

IMPORTANTO MODELOS: UMA ANÁLISE CRÍTICA DA TEORIA NEOCONSTITUCIONAL NO BRASIL.

IMPORTING MODELS: A CRITICAL REVIEW OF NEOCONSTITUCIONAL THEORY IN
BRAZIL.

Ivna Cavalcanti Feliciano¹
Marcelo Labanca Corrêa de Araújo²

RESUMO

A teoria do neoconstitucionalismo representa uma quebra de paradigma, seja com a instituição de um novo modelo constitucional ou com a proposta de superação do positivismo exegetico. Buscar conceituá-lo, determinar o alcance do termo e entender os antecedentes históricos que influenciaram a sua criação, de acordo com a na doutrina brasileira e ibero americana, é condição de possibilidade para traçar críticas à teoria neoconstitucional. Entender como o fenômeno fora incorporado pelo Brasil, assim como apresentar as possíveis consequências da incorporação desse modelo constitucional, como a abertura do sistema à discricionariedades e ao panprincipiologismo serão objeto de estudo do presente estudo.

PALAVRAS-CHAVE: Neoconstitucionalismo; Novo modelo Constitucional; Superação do Positivismo.

ABSTRAT

The theory of neoconstitucionalism represents a breaking paradigm, with the institution of a new constitutional model or with the proposal overcoming of exegetical positivism. Search conceptualize it, determine the scope of the term and understand the historical antecedents that influenced its creation, according to the brazilian and Latin American doctrine, is the condition of possibility to draw criticals to neoconstitucional theory. Understand how this phenomenon had been incorporated by Brazil, as well as present the possible consequences of the incorporation of this constitutional model, and the opening system for discretions and panprincipiologism will be studied by the present study.

KEYWORDS: Neoconstitucionalism; New Constitutional model; Overcoming Positivism.

1) Introdução

Não há muito tempo os prefixos Neo e Pós tem sido amplamente utilizados pela doutrina na abordagem de temas considerados como novos, ou como superação de um modelo anterior. O Neoconstitucionalismo é um exemplo claro da popularização do prefixo neo. Em momentos é utilizado como indicativo do surgimento de uma nova doutrina Constitucional, em outros, como uma tentativa de superação do modelo positivista.

¹ Mestranda no programa de Pós Graduação em Direito da Universidade Católica de Pernambuco - UNICAP, vinculada à linha de Pesquisa Jurisdição e Direitos Humanos. Oficial de Justiça do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco. ivna.feliciano@gmail.com

² Professor da graduação e membro permanente do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Universidade Católica de Pernambuco. Procurador do Banco Central. Mestre e Doutor em Direito (UFPE). Pós-Doutorado pelo Programa de Estágio Pós-doutoral da CAPES desenvolvido na Universidade de Pisa - Itália. marcelolabanca@outlook.com

A proposta inicial do presente artigo é localizar a teoria do neoconstitucionalismo no tempo e trazer os principais fatos históricos que influenciaram a criação de um novo modelo constitucional.

Inicialmente o tema será analisado à luz da doutrina brasileira e da, que aqui será nomeada de, ibero-americana, analisando desde a concepção e alcance do termo neocosntitucionalismo à sua incorporação pelo Brasil.

Posteriormente, serão trazidas as principais análises acerca do modelo neoconstitucional frente as concepções críticas do constitucionalista Lenio Streck.

Buscar-se-á realizar a distinção entre o que a doutrina entende ser o Constitucionalismo Contemporâneo e o fenômeno do neoconstitucionalismo como representante de um novo modelo constitucional que supera o paradigma positivista.

2) Neoconstitucionalismo, antecedentes históricos e alcance do termo

O Neoconstitucionalismo, constitucionalismo jusnaturalista, ou não positivista, como também é chamado, é considerado um movimento típico de alguns países, como os da América do Sul, Itália, Espanha e Alemanha, não sendo um fenômeno amplamente difundido mundialmente. (SARMENTO, 2009, p. 269). No entanto, nos países caudatários da teoria do neoconstitucionalismo, há um vasto debate a respeito do tema e suas controvérsias, o que torna o seu estudo imprescindível. Para realiza-lo é necessário compreender as bases históricas e introdutórias da teoria do neoconstitucionalismo para posteriormente adentrar nas principais críticas acerca do tema.

Assim é necessário entender os acontecimentos históricos que influenciaram o direito há época. No passado Constituição e Estado eram equiparados, é com as revoluções burguesas do final do Séc. XVIII que há uma alteração no conceito de constituição, onde esta passa a representar uma carta de liberdade, um pacto de poder, possuindo a função de constituir poder.

