensão das disposições normativas individuais e a se decidir o caso concreto de forma inusitada. Assim, enriquecido por pontos de vista morais, o âmbito das “proibições” legais pode ser arbitrariamente estendido ao campo extrajurídico das esferas de liberdade.

De toda forma, os princípios, manuseados com critérios e com muita responsabilidade, constituem formidável ferramenta a serviço da racionalidade humana. Por refletirem um modelo mais aberto, com maior campo de aplicação, quando comparados com o das regras, certamente importam maior insegurança (ao menos tomada em seu conceito tradicional), o que torna seu emprego arriscado. Mas isso justifica a condenação do neoconstitucionalismo? Riscos são indissociáveis da atuação humana, estando especialmente presentes no seu histórico evolutivo. A quantas situações cotidianas de riscos nos expomos irrefletidamente? O mesmo automóvel que nos facilita a vida pode ceifá-la, os mesmos remédios que nos restabelecem a saúde podem destruí-la. Somos invariavelmente forçados a lidar com riscos, mas, como não é possível abandonar todas as atividades perigosas, nosso compromisso é o de reduzir ao máximo os índices de insegurança.

O fato é que se a contingência do mundo não pode ser afastada pela ideia de preceitos hipotéticos fechados, daí não significa que o enfrentamento deste problema se resolva à base de um dirigismo subjetivo do intérprete, de caráter individualista e voluntário. Daí a importância dos princípios, como elemento de concretização do próprio Direito. Não por outro motivo, a crítica de Lenio Streck, ao afirmar que eles jamais proporcionam abertura ao processo de aplicação do Direito, mas precisamente promovem o seu fechamento. Confira (Streck, 2006, p. 358):

Por mais paradoxal que possa parecer, os princípios têm a finalidade de impedir “múltiplas respostas”; portanto, “fecham” a interpretação (e não a “abrem”) [...] os princípios vieram justamente para superar a abstração da regra, desterritorializando-a de seu *locus* privilegiado, o positivismo.

Exatamente por isso é que podemos afirmar que, na perspectiva neoconstitucionalista, os princípios jamais foram contemplados como elementos de ornamentação de discursos abstratos. Eles se destinam originariamente ao acoplamento do Direito ao mundo da vida.

Esse papel proeminente dos princípios no ideário neoconstitucionalista reflete-se também no reconhecimento do seu caráter normativo, associado à sua diferença qualitativa em relação às regras jurídicas. Essas características implicaram o reconhecimento da necessidade de um vetor operativo distinto daqueles aplicados às regras. Eis o método da ponderação, que foi notabilizado na obra de Robert Alexy, estruturada a partir da análise das práticas jurisdicionais da Corte Constitucional alemã¹⁴. A sua relevância na práxis judicial justifica a

14 Referimo-nos à sua teoria dos direitos fundamentais (Alexy, 2008).

atenção especial que a ela será dedicada no próximo subitem¹⁵. Afinal, como assevera José Sergio da Silva Cistóvam, “no modelo pós-positivista de discurso jurídico, a teoria da ponderação [...] passou a assumir uma posição de alargada proeminência, povoando quase que por completo o debate jurídico” (2017, p. 220).

3.2.1 A ponderação de princípios e a sua crítica

Não temos aqui a pretensão de apresentar detalhadamente o modelo operativo desenvolvido por Robert Alexy, mas tão somente expô-lo em linhas gerais.

Inicialmente, trata-se de uma teoria que visa a descrever sistematicamente o modo pelo qual a Corte Constitucional alemã lidava com a questão da colisão de direitos fundamentais¹⁶.

