ISSN Impresso 1809-3280 | ISSN Eletrônico 2177-1758
www.esmarn.tjrn.jus.br/revistas

UMA ANÁLISE CRÍTICA ACERCA DOS RISCOS DO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO

A CRITICAL ANALYSIS ABOUT THE RISKS OF THE CONTEMPORANEOUS CONSTITUTIONALISM

Heitor Eduardo Cabral Bezerra*

RESUMO: Os ditames pós-positivistas têm renovado a Ciência Jurídica. Apesar de seus muitos aspectos positivos, muitas vezes a aplicação dessas premissas tem sido realizada, no ordenamento brasileiro, sem um adequado rigor metodológico, o que traz riscos que precisam ser estudados e compreendidos, para serem evitados. Para bem entender esse contexto, é preciso revisitar, em um primeiro momento, as principais noções acerca do constitucionalismo liberal e do social, para só então ser possível estudar de maneira adequada o constitucionalismo contemporâneo e o seu quadro de renovação da Teoria Geral do Direito. Nesse sentido, serão analisadas as principais premissas pós-positivistas do atual estágio evolutivo da Ciência Jurídica, para, por fim, destacar-se os perigos de um neoconstitucionalismo desenfreado e sem parâmetros, que pode colocar em risco o equilíbrio entre os poderes constituídos e o próprio regime democrático.
Palavras-chave: Pós-positivismo. Constitucionalismo contemporâneo. Tripartição funcional do poder. Segurança jurídica. Democracia.

ABSTRACT: The premises of the post-positivism have renewed the Science of Law. In despite its many positive aspects, oftentimes their application has been performed in a not very technical way, which carries risks that need to be studied and understood, to be avoided. In order to comprehend this context, it is necessary to revisit the main notions about the liberal and social phases of the constitutionalism, and then turn the attention to the contemporaneous constitutionalism and its renewal of the Juridical Science. Therefore, will be

* Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Especialista em Direito Tributário pela Faculdade Damásio/SP. Bacharel em Direito pela UFRN. Advogado. Natal – RN – Brasil.

analyzed the main post-positivist premises of the current stage of the Science of Law, to, finally, evidence the dangers of an excessive neoconstitutionalism, without parameters, which can jeopardize the balance between the constitutional powers and the democratic regime itself.
Keywords: Post-positivism. Contemporaneous constitutionalism. Functional separation of power. Legal certainty. Democracy.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO; 2 BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DAS FASES LIBERAL E SOCIAL DO CONSTITUCIONALISMO; 3 O ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO E OS EXCESSOS DA RENOVAÇÃO DA CIÊNCIA JURÍDICA; 3.1 PRINCIPAIS TRANSFORMAÇÕES PÓS-POSITIVISTAS NO DIREITO CONSTITUCIONAL; 3.2 PRINCIPAIS RISCOS DO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO; **4 CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS.**

1 INTRODUÇÃO

O *pós-positivismo* pode ser entendido como um movimento jusfilosófico que, nas últimas décadas, tem renovado a Ciência Jurídica. Na seara constitucional, suas premissas aglutinam-se sob o rótulo do *constitucionalismo contemporâneo*, ou, como preferem alguns, do *neoconstitucionalismo*.

Em geral, as mudanças trazidas têm sido festejadas entre os juristas. No entanto, é preciso cautela ao abordar a temática. Isso porque, como será visto ao longo deste estudo, os ditames pós-positivistas, se não utilizados de maneira técnica e responsável, podem afetar o equilíbrio entre os poderes constituídos e, consequentemente, a própria democracia.

É por essa razão que alguns doutrinadores já começam a levantar a voz acerca dos excessos da doutrina neoconstitucionalista. E é exatamente acerca desse tema que se pretende contribuir com o presente trabalho.

Para tanto, farse-á um breve estudo histórico-evolutivo do processo de formação do Estado Constitucional de Direito, à luz do constitucionalismo. Iniciar-se-á com uma breve análise dos principais fundamentos jurídicos tanto do constitucionalismo liberal como do social, para, logo em seguida, adentrar-se no estudo sobre as mais relevantes repercussões pós-positivistas no constitucionalismo contemporâneo.

Por fim, destacam-se alguns dos principais riscos ocasionados pela utilização desmedida desses ditames neoconstitucionais, evidenciando-se, sobretudo, a atual realidade constitucional de nosso país. Pretende-se, assim, contribuir para o aperfeiçoamento teórico *pós-positivismo* brasileiro.

2 BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DAS FASES LIBERAL E SOCIAL DO CONSTITUCIONALISMO

O termo *constitucionalismo* guarda íntima relação com as diversas fases do Estado de Direito. Apesar de ser uma expressão que comporta múltiplas acepções, é possível, com uma certa segurança, remetê-lo à ideia de organização política de uma sociedade, baseada na evolução das garantias de direito e na limitação do poder.

Alguns denominam de *constitucionalismo antigo* os modelos de organização política vivenciados pelas civilizações da Antiguidade. Embora de inegável importância, o estudo aqui proposto não exige um exame detido acerca de tais experiências.[1] Dessa forma, com a permissão do leitor, dar-se-á início à análise com o *constitucionalismo liberal*, fenômeno ligado ao surgimento do Estado de Direito consagrado após os movimentos liberais do final do século XVIII.

[1] A ausência de Constituições escritas faz com que alguns doutrinadores evitassem falar em *constitucionalismo* na Idade Antiga, afirmando que existiram tão somente experiências de organização e de limitação do poder.

Durante a Idade Moderna, houve uma crescente necessidade de se conferir ao governante o máximo de autoridade possível[2]. Dessa forma, os detentores do Poder Político passaram a ser dotados de um poder praticamente ilimitado e absoluto e, muitas vezes, sequer se sujeitavam às leis por eles criadas.

Não por outra razão, esse período é conhecido, atualmente, como *absolutismo monárquico*. Dentre os autores que defendiam esse poder soberano e ilimitado pode-se citar Thomas Hobbes (2009, p. 131 e 228), que, em sua obra, refutava inclusive a tripartição do poder[3].

Aos poucos, porém, o *absolutismo* passou a ser contestado por outros filósofos iluministas, que defendiam um poder limitado e controlado. John Locke (2006, p. 93-95), por exemplo, afirmava que um governo só seria legítimo se suas ações estivessem em conformidade com a intenção daqueles que o instituíram.[4] Caso contrário, poderia até ser dissolvido (LOCKE, 2006, p. 148).

Fruto desse contexto, o *constitucionalismo liberal* defende a superação do absolutismo, revestindo-se dessas duas características marcantes: "organização do Estado e limitação do poder estatal, por meio de uma declaração de direitos e garantias fundamentais" (CUNHA JÚNIOR, 2010, p. 35-36). Em termos jurídicos, essa é a base do pensamento liberal.

Surgia, assim, o chamado Estado Liberal de Direito, caracterizado pelo fato de que, nele, as principais autoridades estatais também estavam sujeitas aos limites do ordenamento jurídico, devendo respeito e obediência aos direitos subjetivos dos cidadãos.

---

[2] Como o estudo aqui realizado envolve uma análise histórica, não custa lembrar que o Estudo da História, tradicionalmente, é dividido em Idade Antiga (cerca de 4000 a. C – 476 d.C.), Idade Média (476 d.C. – 1453 d.C.), Idade Moderna (1453 d.C. – 1789 d.C) e Idade Contemporânea (1789 – hoje).

[3] Em sua versão original, a obra foi publicada pelo autor em 1651.

[4] Publicada pelo autor, em sua versão original, em 1681.

Em geral, afirma-se que essa etapa evolutiva da teoria constitucional possuiu como marcos histórico-jurídicos a independência dos Estados Unidos (1776) e a proclamação de sua Constituição (1787), bem como a Revolução Francesa (1789) e suas repercussões, como a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão (1789).