Ultrapassado o momento de transição do Estado da Natureza para o Estado Civil do Contrato Social (Hobbes - John Locke), em virtude da necessidade de tutelar direitos, a ideia de Contrato Social vem justificar moralmente o exercício do poder por parte do Estado. Os indivíduos autônomos passam a abrir mão de suas liberdades em favor do Estado para que este possa promover o bem de todos e a paz social.

Com o passar do tempo, o Estado Civil do Contrato Social gerou um aumento do poder nas mãos dos soberanos, o que fez emergir regimes totalitários. É com a queda desses

regimes, que a sociedade passa a urgir por direitos e garantias fundamentais que possam atuar em defesa do cidadão diante dos abusos cometidos pelo Estado (CAMBI, 2011, p. 33).

É nesse contexto que surgem as constituições modernas, rígidas, com denso conteúdo material, por serem compostas de valores, princípios, direitos fundamentais.

Muito embora, o neoconstitucionalismo represente um movimento de ruptura com o liberalismo, o termo possui plasticidade excessiva³ o que gera ambiguidades teóricas e mal-entendidos, sendo sempre necessário determinar em que sentido e alcance está sendo utilizado.

O constitucionalista Miguel Carbonell em uma palestra conferida na Colômbia afirmou que:

Dizer que alguém é um neoconstitucionalista sem dizer em que sentido é como dizer nada. Inclusive depois de especificado, não há uma unanimidade na caracterização dos neoconstitucionalismos (informação verbal. tradução nossa).⁴

Nessa perspectiva de determinar o sentido e o alcance na utilização do termo, cada autor ao referir-se ao termo neoconstitucionalismo busca determinar o que considera como elementos do neoconstitucionalismo, ou seja, as principais características desse novo modelo constitucional que, para alguns, representa a superação do modelo Positivista.

Nessa perspectiva Luis Prieto Sanchís afirmar que:

Neoconstitucionalismo, constitucionalismo contemporâneo o, e a veces también, constitucionalismo a secas son expresiones o rubricas de uso cada día más difundido y que se aplican de un modo un tanto confuso para aludir a distintos aspectos de una presuntamente nueva cultura jurídica. Creo que son três las acepciones principales (1). Em primer lugar, el constitucionalismo puede encarnar un certo tipo de Estado de Derecho, designando, por tanto, el modelo institucional de una determinada forma de organización política. Em segundo término, el constitucionalismo es también una teoría del Derecho, más concretamente aquella teoría apta para explicar las características de dicho modelo. Finalmente, por constitucionalismo cabe entender también la ideología que justifica o defende la fórmula política así designada (SANCHÍS, 2011, p. 201).

O neoconstitucionalismo é considerado, por ampla parcela da doutrina, como um movimento histórico, um novo pensamento constitucional oriundo do pós-guerra e fortalecido pelo surgimento de rígidas constituições com amplo catálogo de direitos fundamentais nelas

³ Termo cunhado por Thomas S. Kuhn, ao definir paradigma e o alcance do seu conceito na obra “A estrutura das Revoluções Científicas”.

⁴ Palestra oferecida por Miguel Carbonell na Conferencia dictada em el marco del Seminario Neoconstitucionalismo, democracia constitucional y derechos fundamentales, na Colômbia em 25 de agosto de 2009. Disponível em: < <http://www.youtube.com/watch?v=0-NDR6mnGp4>> Acesso em: 02 fev. 2014, 13:45:30.

positivados. É, portanto, um Estado Constitucional de Direitos, fruto de um constitucionalismo que vem romper com a tradição liberal e a forte intervenção estatal (RAMOS, 2011, p. 146).

Miguel Carbonell nesse sentido afirma que:

El neoconstitucionalismo pretende explicar un conjunto de textos constitucionales que comienzan a surgir de la Segunda Guerra Mundial y sobre todo a partir de los años setenta del siglo XX. Se trata de constituciones que no se limitan a establecer competencias o a separar a los poderes públicos, sino que contienen altos niveles de normas “materiales” o substantivas que condicionan la actuación del Estado por medio de la ordenación de ciertos fines y objetivos (CARBONELL, 2010, p. 161-162).

É possível vislumbrar, portanto, que as constituições modernas passam a ter um papel importante na sociedade, na medida em que deixam de ser meras cartas organizadoras do Estado e passam a ter a função de catálogo de direitos materiais e fundamentais. É nesse momento que passa a haver uma aproximação das ideias de constitucionalismo e democracia cristalizadas no texto constitucional (BARROSO, 2009, p. 52).

