V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

TEORIAS DO DIREITO E REALISMO JURÍDICO

ANA PAULA BASSO

OSCAR SARLO

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

T314
Teorias do direito e realismo jurídico [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UdelaR/Unisinos/URI/ UFSM /Univali/UPF/FURG;

Coordenadores: Ana Paula Basso, Oscar Sarlo – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-275-0
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Instituciones y desarrollo en la hora actual de América Latina

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Interncionais. 2. Teorias do direito. 3. Realismo jurídico. I. Encontro Internacional do CONPEDI (5. : 2016 : Montevidéu, URU).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito
Florianópolis – Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

Universidad de la República
Montevideo – Uruguay
www.fder.edu.uy

V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

TEORIAS DO DIREITO E REALISMO JURÍDICO

Apresentação

As pesquisas apresentadas no Grupo de Trabalho Teorias do Direito e Realismo Jurídico, no V Encontro Internacional do CONPEDI, em Montevidéu, no Uruguai, reunindo brasileiros e uruguaios, trouxe diferentes abordagens quanto à forma idealista da normatividade na ciência jurídica, especialmente sob a perspectiva do judiciário.

Diante da visão de importantes doutrinadores, sejam do lado do positivismo ou do realismo jurídico, como H. L. A. Hart, Adrian Vermeule, Dworkin, Ralph Poscher e Niklas Luhman, os trabalhos debatidos proporcionaram elementos de circunspeção quanto aos modos como atuam os juízes e às diferentes técnicas de interpretação e aplicação do Direito.

O principal aspecto que se buscou destacar foi analisar o porquê que uma decisão foi tomada, ou seja, qual foi o seu motivo e qual finalidade é a pretendida. Conjectura-se frente às fontes do Direito, o posicionamento do judiciário. Importa, ir além, examinar se essas razões admitidas pelo judiciário são aceitáveis, podendo ser tidas como certas também para a sociedade.

É no campo das teorizações que surge o realismo jurídico, não adotando todas teorias como incontestáveis e absolutas, a exemplo das formalistas e objetivas. Nesse sentido, os estudos expostos no presente Grupo de Trabalho partiram de descrições de como se processa a atividade judicial e também de conclusões e críticas de determinados resultados das decisões tomadas, remetendo o direito à realidade dos conflitos postos diante dos Tribunais, avaliando as suas causas e efeitos.

Os artigos deste Grupo de Trabalho merecem a especial atenção dos leitores, permitindo a construção do conhecimento envolvendo diversas problemáticas atinentes à Teoria Geral do Direito, contribuindo à construção das análises quanto à teoria da norma e da decisão, à visão sociológica e filosófica do Direito, assim como o estudo do discurso jurídico, quanto à judicialização e o ativismo judicial.

Presenciando as apresentações dos artigos e a qualidade do debate que surgiu a partir dos argumentos de cada um por meio de indagações e respostas persuasivas, destacou ainda mais a relevância da temática que o Grupo de Trabalho Teorias do Direito e Realismo Jurídico dialoga.

O V Encontro Internacional do CONPEDI, em Montevidéu, representou uma extraordinária oportunidade reunindo Professores e Estudantes que se dedicam a estudos específicos para trocarem experiências e conhecimentos, e esse debate se multiplicará a partir dos trabalhos escritos que ora são compartilhados com os demais operadores do Direito que a partir de suas leituras seguirão contribuindo à Ciência e aplicação do Direito.

Profa. Dra. Ana Paula Basso - UFCG - Brasil

Prof. Oscar Sarlo - UDELAR - Uruguay

O DESENVOLVIMENTO DO NEOCONSTITUCIONALISMO NO ESTADO BRASILEIRO: PANORAMA ATUAL, DIÁLOGOS E POSSIBILIDADES

L'ÉLABORATION DU NEOCONSTITUTIONALISM AU BRÉSIL: PANORAMA ACTUEL, LE DIALOGUES ET LES POSSIBILITÉS

Carlos Augusto Lima Campos [1]

Resumo

O Neoconstitucionalismo brasileiro traduz um fenômeno de expansão da atuação da jurisdição, desempenhando, o poder judiciário, papel importante na sedimentação de direitos. Neste sentido, o artigo se propõe a analisar de que maneira a hermenêutica neoconstitucionalista vem reconfigurando o espaço público nacional. Para tanto, o enfoque priorizará o Método Histórico, uma vez que as atuais formas de vida social apresentam sua gênese no passado, sendo importante compreender não apenas o panorama hodierno, mas também as suas raízes, para que se torne viável a averiguação e a percepção da natureza e das estruturas que hoje se fazem presentes na sociedade brasileira.

Palavras-chave: Hermenêutica, Jurisdição constitucional, Neoconstitucionalismos

Abstract/Resumen/Résumé

Le Neoconstitutionalism brésilien se traduit par un phénomène d'expansion de l'actionnement de compétence, jouer, le pouvoir judiciaire, rôle important dans la sédimentation des droits. En ce sens, l'article propose d examiner comment l'herméneutique neoconstitucionalista vient en reconfigurant l'espace public national. Pour les deux, l'accent sera prioriser la méthode historique, depuis les formes actuelles de la vie sociale feature sa genèse dans le passé, d'être important de comprendre non seulement le panorama d'aujourd'hui, mais aussi ses racines, à devenir viables à l'enquête et la perception de la nature et des structures qui sont aujourd'hui présents dans la société brésilienne.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: L'herméneutique, Compétence constitutionnelle, Neoconstitucionalism

[1] Mestre em Ciências da Religião (UEPA)

Introdução

O Direito brasileiro vem sofrendo mudanças profundas nas últimas décadas, notadamente no que diz respeito ao desenvolvimento de novas hermenêuticas, tanto na seara da teoria jurídica quanto no cotidiano dos tribunais, de maneira que a esse fenômeno, denomina-se "neoconstitucionalismo". Estas vicissitudes, que se desenvolvem sob a égide da Constituição de 1988, translineiam fenômenos que, a despeito de serem distintos, podem ser assim sintetizados:

> (a) reconhecimento da 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 jurídico: 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 de poder da esfera do Legislativo e do Executivo para o Poder Judiciário (CRUZ, 2007. p. 128).

Há quem aplauda entusiasticamente estas mudanças, e quem as critique com veemência. Entretanto, não é lícito desprezar a magnitude de tais transformações, pois não se tratam de fenômenos alheios à esfera pública, sendo, antes, muito importantes para a compreensão das expressões políticas latinoamericanas, enquanto marcos no Estado e na esfera pública.

Neoconstitucionalismo: um conceito em construção

O termo "neoconstitucionalismo" não se faz presente no debate constitucional norte-americano, tampouco no alemão (SANCHÍS, 2003). Trata-se de um conceito formulado, sobretudo, na Espanha e na Itália, mas que tem reverberado bastante na doutrina brasileira nos últimos anos. Os doutrinadores adeptos do neoconstitucionalismo procuram alicerçar suas estruturas no pensamento de juristas que se filiam a linhas bastante heterogêneas, como Carlos Santiago Nino, Gustavo Zagrebelsky, Luigi Ferrajoli, Peter Häberle, Robert Alexy e Ronald Dworkin. Entrementes, nenhum destes se define hoje, ou já se definiu, dantes, como neoconstitucionalista. O jurista argentino Carlos Santiago Nino, por exemplo, faleceu em 1993, quando ainda nem se empregava tal denominação.

