

DIREITO COMO CIÊNCIA: CRÍTICA À DOCTRINA NEOCONSTITUCIONALISTA

LAW AS SCIENCE: CRITICISM OF THE NEOCONSTITUTIONALIST DOCTRINE

Arthur Maximus Monteiro*

RESUMO: O presente trabalho pretende investigar os fundamentos teóricos de uma nova doutrina jusfilosófica: o *neoconstitucionalismo*. Com o propósito de inserir-se entre as tradicionais teorias jusnaturalistas e juspositivistas, o neoconstitucionalismo propõe a reformulação de conceitos já sedimentados na ciência jurídica, com a construção de uma nova dogmática para o estudo do Direito. Alicerçando-se no método dogmático-jurídico, a presente investigação pretendeu dissecar os fundamentos científicos dessa nova doutrina, para ao final concluir que, desprovida de embasamento teórico, o neoconstitucionalismo não preenche os requisitos necessários para ser considerado como alternativa científica válida para o estudo do Direito, resumindo-se a uma junção distorcida de conceitos jurídicos indeterminados para embasar conceitos puramente morais.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Neoconstitucionalismo. Crítica.

ABSTRACT: The present paper intends to investigate the theoretical foundations of a new jusphilosophic doctrine: the neoconstitucionalism. With the purpose of inserting itself between the traditional jusnaturalist and juspositivism theories, the neoconstitucionalism proposes the reformulation of concepts already settled in the legal science, building new precepts for the study of the Law. Based on the dogmatic-juridical method, the present research aimed to dissect the scientific foundations of this new doctrine, in order to conclude that, without theoretical basis, the neoconstitucionalism does not fulfill the necessary requirements to be considered as a valid scientific alternative for the study of the Law, summing up to a distorted reunion of indeterminate legal concepts to support purely moral concepts.

Keywords: Constitutional Law. Neoconstutionalism. Criticism.

* Doutorando em Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDUL). Mestre em Direitos Fundamentais pela mesma universidade. Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Estadual do Ceará (UECE/FESAC). Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Lisboa – Portugal.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO; 2 CRÍTICAS AO NEOCONSTITUCIONALISMO. 2.1 A “PRINCIPIOLATRIA”; 2.2 O CONTRAPONTO AO JUIZ “BOUCHE DE LA LOI”; 2.3 A CONTRUÇÃO DOGMÁTICA; 2.4 A AUSÊNCIA DE MÉTODOS; 2.5 A PONDERAÇÃO E O DESVIRTUAMENTO DO PENSAMENTO DE ALEXY; 2.6 A PRETENSÃO “TOTALISTA”; 2.7 A TEOLOGIA CONSTITUCIONAL; 3 CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

O Direito sempre caminhou ao lado da dogmática. Com o propósito de ser reconhecido como *ciência*, o Direito buscou incorporar linguagem e método próprios, de maneira a encontrar um lugar dentre outros ramos do conhecimento. Nessa linha, a *Teoria Pura do Direito*, concebida por Hans Kelsen deu passos decisivos nesse processo de autoafirmação científica do conhecimento normativo. Segundo os seus adeptos, a ciência jurídica deve ter por objeto as normas em vigor “em um determinado Estado, em uma certa época, pouco importando se essas normas correspondem ou não ao ideal de justiça de quem as examine” (PEREIRA, 2011, p. 312). Nascia aí o *juspositivismo*.

De outra banda, autores renomados criticavam essa concepção *purista* da norma jurídica. Rememorando lições clássicas, diziam esses doutrinadores que, ao apartar o Direito de qualquer conteúdo moral, estar-se-ia dando margem à aplicação meramente mecânica da lei. Isso para não falar da legitimação incondicional das normas jurídicas, na medida em que sua existência buscaria fundamento de validade não em qualquer norma ética, mas na regularidade formal de sua criação, tornando-a pressuposto de si mesma. Tal conclusão daria margem a leis manifestamente contrárias à noção de justiça, de que o ordenamento jurídico da Alemanha hitlerista seria o exemplo mais gritante. Nesse contexto, o juiz deveria abandonar sua “tarefa exegética” para substituir, sempre que necessário, leis injustas e “recheando-as com elementos mais humanos e garantidores da plena realização da justiça” (CAMARGO; DOMINGOS, 2012, p. 72). Ao positivismo jurídico contrapunha-se, então, o *jusnaturalismo*.

Por pelo menos cinquenta anos, a arena filosófica do Direito encontrou no juspositivismo e no jusnaturalismo seus únicos contendores. No último quartel do século XX, contudo, um terceiro ator pretendeu envolver-se nesse embate épico. Surgia, agora, o *neoconstitucionalismo*.

Arvorando-se a condição de nova doutrina jusfilosófica, o neoconstitucionalismo defende a remoção de antigos paradigmas e a formulação de novos conceitos jurídicos. O ordenamento inteiro deveria passar por uma releitura sob as lentes da Constituição Federal, que a tudo alcançaria com seus poderes tentaculares. Ao Poder Judiciário, essa nova corrente confere papel de destaque. Seria ele o agente de garantia da supremacia da constituição, implementando “de forma coativa” os direitos fundamentais ainda não concretizados pelo legislador (TATAGIBA, 2011, p. 4). Sem se vincular a uma (jusnaturalismo) ou a outra (juspositivismo) corrente doutrinária tradicional, o neoconstitucionalismo apresenta-se como uma corrente *pós-positivista* (BARROSO, 2005, p. 234).

Com a pretensão confessa de constituir uma “terceira via” dogmático-jurídica, o neoconstitucionalismo recusa o jusnaturalismo ao mesmo tempo em que se afasta do “fracasso político do positivismo”. Renega o jusnaturalismo por considerá-lo simplesmente superado. E condena o positivismo por sua “decadência” no pós-guerra, dada a sua associação à “derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha”. Como objetivo enunciado, esse “pós-positivismo” pretende “transpor a fronteira da reflexão filosófica, ingressar na dogmática jurídica e na prática jurisprudencial e, indo mais além, produzir efeitos positivos sobre a realidade” (BARROSO, 2005, p. 234).

Mas será que o neoconstitucionalismo constitui uma opção científica válida? Essa é a pergunta que se pretende responder neste artigo.

Para alcançar resultados cientificamente válidos, a escolha do método revela-se talvez como a mais importante para o estudioso do Direito.

Muitas análises doutrinárias produzidas no Brasil deixam-se seduzir pela tentação de arquitetar um esquema constitucional “ideal”, isto é, esquecer o texto da Constituição e imaginar qual modelo de ordenamento jurídico melhor atenderia aos interesses da Nação.

O problema ganha contornos ainda mais graves quando se considera que boa parte das hipóteses sugeridas tem por base um modelo constitucional específico de determinado país (Áustria, Alemanha e EUA, apenas para enumerar os mais citados), do qual é difícil extrair pontos em comum com o ordenamento brasileiro¹.