Uma das principais características do neoconstitucionalismo é a constituição como norte desse novo Estado Constitucional. Estas constituições trazem consigo características que rompem com o modelo organizacional anterior. Características como rigidez constitucional, existência de uma jurisdição constitucional, força vinculante da constituição, “sobreinterpretação” constitucional e obrigatoriedade da interpretação conforme à constituição, passam reger o Estado Constitucional de Direitos (CARBONELL, 2010, p. 167-169).

Autores da doutrina ibero americana, como Prieto Sanchís, por exemplo, entende que o neoconstitucionalismo é uma filosofia política, uma doutrina do Estado Justo, ou seja, uma teoria do direito fundada em uma concepção principialista das normas constitucionais. Um modelo baseado na teoria da argumentação e com um certo estímulo ao ativismo judicial (SANCHÍS, 2011, p. 207).

Para Sanchís, o neoconstitucionalismo é como uma concepção de direito que nega as duas teses positivistas fundamentais, a do positivismo metodológico e da não existência de conexão entre direito e moral (SANCHÍS, 2011, p. 223).

Sob a ótica do também constitucionalista García Amado, a constituição reflete uma ordem de valores, ou uma moral constitucional(izada) que contém a resposta certa ou aproximada para qualquer caso em que estejam implicados direitos, princípios e valores

constitucionais. Encontrar essa resposta constitucionalmente correta e de acordo com a constituição é função do judiciário que resolverá com objetividade os conflitos entre direitos e/ou princípios constitucionais no caso concreto (AMADO, p.03)

Para ele, em virtude de ser a constituição uma ordem axiológica, os casos com relevância constitucional, os chamados, “*hard cases*”, serão resolvidos pelo juiz à luz das circunstâncias do caso concreto e das normas aplicáveis, e havendo um conflito entre os direitos e/ou princípios constitucionais, o juiz deverá utilizar o método axiológico da ponderação (Alexy).

O neoconstitucionalismo como uma alteração no cenário constitucional fruto do desenvolvimento de uma nova teoria de direito constitucional, reforça a ideia de que a justiça constitucional é perpetrada pela existência de regras, princípios e valores. Estes passam a reger a justiça em um Estado Constitucional de Direito (RAMOS, 2011, p. 147).

Muito embora essas novas constituições instituíssem um novo Estado Constitucional, utilizam conceitos imprecisos, os quais precisam ser interpretados na aplicação da norma em caso concretos. É aí que surge a utilização dos princípios como representação dos valores sociais e capazes de conferir ao judiciário a solução para um determinado caso concreto à luz da ponderação.

Desta forma o judiciário passa a ter um papel fundamental na sociedade e conjuntamente com os benefícios dessa participação ampliada do judiciário, vem a preocupação com a abertura de espaço para o ativismo judicial e decisionismos exacerbados.

3) O Neoconstitucionalismo e o Brasil

O Brasil como país de modernidade tardia que é, passou a integrar o cenário das constituições com denso caráter constitucional à partir da Constituição Federal de 1988, na qual é inaugurado um sistema constitucional voltado para direitos e garantias fundamentais. Uma constituição que emergiu de um momento social de transição de um longo período ditatorial para a restauração do regime democrático.

A constituição de 1988 veio alterar o cenário constitucional do país, onde até então leis e decretos valiam mais que a própria constituição. Essa elevação de *status* da constituição com a incorporação da teoria das fontes, fez com que a lei deixasse de ser fonte principal do direito, passando a ser a constituição. Essa nova constituição trouxe também uma série de modificações positivas como: a criação de remédios constitucionais e a ampliação dos legitimados para propor ações declaratórias de constitucionalidade, dentre outras. (SARMENTO, 2009, p. 279).

Por ser pródiga em direitos e garantias, e por trazer em seu escopo normativo princípios que possuem forte carga axiológica, a constituição de 1988 vem alterar, como dito, o constitucionalismo do direito no Brasil.

Ultrapassada a fase inicial de fortalecimento da constituição como carta constitucional, e diante da supremacia perpetrada do texto constitucional, surge nesse cenário o movimento do neoconstitucionalismo.

Doutrinadores brasileiros influenciados pela chegada dos movimentos das teorias pós-positivistas de autores como Dworkin e Alexy no Brasil, passam a trazer e aprofundar o estudo de questões como: a ponderação como instrumento racionalizador da decisão judicial, a relação entre direito e moral, a eficácia dos direitos fundamentais, o princípio da proporcionalidade, dentre outros temas, típicos das discussões acerca do neoconstitucionalismo (SARMENTO, 2009, p. 281).

É nesse cenário que surge a necessidade de acordar de um “sonho dogmático”, como uma quebra do paradigma do formalismo processual e do positivismo jurídico, influenciados pelas doutrinas pós-positivistas que adentravam o Brasil (CAMBI, 2011, p. 29).