No entanto, a rigor, o fenômeno liberal é anterior às revoluções americana e francesa. No Reino Unido, premissas do constitucionalismo liberal, foram consagradas ainda na Idade Média, com a Magna Carta de 1215. E, ao longo do Século XVII, outros importantes documentos jurídicos foram incorporados ao ordenamento britânico, com destaque para o *Petition of Rights* (1628), o *Habeas Corpus Act* (1679) e o *Bill of Rights* (1689). Tais documentos, gradativamente, transformaram a monarquia absolutista britânica em uma monarquia parlamentarista, com a consagração da chamada Supremacia do Parlamento.

Das muitas consequências do constitucionalismo liberal, pode-se destacar a consagração da ideia de tripartição funcional do poder como forma de desconcentrar e limitar o Poder Estatal. Um dos principais expoentes desse pensamento foi Charles-Louis de Secondat, conhecido como o barão de Montesquieu (1973, p. 132-133), que já defendia inclusive a necessidade de um sistema de freios e contrapesos[5].

Em sua teoria, Montesquieu (1973, p. 137) idealizou a supremacia do Poder Legislativo. Para ele, o Judiciário deveria ser o mais fraco dos poderes, de maneira que o magistrado deveria ficar restrito ao texto legal, ainda que este não fosse tão adequado (p. 137).

Segundo Marinoni, Mitidiero e Arenhart (2017, v. 1, p. 37), o positivismo legalista é tributário dessa concepção, pois parte da ideia de que o direito é fruto exclusivo das casas legislativas e, assim, "limita a atividade do jurista à descrição da lei e à busca da vontade do legislador" .

[5] Na obra consultada, com referência completa na parte final deste trabalho, não consta o ano de sua publicação. Em sua versão original, foi publicada em 1748.

Esse pensamento foi de suma importância para que o Estado de Direito conseguisse garantir direitos aos cidadãos, pois se deve ter em mente que, durante o absolutismo, os juízes eram vistos pela burguesia como uma ameaça, em virtude inclusive da forte vinculação que possuíam com a nobreza.

Outro aspecto relevante do constitucionalismo liberal é o dos direitos fundamentais consagrados durante este período. Como o próprio nome já indica, as revoluções liberais consagraram os chamados direitos de liberdade, também chamados de direitos fundamentais de primeira geração ou dimensão.[6] São os direitos civis e os políticos.

Os direitos civis são considerados direitos de defesa, que possuem um *status* negativo, isto é, impõem um não fazer estatal. Com eles, valorizou-se o respeito à autonomia da vontade, de modo que as diversas liberdades – como a econômica, a religiosa e a de manifestação do pensamento – atingiram um elevado patamar de proteção, devendo ser respeitadas até pelo Estado. A própria liberdade de locomoção foi prestigiada por meio da consagração de garantias processuais penais.

Já os direitos políticos são direitos de participação. Exercendo-os, os indivíduos passaram a participar mais ativamente da vida política do Estado. Por isso, diz-se que possuem um *status ativo*. Consistem nos direitos de votar e de ser votado, por exemplo.

Nesse contexto liberal, pois, as ideias de tripartição do poder e de garantia de direitos passaram a ser consideradas essenciais a uma Constituição, como formas de proteger os cidadãos das arbitrariedades

[6] Alguns autores criticam o termo *gerações*, pois ele passaria a ideia de substituição, quando, na realidade, todas as gerações coexistem atualmente. Por isso, muitos defendem o termo *dimensões*. Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins (2008, p. 35-36), no entanto, afirmam que o termo *dimensões* indica dois ou mais aspectos do mesmo fenômeno, o que não ocorre no tema estudado, haja vista serem grupos de direitos com finalidades e funcionamentos distintos. Por esse motivo, tais autores defendem a utilização das expressões *categorias* ou *espécies* de direitos fundamentais.

estatais. É exatamente esse o teor do art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), que dispõe que "Toda sociedade na qual não está assegurada a garantia dos direitos nem determinada a separação dos poderes, não tem Constituição".

No entanto, apesar desses avanços, a doutrina liberal enfrentou severa crise no início do século XX. A Rússia passou por sua revolução socialista, em 1917 e, sobretudo, após o fim da Primeira Guerra Mundial, em 1918, o liberalismo mostrou-se impotente para atender às demandas sociais e às desigualdades agravadas pelo referido conflito.

Esse cenário, ainda potencializado com a grande crise econômica de 1929, fez com que algumas nações europeias optassem por fazer determinadas concessões sociais aos seus cidadãos. Surgia, assim, o *Welfare State* – o Estado Social.

Nesse período, as constituições começaram a consagrar um novo grupo de direitos, dando início ao que a doutrina denomina de *constitucionalismo social*. Foram as Constituições Mexicana (1917) e de Weimar (Alemanha – 1919) as primeiras a consolidar, de forma organizada e sistemática, os direitos fundamentais de segunda geração: *os direitos de igualdade!* Neste grupo incluem-se os direitos sociais, os econômicos e os culturais.

Costuma-se dizer que os direitos de igualdade, sobretudo os sociais, são direitos de *status* positivo, ou *prestacionais*, uma vez que exigem do Estado (na eficácia vertical) prestações materiais e/ou jurídicas, com vistas à redução das desigualdades. Os direitos à saúde e à educação, por exemplo, para serem concretizados, exigem, entre outras coisas, a construção de hospitais e escolas e a contratação de médicos e professores. Seus principais destinatários são, pois, os hipossuficientes.

A necessidade de atuação estatal na concretização dos direitos sociais pode ser encontrada na lição de Nobre Júnior (2011, p. 208):

> Os direitos sociais, tanto em sua determinação quanto em sua aplicação, estão submetidos à atuação dos poderes constituídos. A sua formulação concisa nos textos constitucionais faz emergir a necessidade de sua concretização pelos setores políticos, a fim de que possam ser modulados em compasso com as circunstâncias sociais e econômicas preponderantes.

Com o decorrer dos anos, contudo, o modelo social de Estado tornou-se excessivamente burocratizado, o que gerou a sua ineficácia econômica e operacional. Além disso, o perfil da sociedade foi sendo rapidamente modificado, surgindo demandas para as quais ele não estava preparado para atender. Dessa forma, o constitucionalismo social também se mostrou incapaz de solucionar os problemas aos quais se propôs resolver, razão pela qual a Ciência Jurídica continuou o seu percurso evolutivo até chegar ao chamado constitucionalismo contemporâneo.

3 O ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO E OS EXCESSOS DA RENOVAÇÃO DA CIÊNCIA JURÍDICA

No final da primeira metade do século XX, houve um evento que marcou a humanidade das mais diversas formas: a Segunda Guerra Mundial. Milhões de mortes, tragédias, holocausto, coisificação do homem. Paralelo a isso, as necessidades da guerra provocaram avanços incríveis na ciência, a exemplo do que ocorreu na medicina, nos meios de transporte e nas telecomunicações. Dessa forma, vivenciou-se também uma profunda revolução tecnológica em um curtíssimo espaço temporal.

Como não poderia deixar de ser, a Ciência Jurídica foi uma das áreas afetadas por essas transformações. A sociedade renascida clamava por respeito à dignidade humana. E para o Direito se adequar a ela, foi necessário associar as ideias de constitucionalismo e de democracia.

Assim, no campo jusfilosófico, houve uma reaproximação do Direito e da Moral.

Nesse contexto, pode ser dito que, nas últimas décadas, o Direito Constitucional tem passado por uma série de transformações, passando-se a uma nova fase de sua evolução histórico-jurídica – o *constitucionalismo contemporâneo*. Esse cenário resultou em uma reorganização política que suplantou os tradicionais Estados Liberal e Social e fez surgir o Estado Constitucional de Direito.[7]

Na esteira das lições de Silva (2010, p. 120), trata-se de um modelo de convergência, que busca superar "o Estado Capitalista para configurar um Estado promotor de Justiça Social que o personalismo e o monismo político das democracias populares sob o influxo do socialismo real não foram capazes de construir".