Tanto dentre os referidos autores, como entre aqueles que se apresentam como neoconstitucionalistas, constata-se uma ampla diversidade de posições jusfilosóficas e de filosofia política: há positivistas e não-positivistas, defensores da necessidade do uso do método na aplicação do Direito e ferrenhos opositores do emprego de qualquer metodologia na hermenêutica jurídica, adeptos do liberalismo político, comunitaristas e procedimentalistas,

sendo evidente que não é empreitada bucólica definir (ainda que etimologicamente) o neoconstitucionalismo, talvez em virtude de não haver *um único* neoconstitucionalismo, que corresponda a uma concepção teórica clara e coesa, e sim *diversas* visões acerca do fenômeno hemenêutico na contemporaneidade, que guardam entre si alguns denominadores comuns relevantes, o que justificaria forçosamente que fossem agrupadas sob um mesmo "rótulo", a despeito do inevitável comprometimento (da possibilidade) de uma conceituação mais precisa.

Para que se possa compreender tal fenômeno de maneira otimizada vale percorrer, de forma sintética e panorâmica, o processo histórico que ensejou o seu advento, trajetória que remete a fenômenos que incidiram sobre a Europa Ocidental, a partir do segundo pós-guerra, e que se reproduziram *a posteriori*, com nuances próprias, em países em desenvolvimento, a exemplo de África do Sul, Argentina, Colômbia, Índia, México e do próprio Brasil.

É de se destacar, inicialmente, que até o apogeu da Segunda Guerra Mundial prevalecia na Europa uma tradição cultural jurídica essencialmente *legicêntrica*, em que a lei editada pelo parlamento representava a principal – quando não a única – fonte do Direito, e não atribuía força normativa às constituições, que eram vistas basicamente como programas políticos que deveriam inspirar a atuação do legislador, mas que não podiam ser invocados perante o Judiciário na defesa de direitos, de maneira que aqueles tidos como fundamentais eram válidos tão somente na medida em que eram protegidos pelas leis, e não abrangiam, geralmente, garantias contra o arbítrio ou descaso das representações políticas instaladas preponderantemente nos parlamentos.

O panorama em comento, todavia, experimentou significativas transformações, sobretudo na Alemanha e na Itália (pós guerra), e em Portugal e na Espanha (após o fim das ditaduras de direita), onde as novas constituições foram instigadas a sedimentar jurisdições constitucionais alicerçadas em mecanismos de proteção dos direitos fundamentais – inclusive em face do legislador – frente à experiência de que as maiorias políticas pudessem perpetrar ou se acumpliciar com a barbárie, à semelhança do que ocorrera no nazismo alemão.

Sob a referida perspectiva, a concepção de constituição na Europa paulatinamente se aproximou daquela existente nos Estados Unidos, onde, desde a gênese do constitucionalismo, era tida como autêntica norma jurídica, capaz de limitar o exercício do Poder Legislativo e de justificar a invalidação de leis. Entretanto, havia uma importante distinção: o algoritmo norte-americano era sintético e se limitava a definir os traços básicos de organização do Estado, prevendo alguns poucos direitos individuais, diferente do que se verificava nas cartas europeias, não procedimentais, que concentravam importantes decisões nas maiorias legislativas, constituindo, em verdade,

> documentos repletos de normas impregnadas de elevado teor axiológico, que contêm importantes decisões substantivas e se debruçam sobre uma ampla variedade de temas que outrora não eram tratados pelas constituições, como a economia, as relações de trabalho e a família (SANCHÍS, 2003, p. 107-117).

Muitas delas, ao lado dos tradicionais direitos individuais e políticos, incluem também direitos sociais de natureza prestacional. Uma interpretação extensiva e abrangente das normas constitucionais pelo Poder Judiciário deu origem ao fenômeno de constitucionalização da ordem jurídica, que ampliou a influência das constituições sobre todo o ordenamento, levando à adoção de novas leituras de normas e institutos, nos mais variados ramos do Direito.

Como boa parcela das normas mais relevantes destas constituições caracterizava-se pela abertura e indeterminação semânticas – são, em grande parte, *princípios* e não *regras* – a sua aplicação direta pelo Poder Judiciário importou na adoção de novas técnicas e estilos hermenêuticos, ao lado da tradicional *subsunção*, de maneira que necessidade de resolver tensões entre princípios constitucionais colidentes – frequentes em constituições compromissórias, marcadas pela riqueza e pelo pluralismo axiológico – deu espaço ao desenvolvimento da técnica da *ponderação*, e tornou frequente o recurso ao princípio da *proporcionalidade* na esfera judicial. E a busca de legitimidade para estas decisões, no marco de sociedades plurais e complexas, impulsionou o desenvolvimento de diversas *teorias da argumentação jurídica*, que incorporaram ao *Direito* elementos que o positivismo clássico costumava desprezar, como considerações de natureza moral, ou relacionadas ao campo empírico subjacente às normas.

Neste contexto, cresceu muito a importância política do Poder Judiciário e, com frequência cada vez maior, questões polêmicas e relevantes para a sociedade passaram a ser decididas por magistrados, sobretudo por cortes constitucionais (muitas vezes em razão de ações propostas pelo grupo político ou social que se viu "derrotado" na arena legislativa). De poder quase "nulo", mera "boca que pronuncia as palavras da lei" – como lhe chamara Montesquieu –, o Poder Judiciário se viu alçado a uma posição muito mais importante no desenho institucional do Estado contemporâneo.

Assim, no neoconstitucionalismo, a leitura clássica do princípio da separação de poderes, que impunha limites rígidos à atuação do Poder Judiciário, cede espaço a outras visões mais favoráveis ao ativismo judicial em defesa dos valores constitucionais. E no lugar de concepções estritamente majoritárias do princípio democrático, são endossadas teorias de democracia mais substantivas, que legitimam amplas restrições aos poderes do legislador em nome dos direitos fundamentais e da proteção das "minorias", e possibilitam a sua fiscalização

por juízes não eleitos. E ao invés de uma *Teoria das Fontes do Direito* focada no *código* e na *lei formal*, passou-se a enfatizar a centralidade da *Constituição* no ordenamento, a *ubiquidade* da sua influência na ordem jurídica, e o papel criativo da *jurisprudência*.

Ao reconhecer a força normativa de princípios revestidos de elevada carga axiológica, como *dignidade da pessoa humana*, *igualdade*, *Estado Democrático de Direito* e *solidariedade social*, o neoconstitucionalismo abre as portas do Direito para o debate moral, sendo esta – inclusive – uma das maiores divergências que permeiam os debates epistemológicos travados acerca da compreensão do fenômeno neoconstitucionalista.

É de se asseverar que não há uma posição clara nas searas neoconstitucionalistas acerca da forma como devem ser aferidos e aplicados os valores morais incorporados pela ordem constitucional, que, pela sua vagueza e indeterminação, abre-se a leituras muito diversificadas. No contexto das sociedades plurais que existem no mundo contemporâneo, este debate torna-se crucial, uma vez que não há mais consensos axiológicos em torno das questões complexas a que o *Direito* é chamado a resolver. Este pluralismo torna inviável, pela falta de legitimidade, o uso da argumentação de cunho jusnaturalista, que não raro apela à metafísica, à natureza e até mesmo à religião, para equacionar as mais complexas controvérsias jurídicas.

Neoconstitucionalismo entre a Moral e a Argumentação Jurídica

No paradigma neoconstitucionalista, a *argumentação jurídica*, apesar de não ser sinônimo de *moral*, não a refuta, de maneira que com esta estabelece relações, a ponto de ser possível atenuar a distinção da *Teoria Jurídica Clássica* entre a descrição do Direito "como ele é", e a prescrição sobre "como ele deveria ser".

Importa destacar que se até bem recentemente os *princípios* não eram tratados nacionalmente como autênticas *normas*, com a ascensão do pós-positivismo e do neoconstitucionalismo, verificou-se uma transformação radical nesta postura, já que hodiernamente pacificou-se um ambiente intelectual no Brasil em que as decisões principiológicas são incentivadas e "suplantam" as calcadas em regras legais, que são vistas como burocráticas ou demasiadamente positivistas. Neste contexto, os operadores do Direito são estimulados a invocar sempre princípios muito vagos nas suas decisões, mesmo quando absolutamente desnecessário, pela existência de regra clara e válida a reger a hipótese.