4) Neoconstitucionalismo X Constitucionalismo Contemporâneo

Previamente é necessário realizar uma distinção entre duas faces do neoconstitucionalismo, inclusive, passar a nomeá-las de forma diferente.

O movimento de constitucionalização de direitos originário das constituições oriundas do pós guerra e o modelo de tentativa de superação do positivismo, são distintos, tratar-lhes como semelhantes é um equívoco.

O termo “neoconstitucionalismo” pode ter-nos levado à equívocos. Em linhas gerais, é possível afirmar que, na trilha desse *neoconstitucionalismo*, percorremos um caminho que nos leva à jurisprudência da valoração e suas derivações axiológicas, temperadas por elementos provenientes da ponderação alexyana. [...] Assim, reconheço que não faz mais sentido continuar a fazer uso da expressão “neoconstitucionalismo” para mencionar aquilo que esta obra pretende apontar: a construção de um direito democraticamente produzido, sob o signo de uma Constituição normativa e da integridade da constituição (STRECK, 2012, p. 35-37).

Assim, seguindo a matriz conceitual do professor Lenio Streck, este primeiro momento de constitucionalização de direitos, será denominado Constitucionalismo Contemporâneo, pois representa um movimento natural de constitucionalização de direitos que passaram a fazer parte do Estado. Já o fenômeno cuja proposta é a superação do positivismo exegético, neoconstitucionalismo.

Na verdade, o estudo do Constitucionalismo Contemporâneo conduz simplesmente a um processo de continuidade com novas conquistas, que passam a integrar a estrutura do Estado Constitucional no período posterior à Segunda Guerra Mundial (STRECK, 2012, p. 37).

Ultrapassado o entendimento inicial quanto a denominação do Constitucionalismo Contemporâneo e sua diferenciação do neoconstitucionalismo é possível, nesse momento, aprofundar o estudo do tema no que pertine às suas diversas concepções, principalmente no que tange a proposta de um modelo que suplanta o positivismo.

No estudo da doutrina do neoconstitucionalismo, é possível identificar como ponto de congruência entre os teóricos, o entendimento de que de uma forma ou de outra, o neoconstitucionalismo representa um afastamento do positivismo e/ou do que era seu contexto jurídico e político do Estado Legislativo de Direito.

O modelo positivista que tinha como características: a identificação plena do direito com a lei, a completude do ordenamento jurídico (Não admissão de lacunas), o não reconhecimento dos princípios como normas, o formalismo jurídico, a rejeição do império do silogismo judicial, interpretação e argumentação como pretensão de verdade ou correção, a normatividade e solução de casos concretos e a separação entre direito e moral, é considerado como superado por esse novo modelo constitucional (CAMBI, 2011, p. 133-135).

Em contrapartida ao modelo positivista a doutrina neoconstitucionalista elenca como características: o pragmatismo, o ecletismo metodológico, o estatalismo garantista, o judicialismo ético-jurídico, o interpretativismo moral-constitucional, o pós positivismo, o juízo de ponderação e a ampliação do conteúdo da *Grundnorm* (DUARTE; POZZOLO, p. 56-61).⁵

Transportando as críticas especificamente para o Brasil, é possível a partir do estudo de alguns pontos específicos da teoria neoconstitucional levantar algumas considerações acerca do tema, especificamente, no que diz respeito à incorporação de algumas teorias, como a teoria da argumentação de Alexy, o princípio da proporcionalidade, a jurisprudência dos valores, o ativismo judicial norte americano, e o principialismo exacerbado, ou panpricipiologismo.⁶ (STRECK, 2012, p. 61).

⁵ Adotamos aqui as características gerais do neoconstitucionalismo elencadas por Écio Oto Ramos Duarte em obra conjunta com Susanna Pozzolo (Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição. São Paulo: Landy, 2010)

⁶ O Termo Panpricipiologismo fora criado por Lenio Streck para falar da criação desmedida de princípios. O tema será abordado no item 4.1.2.

Sob a ótica dos neoconstitucionalistas, os direitos fundamentais positivados nas constituições modernas transformaram os princípios e valores em um caminho para a ponderação, o que gerou a fragilização do direito.

No Brasil, esse movimento neoconstitucional acabou por deturpar o próprio texto da constituição, ao passo que a jurisdição com base em direitos fundamentais tornou-se uma porta aberta para decisionismos e porque não arbitrariedades.

4.1) O positivismo e suas (im)possibilidades de superação

O neoconstitucionalismo através de uma leitura crítica, é entendido como um fenômeno que possibilitou que os direitos fundamentais positivados nas constituições modernas transformassem os princípios e valores em um caminho para a ponderação, o que gerou a fragilização do direito.