Mesmo cientes dos riscos inerentes às generalizações, ousa-se afirmar, em apertada síntese, que o *constitucionalismo contemporâneo* é um movimento constitucional de valorização do conceito de democracia e de reaproximação entre o Direito e a Moral, numa verdadeira virada kantiana, que traz o homem de volta ao centro do ordenamento jurídico por meio da valorização da dignidade da pessoa humana.

Em verdade, o *constitucionalismo contemporâneo,* por muitos chamados de *neoconstitucionalismo*, está inserido em um quadro maior de renovação da própria Teoria Geral do Direito, especialmente no que tange à teoria das fontes e à hermenêutica jurídica. Seu marco filosófico é o chamado *pós-positivismo*, que, segundo Barroso (2010, p. 256-257), apresenta-se como uma terceira via, entre o jusnaturalismo e o positivismo, inspirado na revalorização da razão prática, na teoria da justiça e na legitimação democrática.

[7] Vale ressaltar que, no Brasil, em virtude de suas circunstâncias políticas, muitas das transformações que aqui serão vistas só ganharam força tardiamente, após a Constituição de 1988.

Veja-se, então, que importantes transformações foram essas trazidas pelo pós-positivismo, que culminaram na estruturação do chamado Estado Constitucional de Direito.

3.1 PRINCIPAIS TRANSFORMAÇÕES PÓS-POSITIVISTAS NO DIREITO CONSTITUCIONAL

Ao longo deste trabalho, verificou-se que, nas etapas anteriores do *constitucionalismo*, foram garantidos os direitos de liberdade e os de igualdade – de primeira e de segunda geração ou dimensão, respectivamente. No *constitucionalismo contemporâneo*, por sua vez, foram consagrados de forma sistemática novos direitos fundamentais, ditos de terceira geração ou dimensão!

Segundo Bonavides (2009, p. 569), seriam eles os direitos de fraternidade ou de solidariedade, como o direito ao desenvolvimento; ao meio ambiente; o direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito de comunicação.

Por vezes, os direitos de terceira geração são caracterizados pela transindividualidade, ultrapassando os interesses individuais e passando a tutelar a coletividade, com altíssimo teor de humanismo e de universalidade. Por isso, diz-se que possuem titularidade difusa e coletiva.

Aliás, rompendo com a tradicional classificação dos direitos fundamentais em três gerações, relacionadas ao lema da Revolução Francesa – liberdade, igualdade e fraternidade, Bonavides (2009, p. 571 e 579-593) vai além e apresenta ainda direitos de quarta e de quinta gerações. Os de quarta geração seriam o direito à democracia, à informação e ao pluralismo, enquanto o direito à paz seria de quinta geração.

Além da consagração desses novos direitos, no constitucionalismo contemporâneo os direitos fundamentais passaram a ser vistos como pautas mínimas éticas que o direito deve observar e

respeitar, devendo ser estudados em dupla dimensão: como normas que orientam a produção de outras normas (dimensão objetiva) e também como direitos subjetivos, isto é, posições jurídicas de vantagem titularizadas pelas pessoas (dimensão subjetiva). Também se consolidou a chamada eficácia horizontal dos direitos fundamentais, que consiste na aplicação deles às relações entre particulares.

De forma complementar à doutrina dos direitos fundamentais, houve o desenvolvimento da teoria dos princípios. Ao lado das regras, eles passaram a ser considerados *espécies normativas*. Assim, prevalece hoje que as normas jurídicas se dividem em princípios e regras, podendo-se extrair consequências jurídicas de ambos.

Alexy (2008, p. 90-91), grande expositor do tema, destaca a importância de uma compreensão adequada da distinção entre as duas espécies normativas, afirmando que ambas são normas porque dizem o que deve ser:

> O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*. [...] Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. [...] Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau.

Dessa forma, defende-se que um conflito aparente entre regras deve ser resolvido pelos critérios da hierarquia, da especialidade e da cronologia. Trata-se da chamada regra do "tudo ou nada". No entanto, quando princípios entram em rota de colisão aparente, não é possível e nem desejável que um deles simplesmente revogue o outro, sobretudo em virtude da relevante carga axiológica que possuem.

Para solucionar esse problema, desenvolveu-se a técnica da ponderação, segundo a qual deve ser realizado um sopesamento, para verificar-se qual dos princípios deve ser mais valorizado e realizado naquele caso concreto, e qual deve ser minimizado e afastado até certo ponto, sem significar, contudo, a sua exclusão do ordenamento ou do próprio caso.

Com base nessas ideias, afirma-se que, enquanto as colisões aparentes entre regras resolvem-se na dimensão da validade, os conflitos entre princípios devem ser resolvidos na dimensão do *peso* (ALEXY, 2008, p. 93-95).

Segundo os ensinamentos de Barroso (2010, p. 312), por meio da técnica da ponderação o intérprete, valendo-se dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade: "(i) fará concessões recíprocas, procurando preservar o máximo possível de cada um dos interesses em disputa ou, no limite, (ii) procederá a escolha do bem ou direito que irá prevalecer em concreto, por realizar mais adequadamente a vontade constitucional". A isso Alexy (2008, p. 93) denomina de *precedência condicionada*, pois "um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições".

Em apertada síntese, pode-se afirmar que a grande novidade prática advinda da consolidação da teoria dos princípios é que hoje é possível que se postule algo tanto com base em uma regra como com base em um princípio, o que seria impensável em outros tempos.

Outra corrente de pensamento fortalecida no pós-positivismo foi a que defende que toda atividade interpretativa é criativa. Nos dizeres de Bonavides (2009, p. 504), "toda concretização constitucional é aperfeiçoadora e criativa". Uma das consequências desse fato é que a jurisprudência passou a ser considerada fonte do direito, inclusive nos países filiados ao *civil law*.

De fato, predomina hoje o entendimento de que os juízes não apenas declaram os direitos, mas também os produzem. O sistema de

precedentes vinculantes estruturado pelo Código de Processo Civil de 2015 e os efeitos *erga omnes* de determinadas decisões são alguns exemplos que nos permitem perceber este fenômeno.

Outra importante transformação pós-positivista é a distinção que hoje se faz entre o enunciado ou texto normativo e a norma propriamente dita. Com efeito, prevalece na hermenêutica constitucional contemporânea a concepção de que a norma jurídica é, a rigor, o resultado da interpretação de um texto normativo, e com este, portanto, não se confunde. Por essa razão, há quem defenda que não existe norma em tese, pois ela só existe após a interpretação e aplicação.

Também merece ser mencionada a significativa mudança na hermenêutica jurídica trazida pelas noções de razoabilidade e proporcionalidade. Essas máximas, cujos detalhes e diferenças não são objeto deste estudo, redefiniram a interpretação jurídica, que não mais admite interpretações meramente formais, desprovidas de logicidade.

Além dessas transformações citadas, que incidem sobre a Ciência Jurídica como um todo, há outras que repercutem mais especificamente no campo do Direito Constitucional, como o reconhecimento da força normativa e da supremacia da constituição.

É verdade que a Constituição dos Estados Unidos, desde a sua promulgação – ou praticamente desde então – foi considerada uma norma jurídica. Na Europa continental, contudo, o prestígio dessa ideia é tardio. Lá, a Constituição era antes vista como um documento político, um catálogo de intenções, juridicamente secundária diante da supremacia da lei.

Em solo europeu, grande relevância para o tema teve a obra *A força normativa da Constituição,* de Konrad Hesse (1991, p. 15), publicada, originalmente, em 1959. Ela foi fundamental para o reconhecimento de que a Constituição possui força normativa e é dotada de supremacia. O autor alemão defendeu que a constituição não é um simples reflexo das condições fáticas, sociais e políticas, mas também uma

expressão de *dever ser* que procura imprimir ordem e conformação à realidade ,.

Ao lado da supremacia e da força normativa da Constituição, tem-se a expansão da jurisdição constitucional como outra grande característica do *constitucionalismo contemporâneo*. É fato notório que, atualmente, o Judiciário passa por um inegável fortalecimento institucional, assumindo um papel cada vez mais relevante na sociedade e, muitas vezes, sendo protagonista na defesa da constituição. Mas nem sempre foi assim.