1 Não faz sentido, por exemplo, falar-se em o STF atuando como “legislador negativo” – modelo kelseniano, de jurisdição concentrada, baseado na Constituição austríaca – quando vigora no

Além disso, abandonam-se critérios exclusivamente *jurídicos* para optar-se por critérios *políticos*, formulados a partir de (pré) concepções íntimas do próprio doutrinador. Assim, as opções legislativas produzidas pelo constituinte deixam de ser firme limite hermenêutico e passam a ser somente um mero inconveniente retórico². Para além disso, corre-se o risco de dar-se o primeiro passo na lenta ladeira escorregadia a conduzir ao sincretismo metodológico, misturando premissas de uma hipótese com conclusões de outra, tornando as soluções propostas intelectualmente desonestas (RODRIGUES JÚNIOR, 2011, p. 83)³.

Se esse caminho mostra-se mais fácil, afasta o doutrinador, contudo, do *teste da realidade*. À medida que as hipóteses são formuladas dentro de um ordenamento “ideal”, que só existe em sua cabeça, não há como confrontá-las com os limites do texto constitucional existente. A construção doutrinária abandona o campo da *ciência* e reduz-se à pura *especulação*. Com isso, o leitor perde a capacidade *contra-argumentativa*, fazendo com que o modelo sugerido torne-se aparentemente isento de problemas. Talvez por isso mesmo, tantos doutrinadores deixam-se seduzir por este canto de sereia.

Para escapar do encanto da saída fácil do sincretismo metodológico, o primeiro passo é seguir um método seguro e cientificamente atestado na doutrina jurídica. Nesse quesito, o método dogmático-jurídico não encontra rival à altura (BOBBIO, 2006, p. 220-222)⁴. De fato, é a *dogmática jurídica* (BOBBIO, 2006, p. 220) que garante, a um só tempo, o respeito do intérprete pela opção do constituinte e do legislador democraticamente legitimados e o limite à “fuga normativa” como meio de elaborar hipóteses respaldadas unicamente no imaginário do autor.

Brasil o princípio da nulidade. No modelo austríaco, fundamento do pensamento de Kelsen, vigora o princípio da anulabilidade (KELSEN, 2011, p. 306 e ss).

- 2 Como adverte Hesse, “o texto contém, acima de uma maior ou menor necessidade de interpretação, elementos firmes a respeito dos quais, apesar de interesses e pré-concepções opostos, não cabe discussão” (HESSE, 2009, p. 162). Por isso, “declarar vinculante a prática política e, com isso, de fato, a concepção que dispõe de força para impor-se, recusando submeter-se ao texto da Constituição, não significa senão sacrificar uma necessidade vital indiscutível do Estado constitucional – a função racionalizadora, estabilizadora e limitadora do poder que a Constituição assume” (HESSE, 2009, p. 162).
- 3 Há, no entanto, quem defenda o sincretismo metodológico como algo “inevitável e desejável” (BARROSO, 2005, p. 234).
- 4 Segundo Bobbio (2006, p. 220), é através do chamado “formalismo científico” que a “ciência jurídica” pode ser concebida como “uma ciência construtiva e dedutiva”.

Dito isso, recorrer-se-á, precipuamente, aos textos da Constituição Federal de 1988 e das leis disciplinadoras das espécies processuais a serem analisadas. O recurso à jurisprudência apresenta-se incontornável, haja vista que o objeto deste trabalho relaciona-se aos instrumentos processuais constitucionais utilizados pelo Supremo Tribunal Federal para sindicatizar omissões legislativas inconstitucionais. Embora o paradigma normativo adotado seja o vigente à época de sua elaboração, não se furtará o presente trabalho à análise histórica para entender a evolução do modelo de controle de constitucionalidade no Brasil e mesmo das posições adotadas pela Suprema Corte brasileira no que toca aos limites de sua atuação na fiscalização da inércia do legislador.

Pela própria delimitação da matéria, não se recorrerá ao direito comparado, não tendo o presente trabalho qualquer pretensão de elaborar uma grelha comparativa dos instrumentos e dos modos de fiscalização das omissões legislativas inconstitucionais com quaisquer outros ordenamentos. Tal afirmação, contudo, não exclui o recurso à doutrina alienígena, especialmente a lusitana, dado que a Constituição da República Portuguesa de 1976 apresenta-se como principal fonte de inspiração da Constituição Federal de 1988, de modo a entender-se alguns conceitos similares.

2 CRÍTICAS AO NEOCONSTITUCIONALISMO

Antes de mais nada, deve-se reconhecer que o neoconstitucionalismo não constitui exclusividade brasileira. É possível encontrar adeptos dessa nova corrente em outros países da América Latina, como o México (Miguel Carbonnel) e a Colômbia (Leonardo García Jamarillo e Bernal Pulido) (MORAIS, 2010, p. 8). O traço diferenciador do neoconstitucionalismo nacional é a tarefa que impõe a si mesmo de sustentar juridicamente a expansão dos poderes judiciais, em especial os do Supremo Tribunal Federal. Os neoconstitucionalistas pátrios professam a fé em um judiciário reformador como alternativa última à concretização de direitos previstos constitucionalmente, mas que não chegam a ser implementados em razão da disputa política a contaminar o Parlamento ou por conta de conveniências do Executivo de plantão. Em resumo, os neoconstitucionalistas defendem “mais princípios e menos regras”; mais “ponderação do que subsunção”; “onipresença da

Constituição”; e “onipotência judicial em lugar da autonomia absoluta do legislador ordinário” (CAMARGO; DOMINGOS, 2012, p. 78).

Parte da doutrina, no entanto, já denunciou o neoconstitucionalismo como simplesmente um “modismo intelectual” (RAMOS, 2010, p. 279), algo aventado como revolucionário mas que, ao fim e ao cabo, acaba por revelar-se uma personagem com muitas opiniões, sem que seu conjunto consiga formar um ponto de vista. A rigor, a expressão em si não passa de um “chapéu-de-chuva”, sob o qual se abrigam correntes doutrinárias de toda ordem, tendo a uni-las o desejo comum de “sustentar uma nova teoria do Direito e da Constituição”, embora renegando os conceitos jusnaturalistas (MORAIS, 2010, p. 8). Muito mais do que “pós-positivistas”, os neoconstitucionalistas seriam na verdade “anti-positivistas” (RAMOS, 2010, p. 283). A introdução do prefixo “pós” funcionaria apenas “como uma forma de deslegitimação de uma corrente dada por seus defensores como superada” (MORAIS, 2010, p. 9).

No lugar das alternativas jusnaturalistas e juspositivistas, o neoconstitucionalismo propõe uma nova estruturação da dogmática constitucional (RAMOS, 2010, p. 279). Suas teses são as seguintes: i) o estudo do direito constitucional resumir-se-ia à “princiologia” e ao estudo da “teoria dos princípios”; ii) a justiça constitucional ocupar-se-ia “mais com princípios do que com regras”; iii) dentro da concepção de Constituição como “sistema aberto de valores”, os princípios reconduzir-se-iam a “enunciados de valores de ordem moral”; e iv) no limite, os princípios atingiriam o grau de “metanormas”, aptos até mesmo a “paralisar a incidência de uma regra” (MORAIS, 2010, p. 17).

Todavia, a proposta neoconstitucionalista contém várias incongruências. Por trás de uma roupagem aparentemente científica que esconde o discurso de uma “nova hermenêutica”, os teoremas dessa nova linha doutrinária “ostentam grandes debilidades na sua solidez lógica e axiológica” (MORAIS, 2010, p. 13). É o que se verá a seguir.