Os juízos descritivo e prescritivo, de algum modo, são sobrepostos, mormente em razão da influência exercida pelos princípios e axiomas constitucionais carregados de intenso conteúdo moral, que infligem poder ao intérprete para buscar, em cada situação fática, a solução mais justa, no próprio marco da ordem jurídica. Importa afirmar que

> as fronteiras entre Direito e Moral não são abolidas, e a diferenciação entre eles, essencial nas sociedades complexas, permanece em vigor, mas as fronteiras entre os dois domínios tornam-se muito mais porosas, na medida em que o próprio ordenamento incorpora, no seu patamar mais elevado, princípios de justiça, e a cultura jurídica começa a "levá-los a sério" (STRECK, 2006. p. 86).

Todavia, não há uma "regra hermenêutica pré-concebida" capaz de pacificar o modo pelo qual os valores morais devam ser aferidos (quiçá aplicados) em cada caso concreto. Tampouco um mecanismo apto a filtrar quais algoritmos devem e quais não devem ser absorvidos pela ordem constitucional vigente, não sendo pleonástico asseverar que um traço característico do neoconstitucionalismo diz respeito a sua centralização no Poder Judiciário. Assim, o Magistrado assume um papel de destaque nas searas neoconstitucionalistas, o que deságua na inevitável conclusão de que o Direito é ponderado, sobretudo, a partir de uma perspectiva interna, por aquele que participa dos processos que envolvem a sua interpretação e aplicação, figurando em segundo plano a perspectiva externa, do observador/interlocutor.

Esse "protagonismo" do Poder Judiciário implica, não raro, em certa desconsideração do papel desempenhado por outras instituições, a exemplo do Poder Legislativo, na interpretação constitucional. Tal cenário também é reproduzido na teoria constitucional estadunidense onde, segundo Keith Wittington (1999, p. 03), "o Juiz é concebido como o guardião das promessas civilizatórias dos textos constitucionais", ponto de vista que expõe a hermenêutica neoconstitucionalista a diversas críticas, que serão pontualmente debatidas.

Tem-se, entrementes, que o neoconstitucionalismo evidencia um arcabouço ideológico humanista, convergindo para uma espécie de "aufklärung kantiano", impulsionado pelo viés jurídico, alicerçado em dogmáticas constitucionais ditas vanguardistas, tanto que Luis Roberto Barroso (2015, p. 400) destaca o fenômeno como sendo "(...) a utopia que nos restou. Uma fé racional que ajuda a acreditar no bem e na justiça, ainda quando não estejam ao alcance dos olhos". Aqui, é importante enfatizar o afastamento de determinadas fronteiras teóricas esquerdistas, que denunciavam o Direito como um instrumento de opressão e dominação a serviço dos interesses das classes favorecidas, mesmo quando apresentado sob o manto de uma retórica legitimadora de legalidade e de direitos individuais universais, a exemplo do movimento do *Direito Alternativo* (Brasil), da *Critical Legal Studies* (Estados Unidos) e do próprio *Marxismo*.

A recepção do neoconstitucionalismo no Brasil

Como salientado alhures, o processo histórico que se desenrolou na Europa Ocidental a partir do final da Segunda Guerra, no Brasil, só teve início após a promulgação da Constituição

de 1988. Vale destacar, entretanto, que o Brasil, desde a proclamação da República, apresentava mecanismos próprios de controle de constitucionalidade. Todavia, na cultura jurídica brasileira de até então, as constituições não eram vistas como autênticas normas jurídicas, não passando muitas vezes de cártulas retóricas, meras fachadas. Exemplos disso não faltam:

> a Constituição de 1824 falava em igualdade, e a principal instituição do país era a escravidão negra; a de 1891 instituíra o sufrágio universal, mas todas as eleições eram fraudadas; a de 1937 disciplinava o processo legislativo, mas enquanto ela vigorou o Congresso esteve fechado e o Presidente legislava por decretos; a de 1969 garantia os direitos à liberdade, à integridade física e à vida, mas as prisões ilegais, o desaparecimento forçado de pessoas e a tortura campeavam nos porões do regime militar. Nesta última quadra histórica, conviveu-se ainda com o constrangedor paradoxo da existência de duas ordens jurídicas paralelas: a das constituições e a dos atos institucionais, que não buscavam nas primeiras o seu fundamento de validade, mas num suposto poder revolucionário em que estariam investidas as Forças Armadas. Até 1988, a lei valia muito mais do que a Constituição no tráfico jurídico, e, no Direito Público, o decreto e a portaria ainda valiam mais do que a lei. O Poder Judiciário não desempenhava um papel político tão importante, e não tinha o mesmo nível de independência de que passou a gozar posteriormente. As constituições eram pródigas na consagração de direitos, mas estes dependiam quase exclusivamente da boa vontade dos governantes de plantão para saírem do papel – o que normalmente não ocorria. Em contextos de crise, as fórmulas constitucionais não eram seguidas, e os quartéis arbitravam boa parte dos conflitos políticos ou institucionais que eclodiam no país. A Assembleia Constituinte de 1987/1988, que coroou o processo de redemocratização do país, quis romper com este estado de coisas, e promulgou uma Constituição contendo um amplo e generoso elenco de direitos fundamentais de diversas dimensões – direitos individuais, políticos, sociais e difusos – aos quais conferiu aplicabilidade imediata (art. 5º, Parágrafo 1º), e protegeu diante do próprio poder de reforma (art. 60, Parágrafo 4º, IV). Além disso, reforçou o papel do Judiciário, consagrando a inafastabilidade da tutela judicial (art. 5º, XXXV), criando diversos novos remédios constitucionais, fortalecendo a independência da instituição, bem como do Ministério Público, e ampliando e robustecendo os mecanismos de controle de constitucionalidade. Neste último tópico, ela democratizou o acesso ao controle abstrato de constitucionalidade, ao adotar um vasto elenco de legitimados ativos para a propositura de ação direta de inconstitucionalidade (art. 103) e ampliou o escopo da jurisdição constitucional, ao instituir no Brasil o controle da inconstitucionalidade por omissão, tanto através de ação direta como do mandado de injunção (BARROSO, 2007. p. 222).

Tais perspectivas encampadas pelo constituinte foram amplamente favoráveis ao *processo de judicialização da política*, à medida que promoveu prerrogativas de representatividade político-partidárias no Congresso, bem como concedeu às principais instituições dos Estados-membros e à sociedade civil nacionalmente organizada (ou quem lhe fizesse as vezes), o poder de provocar o Supremo Tribunal Federal, de maneira que o Poder Judiciário se viu transformado em uma "segunda oportunidade" para o grupo que, na seara legislativa, não tivesse os seus interesses contemplados, de maneira que, desde 1988, o modelo de "hermenêutica pacificadora" vem fincando profundas raízes nos tribunais brasileiros, notadamente nas cortes supremas, mormente com a criação da *Ação Declaratória de Constitucionalidade* e a regulamentação da *Arguição de Descumprimento de Preceito*

Fundamental. Ademais, a CRFB/1988 regulou uma grande quantidade de assuntos – muitos deles de impreciso decoro constitucional – subtraindo um vasto número de questões do alcance do legislador. Hospedou também em seu corpo inúmeros princípios vagos, mas dotados de forte carga axiológica e poder de irradiação. Estas características favoreceram o processo de constitucionalização do Direito, que envolve não só a inclusão no texto constitucional de temas dantes ignorados, ou mesmo regulamentados em sede ordinária, como também a releitura de toda a ordem jurídica a partir de uma ótica pautada pelos valores constitucionais – a chamada filtragem constitucional do Direito.