Se os Estados Unidos adotaram, desde o liberalismo, o controle de constitucionalidade, tendo como parâmetro uma Constituição escrita, no modelo hoje tido como difuso (Marbury *vs*. Madison, 1803); a Europa e a América Latina tardaram em reconhecer ao Judiciário um relevante papel na realização substancial da constituição.

Foi no período entre guerras, contudo, que começou a ganhar algum prestígio na Europa a ideia de supremacia constitucional e, consequentemente, de jurisdição constitucional. Hans Kelsen (2013, p. 240 e 247-248), por exemplo, ao conceber a constituição como uma norma positiva suprema que serviria de fundamento de validade para todo o sistema jurídico-positivo, defendia a existência de uma corte constitucional independente para verificar a compatibilidade da legislação ordinária com a Constituição.

Apesar de posta em prática na Constituição Austríaca de 1920 (MARQUES, 2009, p. 58), o panorama político instável e com tendências totalitárias da Europa não permitiu que esse cenário se desenvolvesse rapidamente. Somente com a queda do Terceiro *Reich* é que o ambiente europeu passou a ser propício à expansão da jurisdição constitucional, motivada pela necessidade de evitar que a lei fosse utilizada para legitimar o arbítrio.

Nobre Júnior (2011, p. 61) enfatiza a importância da jurisdição constitucional como mecanismo assecuratório da democracia e da

proteção dos direitos fundamentais, destacando ainda que, a partir da década de 1970, a ideia provocou uma reviravolta no sistema jurídico inglês, ao ponto de se modificar a sua tradicional supremacia do parlamento.

Mas o que seria propriamente essa *jurisdição constitucional*? Em linhas gerais, pode-se dizer que a expressão abrange institutos jurídicos que objetivam concretizar a Constituição pela via judicial. No Brasil, ela pode ser exercida amplamente, pois qualquer juiz ou tribunal pode e deve interpretar e aplicar a constituição. Dentre as principais manifestações da jurisdição constitucional brasileira, podem-se citar o controle de constitucionalidade e a atuação do Judiciário na efetivação dos direitos sociais.

E é nesse panorama que desponta o atual debate jurídico acerca da legitimidade democrática da atuação judicial. Um dos principais pontos de questionamento consiste no fato de que a atuação dos magistrados poderia invadir, de modo injustificado, o campo da atuação política do Estado, configurando uma violação à teoria da separação das funções estatais e à própria democracia. De fato, tênue é a linha que separa um ativismo judicial legítimo de um arbitrário, tema ao qual se dedicará o próximo capítulo.

3.2 PRINCIPAIS RISCOS DO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO

Edificadas para tutelar a dignidade da pessoa humana, as premissas pós-positivistas do constitucionalismo contemporâneo são fundamentais para uma ordem jurídica que se pretenda justa, para que se consiga assegurar de forma efetiva os mais importantes direitos dos cidadãos. Especialmente em sociedades periféricas e em virtude da chamada crise de representatividade dos poderes eletivos, é praticamente inquestionável a necessidade da consolidação das premissas vistas no tópico anterior.

No entanto, é preciso reconhecer que uma utilização destes ditames de maneira desmedida, sem o devido rigor metodológico, invariavelmente resultará em atuações autoritárias e antidemocráticas, capazes de violar a própria tripartição funcional do poder. Por isso é importante analisar com atenção algumas das objeções existentes sobre o tema.

Uma crítica válida que pode ser feita em relação ao excesso de neoconstitucionalismo consiste no abuso do uso dos princípios, que Sarmento (2009, p. 15-17) chama de "oba- oba constitucional". Muitas vezes existe uma regra perfeitamente aplicável e a clássica técnica da subsunção é mais que suficiente para garantir a justiça ao caso. No entanto, as decisões são proferidas com base somente em princípios, no mais das vezes com argumentações excessivamente abertas e vagas.

É preciso ter em mente que continua sendo preciso – talvez hoje mais que nunca – que a interpretação seja pautada por parâmetros e limites que devem ser os mais objetivos possíveis. E um discurso abusivamente principiológico, com menções vagas e abstratas à dignidade humana ou à razoabilidade, caminha em sentido inverso, sendo capaz de gerar um casuísmo desnecessário e uma perigosa insegurança jurídica. Sobre o tema, válida é a lição de Sarmento (2009, p. 15-16):

> 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. Além disso, 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 o é. [...]

> 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. Penso que é chegada 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.

Em verdade, o que se está querendo dizer é que ressaltar a importância e a normatividade dos princípios não significa renegar a relevância das regras. Um sistema justo e equilibrado precisa de ambas as espécies normativas, como ensina Ávila (2009, p. 17-18):

> Não é exato declarar, pois, que se passou das regras para os princípios, nem que se *deve passar* ou que é *necessariamente bom que se passe* de uma espécie para outra. O que se pode afirmar é, tão-só, que a Constituição é um complexo de regras e princípios com funções e eficácias diferentes e complementares.
>
> Não se pode, sem segundo lugar, dizer que a subsunção cede lugar à ponderação como método exclusivo ou prevalente[...]. [...] não poderá o aplicador simplesmente desconsiderar as soluções legislativas. [...] eventualmente afastando a previsão geral diante de um caso efetivamente extraordinário.

Ademais, nos casos em que seja útil e/ou necessário utilizar a argumentação principiológica e a ponderação, isso deve ser feito com seriedade, de forma racional, fundamentada e, na medida do possível, objetiva. Caso contrário, viver-se-á em uma profunda e perigosa insegurança jurídica.

George Marmelstein (2008, n.p.) exemplifica o risco do neoconstitucionalismo patológico com uma história sobre a *katchanga*,

que seria um jogo no qual apenas um dos jogadores conhece as regras e, por isso, sempre vence. Além disso, quando os demais jogadores pensam estar começando a entender, são sempre surpreendidos com uma nova regra, a *katchanga real,* surgida apenas naquele instante.

O autor usa essa história para criticar o "oba- oba constitucional" vivido no Brasil, que ele também chama de *Alexy à brasileira*. Afirma ainda que os aplicadores brasileiros não têm utilizado de maneira adequada os princípios e a técnica da ponderação, de modo que os envolvidos nunca sabem as regras do jogo que serão levadas em consideração no processo decisório. Dessa forma, "quem dá as cartas é quem define quem vai ganhar, sem precisar explicar os motivos" (MARMELSTEIN, 2008, n.p.).

Além desse abuso no uso dos princípios e da utilização equivocada da ponderação, outro ponto cujo excesso é passivo de críticas é a própria constitucionalização do direito. A Constituição não pode e nem deve abordar ou decidir tudo em um sociedade. É preciso que haja um espaço decisório considerável deixado ao Poder Legislativo.

Em outras palavras, deve ser resguardada a liberdade do legislador, e, consequentemente, a autonomia privada dos cidadãos, para que, em cada momento da história, possam decidir qual caminho a sociedade deve trilhar. É o que ensina Sarmento (2009, p. 18):

> 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 consequência, 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.

Sarmento (2009, p. 18-19) atenta ainda para um outro risco do *neoconstitucionalismo* patológico, que ele chama de "paternalismo antiliberal":

> Porém, 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. [...] A constitucionalização, neste sentido, poderia converter-se num pretexto para o exercício de um paternalismo anti-liberal, 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.
> [...] É possível aceitar e aplaudir a constitucionalização do Direito [...], mas defender que ela seja temperada por outras preocupações igualmente essenciais no Estado Democrático de Direito, com a autonomia pública e privada dos cidadãos [...], que, de resto, é protegida pela própria Constituição das ingerências perfeccionistas do Estado e da sociedade.

Outra importante crítica feita às consequências de um constitucionalismo contemporâneo desmedido refere-se à supervalorização do Poder Judiciário, que pode resultar em uma "judiciocracia" (SARMENTO, 2009, p. 12).