2.1 A “PRINCIPIOLATRIA”

Primeiramente, há de se recordar que “nem todos os direitos fundamentais se reconduzem a princípios” (MORAIS, 2010, p. 20). Como admite um expoente do neoconstitucionalismo, “o sistema jurídico ideal se consubstancia em

uma distribuição equilibrada de regras e princípios” (BARROSO, 2009, p. 354). E assim foi positivado na Constituição Federal de 1988. Na verdade, quando se pontifica uma “*principiologia* desenfreada”, acaba-se abrindo caminho para “arbitrariedades baseadas no relativismo moral”, de que são exemplo as manifestações exacerbadas de ativismo judicial (PEREIRA, 2011, p. 314).

Na verdade, essa “*principiolatria*” serve apenas como pano de fundo para a ação impune de “uma discricionariedade judicial abusiva” (RAMOS, 2010, p. 283), fenômeno já observado pela doutrina (RODRIGUES JÚNIOR, 2011, p. 63). Com efeito, a Constituição não pode simplesmente ser “encarada como um sistema aberto de princípios e regras, permeável a valores jurídicos suprapositivos, no qual as ideias de justiça e de realização dos direitos fundamentais desempenham um papel central” (BARROSO, 2009, p. 353). Como exemplifica o Prof. Blanco de Moraes, um mesmo princípio (dignidade da pessoa humana) já foi utilizado para defender uma coisa (a legalização da prostituição) e seu contrário (a sua proibição) (MORAIS, 2010, p. 18)⁵.

Não há, de fato, qualquer novidade na afirmação de que as constituições contêm regras e princípios, e que cabe a estes últimos definir uma “*direção a seguir*” (BARROSO, 2008, p. 31). Tal assertiva está longe de representar um “contributo revolucionário para a Teoria da Constituição” (MORAIS, 2010, p. 15). A diferença entre a doutrina constitucional clássica e a neoconstitucionalista é a recusa da primeira em admitir princípios e conceitos abertos como “*espaços em branco* que o intérprete possa colorir a seu gosto como nos almanaques de desenhos infantis” (MORAIS, 2010, p. 18). A Constituição é, antes do mais, *norma jurídica* (KELSEN, 2011, p. 246). Como tal, deve ser interpretada “por juízes e não por filósofos ou teólogos” (MORAIS, 2010, p. 17).

Em verdade, os princípios possuem como característica intrínseca a “*pretensão de complementariedade*”, ou seja, o convite ao legislador ordinário a densificar e preencher o espaço proposto pelo constituinte (MORAIS, 2010, p. 21). Daí porque, quando o legislador ordinário atua e complementa o espaço deixado em aberto pelo constituinte regrando-o, tem-se então uma norma muito “*mais densa e específica*”

5 O Prof. Otavio Luiz Rodrigues Júnior (2011, p. 63) ressalta o risco da idolatria dos valores citando o exemplo dos casos de defesa da liberação e da proibição do aborto e da eutanásia. Em ambos os casos, com fundamento no mesmo princípio: a dignidade da pessoa humana.

(MORAIS, 2010, p. 21). A opção política já foi tomada pelo poder competente, restringindo a margem de manobra do intérprete. Nessa linha, a grande diferença entre uma corrente positivista e uma neoconstitucionalista reside no fato de que “a superação de regras por princípios exigirá justificativas muito mais fortes” no primeiro caso do que no segundo (PEREIRA, 2011, p. 314). Por isso mesmo, não constitui qualquer extravagância concluir que muito mais grave do que desobedecer a um princípio é descumprir uma regra (ÁVILA, 2009, p. 90)⁶.

Por outro lado, não se ignora que a positivação de “textos constitucionais programáticos, principiológicos e incertos” acaba por permitir ao Poder Judiciário “actuar anfibiologicamente”. Quando na terra, a justiça constitucional atua como “garante da certeza do Direito”. No entanto, quando “mergulha audaciosamente no activismo hermenêutico”, passa a ser um “factor de perturbação dessa mesma certeza” (MORAIS, 2000, p. 619).

2.2 O CONTRAPONTO AO JUIZ “*BOUCHE DE LA LOI*”

Para sustentar a ampla liberdade de *conformação normativa pela via judicial*, os doutrinadores adeptos dessa corrente comumente invocam o adágio do juiz *bouche de la loi* como argumento de escada a sustentar um precário silogismo em que a este argumento contrapõe-se necessariamente outro⁷, segundo o qual o juiz deve ter participação criativa na função de interpretar a norma⁸. A isso soma-se a indefectível lembrança ao horror nazista como argumento *ad terrorem*⁹.

6 Elival da Silva Ramos (2010, p. 284) recorda casos, como o de Eduardo Ribeiro Moreira, em que se chega ao cúmulo de sustentar que “uma regra constitucional” pode “ser deixada de lado” em favor da ampliação da “incidência de uma norma-princípio”.

7 Para a referência ao juiz como *la bouche qui prononce les paroles de la loi*, cf. Barroso (2008, p. 12).

8 Desonestidade intelectual, a propósito, denunciada pelo Prof. Blanco de Morai, que já dizia que “mesmo o entendimento que pretende miniaturizar a galáxia positivista, ao circunscrevê-la a uma concepção de ordenamento aprisionada nas normas de uma pirâmide truncada e escravizada a uma visão literalista e mecanicista de interpretação constitucional, em que o juiz se remeteria ao papel de “*bouche de la loi*” como sucedia no positivismo francês oitocentista, resulta ser claramente reducionista e tem por desiderato criar artificialmente, através de um processo argumentativo dialéctico, uma falsa antítese numa linha de pensamento que presentemente inexistente no positivismo dominante” (MORAIS, 2010, p. 16).

9 Para a lembrança ao nazismo, cf. Barroso (2005, p. 237). Aliás, o sempre falsamente invocado argumento *ad terrorem*, fundado na ideologia nacional-socialista, pode perfeitamente funcionar

Não há de negar-se que o exercício da jurisdição constitucional confere ao Poder Judiciário uma “considerável influência sobre as políticas governamentais” (RAMOS, 2010, p. 438). Do contrário, a prestação jurisdicional ficaria “inevitavelmente capenga” (CAMARGO; DOMINGOS, 2012, p. 72). Todavia, isso não implica autorização para o juiz substituir-se aos poderes democraticamente legitimados, sob o pretexto de que a máxima do Judiciário “nulo e invisível” de Montesquieu não pode mais prosperar (RAMOS, 2010, p. 438).

Em verdade, o julgador não pode ser nem um “juiz-robô” – mero reproduzidor mecânico do texto legal – nem um “juiz-herculano de Dworkin”, nem tampouco o “juiz-taumaturgo da nova hermenêutica”. Antes, o juiz deve ser um “garante da certeza, previsibilidade e coerência das normas que nos regem” (MORAIS, 2000, p. 630).

