

**XXVII ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI SALVADOR – BA**

TEORIA CONSTITUCIONAL

CAIO AUGUSTO SOUZA LARA

PAULO ROBERTO BARBOSA RAMOS

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

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

T314

Teoria constitucional [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFBA

Coordenadores: Caio Augusto Souza Lara; Paulo Roberto Barbosa Ramos – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-635-2

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, Cidade Sustentável e Diversidade Cultural

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Salvador, Brasil).

CDU: 34



XXVII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI SALVADOR – BA

TEORIA CONSTITUCIONAL

Apresentação

Os artigos contidos nesta publicação foram apresentados no Grupo de Trabalho Teoria Constitucional I, durante o XXVII Encontro Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito - CONPEDI, realizado em Salvador-BA, de 13 a 15 de junho de 2018, sob o tema geral: “Direito, Cidade Sustentável e Diversidade Cultural”, evento realizado em parceria com o Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia - UFBA.

A apresentação dos trabalhos abriu caminho para uma importante discussão, em que os pesquisadores do Direito puderam interagir em torno de questões teóricas e práticas, levando-se em consideração a temática central grupo. Essa temática traz consigo os desafios que as diversas linhas de pesquisa jurídica enfrentam no tocante ao estudo dos referenciais teóricos do Direito Constitucional e dos reflexos do constitucionalismo na atuação do Poder Judiciário brasileiro.

Na coletânea que agora vem a público, encontram-se os resultados de pesquisas desenvolvidas em diversos Programas de Pós-graduação em Direito, nos níveis de Mestrado e Doutorado, com artigos rigorosamente selecionados, por meio de dupla avaliação cega por pares. Dessa forma, os 9 (nove) artigos ora publicados, guardam sintonia direta com este Grupo de Trabalho.

O pesquisador Hamilton da Cunha, de Pouso Alegre-MG, no artigo “PARADOXOS CONTEMPORÂNEOS DA DELIBERAÇÃO POLÍTICA DEMOCRÁTICA E SEUS LIMITES NA ORDEM CONSTITUCIONAL VIGENTE”, joga luz na problemática acerca

“ATIVISMO JUDICIAL E SEUS LIMITES FRENTE À CONSTITUIÇÃO”, argumentam que o ativismo judicial decorre de uma atuação proativa do Poder Judiciário, atuando incisivamente na concretização de direitos, a fim de lhes conferir a almejada efetividade, conforme estatui a Constituição Federal de 1988. Analisaram o ativismo judicial, desde suas concepções básicas, no que tange à conceituação, aspectos positivos e negativos, bem como a identificação do fenômeno. Apresentaram também as teorias procedimentalistas, substancialistas e as críticas que são feitas a ambas, bem como o papel e os limites do ativismo judicial em face da Constituição Federal.

Oriunda do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Fumec, Luisa Mendonça Albergaria De Carvalho, e seu orientador, o Professor Antônio Carlos Diniz Murta, assinam a investigação denominada “DISTORÇÕES SOBRE A DISTRIBUIÇÃO DE COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA SOB A PERSPECTIVA DO FEDERALISMO BRASILEIRO”. O artigo tem como objeto refletir sobre as distorções na distribuição das competências tributárias sob a perspectiva do federalismo no texto constitucional brasileiro. Para isso, definiram o conceito de federalismo, sua origem, características; e, principalmente, o funcionamento do federalismo brasileiro. Em seguida, discorreram sobre a competência legislativa constitucional tributária atual e dissertaram sobre a repartição de competência e a capacidade ativa tributária. Finalizaram realizando comparação entre repartição de competência tributária, arrecadação de receita e a crise fiscal vivenciada pelos entes federados.

Já na pesquisa “ANALISANDO O NEOCONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO: UMA REFLEXÃO CRÍTICA NECESSÁRIA”, os mestrandos da Universidade Federal do Ceará Pedro Henrique Azevedo Lopes Ferreira e Rebeca Costa Gadelha da Silveira abordam o neoconstitucionalismo como um fenômeno lastreado na força normativa da constituição, na reaproximação dos valores e da moral ao direito, na supervalorização dos princípios e no consequente fortalecimento do Judiciário. Na investigação, expuseram as principais construções realizadas acerca das falhas do neoconstitucionalismo. Buscaram retratar o

históricas, que por vezes envolvem implementação de políticas públicas, efetivação de direitos fundamentais ou até escolhas morais em temas controvertidos. Foi apresentado estudo sobre judicialização e ativismo judicial neste artigo e inicialmente buscou traçar as linhas gerais sobre a matéria, definindo os fenômenos e, sobretudo, ressaltando as diferenças entre eles. Em seguida, analisou o julgamento da ADPF 132 e da ADI 4277, sobre a união estável homoafetiva, que recebeu fortes críticas por ter sido apontado como ativista.