É verdade que a democracia não se esgota na eletividade ou no princípio majoritário. Mas também é inegável a importância de tais princípios para um regime democrático, uma vez que, indubitavelmente, não há democracia em uma sociedade na qual as decisões políticas mais importantes não sejam tomadas ou pelo próprio povo, ou pelos seus representantes eleitos.

A rigor, não entendemos faltar legitimidade democrática em abstrato aos magistrados, pois há outros meios dela ser alcançada, como pelo próprio procedimento processual, pela fundamentação das decisões, pelos mecanismos de controle interno e externo da atividade judiciária, etc. No entanto, falta legitimidade eletiva, que segue sendo importante! Não se pode descuidar de que determinados temas devem continuar sendo tratados pelos representantes eleitos! Nesse sentido, relevante é a contribuição de Ávila (2009, p. 18-19), que ressalta que o Judiciário não pode se sobrepor ao Legislativo:

> Não é correto, em quarto lugar, asseverar que o Poder Judiciário deve preponderar sobre o Poder Legislativo (ou Executivo). Numa sociedade complexa e plural, é o Poder Legislativo o poder onde, por meio do debate, se pode *respeitar* e *levar em consideração* a pluralidade de concepções de mundo e de valores, e o modo de sua realização. [...] é por meio do Poder Legislativo que se pode melhor obter a participação e a consideração da opinião de todos. [...] não se afigura adequado sustentar *se passou* do Poder Legislativo para o Poder Judiciário, nem que se *deve passar* ou é *necessariamente bom que se passe* de um para outro.

Outra consequência negativa do constitucionalismo contemporâneo exacerbado consiste em uma real possibilidade de resfriamento da mobilização cívica dos cidadãos. O tema também foi tratado por Sarmento (2009, p. 13):

> [...] 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. [...] pode afastar do cenário de disputa por

> direitos as pessoas e movimentos que não pertençam nem tenham proximidade com as corporações jurídicas.
> Ademais, [...] 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.

Vale ressaltar, no entanto, que não se está aqui criticando o *pós-positivismo* em si, mas os excessos que são cometidos em seu nome Não se trata de uma defesa do *positivismo,* mas de uma tentativa de se alcançar um *pós-positivismo* mais responsável, com maior rigor metodológico.

É preciso que seja resgatado, por exemplo, o princípio da presunção de constitucionalidade das leis e dos atos administrativos, para que os magistrados somente interfiram excepcionalmente no espaço ordinariamente destinado ao Poder Público – inclusive porque muitas vezes sequer possuem a expertise técnica necessária para tanto.

Logo, o ordenamento deve estabelecer parâmetros objetivos e limites ao exercício dessa jurisdição constitucional. Faz-se necessário, por exemplo, a existências de efetivos mecanismos de legitimação e de controle da atuação judicial, a serem exercidos pelos outros poderes e pela população, para que o direito consiga assegurar a existência digna do indivíduo, por meio da proteção e efetivação dos seus direitos fundamentais.

Há também quem defenda que uma boa maneira de conferir maior legitimidade democrática à jurisdição constitucional seria fortalecendo o controle difuso e desvalorizando o controle concentrado. Afirma-se que, quanto mais se concentra o controle na cúpula do Judiciário, menos independente e ligada à cidadania será a jurisdição, uma vez que as decisões se tornam mais políticas do que jurídicas. Por outro lado, quanto mais perto do povo estiver o juiz constitucional, maior o seu grau de sua legitimidade.

Esse posicionamento tem a sua lógica, é inegável. No entanto, também é passível de críticas, uma vez que uma valorização excessiva do controle difuso pode ocasionar um desmedido casuísmo e, consequentemente, insegurança jurídica.

Há também quem defenda a alteração na forma de indicação e de nomeação dos ministros dos tribunais superiores, para torná-la menos dependente dos outros poderes. Argumenta-se que fortaleceria a independência dos magistrados, diminuindo a relação entre a entidade nomeante e o juiz nomeado.

Além desses, outro argumento costumeiramente levantado sustenta a necessidade de se transformar o Supremo Tribunal Federal (STF) em corte constitucional segundo o modelo austríaco, alheio à estrutura dos poderes constituídos. Isso porque, além de aumentar-lhe o volume de trabalho, tornando-o mais moroso, o fato de o tribunal constitucional pertencer ao Judiciário acarretaria a primazia deste poder em relação aos demais, o que perturbaria a harmonia, o equilíbrio e a paridade entre eles.

De toda forma, como se percebe, mesmo em sua configuração atual o ordenamento jurídico brasileiro prevê mecanismos limitadores da atuação dos magistrados. O procedimento nos processos de controle concentrado de constitucionalidade, por exemplo, apresenta institutos que visam limitar e/ou racionalizar a atuação do STF.

Nesse contexto, pode-se citar a exigência de *quórum* mínimo qualificado para a instauração da sessão de julgamento, que é o de pelo menos 8 ministros (art. 22 da Lei nº 9.868/1999), e a possibilidade de modulação dos efeitos das decisões (art. 27 da Lei nº 9.868/1999). Ao dificultarem a invalidação da legislação ordinária, acabam privilegiando o princípio majoritário e a presunção de constitucionalidade das leis.

Além disso, há as previsões de participação de *amicus curiae* (art. 7º, § 2º, da Lei nº 9.868/1999) e de realização de audiências públicas (art. 9º, § 1º, da Lei nº 9.868/1999), institutos que pluralizam o debate

jurídico, ampliando a participação popular no processo hermenêutico. De fato, o processualismo democrático e a nova hermenêutica constitucional asseguram igual direito de interpretação, defendendo que a Constituição seja interpretada por todo aquele que vive no contexto de aplicação da norma, já que destinatário de seus efeitos jurídicos.

Além disso, as técnicas alternativas de decisão, como a de *inconstitucionalidade sem redução de texto* e a de *interpretação conforme à constituição,* são outros mecanismos que servem ao escopo de garantir a permanência das normas legislativas, racionalizando a jurisdição constitucional.

Há, pois, diversas formas por meio das quais se pode diminuir os riscos de um neoconstitucionalismo patológico. O próprio devido processo legal e as exigências de publicidade do processo e de fundamentação das decisões judiciais, sem bem aplicadas, contribuem para esse mister.

Aliás, adentrando um pouco na seara processual, o CPC/2015 consagrou dois importantes institutos – o *distinguishing* e o *overruling* – que também podem ser entendidos como formas de controle dos precedentes judiciais vinculantes e, consequentemente, das decisões da jurisdição constitucional. Estão previstos em vários dispositivos legais, como por exemplo no art. 489, § 1º, VI, do CPC/2015.

Também vale destacar o que tem sido chamado de *superação legislativa da jurisprudência*, ou *reversão jurisprudencial*. Como o controle de constitucionalidade não vincula o Legislativo, é possível que o Parlamento supere as decisões do STF, tanto por meio de emendas à Constituição como por meio de legislação infraconstitucional. Se essa superação ocorrer por meio de norma de *status* constitucional, ela presume-se constitucional. No entanto, se realizada por meio de normas infraconstitucionais, a lei já nasce com uma presunção relativa de inconstitucionalidade, sendo ônus do Legislativo comprovar as mudanças fáticas e jurídicas que justifiquem a superação.