Com efeito, de há muito está estabelecido que apenas em casos excepcionais – e, ainda assim, com poderes sumamente limitados – poderá a justiça constitucional ter atuação “normativa ou ‘paranormativa’” (MORAIS, 2010, p. 32). É o caso, por exemplo, das sentenças aditivas¹⁰. Mas em nenhum país adepto do sistema da *civil law* – e este é o caso brasileiro – reconhece-se à justiça constitucional poderes

ao inverso, pois mesmo a doutrina nazista pregava a superioridade dos valores por sobre o direito estabelecido, algo bem próximo ao defendido pelo neoconstitucionalismo. Sobre o problema da apologia dos valores em detrimento das normas jurídicas, cf. Bobbio (2006, p. 222).

10 O estudo dessas espécies de decisões engloba um sem-número de questões, como os limites da jurisdição constitucional, a possível violação do princípio da separação de poderes, dentre outras igualmente relevantes. Por não se tratar especificamente de tema objeto deste trabalho, limitar-nos-emos a apontar apenas alguns conceitos gerais sobre a temática.

Nos casos em que a criação de determinado benefício dá-se com violação ao princípio da igualdade, as cortes constitucionais evitam declarar a inconstitucionalidade e, portanto, sancionar com nulidade a lei produzida. Uma decisão puramente cassatória da norma redundaria em “suprimir algo mais do que a ofensa constitucional que se pretende eliminar” (MENDES, 2007, p. 235), findando por desviar-se do sentido mesmo da fiscalização de constitucionalidade. Ao invés disso, os tribunais constitucionais estendem o benefício criado às outras categorias que a ele deveriam fazer jus. Para que isso seja possível, é necessário que os tribunais constitucionais emitam *declarações de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade* (MENDES, 2007, p. 232-233). Além das sentenças aditivas, há ainda a chamada *interpretação conforme a Constituição*. Nesses casos, do texto da norma é possível inferir diversas interpretações, mas somente um ou algumas delas são efetivamente inconstitucionais. À vista da presunção de constitucionalidade das leis e da conservação da vontade do legislador, o STF julga que determinada ou determinadas interpretações da norma impugnada são inconstitucionais, mantendo-se, todavia, intacto o seu texto. Há, no entanto, limites à interpretação conforme. O STF não pode, a pretexto de interpretar determinada norma conforme a Constituição, violar

“para-legislativos”, nem tampouco a função de “suplência do legislador constituinte ou do legislador ordinário” (MORAIS, 2010, p. 32). Quando assim o faz, está o STF a “usurpar a componente nuclear da função legislativa que a Constituição lhe não comete” (MORAIS, 2010, p. 32).

De fato, não há porque acreditar ingenuamente que a Corte Constitucional brasileira esteja apta a revelar “a verdade por detrás’ dos princípios” (MORAIS, 2010, p. 25). O Supremo não pode determinar de forma puramente discricionária “o nível de eficácia de norma constitucional” (RAMOS, 2010, p. 266). Não se lhe pode atribuir o “papel de augure ou pitonisa”, pronta a verdadeiramente construir o conteúdo dos direitos fundamentais “a partir de um feixe sincrético de princípios vagos e medidas de valor espongiiformes”, como se as normas constitucionais “fossem cinzas de um animal sacrificado prestes a serem decifradas” (MORAIS, 2010, p. 19). Esse “papel messiânico” a que se propõe encenar a Suprema Corte brasileira em nada contribui para valorizar a “experiência democrática” (MENDES, 2011, p. 23).

2.3 A CONSTRUÇÃO DOGMÁTICA

De resto, parece algo forçada a tendência neoconstitucionalista de elevar antigas certezas jurídicas à condição de dogmas para sustentar conclusões desconexas às premissas levantadas.

Diz-se, por exemplo, que a Constituição só impõe a sua normatividade perante a lei ordinária quando esta é assim garantida pelo Poder Judiciário. Logo, se os direitos previstos na Constituição não forem concretizados pelos órgãos de decisão política (Executivo e Legislativo), incumbiria ao Judiciário fazê-lo (AGRA, 2009, p. 1367).

Ocorre que a hierarquia da constituição não chega a ser exatamente novidade no panorama jurídico. Reconhece-se a supremacia normativa da Constituição desde *Marbury x Madison* (MORAIS, 2010, p. 28)¹¹. A par disso, já há algum tempo constituições do mundo inteiro admitem a declaração de inconstitucionalidade por viola-

o sentido literal da expressão do texto. Tampouco pode o Supremo Tribunal Federal modificar radicalmente seu sentido, tal como concebido originalmente pelo legislador (MENDES; MARTINS, 2009, p. 465).

11 Para a síntese do caso, cf. Baude (2007, p. 8-10).

ção de princípios expressos em sua carta, mesmo aqueles implícitos (MORAIS, 2010, p. 15). Todavia, daí não decorre necessariamente o “dever” de o Poder Judiciário implementar direitos não concretizados pelo legislador (SILVA, 2009, p. 557). Não se pode, a pretexto de criticar um suposto “dogmatismo excessivo”, permitir que o Judiciário possa “(re) direcionar interpretações e aplicações jurídicas para dar bom termo aos bens fundamentais”, de maneira a “torná-los vivos e agregados à vida dos indivíduos de carne e osso” (CAMARGO; DOMINGOS, 2012, p. 71).

Tampouco é revolucionária a conclusão de que o Poder Judiciário é um “poder político funcionalmente diferenciado” (BRITO, 2004, p. 54). Desde sempre cada um dos poderes é, por definição, “funcionalmente diferenciado” em relação aos demais. A diferença, aqui, exterioriza-se no contraponto entre a hermenêutica clássica, a determinar que “quanto mais indeterminado ou indefinido o conteúdo de um princípio” menor será a margem de liberdade do intérprete (RAMOS, 2010, p. 174-179), ao passo que os neoconstitucionalistas sustentam o exato oposto: “quanto mais indefinido o princípio maior o poder do intérprete para retirar do seu conteúdo a ‘interpretação correcta’” (MORAIS, 2010, p. 18). Nesse diapasão, enquanto as regras “desempenham o papel referente à *segurança jurídica* – previsibilidade e objetividade das condutas”, os princípios, por sua vez, dariam “margem à realização da *justiça* do caso concreto” (BARROSO, 2009, p. 354). Comodamente, os neoconstitucionalistas transferem aos tribunais o dever de encontrá-la, abdicando da “tarefa de formular um argumento constitucional consistente e sincero” (MENDES, 2011, p. 23).

2.4 A AUSÊNCIA DE MÉTODO

E aqui reside talvez o maior problema da dogmática neoconstitucionalista: a ausência de método para interpretação de normas e solução de casos (RAMOS, 2010, p. 283). Remete-se quase sempre à tópica o dever de encontrar a dita “justiça do caso concreto” (RAMOS, 2010, p. 171). Trata-se do primeiro passo para a inversão do caminho norma-interpretação, “criando-se uma situação inaceitável em que o intérprete inverte a relação de sentido do direito decidido” (MORAIS, 2010, p. 30).

Não se ignora que a força da realidade impõe constrangimentos à atuação da justiça constitucional. Todavia, isso, por si só, não constitui escusa absolutória

para que o Poder Judiciário “preste vassalagem aos fatos (por mais impactantes que sejam)”, sem que para isso encontre apoio no ordenamento ao qual, assim como os outros poderes, deve obediência (RAMOS, 2010, p. 245).