Para Alexy, a ponderação seria um método aplicável à colisão de princípios. Portanto, parte ele da premissa (que não chega a ser inovadora) de que entre eles e as regras há uma diferença qualitativa, necessitando ela ser exposta, a fim de que o campo de aplicação da ponderação seja bem delimitado. Como ele mesmo esclarece (Alexy, 2008, p. 85), a distinção entre regras e princípios

[...] constitui a base da teoria da fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais e uma chave para a solução de problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais. Sem ela não pode haver uma teoria adequada sobre as restrições a direitos fundamentais, nem uma doutrina satisfatória sobre colisões, nem uma teoria suficiente sobre o papel dos direitos fundamentais no sistema jurídico.

Como assinalamos mais acima, essa distinção deve ser reconhecida e, mais ainda, não seria apenas uma distinção quantitativa, mas qualitativa (Alexy, 2008, p. 90), de tal forma que, diferentemente das regras, que operam sob uma lógica binária (ou são satisfeitas ou não), eles atuam de forma analógica, podendo ser efetivados em graus variados, em função das possibilidades

15 Humberto Ávila propõe um quadro de mudanças que o neoconstitucionalismo apresentou, vinculadas segundo uma relação de causa e efeito. A primeira delas seria a maior densidade de princípios que a Constituição de 1988 inaugurou. Daí resultaria a adoção prioritária do método da ponderação, ao invés da subsunção. Por sua vez, a própria ponderação requer uma análise mais concreta do que abstrata, característica que também reflete uma maior demanda participativa do Poder Judiciário, o qual, ao atuar sob esse modelo principiológico, prestigiaria mais uma aplicação jurídica centrada na Constituição. Assim, estariam aí justificadas algumas notas típicas do movimento neoconstitucionalistas, a saber: mais princípios do que regras; mais ponderação do que subsunção; mais análise concreta do que geral e abstrata, mais Poder Judiciário do que os demais; e maior aplicação da Constituição do que da lei. De qualquer forma, a despeito desse modo de sistematizar o tema, aqui exposto apenas para corroborar a importância da ponderação de princípios, o referido autor não poupa críticas a esse quadro de prevalências. Para maiores detalhes, veja Ávila, 2009.

16 O próprio Alexy assevera que o atual significado dos direitos fundamentais é decorrente da jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão, e a ciência que daí decorre (dos direitos fundamentais), em larga medida, é uma ciência da jurisprudência constitucional (Alexy, 2008, p. 27).

fáticas e jurídicas a que se circunscrevem. Por isso mesmo, seriam eles *mandados de otimização*.

Ademais, as regras se envolvem em cenários conflituosos em que a situação somente pode ser resolvida pela eliminação de uma delas, por meio de sua invalidação, ou através de uma cláusula de exceção (Alexy, 2008, p. 92). Por outro lado, princípios, ao colidirem entre si, reclamam solução diversa. Não se trata de invalidar um deles ou excepcioná-lo para o caso, mas de estabelecer uma precedência concreta, de acordo com os pesos específicos que lhes são atribuídos, com fundamento na técnica da ponderação. Portanto, “conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípios – visto que só princípios válidos podem colidir – ocorre [...] na dimensão do peso” (Alexy, 2008, p. 94).

Para conduzir esse raciocínio prático particular¹⁷, Alexy desenvolveu o que denominou de “fórmula do peso”, em que a prevalência de um princípio sobre outro, aferida diante das circunstâncias concretas do caso em que a colisão foi observada, seria determinada quantitativamente através de uma fórmula “matemática”, basicamente expressada pelo quociente dos pesos abstrato e concreto atribuídos a um dos princípios no numerador da equação; e, ao outro, no denominador.