Aqui é igualmente válido sobressaltar a importância da doutrina brasileira na mudança de paradigma do Direito Constitucional pátrio, de onde se pode distinguir dois diferentes momentos no desenvolvimento da hermenêutica neoconstitucionalista: o *constitucionalismo brasileiro da efetividade* e o *pós positivismo constitucional*. O primeiro vem logo após a promulgação da Constituição de 1988. Alguns autores, como Luis Roberto Barroso e Clemerson Merlin Clève, passam a advogar a tese de que a Constituição, sendo norma jurídica, deveria ser rotineiramente aplicada pelos juízes, o que até então, por teratológico que pareça, não ocorria, lembrando que aquilo que hoje parece uma obviedade, era quase revolucionário numa época em que a cultura jurídica hegemônica não tratava a Constituição como norma, mas como pouco mais do que um repositório de promessas grandiloquentes, cuja efetivação dependeria quase sempre da boa vontade do legislador e dos governantes, como dantes ressaltado.

Para o *constitucionalismo da efetividade*, a incidência direta da Constituição sobre a realidade social, independentemente de qualquer mediação legislativa, contribuiria para tirar do papel as proclamações generosas de direitos contidas na Epístola de 1988, promovendo justiça, igualdade e liberdade. Se, até então, o discurso da esquerda era de desconstrução da dogmática jurídica, a doutrina da efetividade enfatizava a possibilidade de um uso emancipatório da dogmática, tendo como eixo a concretização da Constituição. Deve-se assinalar, ainda, a influência marcante do novo constitucionalismo ibérico neste movimento, que também pugnava pela atribuição de força normativa às ambiciosas constituições de Portugal e Espanha, então recentemente elaboradas, após o fim de experiências autoritárias naqueles países.

A *doutrina constitucional da efetividade* não se caracterizava pela abertura do debate jurídico à argumentação moral. Era uma modalidade de "positivismo de combate" e tinha como baricentro as *normas*, sendo essencial que o intérprete buscasse extrair os respectivos efeitos. Por outro lado, concebia-se a jurisdição como o espaço privilegiado para a concretização da pretensão constitucional. Uma das legendas do movimento era afastar o estudo do *Direito*

Constitucional da *Teoria do Estado* para aproximá-lo do *Direito Processual*. Por isso, pode-se afirmar que o protagonista desta teoria constitucional, como já ventilado, era o *Juiz*.

> Em que pese a falta de efetividade de diversas normas da Constituição, e da eficácia social seletiva de outras tantas – que protegem muito bem o incluído, mas continuam deixando de fora os párias de sempre (veja-se a diferença da incidência da *inviolabilidade do domicílio* nas residências burguesas e nas favelas) – pode-se dizer que a doutrina constitucional da efetividade teve êxito no Brasil, no sentido de instalar no senso-comum dos operadores do Direito a ideia de que a Constituição é norma, que pode e deve ser aplicada, independentemente de regulamentação dos seus dispositivos pelo legislador ordinário. Tal doutrina ainda não corresponde ao neoconstitucionalismo, mas a conquista que dela resultou para a dogmática constitucional brasileira foi um pressuposto para o surgimento deste outro movimento no nosso cenário (COMPARATO, 2013. p. 18).

O segundo momento que merece destaque diz respeito à *chegada ao Brasil das teorias jurídicas ditas pós positivistas*. Foram marcos relevantes a publicação da 5ª edição do *Curso de Direito Constitucional*, de Paulo Bonavides, bem como do livro *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, de Eros Roberto Grau, que divulgaram, em âmbito nacional, teorias e princípios postulados por autores como Ronald Dworkin e Robert Alexy, de modo que foi possível fomentar discussões acerca de importantes temáticas, como a *ponderação de interesses*, o *princípio da proporcionalidade* e a *eficácia dos direitos fundamentais*. Também é de se ressaltar a ampla penetração, no âmbito de algumas pós graduações em Direito, a partir de meados dos anos 1990, do pensamento de filósofos que se voltaram para o estudo da relação entre o Direito, a Moral e a Política, a partir de uma perspectiva pós metafísica, como John Rawls e Jürgen Habermas. Merece, ainda, destaque o aprofundamento no país dos estudos de hermenêutica jurídica, a partir de uma nova matriz teórica inspirada pelas intermitências linguísticas na Filosofia, denunciando os equívocos do modelo positivista de interpretação até então dominante, assentado na separação cartesiana entre sujeito (o intérprete) e objeto (o texto da norma). Nesta nova fase, a doutrina brasileira passa a enfatizar o caráter normativo e a importância dos princípios constitucionais, e a estudar as peculiaridades da sua aplicação.

> Neste contexto, há uma verdadeira febre de trabalhos sobre teoria dos princípios, ponderação de interesses, teorias da argumentação, proporcionalidade e razoabilidade etc. Também cresce muito o interesse doutrinário pelos direitos fundamentais, sobretudo os direitos sociais. Se antes estes eram vistos preponderantemente como normas programáticas, passa-se a discutir a sua eficácia jurídica a partir de novas bases, que incorporam ao debate a argumentação moral. Neste campo, a ênfase na análise dos enunciados normativos, que caracterizava a doutrina da efetividade, é substituída por uma discussão marcada pela preocupação com valores e democracia, repleta de novas categorias, importadas sobretudo do Direito germânico, como o *mínimo existencial*, a *reserva do possível* e a *proibição do retrocesso*. E esta nova racionalidade se espraia para diversos ramos do Direito. No Direito Civil, Penal e Administrativo, exemplificativamente, cada vez mais a doutrina emprega normas e valores constitucionais para reler os institutos tradicionais, colorindo-os com novas tintas. E trata-se não apenas de aplicar diretamente as normas constitucionais especificamente voltadas para cada uma destas áreas, como também de projetar sobre

> estes campos a influência dos direitos fundamentais e dos princípios mais gerais do nosso constitucionalismo, muitas vezes superando antigos dogmas e definindo novos paradigmas (MELLO, 2004. p. 183).

Observe-se, então, que neste segundo momento, ocorre ainda uma significativa mudança no enfoque dos estudos sobre jurisdição constitucional no Brasil. Antes, os trabalhos nacionais sobre o tema se limitavam basicamente a discutir questões processuais, mas, a partir do final da década de 90, do século XX, diversos estudos incorporaram outras perspectivas à análise da questão, dedicando atenção à complexa problemática da legitimidade democrática do controle de constitucionalidade, tendo em vista a chamada "Dificuldade Contramajoritária do Judiciário", expressão, aliás, pertencente a um "clássico" da teoria constitucional estadunidense: Alexander Bickel (1986).

Em um contexto como o brasileiro, em que a jurisdição constitucional está prevista pelo próprio Texto Magno, o debate relevante do ponto de vista prático não é o de tê-la ou não, e sim a forma como deve ser exercida. Dependendo do posicionamento adotado, pode-se preconizar um maior ou menor grau de ativismo judicial, ou defender o ativismo em algumas áreas, recusando-o em outras. Nesta nova agenda de discussões sobre a jurisdição constitucional, a argumentação jurídica se entrelaça inevitavelmente com o debate de Filosofia Política, abrindo espaço para posições variadas, como os vários matizes de *procedimentalismo* e de *substancialismo* que vêm florescendo na doutrina brasileira. Dentre estas posições, não há dúvida de que a mais identificada ao neoconstitucionalismo é a *substancialista*, que compartilha com ele a crença numa ampla legitimidade do ativismo judicial em favor dos valores constitucionais.

Em rapidíssimas palavras, o *procedimentalismo* sustenta que não é papel da jurisdição constitucional tutelar valores substantivos, mas apenas proteger os pressupostos necessários ao bom funcionamento da democracia. Já o *substancialismo* reconhece a legitimidade da atuação jurisdicional em favor da garantia e promoção de valores substantivos presentes na Constituição. O debate entre o procedimentalismo, identificado com as ideias de autores como John Hart Ely e Jürgen Habermas, e o substancialismo, defendido por teóricos como Ronald Dworkin e Laurence Tribe, é reproduzido em praticamente toda a literatura contemporânea que trata de *Teoria* ou *Filosofia Constitucional*.