Em verdade, valer-se da tópica para solucionar problemas jurídicos é, na mais condescendente das avaliações, algo simplista (BARROSO, 2005, p. 237 e ss). Embora tenha servido com sucesso no período imediatamente pós-II Guerra, a tópica nunca se propôs a ser um substituto definitivo “ao método jurídico clássico” (RODRIGUES, 2009, p. 110). Verdadeiramente, a tópica representa tudo o que o ordenamento pretende evitar: o casuísmo e a delegação da resolução de todo e qualquer conflito às pré-concepções pessoais – filosóficas ou ideológicas – do julgador. Oblivia-se a segurança jurídica, princípio que garante a previsibilidade do resultado da conduta¹². E, como consequência, desestrutura-se o eixo que mantém coesa a sociedade sob o império da lei.

No mais das vezes, seus adeptos atuais, “ao invés de adaptar o facto à norma”, procuram operar o inverso: “dobrar a norma ao facto” (MORAIS, 2000, p. 628). O resultado a que conduzem não raro desemboca numa “forma de corrupção do Direito”, em franco desrespeito às decisões do legislador democraticamente legitimado (MORAIS, 2000, p. 628). Caindo no casuísmo, as regras estabelecidas universalmente aos cidadãos tornam-se fluidas e a previsibilidade do resultado das condutas esvai-se como grãos de areia ao vento. Atinge-se, com isso, o centro do ordenamento jurídico, perdendo o sistema aquilo que talvez lhe seja mais caro: a coerência (KELSEN, 2011, p. 282).

A aversão dos neoconstitucionalistas ao método é, de resto, tendência generalizada na “nova hermenêutica”. Em sua maioria, os seus defensores enxergam no método técnico-jurídico o fantasma do positivismo, algo tido por eles como ultrapassado. Furtam-se, todavia, a apresentar critérios de cientificidade metodológica na interpretação. Por mais que tenham tentado, os adeptos do paradigma neoconstitucionalista jamais conseguiram organizar uma metodologia interpretativa de base científica apta a substituir o método jurídico-dogmático. Trata-se, na verdade, da junção por vezes caótica de institutos hermenêuticos. Por isso mesmo,

12 Como alerta Maria Benedita Urbano (2010, p. 417), “os esforços do aplicador-intérprete não devem nunca perigar a certeza do direito e a segurança jurídica dos cidadãos”.

os neoconstitucionalistas fogem do método como “o diabo da cruz” (MORAIS, 2010, p. 22-28).

2.5 A PONDERAÇÃO E O DESVIRTUAMENTO DO PENSAMENTO DE ALEXY

À afirmação de que não conseguiram construir alternativa segura, os neoconstitucionalistas afirmam que há, sim, método a guiar-lhes o caminho. Invoca-se invariavelmente a *ponderação* como técnica insuperável na resolução de conflitos (BARROSO, 2005, p. 246).

Como se sabe, a ponderação é “uma técnica de decisão jurídica aplicável a casos difíceis” (BARROSO, 2009, p. 360). É através dela que se evita, por exemplo, a negação pura e simples do direito à privacidade quando em confronto com a liberdade de imprensa, em um rumoroso caso de corrupção no poder público (BARROSO, 2005, p. 246). Dada a unidade da Constituição e a inexistência de hierarquia entre suas normas, não se pode aplicar a técnica subsuntiva e chegar-se a um resultado de “*ou tudo ou nada*”, em que a aplicação de uma norma implica automaticamente a desaplicação de outra. É necessário, pois, *ponderar* os princípios em conflito, de modo a conferir maior “peso” a um ou a outro na resolução do caso concreto, sem que, com isso, seja afetada a validade de qualquer deles (BARROSO, 2009, p. 231).

Tendo como mola mestra a obra do jusfilósofo alemão Robert Alexy, a ponderação foi talvez o método “que mais empolgou a dogmática nos últimos quinze anos” (RODRIGUES JÚNIOR, 2011, p. 60)¹³. O valor da obra de Alexy é inegável, mesmo entre aqueles que não compartilham de suas opiniões. Mas daí a adotá-la como verdadeiro *passe-partout* do ordenamento jurídico vai uma grande distância (BARROSO, 2005, p. 246).

O grande problema da ponderação, como reconhecem os próprios “pós-positivistas”, é que ela pode ser utilizada como pretexto para justificar “voluntarismos

¹³ Todavia, não é raro encontrar doutrinadores dessa nova linhagem precipitando-se no “sincretismo metodológico”, chegando-se mesmo ao cúmulo de serem citados como suporte doutrinário, “em uma mesma frase”, Alexy e Dworkin, ignorando-se a “incompatibilidade de seus modelos teóricos” (RODRIGUES JÚNIOR, 2011, p. 60.).

e soluções *ad hoc*” (BARROSO, 2009, p. 361). A ponderação exerce uma atração quase irresistível para “um espaço de indeterminação, no qual a demarcação de seu conteúdo estará sujeita à concepção ideológica ou filosófica do intérprete” (BARROSO, 2009, p. 356). Nesse contexto, a previsibilidade do resultado das condutas passar a depender cada vez menos das regras estabelecidas no direito posto e cada vez mais das “pré-compreensões hermenêuticas dos juízes” (PEREIRA, 2011, p. 315). Disso resulta sua natural tendência para um espaço de indeterminação lógico-jurídica que concebe a função criadora da atividade judicante como algo inevitavelmente ligado a questões de cunho filosófico ou moral.

Cientes dos riscos inerentes à discricionariedade decisória decorrente da inexistência de uma fórmula de peso definida aprioristicamente¹⁴, procuram os neoconstitucionalistas alcançar soluções destinadas a evitar o puro e simples arbítrio judicial. Os resultados que apresentam, contudo, são muito pouco “palpáveis” (MORAIS, 2010, p. 23).

Verdade seja dita: ao menos na doutrina neoconstitucionalista brasileira, as teses de Alexy são vergadas e distorcidas¹⁵. Não raro, encontram-se conclusões do jusfilósofo alemão ladeadas por frases de pensadores que lhe são antípodas, como Habermas. Constrói-se, assim, com base em “argumentações grandiloquentes”, um método *sui generis*, muitas vezes a esconder “falácias, jogos de palavras ou vazios de fundamentação” (RODRIGUES JÚNIOR, 2011, p. 45).

Dentro do sincretismo metodológico adotado pelos neoconstitucionalistas brasileiros, não cabe a constatação de que Alexy reserva a ponderação somente para os *hard cases*, ou seja, os casos em que a lógica subsuntiva não possa validamente oferecer resposta. Na verdade, a ponderação não pode simplesmente servir como “aparência de fundamentação” destinada a “legitimar certas manifestações de ativismo judicial compressivas da liberdade de conformação do legislador” (MORAIS, 2010, p. 27). É indispensável que o recurso à ponderação seja “materialmente fundamentado”, de modo a impedir que “se torne uma fórmula vazia, legitimadora de

14 Registre-se, no entanto, que o próprio Alexy (2008, p. 501 e ss) rejeita a construção de formulas *ad hoc* e procura fixar um padrão apriorístico para aplicação da ponderação a casos concretos.