Muito embora os neoconstitucionalistas sugiram que o movimento veio suplantar o positivismo, as posturas axiológicas e voluntaristas geraram atitudes que vão de encontro à democracia, ao possibilitar o crescimento do ativismo judicial, do protagonismo do juiz e da exacerbação de princípios.

As teorias pós-positivistas, buscaram romper com o paradigma racionalista fundado no pressuposto iluminista da razão, como meio privilegiado para se alcançar o conhecimento, as verdades absolutas (universais). O pós-positivismo buscou romper com o movimento de matematização do direito, no qual a lei possuía uma única vontade clara e objetiva que não caberia qualquer interpretação por parte do juiz. (SILVA, 2006, p. 24).

É nesse contexto que a razão vai perdendo o protagonismo e passa a dar lugar à vontade. As decisões judiciais passam a ser dotadas de discricionariedade.

Assim, da escola do Direito Livre, passando pela Jurisprudência dos Interesses, pelo normativismo Kelseniano, pelo positivismo moderado de Hart, até chegar aos autores argumentativistas, como Alexy, há um elemento comum: o fato de que, no momento decisão, sempre acaba sobrando um espaço “não tomado” pela “razão”; um espaço que, necessariamente, será preenchido pela vontade *discricionária* do intérprete/juiz (não podemos esquecer que, nesse contexto, *vontade* e *discricionariedade* são faces da mesma moeda) (STRECK, 2012, p. 28).

Trazendo a temática para o Brasil, o constitucionalista Lenio Streck defende que os juristas brasileiros importaram algumas teorias alheias, ou alienígenas, em suas palavras, ao ordenamento jurídico brasileiro, que apostavam no protagonismo do juiz.

Portanto, é preciso estar alerta para certas posturas típicas do pós-positivismo à brasileira, que pretende colocar o rótulo de novo em questões velhas, já bastante desgastadas nessa quadra da história, quando vivenciamos um tempo de constitucionalismo democrático. Ainda hoje presenciamos defesas vibrantes de *ativismos judiciais* para “implementar” e “concretizar” os direitos fundamentais, tudo isso sempre retornando ao mesmo ponto: a ideia de que, no momento da decisão, o juiz tem um espaço *discricionário* no qual pode moldar sua “vontade” (STRECK, 2013b, p. 101).

As teorias, tidas como, incorporadas pela doutrina de forma acrítica foram: a jurisprudência dos valores, a teoria da argumentação e o ativismo judicial.

No que tange a teoria da Jurisprudência dos Valores esta teve origem na Alemanha com o objetivo de oferecer ao tribunal critérios decisórios que estavam fora da estrutura da legalidade. Os valores surgiram como um mecanismo de “abertura” de uma legalidade fechada (STRECK, 2012, p. 48).

Os teóricos brasileiros trouxeram, em uma interpretação equivocada da teoria da jurisprudência dos valores, sem considerar a herança histórica do país, a interpretação de que “a Constituição é uma ordem concreta de valores, sendo o papel dos interpretes o de encontrar e revelar esses interesses ou valores” (STRECK, 2012, p. 48). A forma de encontrar e revelar esses valores, seria através da teoria da argumentação de Alexy.

A doutrina brasileira passou a considerar que já que a Constituição possui uma vasta diversidade de princípios e valores, essa amplitude faz com que estes colidam e que a escolha da prevalência de determinado princípio advenha da análise do caso concreto.

Assim é possível perceber que valores e princípios passam a ser agrupados. As duas teorias passam a permear e a atuar, na revelação dos valores da sociedade e na escolha do princípio que melhor se adequa a determinado caso concreto.

No entanto, essa é de longe uma má incorporação da teoria de Alexy, se levada em consideração que o objetivo da teoria alexyana, nada mais era que o de racionalizar a ponderação de valores.

Ora, os princípios são para Alexy mandados de otimização e possuem, por isso uma estrutura alargada de dever ser. Essa estrutura que é dada *prima facie*, tensiona os princípios, fazendo-os colidir. A valoração é um momento subsequente – ou seja, posterior à colisão – que incorpora o procedimento da ponderação. [...] A ponderação – nos termos propalados por seu criador, Robert Alexy - não é a operação em que se colocam dois princípios na balança e se aponta para aquele que “pesa mais” (sic), algo do tipo “entre dois princípios que colidem, o intérprete escolhe um” (sic). Nesse sentido, é preciso fazer justiça à Alexy: sua tese sobre ponderação não envolve essa “escolha direta” (STRECK, 2012, p. 50).