A despeito das mencionadas mudanças, facilmente associadas ao neoconstitucionalismo, o uso da expressão no Brasil é mais recente, seguindo-se à ampla difusão que recebeu na academia brasileira a obra *Neoconstitucionalismo(s)*, organizada por Miguel Carbonell e publicada em 2003. De lá para cá, muito se tem escrito sobre a temática e

diversos autores nacionais aderiram explicitamente à corrente, de modo que pela leitura dos trabalhos dos mais variados autores, é possível perceber que há relativo consenso na definição das características centrais do novo paradigma: valorização dos princípios, adoção de métodos ou estilos mais abertos e flexíveis na hermenêutica jurídica, com destaque para a ponderação, abertura da argumentação jurídica à Moral, mas sem recair nas categorias metafísicas do jusnaturalismo, reconhecimento e defesa da constitucionalização do Direito e do papel de destaque do Judiciário na agenda de implementação dos valores da Constituição.

> Estas novas ideias já reverberam fortemente na jurisprudência nacional, sobretudo do Supremo Tribunal Federal, que, nos últimos tempos, tem cada vez mais invocado princípios abertos nos seus julgamentos, recorrido à ponderação de interesses e ao princípio da proporcionalidade com frequência e até se valido de referências filosóficas na fundamentação de decisões. Aliás, é digna de nota a influência da doutrina constitucional na atuação do Supremo Tribunal Federal. O fenômeno é relativamente recente, uma vez que, logo após a promulgação da Constituição de 88, havia um profundo hiato entre o campo doutrinário, que cobrava a efetivação da Constituição pela via judicial, e a jurisprudência do STF, tímida e reticente diante dos valores e das inovações da nova Carta – *v.g*. orientação então adotada pela Corte em relação ao mandado de injunção e ao controle judicial das medidas provisórias. Aquele quadro podia em parte ser debitado à duvidosa opção do constituinte originário de manter no STF os ministros nomeados durante o governo militar, que não tinham sintonia político-ideológica nem boa vontade diante do novo sistema constitucional, e que por isso se apegavam a visões e interpretações assentadas durante o regime pretérito, muitas delas francamente incompatíveis com a nova ordem. Mas hoje, após a completa renovação do STF, constata-se um quadro radicalmente diferente: a maioria dos ministros do STF é composta por professores de Direito Constitucional, de grande reputação acadêmica, que, até pela origem, têm mais contato com a produção intelectual de ponta na área e são mais suscetíveis à influência das novas correntes de pensamento (CAPELLARI, 2014. p. 138).

Como ilustrado, esta mudança de paradigma se reflete vivamente na jurisprudência do STF. São exemplos eloquentes a alteração da posição da Corte em relação aos direitos sociais, antes tratados como "normas programáticas", e hoje submetidos a uma intensa proteção judicial; o reconhecimento da eficácia horizontal dos direitos fundamentais; a mutação do entendimento do Tribunal em relação às potencialidades do mandado de injunção, assim como a progressiva superação da visão clássica kelseniana da jurisdição constitucional, que a equiparava ao "legislador negativo", com a admissão de técnicas decisórias mais heterodoxas, como as declarações de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade e as sentenças aditivas. E para completar o quadro, deve-se acrescentar as mudanças acarretadas por algumas inovações processuais recentes na jurisdição constitucional brasileira, que permitiram a participação dos *amici curiae*, bem como a realização de audiências públicas no âmbito do processo constitucional, ampliando a possibilidade de atuação da sociedade civil organizada perante o STF.

Naturalmente, a nova postura de ativismo judicial do STF estimula as forças sociais a procurá-lo mais frequentemente, o que modifica substancialmente o cotidiano da Corte. Atualmente, ao lado das questões mais tradicionais de Direito Público, o STF tem se defrontado com novos temas fortemente impregnados de conteúdo moral, como as discussões sobre a validade de pesquisa em células-tronco embrionárias, aborto de feto anencefálico e união entre pessoas do mesmo sexo. Ademais, o Tribunal passou a intervir de forma muito mais ativa no processo político, adotando decisões que se refletem de forma direta e profunda sobre a atuação dos demais poderes do Estado. Para citar apenas alguns casos, pode-se falar da decisão que assentou que a mudança de partido implica, salvo determinadas exceções, perda de mandato parlamentar[1]; da que estabeleceu critérios rígidos para a fixação do número de vereadores de acordo com a respectiva população[2]; a intensificação do controle jurisdicional dos atos das CPI's, bem como dos pressupostos de edição das medidas provisórias.

> Porém, há um componente curioso na recepção deste novo paradigma jurídico pelo Judiciário brasileiro. Embora ainda não existam estudos empíricos a este respeito, tenho a forte intuição de que a penetração destas novas ideias associadas ao neoconstitucionalismo é forte na cúpula e na base da hierarquia judicial, mas ainda tímida nos seus escalões intermediários. E as causas não são de difícil compreensão. Em relação à cúpula - os ministros do STF -, as razões já estão afeitas à potencialização do ativismo jurídico-social. Já no que tange à base do Judiciário, boa parte dos juízes de 1º grau teve a sua formação num ambiente acadêmico que já valorizava o Direito Constitucional, e reconhecia a força normativa dos direitos fundamentais e dos princípios constitucionais. Assim, eles tendem a levar para a sua prática profissional esta visão do Direito. Porém, sobretudo na 2ª instância, composta majoritariamente por magistrados que se formaram e foram socializados no seu meio institucional sob a égide do paradigma jurídico anterior, muito mais voltado para os códigos e para a letra da lei do que para a Constituição e seus princípios, há maior resistência à incorporação dos novos vetores constitucionais. Contudo, este fenômeno tende a diminuir com o tempo, seja pela consolidação do paradigma constitucional emergente, seja pela promoção de magistrados mais antenados com o novo constitucionalismo, seja até pela influência do pensamento e das orientações da cúpula do Judiciário sobre todas as suas instâncias (TAVARES, 2015. p. 118).

No cenário brasileiro, o neoconstitucionalismo é também impulsionado por outro fenômeno: a descrença geral da população em relação à política majoritária, e, em especial, o descrédito nos Poderes Legislativo e Executivo, bem como nos partidos políticos. O livro de Alberto Carlos Almeida, *A Cabeça do Brasileiro*, lançado em 2007, contém pesquisas feitas sobre uma série de temas, com pessoas de todas as classes sociais e regiões do país. Uma das investigações se refere à avaliação das instituições. Dentre as treze aferidas, as duas que obtiveram menor aprovação foram os partidos políticos (avaliação positiva de 28% dos entrevistados) e o Congresso (avaliação positiva de 36% dos entrevistados).

[1] Mandados de Segurança 26.602/DF, 26.603/DF e 26.604/DF. In: Informativo STF nº 482.
[2] Recurso Extraordinário 197.917/SP, Rel. p/ acórdão, Min. César Peluso, DJU 18/02/2005.

A percepção geral, alimentada por sucessivos escândalos e pelo discurso de alguns meios de comunicação social, de que a política parlamentar e partidária são esferas essencialmente corrompidas, que se movem exclusivamente em torno de interesses e não de valores, gera em alguns setores a expectativa de que a solução para os problemas nacionais possa vir de outro segmento, como do Poder Judiciário. E tal prisma é fortalecido quando a Justiça adota decisões em consonância com a opinião pública – como ocorreu no recebimento da denúncia criminal no caso do "mensalão", na definição de perda do mandato por infidelidade partidária, e na proibição do nepotismo na Administração Pública.