Além dos pesos mencionados, um terceiro termo é introduzido em ambos os fatores da divisão. Trata-se de um termo de ajuste, por ele chamado de epistemológico, cujo objetivo é o de aferir o quanto se tem de fidedignidade na atribuição dos pesos conferidos, em razão do suporte científico para a afirmação. Tomemos o exemplo do conflito entre a liberdade religiosa e o direito à vida, manifestado na recusa de recebimento de transfusão sanguínea por paciente testemunha de Jeová. Ao atribuir o peso concreto aos princípios em colisão, dimensionamos o impacto de um princípio sobre o outro, quando da afirmação plena de um deles. Retomando o exemplo, podemos afirmar que, se a transfusão for negada para que se dê a máxima efetividade ao princípio da liberdade religiosa, o direito à vida seria fulminado por completo, pois o paciente morreria. Entretanto, até que ponto a ciência nos proporciona certeza quanto a essa afirmação? Eis o papel do coeficiente epistemológico: promover um ajuste no meu próprio juízo de ponderação.

Alexy chega a mencionar uma “lei da ponderação epistêmica”, segundo a qual, “quanto mais grave uma intervenção em um direito fundamental pesa,

17 Aliás, essa é precisamente uma das premissas da teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy, ou seja, a de que o raciocínio jurídico é um caso especial do raciocínio prático (moral) em geral. Cf. Alexy, 2007a, p. 205-213.

tanto maior deve ser a certeza das premissas apoiadoras da intervenção” (Alexy, 2007b, p. 150).

É preciso ainda registrar que a ponderação deve ser conduzida através de um procedimento de três etapas: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. No primeiro momento, é preciso verificar se o meio escolhido é adequado para atingir o objetivo colimado, pois, do contrário, não haveria espaço para qualquer ponderação. Em segundo lugar, o juízo de necessidade decorre da constatação de que não há outro meio mais suave, menos interferente sobre o princípio em colisão. Por fim, se ultrapassados esses dois “testes”, aí então podemos partir para a proporcionalidade em sentido estrito, em que a dimensão de peso de cada princípio será considerada, nos moldes da fórmula destacada acima.

Retomando o exemplo da transfusão de sangue, temos que ela é adequada para resguardar a vida do paciente, bem como necessária, pois partimos do pressuposto da inexistência de alguma outra medida que pudesse ser igualmente eficiente para salvar o doente e, ao mesmo tempo, que não impactasse ou minorasse o impacto sobre as suas convicções religiosas. Portanto, a colisão está efetivamente presente e isso justifica o recurso à proporcionalidade em sentido estrito.

Em linhas gerais, assim é como Alexy apresenta a ponderação de princípios.

Não nos deteremos nas críticas que lhe são formuladas, mas, em geral, muitos problemas que derivam do uso da sua teoria decorrem mais da sua má aplicação do que propriamente dos seus fundamentos.

De qualquer forma, apesar de efetivamente comportar críticas¹⁸, a sua teoria revela um esforço significativo para conferir um padrão de racionalidade argumentativa ao discurso judicial, escorado em uma pretensão de correção¹⁹, o que é um ponto positivo, uma vez que ambienta o discurso neoconstitucionalista aos padrões de segurança que se espera do Direito.

De qualquer forma, é importante o seguinte alerta (Cristóvam, 2017, p. 222):

18 Dentre as que mais se destacam está a dificuldade no estabelecimento de parâmetros objetivos para que a atribuição de pesos seja levada a efeito. Falta-nos um “um seletor de elementos relevantes”, de forma que essa tarefa caberia ao próprio julgador, que estabeleceria os elementos a considerar, bem como o peso ao valorá-los. Daí resultaria na dificuldade de limitação do seu poder, à vista da ausência de critérios impessoais para guiar a solução do problema que lhe é submetido à apreciação, aumentando não apenas a incerteza do sistema jurídico, como abrindo espaço à arbitrariedade. Para uma mais completa dimensão dessa crítica, veja Ávila, 2009.