15 Para a correta compreensão da ponderação como método de interpretação jurídica (ALEXY, 2008, p. 37 e ss).

escolhas arbitrárias” (BARROSO, 2008, p. 33). E, sobretudo, deve ser demarcado “o que pode ser ponderado e como deve sê-lo” (BARROSO, 2008, p. 33).

Com efeito, Alexy não desaprova em momento algum a subsunção como método para interpretação de regras (ALEXY, 2008a, p. 37), muito menos a liberdade de conformação do legislador (ALEXY, 2008b, p. 511-519). Sendo assim, qualquer técnica ponderativa, para ser cientificamente válida, deveria ter como pressuposto a prevalência de “peso” dos direitos de liberdade sobre os direitos sociais (BAPTISTA, 2010, p. 103-104). Todavia, é exatamente essa “dimensão restritiva da ponderação que o neoconstitucionalismo parece recusar” (MORAIS, 2010, p. 23).

Verdadeiramente, a “nova hermenêutica” não oferece resposta satisfatória a uma simples indagação: por que fugir do método subsuntivo se for possível extrair da norma constitucional, ou de sua regulamentação ordinária, um resultado “amparado por uma solidez lógica e finalística” evidente (MORAIS, 2010, p. 23)? Invocar de antemão a ponderação, muitas vezes ignorando regras estabelecidas pelo legislador ordinário¹⁶, representa deturpação manifesta do método proposto pelo jusfilósofo alemão (ALEXY, 2008b, p. 501).

Ao fim e ao cabo, o método dogmático-jurídico não encontra rival à altura quando os quesitos são “grau de certeza e redução possível e desejável do grau de subjectividade interpretativa” (MORAIS, 2010, p. 25). Ao abandoná-lo, o neoconstitucionalismo precipita-se “num subjectivismo e num casuismo sem limites, incompatível com a unidade e coerência do sistema jurídico” (MORAIS, 2010, p. 24). De fato, a interpretação normativa não se resume a um conjunto de produtos enfileirados em uma prateleira, postos à disposição do jurista como “um modelo ‘self-service’” (MORAIS, 2010, p. 25). Não se pode pretender que “interpretações descoladas do texto constitucional” possam ser potencializadas meramente a partir de “teorias da argumentação”, como se a Constituição fosse constituída de barro, pronta a ser modelada conforme a conveniência do intérprete (PEREIRA, 2011, p. 316).

Tampouco se pode aceitar resignadamente a constatação de que não é possível conceber “um procedimento objetivo para a aplicação dos princípios jurídicos” (ALEXY, 2008b, p. 482). Não se deve jamais perder de vista o tratamento

16 Espantado, o Prof. Blanco de Moraes indaga-se: “com que autoridade pode o juiz substituir a solução positiva do legislador por outra alternativa, resultante de um balanceamento de ‘princípios constitucionais’”? (MORAIS, 2010, p. 26).

técnico-jurídico da interpretação normativa e o seu “contexto lógico-sistemático, histórico e finalístico” (MORAIS, 2010, p. 18). Como reconhece um de seus expoentes, qualquer argumentação, para conduzir a um resultado juridicamente plausível, “deve ser capaz de apresentar fundamentos *normativos* (implícitos que sejam) que a apoiem e lhe dêem sustentação” (BARROSO, 2009, p. 365). Não se trata, pois, de decidir um caso à luz de uma “argumentação lógica ou moral”; é indispensável “preservar exatamente seu caráter *jurídico*” (BARROSO, 2009, p. 365).

2.6 A PRETENSÃO “TOTALISTA”¹⁷

Se há algo, por assim dizer, *novo* no neoconstitucionalismo é sua verve “totalista”, a estender o alcance dos direitos fundamentais a “todo o ordenamento, a ponto de não haver domínios eximidos ao alcance da normação constitucional”. Nesse contexto, a Constituição seria “uma espécie de ser com vida própria, dotado da pretensão de regular na totalidade a vida individual e colectiva presente e de formar a sociedade do futuro” (MORAIS, 2010, p. 30).

Aparentemente, as correntes neoconstitucionalistas ignoram o espaço dedicado pelo legislador à atuação da legislação ordinária, em especial dos variados códigos (civil, penal, processual civil, processual penal, etc.)¹⁸, para nele impor uma “força normativa” imediata da Constituição (MORAIS, 2010, p. 24). É como se não houvesse intermediários entre os cidadãos, os fatos e as normas constitucionais; tudo solucionar-se-ia a partir da Constituição¹⁹. Nesse sentido, seria “imperioso constitucionalizar o direito infraconstitucional”, para que o ordenamento deixasse de ser meramente “ordenador e literal” para se transformar em um “direito promovedor-transformador-libertador” (CAMARGO; DOMINGOS, 2012, p. 84).

Ocorre que, se é verdade que todas as opções políticas já foram realizadas e são aquelas determinadas pelo constituinte, as escolhas mesmas dos representantes

17 Evitou-se propositadamente a expressão “totalitária”, em face da inescapável associação ao sentido pejorativo da palavra.

18 Fenômeno observado pelo Prof. Otavio Luiz Rodrigues Júnior (2011, p. 60) ao afirmar que os postulados neoconstitucionalistas redundam no “derruir da dignidade da legislação”.

19 Nesse sentido, assinala Luís Roberto Barroso, a Constituição e suas normas irradiam “seu conteúdo material e axiológico” a “todo o sistema jurídico” (BARROSO, 2005, p. 248).

eleitos “em matéria de políticas económicas, financeiras e sociais” seriam de todo inúteis, pois “estariam sempre sujeitas ao ‘império’ de princípios constitucionais”, impostos a partir de um “sentido único e ‘constitucionalmente correcto’ por um judiciário desprovido de mandato popular” (MORAIS, 2010, p. 18). Mas, como se sabe, princípios e conceitos abertos não são delegações aleatórias ao intérprete “para que este crie direito a partir das suas próprias pré-compreensões políticas e filosóficas” (MORAIS, 2010, p. 18). São sobretudo normas, a serem interpretadas segundo um método ordenado e coerente.

O papel menor conferido à legislação ordinária dá a exata dimensão do aparente desprezo dos neoconstitucionalistas pelos poderes democraticamente legitimados. Se tudo pode ser resolvido a partir de uma interpretação direta da Constituição, de que valem as normas aprovadas pelo Poder Legislativo? Ou, mais especificamente, se as opções político-legislativas do legislador encontram-se “amarradas” pela Constituição Federal de 1988, por que não submeter ao Poder Judiciário toda e qualquer decisão de natureza política? (CAMARGO; DOMINGOS, 2012, p. 84)

Em verdade, a pretensão “totalista” do neoconstitucionalismo é facilmente contraditada pelo fato de “que as constituições democráticas deixam necessariamente uma pluralidade de domínios por regular (ou seja, nada dizem sobre certas matérias)”, simplesmente porque “esses domínios não têm de ser necessariamente regulados” (MORAIS, 2010, p. 30). São nesses domínios, de ampla liberdade privada e relativa autonomia ante os direitos fundamentais impostos em favor do cidadão e contra o Estado, que os particulares podem livremente determinar suas relações sem estarem sujeitos à interferência estatal (RODRIGUES JÚNIOR, 2011, p. 60).