Sobre o tema, é válido transcrever, apesar de ser extensa, a ementa de um importante julgado do STF, que abordou, com cuidado, a *superação legislativa da jurisprudência:*

> Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL E ELEITORAL. DIREITO DE ANTENA E DE ACESSO AOS RECURSOS DO FUNDO PARTIDÁRIO ÀS NOVAS AGREMIAÇÕES PARTIDÁRIAS CRIADAS APÓS A REALIZAÇÃO DAS ELEIÇÕES. REVERSÃO LEGISLATIVA À EXEGESE ESPECÍFICA DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NAS ADIs 4490 E 4795, REL. MIN. DIAS TOFFOLI. INTERPRETAÇÃO CONFORME DO ART. 47, § 2º, II, DA LEI DAS ELEIÇÕES, A FIM DE SALVAGUARDAR AOS PARTIDOS NOVOS, CRIADOS APÓS A REALIZAÇÃO DO PLEITO PARA A CÂMARA DOS DEPUTADOS, O DIREITO DE ACESSO PROPORCIONAL AOS DOIS TERÇOS DO TEMPO DESTINADO À PROPAGANDA ELEITORAL GRATUITA NO RÁDIO E NA TELEVISÃO. LEI Nº 12.875/2013. TEORIA DOS DIÁLOGOS CONSTITUCIONAIS. ARRANJO CONSTITUCIONAL PÁTRIO CONFERIU AO STF A ÚLTIMA PALAVRA PROVISÓRIA (VIÉS FORMAL) ACERCA DAS CONTROVÉRSIAS CONSTITUCIONAIS. AUSÊNCIA DE SUPREMACIA JUDICIAL EM SENTIDO MATERIAL. JUSTIFICATIVAS DESCRITIVAS E NORMATIVAS. PRECEDENTES DA CORTE CHANCELANDO REVERSÕES JURISPRUDENCIAIS (ANÁLISE DESCRITIVA). AUSÊNCIA DE INSTITUIÇÃO QUE DETENHA O MONOPÓLIO DO SENTIDO E DO ALCANCE DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS. RECONHECIMENTO PRIMA FACIE DE SUPERAÇÃO LEGISLATIVA DA

JURISPRUDÊNCIA PELO CONSTITUINTE REFORMADOR OU PELO LEGISLADOR ORDINÁRIO. POSSIBILIDADE DE AS INSTÂNCIAS POLÍTICAS AUTOCORRIGIREM-SE. NECESSIDADE DE A CORTE ENFRENTAR A DISCUSSÃO JURÍDICA SUB JUDICE À LUZ DE NOVOS FUNDAMENTOS. PLURALISMO DOS INTÉRPRETES DA LEI FUNDAMENTAL. DIREITO CONSTITUCIONAL FORA DAS CORTES. ESTÍMULO À ADOÇÃO DE POSTURAS RESPONSÁVEIS PELOS LEGISLADORES. STANDARDS DE ATUAÇÃO DA CORTE. EMENDAS CONSTITUCIONAIS DESAFIADORAS DA JURISPRUDÊNCIA RECLAMAM MAIOR DEFERÊNCIA POR PARTE DO TRIBUNAL, PODENDO SER INVALIDADAS SOMENTE NAS HIPÓTESES DE ULTRAJE AOS LIMITES INSCULPIDOS NO ART. 60, CRFB/88. LEIS ORDINÁRIAS QUE COLIDAM FRONTALMENTE COM A JURISPRUDÊNCIA DA CORTE (LEIS IN YOUR FACE) NASCEM PRESUNÇÃO IURIS TANTUM DE INCONSTITUCIONALIDADE, NOTADAMENTE QUANDO A DECISÃO ANCORAR-SE EM CLÁUSULAS SUPERCONSTITUCIONAIS (CLÁUSULAS PÉTREAS). ESCRUTÍNIO MAIS RIGOROSO DE CONSTITUCIONALIDADE. ÔNUS IMPOSTO AO LEGISLADOR PARA DEMONSTRAR A NECESSIDADE DE CORREÇÃO DO PRECEDENTE OU QUE OS PRESSUPOSTOS FÁTICOS E AXIOLÓGICOS QUE LASTREARAM O POSICIONAMENTO NÃO MAIS SUBSISTEM (HIPÓTESE DE MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL PELA VIA LEGISLATIVA). 1. O hodierno marco teórico dos diálogos constitucionais repudia a adoção de concepções juriscêntricas no campo da hermenêutica constitucional, na medida em que preconiza, descritiva e

normativamente, a inexistência de instituição detentora do monopólio do sentido e do alcance das disposições magnas, além de atrair a gramática constitucional para outros fóruns de discussão, que não as Cortes. 2. O princípio fundamental da separação de poderes, enquanto cânone constitucional interpretativo, reclama a pluralização dos intérpretes da Constituição, mediante a atuação coordenada entre os poderes estatais – Legislativo, Executivo e Judiciário – e os diversos segmentos da sociedade civil organizada, em um processo contínuo, ininterrupto e republicano, em que cada um destes players contribua, com suas capacidades específicas, no embate dialógico, no afã de avançar os rumos da empreitada constitucional e no aperfeiçoamento das instituições democráticas, sem se arvorarem como intérpretes únicos e exclusivos da Carta da República. 3. O desenho institucional erigido pelo constituinte de 1988, mercê de outorgar à Suprema Corte a tarefa da guarda precípua da Lei Fundamental, não erigiu um sistema de supremacia judicial em sentido material (ou definitiva), de maneira que seus pronunciamentos judiciais devem ser compreendidos como última palavra provisória, vinculando formalmente as partes do processo e finalizando uma rodada deliberativa acerca da temática, sem, em consequência, fossilizar o conteúdo constitucional. 4. Os efeitos vinculantes, ínsitos às decisões proferidas em sede de fiscalização abstrata de constitucionalidade, não atingem o Poder Legislativo, ex vi do art. 102, § 2º, e art. 103-A, ambos da Carta da República. 5. Consectariamente, a reversão legislativa da jurisprudência da Corte se revela legítima em linha de princípio, seja pela atuação do constituinte reformador (i.e., promulgação de emendas constitucionais), seja por inovação do legislador infraconstitucional (i.e., edição de leis ordinárias e complementares), circunstância que demanda providências distintas por parte deste Supremo Tribunal Federal. 5.1. A emenda constitucional corretiva

da jurisprudência modifica formalmente o texto magno, bem como o fundamento de validade último da legislação ordinária, razão pela qual a sua invalidação deve ocorrer nas hipóteses de descumprimento do art. 60 da CRFB/88 (i.e., limites formais, circunstanciais, temporais e materiais), encampando, neste particular, exegese estrita das cláusulas superconstitucionais. 5.2. A legislação infraconstitucional que colida frontalmente com a jurisprudência (leis in your face) nasce com presunção iuris tantum de inconstitucionalidade, de forma que caberá ao legislador ordinário o ônus de demonstrar, argumentativamente, que a correção do precedente faz-se necessária, ou, ainda, comprovar, lançando mão de novos argumentos, que as premissas fáticas e axiológicas sobre as quais se fundou o posicionamento jurisprudencial não mais subsistem, em exemplo acadêmico de mutação constitucional pela via legislativa. Nesse caso, a novel legislação se submete a um escrutínio de constitucionalidade mais rigoroso, nomeadamente quando o precedente superado amparar-se em cláusulas pétreas. 6. O dever de fundamentação das decisões judicial, inserto no art. 93 IX, da Constituição, impõe que o Supremo Tribunal Federal enfrente novamente a questão de fundo anteriormente equacionada sempre que o legislador lançar mão de novos fundamentos. 7. O Congresso Nacional, no caso sub examine, ao editar a Lei nº 12.875/2013, não apresentou, em suas justificações, qualquer argumentação idônea a superar os fundamentos assentados pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento das ADIs nº 4430 e nº 4795, rel. Min. Dias Toffoli, em que restou consignado que o art. 17 da Constituição de 1988 – que consagra o direito político fundamental da liberdade de criação de partidos – tutela, de igual modo, as agremiações que tenham representação no Congresso Nacional, sendo irrelevante perquirir se esta representatividade resulta, ou não, da criação de nova legenda no curso da legislatura. 8. A criação de novos partidos, como hipótese caracterizadora