Por outro lado, a ascensão institucional do Judiciário e a riqueza e importância prática ou simbólica dos temas que ele vem julgando têm provocado um grande aumento no interesse da sociedade pelo Direito Constitucional e pela atuação do Supremo Tribunal Federal. Hodiernamente, é raro que haja ao menos um dia em que os principais meios de comunicação não discutam alguma decisão da Corte ou manifestação de qualquer dos seus membros. E este fenômeno é potencializado tanto pela "afeição midiática" de alguns ministros, como também pelo fato – sem precedentes em outros países – do televisionamento das sessões do STF e do STJ, por intermédio da "Tv Justiça". Diante do cenário forjado, as questões constitucionais, outrora reduzidas a um círculo bastante limitado de iniciados, hoje são amplamente debatidas no espaço público, como bem salienta VIANNA (2003).

A despeito das diversas intempéries a que o fenômeno é submetido, é viável apontar a emergência de uma nova forma de conceber o Direito e o Estado na sociedade brasileira contemporânea, podendo ser denominado de *neoconstitucionalismo*.

Críticas à hermenêutica neoconstitucionalista

Como foi evidenciado no decorrer deste artigo, há uma pluralidade de críticas ao neoconstitucionalismo. Entretanto, priorizar-se-á aqui, as três postulações que geram maior inquietação no cenário nacional, quais sejam: (I) a de que o seu pendor judicialista é antidemocrático; (II) a de que predileção por princípios e ponderação, em detrimento de regras e subsunção, é perigosa, sobretudo no Brasil, em razão das peculiaridades culturais; e (III) o perigo da "panconstitucionalização" do Direito, em detrimento da autonomia pública do cidadão e da autonomia privada do indivíduo.

"Judiciocracia" Neoconstituicionalista

Como recentemente referido, o neoconstitucionalismo tende a afluir para o Poder Judiciário, onde são depositadas expectativas no sentido de concretização dos ideais

emancipatórios presentes nas constituições contemporâneas. Entrementes, este "viés judicialista" sofre contestações pelo seu suposto caráter antidemocrático, à medida que os juízes, diferentemente dos parlamentares e chefes do Executivo, não são eleitos e não respondem "diretamente" perante o povo.

Não é, pois, sóbrio que tal crítica seja estendida a ponto de anular o caráter democrático da atuação judicial. Como ressaltou Eugenio Raúl Zaffaroni (1995, p. 43),

> uma instituição não é democrática unicamente porque não provenha de eleição popular, porque nem tudo o que provém desta origem é necessariamente aristocrático. Uma instituição é democrática quando seja funcional para o sistema democrático, quer dizer, quando seja necessária para a sua continuidade, como ocorre com o judiciário.

É necessário compreender que esta crítica democrática se assenta na ideia de que, numa democracia, é essencial que as decisões políticas mais importantes sejam tomadas pelo próprio povo ou por seus representantes eleitos e não por sábios ou tecnocratas de toga (DWORKIN, 2010). É verdade que a maior parte dos teóricos contemporâneos da democracia reconhece que ela não se esgota no respeito ao princípio majoritário, pressupondo antes o acatamento das regras do jogo democrático, que incluem a garantia de direitos básicos, visando a viabilidade da participação igualitária do cidadão na esfera pública, bem como a proteção às ditas minorias. Todavia, tem-se aqui uma questão de dosagem, pois se a imposição de alguns limites para a decisão das maiorias pode ser justificada em nome da democracia, o exagero tende a revelar-se antidemocrático, por cercear em demasia a possibilidade do povo de se autogovernar.

Atente-se que a celeuma não se limita à divisão de poder ao longo do tempo. A dificuldade democrática não está tão somente no fato de as constituições subtraírem do legislador futuro a possibilidade de tomar algumas decisões. O cerne do debate está no reconhecimento de que, diante da vagueza e abertura de boa parte das normas constitucionais mais importantes, quem as interpreta também participa do seu processo de criação. Daí a crítica de que o viés judicialista subjacente ao neoconstitucionalismo acaba por conferir aos juízes uma espécie de poder constituinte permanente, pois lhes permite moldar a Constituição de acordo com as suas preferências políticas e valorativas, em detrimento daquelas do legislador eleito. Esta visão levou inúmeras correntes de pensamento ao longo da história a rejeitarem a jurisdição constitucional, ou pelo menos o ativismo judicial no seu exercício, dos revolucionários franceses do século XVIII, passando por Carl Schmitt, na República de Weimar, até os adeptos do constitucionalismo popular nos Estados Unidos contemporâneo.

No Brasil, é muito comum traçar-se um paralelo entre a defesa do ativismo judicial e posições sociais progressistas. Talvez isso se deva ao fato de que, na história nacional, o

Judiciário brasileiro tenha sido bem mais omisso que exacerbado, acumpliciando-se diante dos desmandos dos poderes político e econômico. Neste aspecto, quem ousa questionar possíveis exageros na judicialização da política e da vida social no Brasil de hoje é logo tachado de conservador. Porém, o paralelismo em questão não existe. Muitas vezes, o Poder Judiciário pode atuar bloqueando mudanças importantes promovidas pelos outros poderes em favor dos "excluídos", defendendo o *statu quo*. E esta defesa pode ocorrer inclusive por intermédio do uso da retórica dos direitos fundamentais.

> Isso se deu, por exemplo, nos Estados Unidos nas primeiras décadas do século passado, em período que ficou conhecido como Era de Lochner, quando a Suprema Corte impediu sistematicamente a edição de legislação trabalhista e de outras medidas que implicavam em interferência na esfera econômica em proveito das classes desfavorecidas, com base numa leitura substantiva da cláusula do devido processo legal. No cenário contemporâneo, Ran Hirshl sustenta que o processo de judicialização da política que vem ocorrendo nos últimos anos em diversos países do mundo – ele fez um atento, ainda que controvertido, estudo dos casos do Canadá, Israel, África do Sul e Nova Zelândia –, teria como pano de fundo uma tentativa das elites econômicas e culturais, que perderam espaço na política majoritária, de manterem o seu poder, reforçando no arranjo institucional do Estado o peso do Judiciário, no qual elas ainda têm hegemonia. E, aqui no Brasil, será que a proteção absoluta que vem sendo conferida ao direito adquirido – inclusive o de furar teto salarial do funcionalismo fixado por emenda à Constituição – e o "ultra-garantismo" penal nos crimes do colarinho branco não seriam exemplos deste mesmo fenômeno? (DOBROWOLSKI, 2007. p. 116).

Por outro lado, uma ênfase excessiva no espaço judicial pode levar ao esquecimento de outras arenas importantes para a concretização da Constituição e realização de direitos, gerando um resfriamento da mobilização cívica do cidadão. É verdade que o ativismo judicial pode, em certos contextos, atuar em sinergia com a mobilização social na esfera pública. Isto ocorreu, por exemplo, no movimento dos direitos civis nos Estados Unidos dos anos 50 e 60 do século XX, que foi aquecido pelas respostas positivas obtidas na Suprema Corte, no período da Corte de Warren. Mas nem sempre é assim. A ênfase judicialista pode afastar do cenário de disputa por direitos as pessoas e movimentos que não pertençam nem tenham proximidade com as corporações jurídicas. Ademais, esta obsessão com a interpretação judicial da Constituição tende a obscurecer o papel central de outras instâncias na definição do sentido da Constituição – como o Legislativo, o Executivo, e a própria esfera pública informal. Trata-se de um desvio que gera consequências negativas tanto no plano descritivo como na esfera normativa. Sob o prisma descritivo, transmite-se uma imagem muito parcial do fenômeno constitucional, que não é captado com todas as suas nuances e riquezas, já que o foco se concentra apenas na ação de um dentre os vários agentes importantes que povoam a seara da hermenêutica constitucional.