2.7 A “TEOLOGIA CONSTITUCIONAL”²⁰

No fundo, observa-se escassa reverência da doutrina neoconstitucionalista à obra do constituinte. Pouco importa saber a forma e o conteúdo jurídico dos valores positivados na Constituição. Pouco importa a constatação de que o poder da função judicial “não se estriba num mandato popular e democrático” (MORAIS, 2010, p. 32). O que importa é ter em mente a *missão* do Poder Judiciário de – à falta

20 A expressão é tomada em empréstimo a Giovane França (2008, p. 73).

de ação das instâncias democráticas (Executivo e Legislativo) – decidir as políticas públicas necessárias ao país (MOREIRA, 2008, p. 129). O que os doutrinadores neoconstitucionalistas rejeitam, pois, é a base do sistema concebido pelo constituinte de 1988. Para eles, o princípio da separação de poderes não é algo a ser protegido, mas antes um estorvo a ser removido pelo intérprete em favor do protagonismo do Poder Judiciário (MORAIS, 2010, p. 30).

Esse é, em resumo, o “pecado original” da maior parte das correntes neoconstitucionalistas. Uma nova proposta de separação de poderes não pode “passar pela negação dos seus pressupostos teleológicos”, visto que essa negação “se traduziria na atribuição implícita a um dos poderes do Estado da última palavra sobre o exercício de atividades públicas que a Constituição lhe não comete e reserva a outros órgãos de soberania” (MORAIS, 2010, p. 32). No limite, o neoconstitucionalismo finda por renegar aquilo que pretende elevar, porquanto não se pode admitir que um Estado avesso ao princípio da separação de poderes contenha uma Constituição (MORAIS, 2008, p. 39).

Para além disso, a concretização de princípios não se traduz em “técnica de fabrico hermenêutico de normas constitucionais de segundo grau”. O ato de criação normativa por meio de decisões judiciais resulta na “usurpação de poderes por parte do juiz”, momentaneamente catapultado à condição de constituinte. Daí decorreria “um factor crítico de insegurança jurídica”, pois seria permitido aos juízes a produção, “deduzida ou fantasiada”, de normas constitucionais (MORAIS, 2000, p. 628).

Sob esse ângulo, a concentração excessiva de poder pelo STF, com a inevitável mitigação dos poderes do Congresso Nacional, arrisca-se a construir “uma espécie de entidade mítica, supra-estatal, que paira sobre a sociedade, na qualidade de guardião não mais apenas da Constituição, mas dos seus valores morais suprapositivos e perenes” (FRANÇA, 2008, p. 72).

À toda evidência, o Direito Constitucional e a própria Constituição não são somente aquilo que os juízes dizem ser (MORAIS, 2000, p. 629). São instrumentos destinados a reger o funcionamento e os limites de atuação do Estado e, dentro dele, do próprio Poder Judiciário (RAMOS, 2010, p. 316). O STF não pode colocar-se “acima da Constituição, como órgão supremo de expressão de uma genuína vontade popular” (FRANÇA, 2008, p. 73). É a Constituição quem rege o Supremo e não o Supremo quem rege a Constituição. Do contrário, arrisca-se o Estado brasileiro a ter no STF, ao invés de um tribunal, uma instituição de “feição quase religiosa” e

profundamente “irracional”, pois a “moral que passa a defender” resulta apenas da “própria interpretação judicial” e, por conseguinte, também a Constituição passa a “ser também apenas o produto dessa mesma interpretação” (FRANÇA, 2008, p. 72). Nem mesmo nos Estados Unidos, onde os juízes detêm poderes legiferantes decorrentes do sistema justicialista, admite-se a idéia de que os componentes da Suprema Corte sejam “representantes do povo” (SCHUBERT, 1964, p. 22).

E, se de fato a nova hermenêutica pós-positivista confere aos juízes o papel de sociólogos ou de teólogos, quem haverá de defendê-los se alguém propuser sua substituição por “filósofos, novelistas, clérigos ou historiadores”? (MORAIS, 2000, p. 629)

Na verdade, essa teologia constitucional, em busca de mais liberdade de atuação para o Poder Judiciário, acaba por produzir o efeito inverso: propostas de cerceamento da liberdade judicial. Há desde propostas mais “inofensivas”, como a mudança na forma de indicação dos membros da Corte (BELCHIOR, 2009, p. 85), até propostas mais “radicais”, como o controle sócio-político de suas ações, exercido pelas “organizações sociais, nomeadamente as de interesses difusos dos cidadãos” e pelos “meios de comunicação social” (BRITO, 2004, p. 261-263)²¹.

Talvez por isso mesmo, alguns de seus mais renomados expoentes têm tentado – aparentemente em vão – lançar água à fervera neoconstitucionalista, como se estivessem a tentar dar um “sinal de alarme”, ainda que “tardio” (MORAIS, 2010, p. 55). Luís Roberto Barroso (2016, p. 12-17), por exemplo, defende que a humildade deveria visitar a consciência de juízes e tribunais, pois andam a “presumir” demais de “si próprios”. Isso porque o Poder Judiciário só encontra respaldo para atuar quando é capaz de “fundamentar racionalmente as suas decisões com base na Constituição”. Fora disso, está-se a promover somente a “politização da justiça”. E poucos adjetivos são “mais desqualificantes para uma decisão judicial do que a acusação de que é política e não jurídica”.

21 Já há inclusive várias propostas de emenda constitucional postulando, por exemplo, a imposição de maioria qualificada de quatro quintos do plenário do STF para decisões declaratórias de constitucionalidade, a delegação ao Congresso Nacional da competência para deliberar, no prazo de noventa dias, sobre os efeitos vinculantes e *erga omnes* das decisões proferidas em controle abstrato de normas e até mesmo – pasme-se – a submissão das decisões declaratórias de inconstitucionalidade de emendas à Constituição à “validação” do Parlamento (BRASIL, 2011).

3 CONCLUSÃO

A construção dogmática de uma teoria neoconstitucionalista soçobra, em resumo, nas duas pernas em que se apoia (RAMOS, 2010, p. 305): à direita, porque depende de um constituinte verdadeiramente possuidor de um “um profetismo constitucional”, apto a regular plenamente a sociedade de amanhã; e à esquerda, porque implicaria admitir uma “jurisprudência oracular”, na medida em que, não havendo respostas prontas no texto constitucional, remeteriam à jurisdição constitucional a tarefa de mediunizar “decisões que nunca foram decididas’ pelo constituinte” (MORAIS, 2010, p. 30).

Por outro lado, é certo que o valor da segurança jurídica não goza da mesma dignidade em todos os ordenamentos. Isto é: a segurança jurídica possui uma fisionomia relativamente volúvel, na medida em que o peso conferido pelo constituinte pode – e, no mais das vezes, é – diferente em cada país. Nos países adeptos da matriz do *common law*, por exemplo, “a previsibilidade do Direito e a estabilidade das relações jurídicas não conformam um valor absoluto no sistema judicial”. Trata-se de decorrência direta de um sistema no qual o juiz possui papel preponderante na conformação normativa. Por tal razão, a despeito da “força do *stare decisis*”, é difícil “prever com exactidão o ‘*out come*’ das suas decisões em face de um dado litígio”²².