A deturpação da teoria de Alexy, transformou a ponderação em um princípio. Ao passo que, para Alexy, a ponderação levava à formação de uma regra que seria aplicada ao caso por subsunção (STRECK, 2012, p. 50).

Essa interpretação equivocada da teoria de Alexy gerou a possibilidade de abertura do sistema à realização de escolhas, pelos magistrados, entre princípios que, muitas vezes, possuem imprecisões de significado. É com essa abertura à proposta de legalidade fechada de Alexy, que surgem às criações normativas por parte do judiciário, as discricionariedades/arbitrariedades, e o ativismo judicial.

4.1.2 O panprincipiologismo como fragilizador da democracia

O termo “panprincipiologismo” foi criado por Lenio Streck como forma de criticar a criação desordenada de princípios com o objetivo de instituir novos enunciados para resolver os problemas oriundos de casos concretos. O panprincipiologismo seria, portanto, uma consequência da incorporação equivocada da teoria de Alexy, como dito, onde um determinado princípio deverá ser escolhido para solucionar um conflito, entre princípios, à luz de um caso concreto.

Seguindo a linha da interpretação equivocada da teoria de Alexy, compreender os princípios como “suporte dos valores da sociedade”, teoria esta, fruto do neoconstitucionalismo, não deixa de ser um outro equívoco. Os princípios não devem ser vistos como positivação de valores, mas como, um mecanismo de abertura interpretativa.

A criação dos princípios ocorre de acordo com a necessidade para solução, dos ditos, “*hard cases*”, assim são criados tantos princípios quantos forem necessários para resolver esses casos difíceis e corrigir as imprecisões da linguagem.

É nesse contexto que surgem uma infinidade de princípios que vão sendo utilizados pelos tribunais e pela doutrina, mesmo diante da dificuldade de conceituação e alcance do seu significado.

Essa exacerbação de criação de princípios favorece o protagonismo judicial, tendo em vista que o interprete, na falta de um princípio, pode criá-lo (STRECK, 2012, p. 67).

Sob a ótica de Lenio:

Os princípios constitucionais instituem o *mundo prático* no direito (que, como já referi alhures, é distinto da razão prática *stricto sensu*) e essa institucionalização representa um ganho qualitativo para o direito, na medida em que, a partir dessa revolução paradigmática, o juiz tem um dever (*have a duty to*, como diz Dworkin) de decidir de forma correta. Trata-se do dever de resposta correta, correlato ao

direito fundamental de resposta correta (no caso, adequada à Constituição) que venho defendendo (STRECK, 2012, p. 68).

Deve ser levado em consideração que princípios não são regras, são mecanismos instituidores de regras, com o objetivo de encontrar no limite do texto constitucional, e alinhando com ele, a solução adequada para os casos concretos. Assim, uma decisão só se torna legítima, se fundada em uma regra trazida na constituição e instituída por um princípio. Seguindo a ideia de que “não há regra sem um princípio instituidor e sem princípios a regra não pode ser aplicada” (STRECK, 2012, p. 68).

Temos, portanto, que princípios não são dotados de obrigatoriedade, e se assim fossem, diante do panprincipiologismo e do protagonismo judicial na criação dos princípios, estaríamos falando de um instrumento enfraquecedor da democracia. No entanto, muito embora, os princípios não sejam regras, possuem normatividade o que proporciona um “fechamento interpretativo” (STRECK, 2012, p. 69).

4.1.3 Ativismo judicial: uma porta aberta para arbitrariedades

O surgimento do ativismo judicial tem como pano de fundo a experiência norte-americana, no julgamento do caso Marbury X Marshall, onde surgiu o controle de constitucionalidade americano, que trouxe as discussões quanto ao ativismo judicial.

No Brasil, com o processo de redemocratização, a concretização dos direitos do cidadão, e a institucionalização do controle de constitucionalidade surgem as primeiras discussões acerca da atuação do judiciário de forma ativista.

Da mesma forma que, como visto, houve uma internalização equivocada da Jurisprudência dos Valores e da Teoria da Argumentação de Alexy, por parte da doutrina brasileira, o mesmo ocorreu com o ativismo judicial. Ao passo que a atividade jurisdicional passa a ser vista com um ato de vontade do julgador, em um ambiente que aceita e incentiva o ativismo como forma de concretizar direitos.

Para falar de ativismo, é necessário realizar uma distinção simples entre dois conceitos frequentemente confundidos, o ativismo judicial e a judicialização da política.