Sob o ângulo normativo, favorece-se um governo à moda platônica, de intelectuais togados, que são convidados a assumir uma posição paternalista diante de uma sociedade

infantilizada. Justifica-se o ativismo judicial a partir de uma visão muito crítica do processo político majoritário, mas que ignora as inúmeras mazelas que também afligem o Poder Judiciário, construindo-se teorias a partir de visões românticas e idealizadas do juiz. E partindo do preceito de que o processo político majoritário tem seus vícios – e eles são muito graves no cenário brasileiro –, também é certo que os juízes não são semideuses, e que a esfera em que atuam tampouco é imune à política.

Esta idealização da figura do juiz não se compadece com algumas notórias deficiências que o Judiciário brasileiro enfrenta. Dentre elas, pode-se destacar a sobrecarga de trabalho, que compromete a capacidade dos magistrados de dedicarem a cada processo o tempo e a energia necessários para que sejam empregadas as principais teorias da argumentação defendidas pelo neoconstitucionalismo. E cabe referir também às lacunas na formação do magistrado brasileiro, decorrentes sobretudo das falhas de um ensino jurídico formalista e nada interdisciplinar que ainda viceja no país, que não são corrigidas nos procedimentos de seleção e treinamento dos juízes:

> Outra consequência da obsessão judicialista do constitucionalismo brasileiro contemporâneo está refletida na nossa produção acadêmica. Enquanto somos inundados por livros e artigos, muitas vezes repetitivos, sobre assuntos como princípios e regras, interpretação constitucional e tutela judicial de direitos fundamentais, outros temas absolutamente essenciais para a vida do país passam ao largo da preocupação dos juristas. É o caso da reforma política. Em que pese o caráter essencialmente constitucional do assunto, quase nenhum constitucionalista se interessou por ele, e praticamente toda a literatura de qualidade produzida sobre o tópico tem vindo da Ciência Política (VIANNA, 2003. p. 121).

Não há dúvidas quanto à importância da atividade desenvolvida pelo Poder Judiciário na concretização da Constituição brasileira. Em face do quadro de sistemática violação de direitos de certos segmentos da população, do arranjo institucional desenhado pela CRFB/1988, e da séria crise de representatividade do Poder Legislativo, é de se compreender (e até mesmo justificar) o ativismo judicial no Brasil, pelo menos em certas searas, como a tutela de direitos fundamentais, a proteção das "minorias" e a garantia do funcionamento da própria democracia. O maior insulamento judicial diante da pressão das "maiorias", bem como um certo *ethos* profissional de valorização dos direitos humanos, que começa a se instalar na magistratura nacional, conferem ao Judiciário uma capacidade institucional privilegiada para atuar nestas áreas.

Afinal, o neoconstitucionalismo brasileiro tem tropeçado nos próprios excessos, depositando no Judiciário expectativas que ele nem sempre terá como atender de forma satisfatória. Um dos efeitos colaterais deste fenômeno é justamente a disseminação de um discurso muito perigoso, de que voto e política não são tão importantes, pois relevante mesmo

é a interpretação dos princípios constitucionais realizada pelo STF. Daí a dizer que o povo não sabe votar é um pulo, e a ditadura de toga pode não ser muito melhor do que a ditadura de farda.

Neoconstitucionalismo entusiástico e Estado Democrático de Direito

Seria deveras injusto acusar a teoria neoconstitucionalista de promover o decisionismo ou de defender a tomada de decisões judiciais puramente emotivas, sem lastro em argumentação racional sólida. Pelo contrário, como já anteriormente destacado, um dos eixos centrais do pensamento neoconstitucional é a reabilitação da racionalidade prática no âmbito jurídico, com a articulação de complexas teorias da argumentação, que demandam muito dos intérpretes e sobretudo dos juízes em matéria de fundamentação das suas decisões. Contudo, a prática judiciária brasileira recepcionou apenas parcialmente as teorias jurídicas de cognição pós-positivista, e, aqui, a valorização dos princípios e da ponderação não tem sido muitas vezes acompanhada do necessário cuidado com a justificação das decisões.

Tal panorama é problemático porque um sistema jurídico funcional, estável e em harmonia com os valores de um Estado Democrático de Direito, precisa tanto da aplicação de regras como de princípios. As regras são indispensáveis, dentre outras razões, porque geram maior previsibilidade e segurança jurídica para os seus destinatários; diminuem os riscos de erro na sua incidência, já que não dependem tanto das valorações do intérprete em cada caso concreto; envolvem um menor custo no seu processo de aplicação, pois podem incidir de forma mais mecânica, sem demandarem tanto esforço do intérprete; e não implicam, na mesma medida que os princípios, em uma transferência de poder decisório do Legislativo, que é eleito, para o Judiciário, que não é.

Não se pretende sustentar com isso que se deva retroceder ao tempo em que os princípios não eram aplicados, em território nacional, pelos juízes, já que constituem elementos essenciais à ordem jurídica, pois conferem mais plasticidade ao Direito – o que é essencial numa sociedade complexa como a brasileira. Ademais, permitem uma maior abertura da argumentação jurídica à Moral e ao mundo empírico subjacente. O importante é encontrar uma justa medida, que não torne o processo de aplicação do Direito "amarrado" demais, como ocorreria num sistema baseado exclusivamente em regras, nem "solto" demais, como sucederia com um que se fundasse apenas em princípios. É chegada, pois, a hora de um retorno do pêndulo no Direito brasileiro, que, sem descartar a importância dos princípios e da ponderação, volte a levar a sério também as regras e a subsunção.

Importa inferir que nas hipóteses em que a aplicação de princípios for realmente apropriada, ela deve se dar de modo fundamentado e racional. Deve-se adotar a premissa de

que quanto mais vaga for a norma a ser aplicada, e mais intenso o componente volitivo envolvido no processo decisório, maior deve ser o ônus argumentativo do intérprete, no sentido de mostrar que a solução por ele adotada é a que melhor consubstancia os valores do ordenamento naquele caso concreto. A tendência atual de invocação frouxa e não fundamentada de princípios colide com a lógica do Estado Democrático de Direito, pois amplia as chances de arbítrio judicial, gera insegurança jurídica e atropela a divisão funcional de poderes, que tem no ideário democrático um dos seus fundamentos – a noção básica de que as decisões sobre o que os cidadãos e o Estado podem e não podem fazer devem ser tomadas preferencialmente por quem represente o povo e seja por ele escolhido.

Infelizmente, há na sociedade brasileira traços que tornam ainda mais ameaçadora esta tendência à "frouxidão" e emotividade na metodologia jurídica. A cultura nacional é marcadamente envolta no "jeitinho" e sinaliza para o patrimonialismo bem mais do que para a valorização do cumprimento impessoal de regras. O brasileiro – já dizia Sérgio Buarque de Holanda (1995) – é o "homem cordial", que tende a antepor a lógica privada do compadrio e da simpatia à racionalidade objetiva das leis. Esta singularidade das relações sociais não atua de forma neutra em relação a todos os cidadãos. Ela implica na adoção de posturas estatais em geral muito benevolentes em relação aos donos do poder e seus apaniguados, e de posições muito mais duras dirigidas aos grupos excluídos e marginalizados. Uns poucos acabam pairando acima das leis, que não os alcançam para limitar a sua conduta ou sancionar os seus desvios, enquanto outros permanecem abaixo dela, sendo atingidos apenas pelo braço punitivo do Estado, pois a violação rotineira dos seus direitos é naturalizada, tornando-se "invisível".

Neste quadro, cabe indagar, sob a perspectiva de uma sociologia da interpretação constitucional, até que ponto a introdução, na sociedade brasileira, de uma "dogmática fluida" não pode ter como efeito colateral o agravamento de patologias que marcam as relações sociais. Será que o Direito precisa de mais rigidez ou de maior maleabilidade? Ao fim e ao cabo, quem tende a se beneficiar com a adoção de uma hermenêutica jurídica mais flexível?