19 Quanto à pretensão de correção que o Direito promove, veja Alexy, 2007b, p. 20-24.

[...] não se pode admitir que do paradigma ponderacionista resulte um insuprimível espaço de incertezas jurídico-políticas, de diuturna e casuística relativização de direitos, com a progressiva corrosão das noções de legalidade e segurança jurídica e o consequente déficit de estabilidade social, política e econômica da comunidade [...] o modelo ponderacionista não pode ficar, caso a caso, a desafiar (devorar) os padrões mínimos de racionalidade e segurança do sistema jurídico-judicial, permitindo ao julgador verdadeira usurpação da autoridade legislativa constitucional e infraconstitucional, por meio de obscuras e iletradas ginásticas hermenêuticas, que muito mais procuram encobrir razões subjetivas (moralismo judicial) do que apresentar efetivas justificações jurídicas racionais.

De fato, é possível verificar a utilização indiscriminada (e equivocada) da ponderação para relativizar normas constitucionais, fazendo-o através de um discurso superficial para a defesa de “princípios de ocasião, chamados às presas para salvar decisões apriorísticas e subjetivas” (Cristóvam, 2017, p. 224).

Razoabilidade e proporcionalidade passam a valer por fora do contexto procedimental que Alexy sugeriu, a fim de que, inclusive invocando o jurista alemão, passem a operar como “chaves-mestras” para a pseudojustificação de toda a sorte de decisões, mascarando juízos pessoais e discricionários que estão na base das respostas conferidas aos problemas que se apresentam, assim comprometendo o ideal de racionalidade que deve presidir o raciocínio judicial.

Sob tal viés, a ponderação, que foi originariamente concebida para ser um processo racional de justificação, atribuindo um maior ônus argumentativo ao juiz, passa a tornar-se um instrumento retórico para um indevido ativismo judicial, que compromete a democracia e a Constituição.

3.3 A CONSTITUIÇÃO INVASIVA

O neoconstitucionalismo é marcado também por um processo crescente de constitucionalização do Direito, através do qual ele é “impregnado, saturado ou embebido pela Constituição” (Comanducci, 2002, p. 95), de tal forma que ela se torna invasiva e “condiciona a legislação, a jurisprudência, a doutrina e os comportamentos dos atores políticos” (Comanducci, 2002, p. 95).

Dessa forma, toda a legislação e todos os atos de decisão são submetidos a um filtro constitucional, somente sendo considerado válido aquilo que possa sobreviver a uma confrontação com os paradigmas constitucionais (nem todos claros e explícitos). É como se a filtragem constitucional²⁰ pudesse higienizar

20 A expressão “filtragem constitucional” refere-se ao procedimento de análise da legislação infraconstitucional sob a ótica dos valores constitucionais, determinando, em decorrência da preeminência normativa da Constituição, uma dessas duas consequências: ou a interpretação conforme a Constituição (preferencial), ou, nos casos em que ela não seja viável, a “nulificação (negação) de toda a normatividade infraconstitucional que estiver em desacordo com o pacto fundador” (Schier, 1999, p. 101-103).

toda a legislação e todas as decisões do Poder Público, garantindo-lhes a confiabilidade pela afinidade com as premissas protetivas da Constituição ou os invalidando por um eventual distanciamento daquela referência.

Ao pensar a constitucionalização do Direito como um processo de disseminação de valores emancipatórios e humanitários pelas várias ramificações do ordenamento, não cremos que sejam muitas as objeções a se fazer. Como todas as outras características da proposta neoconstitucionalista até aqui examinadas, porém observamos uma dualidade inquietante. A providência pode ser muito proveitosa, mas encerra, também, seus perigos.

Invocar a Constituição tornou-se um ato praticamente religioso. Invoca-se a Constituição como se clama a uma divindade, e essa sacralização ou mistificação da Constituição tem uma série de desvantagens.

Em primeiro lugar, aquilo que é sagrado não é racionalmente internalizado, mas dogmaticamente imposto e acriticamente incorporado como um ato de fé, de tal forma que arrefece a crítica e tende à estagnação.