A judicialização da política deve ser entendida como contingencial, por ser caracterizada pelo exercício por parte do Judiciário das funções típicas dos outros Poderes Estatais. O que é fruto do nosso modelo de Constituição. Esta, a judicialização da política, pode ser, portanto, ativista ou não. Já que o ativismo não é uma questão quantitativa, mas sim qualitativa (STRECK, 2013, p. 293).

Ao tratar do tema ativismo judicial é importante analisar a postura adotada pelo tribunal quando da apreciação de casos concretos. A título de exemplos de casos de que demonstram posturas ativistas adotadas pelo Supremo Tribunal Federal, o professor Lenio Streck, em suas obras traz o exemplo de dois casos, considerados, por ele, como emblemáticos.

O primeiro diz respeito à tese de mutação constitucional defendida pelos Ministros do STF no julgamento da Reclamação 4335 proposta pela Defensoria Pública da União. A presente reclamação diz respeito a controvérsia criada com a decisão proferida, pela corte, no julgamento do Habeas Corpus 82559 quanto à inconstitucionalidade do artigo 2º, parágrafo 1º, da Lei 8.072/90, ter eficácia *erga omnes*, independentemente ou não do cumprimento do dispositivo constitucional presente no artigo 52, inciso X da Constituição Federal, que determina que o Senado possui competência privativa para suspender a execução no todo ou em parte de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo.

Em virtude dessa decisão, a DPU ajuizou a reclamação contra a decisão de juiz da Vara de Execuções Penais do Rio Branco (AC), que indeferiu o pedido de progressão do regime da pena a dez condenados por crimes hediondos, contrariando decisão do Supremo sobre o assunto nos autos do Habeas Corpus (HC) 82959. Em fevereiro de 2006, por seis votos a cinco, os ministros do STF declararam a inconstitucionalidade do dispositivo da Lei dos Crimes Hediondos que proibia a progressão do regime de cumprimento da pena (parágrafo 1º, do artigo 2º, da Lei 8.07/90).

A tese discutida na ação diz respeito à função desempenhada pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Senado Federal no controle difuso de constitucionalidade das leis, ou seja, em decisões tomadas a partir da análise de casos concretos que chegam à Corte. No entanto, como a decisão fora tomada por meio de um *habeas corpus*, o juiz da Vara de Execuções considerou que ela só teve efeito imediato para as partes envolvidas no processo. Para ele, a eficácia geral da decisão, eficácia *erga omnes*, só passaria a valer quando o Senado Federal publicasse uma resolução suspendendo a execução da norma considerada inconstitucional pelo Supremo, como prevê a Constituição.⁷

O entendimento do STF no, até então, julgamento da demanda, em sede de controle difuso de constitucionalidade, foi a de atribuição da eficácia *erga omnes* e com efeito vinculante, por terem entendido os ministros, que muito embora a Constituição preveja no art.

⁷ Informações retiradas do site do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=238713>>. Acesso em: 05 fev. 2014, 15:30:25.

52 inciso X que a suspensão da lei declarada inconstitucional pelo STF será realizada pelo Senado Federal, estaríamos diante de um caso de mutação constitucional. Assim, a Constituição no lugar de ser lida como caberá ao Senado Federal suspender a execução da lei declarada inconstitucional no todo ou em parte pelo STF, deveria passar a ser lida como caberá ao Senado Federal dar publicidade a lei declarada inconstitucional pelo STF no todo ou em parte (STRECK, 2011, p. 52).

Muito embora, a tese defendida tenha sido de uma mutação constitucional do mencionado artigo, estamos falando, na verdade, de uma alteração na compreensão do texto Constitucional, à disposição da interpretação dos ministros do STF.

É necessário reforçar que o texto constitucional é vinculativo, não cabendo aos intérpretes realizar uma interpretação alheia ao conteúdo do próprio texto, para através do voluntarismo, para proferir decisões em análise de casos concretos (STRECK, 2011, p. 52).

Ora, é preciso lembrar, com Konrad Hesse, que o texto constitucional traz uma necessária vinculação constitucional – algo que Jon Elster chama de *pré-compromisso constitucional*. Ou seja, no texto escrito da Constituição, nascem fixações que aumentam o efeito estabilizador, racionalizador e assegurador da liberdade constitucional, que se perdem quando a Constituição escrita não é mais considerada taxativamente vinculativa. Se o juiz ou qualquer Tribunal, em afastamento da concepção jurídica positivista (por óbvio, o mestre alemão refere-se ao positivismo exegético), *acredita poder passar por cima do direito constitucional escrito* (como querem os ministros que defendem a mutação constitucional nesse caso) (STRECK, 2011, p. 52).

Essa postura adotada pelos ministros na reclamação constitucional mencionada poder ser considerada ativista, ao passo que a decisão ultrapassa os limites da norma constitucional, gerando uma atuação interventiva do intérprete na norma.