de justa causa para as migrações partidárias, somada ao direito constitucional de livre criação de novas legendas, impõe a conclusão inescapável de que é defeso privar as prerrogativas inerentes à representatividade política do parlamentar trânsfuga. 9. No caso sub examine, a justificação do projeto de lei limitou-se a afirmar, em termos genéricos, que a regulamentação da matéria, excluindo dos partidos criados o direito de antena e o fundo partidário, fortaleceria as agremiações partidárias, sem enfrentar os densos fundamentos aduzidos pelo voto do relator e corroborado pelo Plenário. 10. A postura particularista do Supremo Tribunal Federal, no exercício da judicial review, é medida que se impõe nas hipóteses de salvaguarda das condições de funcionamento das instituições democráticas, de sorte (i) a corrigir as patologias que desvirtuem o sistema representativo, máxime quando obstruam as vias de expressão e os canais de participação política, e (ii) a proteger os interesses e direitos dos grupos políticos minoritários, cujas demandas dificilmente encontram eco nas deliberações majoritárias. 11. In casu, é inobjetável que, com as restrições previstas na Lei nº 12.875/2013, há uma tentativa obtusa de inviabilizar o funcionamento e o desenvolvimento das novas agremiações, sob o rótulo falacioso de fortalecer os partidos políticos. Uma coisa é criar mecanismos mais rigorosos de criação, fusão e incorporação dos partidos, o que, a meu juízo, encontra assento constitucional. Algo bastante distinto é, uma vez criadas as legendas, formular mecanismos normativos que dificultem seu funcionamento, o que não encontra guarida na Lei Maior. Justamente por isso, torna-se legítima a atuação do Supremo Tribunal Federal, no intuito de impedir a obstrução dos canais de participação política e, por via de consequência, fiscalizar os pressupostos ao adequado funcionamento da democracia. 12. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade dos arts. 1º e 2º, da Lei nº

> 12.875/2013. (ADI 5105, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 01/10/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-049 DIVULG 15-03-2016 PUBLIC 16-03-2016) (BRASIL, STF, 2016).

No entanto, como se percebe, apesar de enfrentar o tema, o STF concluiu, nesse caso, que o Poder Legislativo não conseguiu superar a sua jurisprudência, declarando a inconstitucionalidade dos dispositivos legais analisados.

De toda forma, ainda que existam esses mecanismos apontados, o fato é que, em nosso entender, eles ainda têm se mostrado insuficientes para conter os excessos do Judiciário, sobretudo do STF. Muitos são os exemplos atuais em que esta corte invade a esfera dos outros poderes, interferindo inclusive em questões *interna corporis* das Casas Legislativas

No entanto, tal realidade não é exclusiva do STF. Há, por exemplo, uma decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ) que nos causa perplexidade: ao argumento da razoabilidade, o STJ desconsiderou o preceito secundário de uma norma penal incriminadora e determinou que fosse aplicada uma pena mínima inferior à prevista no tipo legal. Na ocasião, discutia-se, na via estreita do *habeas corpus,* o crime do art. 273, § 1º-B, V, do Código Penal. Mesmo sem haver qualquer lacuna, o STJ resolveu desconsiderar a pena prevista para esse crime e aplicar outra, que consta em outro tipo penal, na Lei de Drogas:

> ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. PRECEITO SECUNDÁRIO DO ART. 273, § 1º-B, V, DO CP. CRIME DE TER EM DEPÓSITO, PARA VENDA, PRODUTO DESTINADO A FINS TERAPÊUTICOS OU MEDICINAIS DE PROCEDÊNCIA IGNORADA. OFENSA AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.
> 1. A intervenção estatal por meio do Direito Penal deve ser sempre guiada pelo *princípio da proporcionalidade,*

incumbindo também ao legislador o dever de observar esse princípio como *proibição de excesso e como proibição de proteção insuficiente.*

2. É viável a fiscalização judicial da constitucionalidade dessa atividade legislativa, examinando, como diz o Ministro Gilmar Mendes, se o legislador considerou suficientemente os fatos e prognoses e se utilizou de sua margem de ação de forma adequada para a proteção suficiente dos bens jurídicos fundamentais.

3. Em atenção ao princípio constitucional da *proporcionalidade e razoabilidade* das leis restritivas de direitos (CF, art. 5º, LIV), é imprescindível a atuação do *Judiciário para corrigir o exagero e ajustar a pena cominada à conduta inscrita no art. 273, § 1º-B, do Código Penal.*

4. O crime de ter em depósito, para venda, produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais de procedência ignorada é de perigo abstrato e independe da prova da ocorrência de efetivo risco para quem quer que seja. E a indispensabilidade do dano concreto à saúde do pretenso usuário do produto evidencia ainda mais a falta de harmonia entre o delito e a pena abstratamente cominada *(de 10 a 15 anos de reclusão) se comparado, por exemplo, com o crime de tráfico ilícito de drogas* - notoriamente mais grave e cujo bem jurídico também é a saúde pública.

5. A ausência de relevância penal da conduta, a *desproporção da pena em ponderação com o dano ou perigo de dano* à saúde pública decorrente da ação e a inexistência de consequência calamitosa do agir convergem para que se conclua pela falta de razoabilidade da pena prevista na lei. A restrição da liberdade individual não pode ser excessiva, mas compatível e proporcional à ofensa causada pelo comportamento humano criminoso.

6. Arguição acolhida para *declarar inconstitucional o preceito secundário da norma.* (STJ: AI no HC 239.363/PR, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, CORTE ESPECIAL, julgado em 26/02/2015, DJe 10/04/2015) (BRASIL, STJ, 2015).

Muitas das críticas aqui expostas podem ser encontradas nesse caso. Trata-se de típico caso do Judiciário agindo como legislador positivo, usurpando a competência do Legislativo, violando a tripartição funcional do poder e, consequentemente, a democracia.

Ademais, utiliza, de forma genérica, os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, sem argumentar de forma racional, numa verdadeira *katchangada*. E, para piorar, gera insegurança jurídica, uma vez que o STF possui decisões entendendo que esse dispositivo afastado pelo STJ é constitucional (RE 829226 AgR, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 10/2/2015; RE 844152 AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 2/12/2014).

Em nosso entender, ainda que a pena contida no tipo penal fosse muito elevada, não caberia ao Judiciário desconsiderá-la tão facilmente e ainda dizer qual a pena mínima que deveria ser *abstratamente* prevista. Não se pode esquecer que a pena afastada foi fruto de uma decisão deliberativa dos membros do Legislativo.

Caímos aqui justamente no esfriamento da mobilização cívica e na desvalorização de outras esferas de decisão, uma vez que caberia à sociedade cobrar do Parlamento – e não do Judiciário – uma modificação desta regra Ainda que neste caso o conteúdo material da decisão não tenha sido perigoso às garantias dos indivíduos, o modo pelo qual decisões desse tipo tem sido tomadas acabam gerando precedentes perigosos que, no futuro, podem ser utilizados para legitimar arbitrariedades.

Mais uma vez, válidas são as palavras de Sarmento (2009, p. 15):

> [...] o neoconstitucionalismo brasileiro tem pecado por excesso, depositando no Judiciário expectativas que ele nem sempre terá como atender de forma satisfatória. Um dos efeitos colaterais deste fenômeno é 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.

Ademais, além de mecanismos internos e externos de controle e restrições, a exemplo dos que se expuseram aqui, também é necessário que os próprios magistrados se conscientizem desses riscos aqui tratados para, em determinados temas, adotarem uma postura de autocontenção, que privilegie a harmonia e o equilíbrio entre os poderes e, assim, a própria democracia.

4 CONCLUSÃO

Salientou-se, no início deste trabalho, que, com ele, pretendia-se contribuir para uma análise mais crítica do constitucionalismo contemporâneo, cujos excessos, apesar de perigosos, muitas vezes passam despercebidos entre os juristas.

Iniciando-se o estudo pelo constitucionalismo liberal, percebeu-se que ele foi um grande marco na conquista de direitos pelos cidadãos. Viu-se, no entanto, que a emancipação política, social e jurídica não parou nos direitos de liberdade, avançando – embora de forma não necessariamente linear em todas as partes do globo – para a consagração dos direitos de igualdade, de fraternidade, de solidariedade, e dos direitos à democracia e à paz.

No contexto de valorização da dignidade humana vivenciado no *constitucionalismo contemporâneo,* buscou-se evidenciar as principais transformações que o atual triunfo da doutrina pós-positivista ocasionou na Ciência Jurídica, sobretudo com o fortalecimento institucional do Poder Judiciário.