Segundo, há fundada dúvida quanto à capacidade de a razão apreender o sagrado, que seria um objeto de fé. Assim, consultar a Constituição seria como consultar uma escritura sagrada, repleta de valores, entrelinhas e promessas, mas não executável de pronto. Sempre que o destinatário da norma aproximasse de uma conclusão ou ideia firme, surge um “salto” ou uma regra dogmática inexplicável para assegurar a ininteligibilidade e a inalcançabilidade das normas religiosas. O que não se pode compreender com exatidão dificilmente poderá ser questionado com segurança; antes, legitima-se pela autoridade e pelo dogmatismo da fé.

Daí resulta um terceiro problema: a interpretação do texto constitucional, assim como a dos textos sagrados, é reservada para os poucos realmente habilitados a fazê-lo. Isso transforma os Tribunais Constitucionais em oráculos e os Magistrados em sacerdotes, porta-vozes exclusivos de uma vontade regulatória suprema. Embora o texto constitucional possa comportar diversas interpretações, aguarda-se, quase sempre, um veredicto “pacificador” do Tribunal Constitucional. Não somente passa a ser válida unicamente a sua interpretação; seu pronunciamento ganha força vinculante. Como salientou Ingeborg Maus (2000, p. 192), a detenção da exclusiva prerrogativa de interpretar a Constituição pelos Tribunais Constitucionais acarreta a

transformação do conceito de Constituição: esta deixa de ser compreendida – tal qual nos tempos de fundamentação racional-jusnaturalista da democracia – como um documento de institucionalização de garantias fundamentais das esferas de liberdade nos processos políticos e sociais, tornando-se um texto fundamental a partir do qual, a exemplo da Bíblia e do Corão, os sábios deduziriam

diretamente todos os valores e comportamentos corretos. O TFC, em muitos de seus votos de maioria, pratica uma “teologia constitucional”.

Um quarto problema é que, com a religião, é típico que ocorra uma transferência da responsabilidade ética e moral para a instituição (Igreja, originalmente). A sacralização da Constituição impõe uma moral e uma ética como os únicos modelos aceitáveis, interferindo, talvez de modo exagerado, na determinação da personalidade e nas relações privadas, eliminando o espaço para o livre desenvolvimento da personalidade e a construção da cultura e levando àquilo que já se denominou “perfeccionismo moral”: “imposição às pessoas, supostamente em nome de valores constitucionais, de comportamentos e estilos de vida que elas próprias rejeitam, em detrimento de sua liberdade existencial” (Sarmiento, 2009, p. 300).

Em quinto lugar, a sacralização da Constituição pode acabar levando a uma infundada crença nos poderes mágicos do seu texto, a ponto de ver uma normatividade autônoma que reuniria todo o poder de regência e direção sociais, mitigando o papel de outros instrumentos destinados a surtir efeitos no plano da realidade, seja no sentido de garantir liberdades ou de solucionar problemas sociais, econômicos ou políticos. É como se o texto constitucional bastasse para impedir situações de abuso de poder e para implementar o estado de condições projetado para uma sociedade livre e emancipada.

Portanto, esse quadro pode esmaecer os esforços e as atuações políticas para implementar as previsões constitucionais, conduzindo a sacralização a uma ilusória zona de conforto. É como se a fartura de direitos e garantias fundamentais no texto constitucional nos introduzisse na *terra prometida*. Daí o alerta de que “à Filosofia do Direito cabe mais uma vez demonstrar que, como em tantas outras vezes, a Constituição é uma grande conquista, mas não a última” (Moreira, 2007, p. 105).

O fenômeno da constitucionalização certamente não é de todo negativo, no entanto, desde que mantenhamos uma distância bastante segura do fanatismo que pode ser gerado pelo entusiasmo constitucional. Será construtivo se a Constituição for vista do ponto de vista jurídico-racional, e não sob prisma “religioso”; se permanecer passível de críticas; se for pensada como parte de um projeto mais amplo de sedimentação de valores humanitários, que depende de processos democráticos e esforços políticos para sua concretização; se for compreendida como uma importantíssima ferramenta de asseguuração das liberdades fundamentais, mas não como a única; como a mais importante das instituições jurídicas de um Estado, mas não como a síntese de todo o Direito.