Não se pode deduzir, contudo, que se demonstra indecorosa a adoção de uma perspectiva jurídica mais principialista no Brasil. O maior cuidado metodológico, adicionado à adoção de uma diretriz hermenêutica substantiva, que afirme a missão essencial do Direito de assegurar justiça e segurança às pessoas, tratando-as como livres e iguais, pode minimizar as possibilidades do enviesado da teoria neoconstitucional, que acabe favorecendo aos mesmos de sempre. Diante das peculiaridades da sociedade brasileira, não há como negar que os riscos são elevados.

Panconstitucionalização e Neoconstitucionalismo

A defesa da constitucionalização do Direito reverbera uma das características primordiais da hermenêutica neoconstitucionalista. Sustenta-se que a irradiação das normas constitucionais por todo o ordenamento contribui para aproximá-lo dos valores emancipatórios contidos nas constituições contemporâneas, não mais encaradas como simples *norma normarum* – aptas a disciplinar o processo de produção de outras normas. A Constituição passa a ser enxergada como expoente dos valores superiores da comunidade política, devendo fecundar todo o sistema jurídico. Neste modelo, cabe ao intérprete não só a aplicação direta dos ditames constitucionais às relações sociais, como também ressignificar todas as normas e institutos dos mais variados ramos do Direito, balizando-os à luz da Constituição, emprestando-lhes o sentido que mais promova os objetivos e a axiologia da Epístola.

> A constitucionalização do Direito de que cogita o neoconstitucionalismo não é aquela que resulta do caráter excessivamente analítico da Constituição, e leva ao entricheiramento de meras opções conjunturais do constituinte originário ou derivado, despidas de maior importância ou dignidade. Este é um fenômeno característico da Carta de 88, que se excedeu no casuísmo e nos detalhes, elevando ao seu texto meros interesses corporativos ou decisões de momento, sem fôlego para perdurarem no tempo. A constitucionalização louvada e defendida pelo neoconstitucionalismo é aquela que parte de uma interpretação extensiva e irradiante dos direitos fundamentais e dos princípios mais importantes da ordem constitucional. Aqui, contudo, pode-se discutir até que ponto o fenômeno é legítimo. Poucos discordarão, pelo menos no Brasil, de que alguma constitucionalização do Direito é positiva e bem-vinda, por semear o ordenamento com os valores humanitários da Constituição. Porém, pode-se objetar contra as teses extremadas sobre este processo, que acabam amputando em demasia o espaço de liberdade do legislador, em detrimento da democracia. Com efeito, quem defende que tudo ou quase tudo já está decidido pela Constituição, e que o legislador é um mero executor das medidas já impostas pelo constituinte, nega, por conseqüência, a autonomia política ao povo para, em cada momento da sua história, realizar as suas próprias escolhas. O excesso de constitucionalização do Direito reveste-se, portanto, de um viés antidemocrático. Esta ordem de preocupações levou Ersnt Forsthof, na Alemanha, a criticar as teorias que viam a Constituição como uma espécie de *genoma jurídico (...) do qual tudo deriva, do Código Penal até a lei sobre a fabricação de termômetros.* E a questão torna-se ainda mais delicada diante da constatação de que, pela abertura semântica dos direitos fundamentais e dos princípios – principal matéria-prima da constitucionalização do Direito – o seu principal agente acaba sendo o Poder Judiciário, ao dar a última palavra sobre a interpretação daquelas cláusulas. Daí porque, o debate sobre a constitucionalização do Direito se imbrica inexoravelmente com as discussões a propósito da judicialização da política e do decisionismo (VIANNA, 2008. p. 88).

Ademais, a constitucionalização do Direito também suscita outra linha de preocupações, relacionada ao perfeccionismo moral na esfera privada. No Brasil, assim como em muitos outros países, já se assentou a ideia de que os direitos fundamentais não se dirigem apenas em face do Estado, vinculando também os particulares. Tem prevalecido na doutrina a ideia de que a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas é direta e imediata. Em outras palavras, entende-se que a própria Constituição já incide nas relações privadas,

independentemente de mediações legislativas, e que pode gerar obrigações positivas ou negativas para os indivíduos e não só para os poderes públicos, sempre no afã de proporcionar uma proteção mais completa à dignidade humana. Até aqui, nada de surpreendente.

Entrementes, o reconhecimento da vinculação dos particulares à Constituição suscita um risco que não pode ser ignorado: o de imposição às pessoas, supostamente em nome de valores constitucionais, de comportamentos e estilos de vida que elas próprias rejeitam, em detrimento da sua liberdade existencial.

> Para dar um exemplo bem tosco, seria terrível se o Direito, em nome do princípio da solidariedade social, pudesse impor às pessoas que demonstrassem afetos e sentimentos que elas não possuem genuinamente. Ou se, em nome da isonomia, pretendesse interferir nas escolhas subjetivas e emocionais que os indivíduos fazem nas suas vidas privadas. A constitucionalização, neste sentido, poderia converter-se num pretexto para o exercício de um paternalismo antiliberal, em que as pessoas seriam forçadas a conformarem-se às expectativas sociais forjadas a partir de pautas de ação "politicamente corretas", com apoio na Constituição (BONAVIDES, 2004. P. 142).

Conclusão

Nenhuma das questões aqui apresentadas é insuperável. É possível aceitar e aplaudir a constitucionalização do Direito – fenômeno geralmente positivo, por aproximar a racionalidade emancipatória da Constituição do cotidiano das pessoas –, mas defender que ela seja temperada por outras preocupações igualmente essenciais no Estado Democrático de Direito, como a autonomia pública e privada dos cidadãos. Pode-se reconhecer a legitimidade da constitucionalização do Direito, mas numa medida em que não sacrifique em excesso a liberdade de conformação que, em uma democracia, deve caber ao legislador para realizar opções políticas em nome do povo. Pode-se, outrossim, afirmar a incidência direta da Constituição nas relações privadas, mas sem invadir a esfera das opções existenciais da pessoa – que, de resto, é protegida pela própria Constituição das ingerências perfeccionistas do Estado, das instituições e da sociedade.

Referenciais

ALMEIDA, Antonio Carlos. **A Cabeça do Brasileiro**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Record, 2007.

BARROSO, Luis Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional do Brasil)**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

_____. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BICKEL, Alexander. **The Least Dangerous Branch**. 2ª Ed. New Haven: Yale University Press, 1986.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
CAPELLARI, Eduardo. **A Crise da Modernidade e a Constituição**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2014.
COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 8ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Hermenêutica Jurídica e(m) Debate: O constitucionalismo brasileiro entre a teoria do discurso e a ontologia existencial**. 2ª Ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007.
DOBROWOLSKI, Samantha Chantal. **A construção social do sentido da Constituição na democracia contemporânea: Entre soberania popular e direitos humanos**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 26ª Ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.
LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 19ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
MELLO, Cláudio Ari. **Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais**. 2ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
MONTESQUIEU, Charles Luis de Secondat. **Do espírito das leis**. Tradução: Luiz Fernando Rodrigues de Abreu. 6ª Ed. Curitiba: Juruá, 2006.
SANCHÍS, Luis Prietro. **Neoconstitucionalismo(s)**. 2ª Ed. Madrid: Editorial Trotta, 2003.
STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e Consenso**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
VIANNA, Luiz Werneck. **Corpo e alma da magistratura brasileira**. 2ª Ed. Rio de Janeiro, Revan, 2003.
_____. **O Terceiro Poder na Carta de 1988 e a Tradição Republicana: Mudança e Conservação**. 2ª Ed. São Paulo: Aderaldo e Rotshild Editores, 2008.
WITTINGTON, Keith. **Constitutional Construction: Divided Powers and Constitutional Meaning**. 2ª Ed. Cambridge: Harvard University Press, 1999.
ZAFFARONI, Raúl. **Poder Judiciário: Crise, Acertos e Desacertos**. Tradução de Juarez Tavares. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.