Mesmo assim, embora a segurança jurídica não seja um fim em si mesmo, é certo que o sistema como um todo “não consegue subsistir necessariamente sem ela” (MORAIS, 2010, p. 18). Por essa razão, universalmente a segurança jurídica continua a ostentar a condição de “valor-suposto e imanente do conceito de Direito”, cujo propósito é o de “*garantir a durabilidade, certeza e coerência da ordem jurídica*”, de maneira a permitir que os indivíduos organizem “*a sua vida individual, relacional e colectiva, mediante o imperativo da previsibilidade ou calculabilidade normativas de expectativas de comportamento*” (MORAIS, 2000, p. 621).

22 É exatamente por isso que o Prof. Blanco de Moraes (2000, p. 620) assevera ser “possível dizer que em sistemas de *Judicial Review*, como o norte-americano, a certeza do Direito (um dos predicados da segurança jurídica) não é a característica dominante que vinca o sistema de fiscalização constitucional. Sistema no qual previsões propositadamente vagas são interpretadas de forma frequentemente diversa, valendo como factores dessa diversidade, as pré-compreensões e a política hermenêutica do intérprete, a sua experiência e o consenso comunitário que pauta a aceitação das referidas previsões”.

A rigor, como exigir aos destinatários de uma lei o seu devido conhecimento jurídico e a calculabilidade das suas condutas futuras derivada desse conhecimento, se essa “mesma lei for sujeita a permanentes e contingentes alterações que prejudiquem a sua estabilidade?” (MORAIS, 2000, p. 622). Nunca é demais recordar que, antes do mais, o constitucionalismo é uma ferramenta destinada a “assegurar estabilidade (segurança jurídica) e dinamismo (liberdade) ao sistema político democrático” (RAMOS, 2010, p. 280). Não se pode, a pretexto de superar eventuais incongruências do ordenamento jurídico, corrompê-lo a ponto de torná-lo virtualmente irreconhecível como sistema estruturado de normas. Do contrário, a previsibilidade do resultado das condutas fluiraria ao sabor dos caprichos de quem fosse responsável por sua aplicação.

Ao fim e ao cabo, a única conclusão a que se pode chegar é a de que o neoconstitucionalismo acaba por subverter a lógica jurídica. Nascido com a pretensão de ser uma terceira via dogmático-jurídica, com a proposta de uma nova hermenêutica, terminou por converter-se em uma ideologia. Com isso, abandonou por completo a pretensão original de ser uma construção jurídica cientificamente válida. No lugar de argumentos, professa-se uma fé.

E fé pode ser tudo, menos ciência.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. Comentário ao art. 103 da CF/88. In: MIRANDA, Jorge. **Comentários à Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

ALEX, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008a.

ALEX, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008b.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BAPTISTA, Isabelle de. A desconstrução da técnica de ponderação aplicável aos direitos fundamentais, proposta por Robert Alexy: uma reflexão a partir da filosofia de Jacques Derrida. **Revista do Tribunal de Contas de Minas Gerais**, v. 77, n. 4, ano XXVIII, p. 96-112, out./dez. 2010.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: BARROSO, Luís Roberto. **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 3. ed. São Paulo: Renovar, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição fundamentos de um dogmática constitucional transformadora**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: <http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2016.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil**. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Nº. LXXXI, p. 233-290, Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

BAUDE, Patrick. **Judicial jurisdiction: a reference guide to the United States Constitution**. Westport: Praeger, 2007.

BELCHIOR, Germana Parente Neiva. STF, legitimidade e corte constitucional. In: MATIAS, João Luis Nogueira (Org.). **Neoconstitucionalismo e direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2009.

BOBBIO, Norberto. **Positivismo jurídico: Lições de filosofia do direito**. Trad. Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 2006.

BRASIL. Proposta de Emenda Constitucional. **PEC nº. 33/11**: altera a quantidade mínima de votos de membros de tribunais para declaração de inconstitucionalidade de leis; condiciona o efeito vinculante de súmulas aprovadas pelo Supremo Tribunal Federal à aprovação pelo Poder Legislativo e submete ao Congresso Nacional a decisão sobre a inconstitucionalidade de Emendas à Constituição. Deputado Federal Nazareno Fonteles.

Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=503667>>. Acesso em: 17 out. 2017

BRITO, Wladimir. **O poder judicial**. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, n. 80, p. 231-270, 2004.

CAMARGO, Daniel Marques de; DOMINGOS, Fernanda Cristina Rosseto. Ativismo judicial: limites, possibilidades e reflexos na efetivação de direitos humanos fundamentais. In SIQUEIRA, Dirceu Pereira; SANTOS, Murilo Angeli Dias dos (Orgs.). **Estudos Contemporâneos de Hermenêutica Constitucional**. Birigui: Boreal, 2012.

FRANÇA, Giovane de Azevedo. **Os limites funcionais do controle judicial das omissões legislativas**: a nova dimensão do mandado de injunção na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal brasileiro, a partir do leading case MI nº. 708. Lisboa: BFDUL, 2008.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental**. São Paulo: Saraiva, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Controle concentrado de constitucionalidade**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MORAIS, Carlos Blanco de. **O controle de inconstitucionalidade por omissão no ordenamento brasileiro e a tutela dos direitos sociais: um mero ciclo activista ou uma evolução para o paradigma neoconstitucionalista?** Lisboa: [Inédito], 2010.

_____. Segurança jurídica e justiça constitucional. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**. v. 61, p. 619-630. Lisboa: Coimbra, 2000.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. **Neoconstitucionalismo: A invasão democrática**. São Paulo: Método, 2008.

PEREIRA, Marcelo Caon. O ativismo judicial e a democracia. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**, Coimbra, n. 52, v. 2, 2011.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luiz. Estatuto epistemológico do Direito Civil contemporâneo na tradição de *civil law* em face do neoconstitucionalismo e dos princípios. **Revista O Direito**, n. 143, nº 2, p. 267-290, 2011.

RODRIGUES, Raimilan Seneterri da Silva. A moderna interpretação dos direitos fundamentais. In: MATIAS, João Luis Nogueira. **Neoconstitucionalismo e direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2009.

SCHUBERT, Glendon A. **Constitutional politics**. New York: Holt, Rinehart and Winston Inc., 1964.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

TATAGIBA, Giuliano Cesar da Silva. **Neoconstitucionalismo e ponderação de direitos fundamentais**. 2011. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/18560/Neoconstitucionalismo_e_Pondera%C3%A7%C3%A3o_de_Interesses_Fundamentais.pdf?sequence=1>. Acesso em: 10 ago. 2016.

URBANO, Maria Benedita. Interpretação conforme com a constituição e activismo judicial. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto**, Coimbra, ano 7, p. 411-418, 2010.

Correspondência | Correspondence:

Arthur Maximus Monteiro
Alameda da Universidade, Cidade Universitária, Lisboa, Portugal.
Fone: (85) 3055-0514.
Email: arthur.maximus@hotmail.com

Recebido: 01/08/2017.

Aprovado: 01/10/2017.

Nota referencial:

MONTEIRO, Arthur Maximus. Direito como ciência: crítica à doutrina neoconstitucionalista. **Revista Direito e Liberdade**, Natal, v. 19, n. 3, p. 43-67, set./dez., 2017. Quadrimestral.