3.4 A SUPERESTIMA DO PODER JUDICIÁRIO

Embora definitivamente não seja uma premissa neoconstitucionalista a negação da separação dos Poderes conforme suas funções e a manutenção de um sistema de freios e contrapesos entre eles, a sistemática por ele proclamada importa uma grande expansão da esfera de atuação do Judiciário.

De fato, dado o caráter invasivo da Constituição, quase todas as discussões tendem a esbarrar em questões constitucionais. Assim, o Judiciário, que é cada vez mais convocado a manifestar-se, mostra-se cada vez mais atuante no sentido de interpretar a Constituição e cada vez mais interveniente na sociedade, inclusive no campo do que restou denominado de judicialização da política²¹. Diante da abertura dos textos constitucionais, o juiz, em ambiente neoconstitucionalista, envolve-se em um modelo construtivista de aplicação do Direito. Diante desse quadro, razoável a crítica ao possível comprometimento da estrutura democrática do Estado²², pois, em nosso sistema, juízes são ordinariamente selecionados por um critério de capacidade técnica; não pelo sufrágio ou critérios políticos.

Além disso, o fato de termos a previsão de uma Corte Suprema para exercer a função de guardião da Constituição, mesmo sem reservar-lhe tal legitimidade com exclusividade, acaba por conferir-lhe o direito de dar a última palavra em termos da sua interpretação.

Em seu extremo, esse quadro pode conformar uma espécie de judiciorracia (Sarmiento, 2009, p. 288). Se ela é tão nociva quanto a autocracia, não se sabe, mas é fato que reserva algumas armadilhas bastante engenhosas, especialmente por escudar-se na pretensa legitimidade oriunda das decisões principiológicas e dos juízos de valor morais que contam com grande índice de adesão. Como diz Ingeborg Maus (2000, p.189), a introdução de ponto de vista morais e de “valores” na jurisprudência não só lhe confere maior grau de legitimação, imunizando suas decisões contra qualquer crítica, como também conduz a uma liberação da Justiça de qualquer vinculação legal que pudesse garantir sua sintonização com a vontade popular²³.

21 Acerca dos reflexos dessa ascensão institucional do Poder Judiciário, veja Barroso, 2005, p. 36-42.

22 Há quem entenda, todavia, que “a expansão do poder judicial” pode ser vista “como um reforço da lógica democrática”, eis que “a crescente busca, no âmbito dos tribunais, pela concretização de direitos individuais e/ou coletivos também representa uma forma de participação no processo político” (Cittadino, 2002, p. 136-137).

23 A hiperconstitucionalização da vida cotidiana acaba também por reforçar essa proeminência do papel exercido pelo Poder Judiciário, especialmente do Supremo Tribunal Federal, a ponto da sua atuação ser adjetivada como uma “supremocracia”, que basicamente seria demarcada, por um lado, pela autoridade exercida pelo Supremo sobre as demais cortes judiciais e, por outro, a expansão dos seus poderes em relação aos demais órgãos republicanos. Para uma análise detida das causas e exemplos de manifestações desse processo, cf. Vieira, 2008.

Aqui, tal como ocorreu nos itens precedentes, há riscos associados ao projeto, o que não impede a adesão a ele. Importa que o caminho seja percorrido com responsabilidade, a qual pode materializar-se mediante a adesão a certos compromissos. Em primeiro lugar, o de manter-se absolutamente fiel às premissas inaugurais do movimento que lhe confere todo esse poder. O neoconstitucionalismo somente fará sentido se representar um movimento de preservação e ampliação dos direitos humanos e das conquistas emancipatórias. Infelizmente, é muito fácil desvirtuar-se dessa função, seja restringindo direitos fundamentais para a satisfação do clamor público ou para o arrefecimento imediato de crises, seja pautando sua atuação na oscilação das forças e pressões decorrentes das conjunturas políticas.