Outro caso em que é possível identificar a adoção de uma posturas ativistas por parte do STF, diz respeito ao julgamento da ADPF 178 proposta pelo MPF com o objetivo de reconhecer a união estável de pessoas do mesmo sexo.

Muito embora, tenha sido indeferida liminarmente, em um segundo momento, fora reapresentada buscando uma interpretação conforme a Constituição do art. 1.723 do Código Civil, no sentido de conceder a proteção integral às uniões homo afetivas (STRECK, 2013, p. 288).

Neste caso, fora buscada realizar uma interpretação extensiva da norma, ao passo que, muito embora o texto constitucional disponha explicitamente os termos indicativos de gênero, homem e mulher, buscou-se defender uma possível omissão do legislativa.

Sob a ótica da teoria crítica do professor Lenio Streck, essa seria uma clara forma de demonstrar um hiperativismo, tendo em vista que muito embora o texto constitucional disponha da norma de forma clara e objetiva, o tribunal, defendeu uma interpretação que ultrapassa o texto da norma. (STRECK, 2013, p. 288).

É importante destacar não está sendo realizado qualquer julgamento de valor quanto a equiparação das uniões homo afetivas às hetero afetivas. A discussão diz respeito é puramente aos limites de atuação do Supremo Tribunal Federal, frente as barreiras do texto constitucional. Se é que existe uma barreira que não possa ser transposta pelo ativismo judicial.

5) Conclusão

O constitucionalista e hoje Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luis Roberto Barroso, descreveu o neoconstitucionalismo como “o trunfo tardio do direito constitucional do Brasil”.

No entanto, a partir de uma reflexão realizada acima quanto o que representa o neoconstitucionalismo e suas implicações no cenário brasileiro, é facilmente possível discordar da afirmação do eminente Ministro.

Não que a constitucionalização de direitos e as constituições modernas, ricas em direitos e garantias fundamentais, não tenham sido importantes para a democracia brasileira e a criação de um Estado Constitucional. O neoconstitucionalismo não pode ser visto como um trunfo, pois com ele vieram as moléstias que afetaram o sistema constitucional do país.

A incorporação de teorias externas à realidade brasileira, típicas do movimento neoconstitucional, criaram problemas institucionais que refletem na aplicação do direito hoje. Como visto, questões como a hiperatividade do Supremo Tribunal Federal e o panpricipiologismo, possibilitaram uma grande carga de discricionariedade aos juízes e tribunais, fazendo com que haja uma clara fragilização da democracia e dos seus institutos garantidores.

O neoconstitucionalismo, portanto, representa para o Brasil um movimento em sentido contrário à concretização dos direitos constitucionais que supostamente defende.

6) Referências

AMADO, Juan Antonio García. In: Sobre el neoconstitucionalismo y sus precursores. In: **Teoría del Derecho y proceso: Sobre los fundamentos normativos de la decisión judicial**, financiado por el Ministerio de Educación y Ciencia de España. SEJ2007-64496.

BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. In: **Neoconstitucionalismo**. Coordenadores: Regina Quaresma, Maria Lúcia de Paula Oliveira e Farlei /Martins Riccio de Oliveira; Alejandro Pérez Hualde... [et al.] – 1. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo**: Direitos Fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

CARBONELL, Miguel; JARMILLO, Leonardo Garcia. El Canon neoconstitucional. In: **El neoconstitucionalismo**: significado y niveles de análisis. Madri: Editora Trota, 2010.

DUARTE, Écio Oto Ramos; Pozzolo Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição. São Paulo: Landy, 2010.

RAMOS, João Palma. Estado de Direito como Estado Constitucional: O Neoconstitucionalismo. In: **Teoria da Argumentação e Neoconstitucionalismo**: Um conjunto de perspectivas. (coordenação: Antônio Miguel Hespanha; Tereza Pizarro Beleza. Coimbra: Almedina, 2011.

SANCHÍS, Luis Prieto. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. In: **Anuário de la Facultad de Derecho de la Universidad autónoma de Madrid**. n° 5. 2011. (ejemplar dedicado a: Derecho y processo).

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: **Neoconstitucionalismo**. Coordenadores: Regina Quaresma, Maria Lúcia de Paula Oliveira e Farlei /Martins Riccio de Oliveira; Alejandro Pérez Hualde... [et al.] – 1. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Processo e Ideologia**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 24

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo. In: **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: Um debate com Luigi Ferrajoli. FERRAJOLI, Luigi, STRECK, Lenio, TRINDADE, André Karan (org) Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013a.

_____. **O que é isto - decido conforme minha consciência?** 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013b.