Não se nega que suas premissas sejam de significativa importância para os atuais ordenamentos, sobretudo em sociedades periféricas. Todavia, também é inegável que os magistrados não são imunes a erros, a excessos e a abusos.

Diante desse cenário, realizou-se uma análise crítica do *constitucionalismo contemporâneo*, destacando-se aspectos relevantes e nem sempre muito abordados que dizem respeito aos perigos de um *neoconstitucionalismo* exarcerbado e patológico.

Dessa forma, demonstrou-se que, se as premissas pós-positivistas não forem utilizadas com o necessário rigor metodológico, pode-se afetar o equilíbrio entre os poderes constituídos e, consequentemente, a própria democracia e a garantia de direitos Afinal, continua atual a lição do constitucionalismo liberal, segundo a qual sem limites e controles recíprocos, qualquer detentor do poder tende a exercê-lo de maneira abusiva e autoritária.

Por tais razões, procurou-se expor aqueles que, em nosso entender, constituem os principais riscos do fenômeno. Viu-se, por exemplo, que podem ser maléficos à sociedade o uso indiscriminado dos princípios e da técnica da ponderação, a constitucionalização excessiva do direito e a própria expansão da jurisdição constitucional, desde que erroneamente aplicados.

No geral, os riscos envolvidos abrangem, de uma forma ou de outra, a ampliação do casuísmo e da insegurança jurídica, o resfriamento da mobilização cívica, a diminuição da esfera decisória do legislador e da autonomia privada dos cidadãos, e a desvalorização de esferas decisórias distintas do Judiciário, com a supervalorização deste poder em detrimento dos demais, o que é capaz de violar o equilíbrio da tripartição funcional do poder e, assim, gerar autoritarismo.

Logo, o ordenamento deve estabelecer parâmetros objetivos e limites para a aplicação das premissas pós-positivistas. Faz-se necessária, por exemplo, a existência de efetivos mecanismos de legitimação e de

controle da atuação judicial, inclusive do STF, tanto pelos outros poderes constituídos como pela população; por meio de atos normativos e concretos; para que o Direito efetivamente consiga assegurar a existência digna do indivíduo.

Ademais, é preciso que o próprio Judiciário se conscientize de suas limitações e passe a adotar, em determinados assuntos, uma postura de autocontenção, privilegiando a harmonia e o equilíbrio entre os poderes estatais.

Infelizmente, são muitos os que ainda se dedicam a elogiar, de maneira totalmente acrítica, as premissas *neoconstitucionais*, chegando a rotular de retrógrados aqueles que ousam defender um mínimo de segurança jurídica.

Não custa ressaltar que o propósito deste trabalho não foi o de realizar uma defesa do *positivismo*. Pretendeu-se apenas evidenciar os excessos que são cometidos em nome do *pós-positivismo* Buscou-se, em verdade, demonstrar que o *constitucionalismo contemporâneo* ainda pode ser aprimorado, para que suas importantes premissas possam ser aplicadas de maneira mais responsável e com maior rigor metodológico!

Em alegoria relativamente conhecida, costuma-se dizer que, se o Direito fosse um navio, a segurança jurídica seria o seu porto; mas que, do mesmo modo que um navio não seria feito para permanecer parado no porto, mas para se aventurar e atravessar os oceanos, o Direito também não existiria para permanecer inerte e estável na segurança jurídica, mas para proporcionar avanços na sociedade Nessa lógica, a insegurança seria o risco do progresso.

Inegável a lógica do pensamento. No entanto, ele é omisso em relação a um ponto fundamental: em determinado momento, todo navio deve necessariamente retornar a um porto – ainda que distinto daquele do qual partiu – para ser reabastecido e ter suas avarias reparadas, sob pena de invariavelmente naufragar.

E o mesmo ocorre com o Direito Embora seja inegável que é preciso avançar, em determinados momentos é preciso voltar à segurança jurídica, sendo necessária uma autocontenção, pois não haverá Direito ou muito menos sociedade onde não houver um mínimo de ordem ou de previsibilidade nas soluções dos conflitos sociais. Sem segurança jurídica, não apenas o Direito, mas toda a sociedade naufragará!

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais.** Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. (*Tradução de Theorie der Grundrechte).*

ÁVILA, Humberto. Neoconstitucionalismo: entre a "ciência do direito" e o "direito da ciência". **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.º 17, jan./mar. 2009. Disponível em: http://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/836/595 Acesso em: 20 dez. 2018.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo:** os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional.** 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União,** Brasília, 31 dez. 1940, retificado em 3 jan. 1941. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm Acesso em: 20 dez. 2018.

_____. Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. **Diário Oficial da União,** Brasília, 11 nov. 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9868.htm Acesso em: 20 dez. 2018.

_____. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União,** Brasília, 17 mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm Acesso em: 20 dez. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça (STJ). Arguição de Inconstitucionalidade no *Habeas Corpus* nº 239.363/PR, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior. Corte Especial, julgado em 26/2/2015, publicado no **DJe** 10 abr. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal (STF). **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5105, Rel.** Ministro Luiz Fux, julgado em 1/2/2015 e publicado em 16/3/2016.

_____. Supremo Tribunal Federal (STF). **Recurso Extraordinário nº 829226 AgR.** Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 10 fev. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal (STF). **Recurso Extraordinário nº 844152 AgR.** Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 2 dez. 2014.

CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Curso de direito constitucional.** 4. ed. Salvador: Jus Podivm, 2010.

DECLARAÇÃO de Direitos do Homem e do Cidadão – 1789. **Biblioteca Virtual de Direitos Humanos,** Universidade de São Paulo – USP. Disponível em: http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-anteriores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html. Acesso em: 7 nov. 2019.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição.** Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

HOBBES, Thomas. **Leviatã.** Tradução de Rosina D'angina; consultor jurídico Thélio de Magalhães. São Paulo: Martin Claret, 2009.

KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional.** 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

LOCKE, Jonh. **Segundo tratado sobre o governo.** Tradução de Alex Martins. São Paulo: Martin Claret, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; ARENHART, Sérgio Cruz. **Novo curso de processo civil, v.1:** teoria do processo civil.. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MARMELSTEIN, George. **Alexy à brasileia ou a teoria da katchanga.** 2008. Disponível em: https://direitosfundamentais.net/2008/09/18/alexy-a-brasileira-ou-a-teoria-da-katchanga/ Acesso em: 20 dez. 2018.

MARQUES, Andreo Aleksandro Nobre. **Controle de constitucionalidade dos atos jurisdicionais transitados em julgado.** Curitiba: Juruá, 2009.

MONTESQUIEU. **Do espírito das leis.** Tradução de Gabriela de Andrada Dias Barbosa. Rio de Janeiro: Ediouro, 1973. (Tradução de *De L'Esprit des Lois*).

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. **Jurisdição Constitucional:** aspectos controvertidos. Curitiba: Juruá, 2011.

SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil:** riscos e possibilidades. 2009. Disponível em http://www.dsarmento.adv.br/content/3-publicacoes/15-o-neoconstitucionalismo-no-brasil-riscos-e-possibilidades/o-neoconstitucionalismo-no-brasil.riscos-e-possibilidades-daniel-sarmento.pdf Acesso em: 20 dez. 2018.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 33 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

Correspondência | Correspondence:

Heitor Eduardo Cabral Bezerra
Rua Min. Mirabeau da Cunha Melo, 1917, 10º andar, Candelária, CEP 59.064-490. Natal, RN, Brasil.
Fone: (84) 99926-0207.
Email: heitorecbezerra@hotmail.com

Recebido: 23/12/2018.
Aprovado: 8/10/2019.

Nota referencial:

Bezerra, Heitor Eduardo Cabral. Uma análise crítica acerca dos riscos do constitucionalismo contemporâneo. **Revista Direito e Liberdade,** Natal, v. 21, n. 3, p. 127-165, set./dez. 2019. Quadrimestral.