Em segundo lugar, o compromisso de respeitar limites que decorrem da própria estrutura democrática adotada, embora não estejam escritos em qualquer cartilha neoconstitucionalista. De fato, por maior que seja a abertura do novo modelo, daí não significa que o espaço interpretativo endosse qualquer posição.

Não se trata de uma decisão concentrada do ponto de vista orgânico-institucional, haja vista que juízes também estão inseridos dentro de uma gramática social, desde sempre envolvidos em jogos de linguagem que configuram um mundo que não é apenas deles, mas compartilhado por uma determinada comunidade discursiva.

Alinhada a essa postura, a ponderada advertência de Clèmerson Merlin Clève e Bruno Meneses Lorenzeto (2016, p. 136), no sentido de que, sendo a linguagem uma atividade que faz parte de uma forma de vida (no sentido wittgensteiniano), “a tarefa hermenêutica não conforma uma produção unilateral de sentidos, antes reafirma uma semântica que já se encontra em operação em uma comunidade discursiva”.

De fato, os órgãos e agentes concretizadores do Direito, e sobretudo da Constituição, jamais atuarão com plena liberdade na sua atuação. Trata-se de um processo sempre vinculado a um campo de normatividade, o qual, se considerados os princípios, podem até apresentar certo grau de indeterminação, mas “qualquer que seja a indeterminabilidade dos princípios jurídicos, isso não significa que eles sejam imprevisíveis” (Canotilho, 1998, p. 1057).

Como nos adverte Oscar Vilhena Vieira, pode ser até que não exista consenso entre os juristas sobre a mais adequada forma de interpretar o Direito, e notadamente a Constituição, especialmente sob a forma de lidar com as inúmeras colisões de princípios, “o que não significa que a tarefa não deva ser feita da forma mais racional e controlável possível” (Vieira, 2008, p. 457).

Por fim, mas sem a pretensão de esgotamento, revela-se absolutamente imprescindível um reforço na fundamentação das decisões judiciais. A busca

por um sólido amparo teórico e a efetiva ocupação de bem justificar as opções deliberativas configuram medida de primeira necessidade. O preenchimento de dispositivos abertos por meio da injeção de valores morais ou do recurso a dados culturais, assim como a ponderação de princípios, tornam-se absolutamente arbitrários e verdadeiramente ininteligíveis se desacompanhados de cautelosa fundamentação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As transformações que caracterizam o neoconstitucionalismo são a expressão do grande anseio dos povos mais envolvidos no contexto da Segunda Guerra Mundial por mecanismos assecuratórios dos valores existenciais considerados inerentes à condição humana.

No início do terceiro milênio, a instauração de uma atmosfera de risco e urgência permanentes, catalisada pelos efeitos expansivos e invasivos da globalização, reanimou o discurso apaixonado, que clama pelo aumento da segurança, o que somente se pode obter à custa do sacrifício de uma parcela de liberdade.

Algumas das mais marcantes características do neoconstitucionalismo (a reaproximação entre o Direito e a Moral; o reconhecimento da normatividade dos princípios, bem como a redefinição do seu papel no ordenamento jurídico e a conseqüente desvalorização das regras objetivas e das técnicas de subsunção; a ampla constitucionalização de todo o Direito; e a superestima do Poder Judiciário) conduzem a uma metodologia audaciosa, que embora possa se revelar apta a concretizar muitas das promessas emancipatórias das constituições, encerra grandes riscos se levada a efeito com abusos. Assim, em que pese a proposta neoconstitucionalista conciliar-se com alguns dos desejos mais profundamente arraigados na alma humana – liberdade e justiça –, também se encontra em atrito com os reclamos típicos da atual conjuntura de instabilidades políticas, econômicas, militares – ordem e segurança.

Do incremento da constante e ineliminável tensão entre a liberdade e a segurança desponta a crise que nos impele à decisão: conter o movimento neoconstitucionalista, com o objetivo de suprimir os riscos dele decorrentes, ou investir nessa ideologia, trilhando uma rota sinuosa, mas que ruma para a efetivação de direitos e garantias fundamentais.

Como dissemos mais acima, o risco faz parte da atuação humana. Assim a busca pela concretização dos direitos humanos arduamente conquistados, e por outras tantas conquistas que estão por vir, é interminável e não se deve deixar estagnar diante dos riscos. Todavia, se vamos corrê-los, devemos fazê-lo com responsabilidade, minimizando-os ou contendo-os na medida do possível.

E é aqui que se destaca a parte que incumbe ao Poder Judiciário. Como protagonista da práxis sugerida pelo neoconstitucionalismo, é o principal encarregado de zelar para que ela dê certo. Sua importante missão só estará sendo comprovadamente cumprida quando se certificar de que suas ações sejam guiadas por critérios claros, e que suas decisões, além de possuir o respaldo teórico, sejam marcadas por argumentação racional apta a compensar a sensação inicial de insegurança.

Que fique claro, para encerrar, que esse maior débito na conta do Judiciário não desonera nem desobriga os demais Poderes e atores sociais das partes que lhes incumbem. Trata-se de uma proposta de engajamento social pleno em um projeto de vida boa que não se pode conformar por ação exclusiva de quem quer que seja. Daí a necessidade de que a sociedade deixe de visualizar o ordenamento jurídico como o único depositário das esperanças de um mundo melhor, sem esquecer-se de que todas as ações jurídicas serão em vão se desacompanhadas de integração, vontade e esforço políticos.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.
- _____. *Teoría de la argumentación jurídica: la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. 2. ed. Madri: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2007.
- _____. *Constitucionalismo discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, n. 17, jan./mar. 2009.
- ARISTÓTELES. *Nicomachean ethics*. Cambridge: Harvard University Press, 1934. (The loeb classical library, v. XIX).
- BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 240, p. 1-42, abr./jun. 2005.
- BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 1995.
- CANOTILHO, J. J. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.
- CITTADINO, Gisele. Poder Judiciário, ativismo judicial e democracia. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, Campos dos Goytacases, a. III, n. 3, p. 135-144, 2002.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETO, Bruno Meneses. Teorias interpretativas, capacidades institucionais e crítica. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia*, Curitiba, v. 19, n. 19, p. 131-168, jan./jun. 2016.
- COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. *Isonomía*, Alicante, n. 16, p. 89-112, abr. 2002.

- CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. A teoria da ponderação de princípios na encruzilhada do decisionismo judicial: limita-me ou te devoro. *Sequência*, Florianópolis, n. 75, p. 219-242, abr. 2017.
- CUNHA, Ricarlos Almagro Vitoriano. *Segurança jurídica e crise no Direito*. Belo Horizonte: Arraes, 2012.
- KELSEN, H. *Teoria pura do Direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- LIDELL, Henry George; SCOTT, Robert. *Greek-English lexicon*. 9. ed. Oxford: Clarendon Press, 1996.
- MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. *Revista Novos Estudos*, São Paulo, n. 58, p. 183-202, nov. 2000.
- MOREIRA, Luiz. *A constituição como simulacro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: QUARESMA, Regina *et al.* (Coord.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- SCHIER, Paulo Ricardo. *Filtragem constitucional: construindo uma nova dogmática jurídica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.
- SPAREMBERGER, Raquel Fabiana L. (Org.). *Olhares hermenêuticos sobre o direito: em busca de sentido para os caminhos dos juristas*. Ijuí: Unijuí, 2006.
- STRECK, Lenio Luis. *Interpretar e contretizar: em busca da superação da discricionariedade do positivismo jurídico*. In: LUCAS, Douglas Cesar.
- VIEIRA, O. V. Supremocracia. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 4, p. 441-434, jul./dez. 2008.