Por sua vez, Marcos Leite Garcia, Professor da Universidade do Vale do Itajaí e de Passo Fundo, foi o autor de interessante pesquisa intitulada “SIEYÈS E AS ORIGENS DA TEORIA DO PODER CONSTITUINTE”, sobre as origens do Poder Constituinte na Revolução Francesa a partir da obra do abade Emmanuel-Joseph Sieyès. Afirmou que o momento histórico do início da Revolução é fundamental para o entendimento da construção teórica do poder constituinte. Outra ideia apresentada é da deflagração do movimento revolucionário a partir da transformação da Assembléia dos Estados Gerais em Assembléia Nacional Constituinte como essencial fundamento para a titularidade legítima do exercício do Poder Constituinte até os dias de hoje.

Da Faculdade Fasipe, em Sinop-MT, os pesquisadores Norton Maldonado Dias e Gabriel Aparecido Anizio Caldas trouxeram a investigação “PROTAGONIZANDO A TEORIA DOS BLOCOS DE CONSTITUCIONALIDADE NA PRAXE DA APLICAÇÃO CONSTITUCIONAL E SUA DIFERENCIAÇÃO EM FACE AOS PARÂMETROS DE CONTROLE”. Segundo eles, na aplicação de normas constitucionais é verificável uma pontual e errônea coincidência entre uma antiga concepção teórica de origem francesa e a de autoria de Louis Favoreu, intitulada de blocos de constitucionalidade. O trabalho buscou delinear contornos muito pouco claros entre estas duas concepções na esfera de aplicação e interpretação constitucional. Foi levantado um histórico da problemática e constatado um relevante tradicionalismo na construção teórica dos intitulados blocos de constitucionalidade.

Da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS, o pesquisador Bernardo Leandro

Direito Constitucional, com perspectiva de complementariedade em relação às tradicionais leituras do Constitucionalismo.

Por fim, Andressa Sloniec, da Escola Superior do Ministério Público de Porto Alegre e a pesquisadora Raquel Fabiana Lopes Sparemberger apresentaram “TRAÇOS CARACTERIZADORES DO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO: UM DEBATE SOBRE NEOCONSTITUCIONALISMO(S)”. Neste trabalho, verificaram os traços que são determinantes da era do constitucionalismo contemporâneo e a construção do cenário para o surgimento do neoconstitucionalismo. Afirmaram que o arcabouço jurídico (neo)constitucionalista emerge a partir da dialética acerca da temática no final do século XIX.

Agradecemos a todos os pesquisadores pela sua inestimável colaboração e desejamos uma ótima e proveitosa leitura!

Coordenadores

Paulo Roberto Barbosa Ramos – Universidade Federal do Maranhão-UFMA

Caio Augusto Souza Lara – Escola Superior Dom Helder Câmara - ESDHC

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

ANALISANDO O NEOCONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO: UMA REFLEXÃO CRÍTICA NECESSÁRIA

ANALYSING BRAZILIAN NEOCONSTITUCIONALISM: CRITICS REFLECTONS IN NEED

Pedro Henrique Azevedo Lopes Ferreira ¹
Rebeca Costa Gadelha da Silveira ²

Resumo

O neoconstitucionalismo é um fenômeno lastreado na força normativa da constituição, na reaproximação dos valores e da moral ao direito, na supervalorização dos princípios e no conseqüente fortalecimento do Judiciário, tendo se espalhado rapidamente entre os juristas brasileiros. Todavia, este fenômeno não ficou imune a críticas. Objetiva-se, no presente trabalho, por meio de pesquisa teórica e bibliográfica, expor as principais construções realizadas acerca das falhas do neoconstitucionalismo. Observando-se tais pontos, busca-se pensá-los de forma a redimensionar o neoconstitucionalismo, possibilitando, assim, num contexto de intensa insegurança jurídica, sua saudável evolução em conformidade com os postulados da segurança jurídica e da justiça.

Palavras-chave: Neoconstitucionalismo, Críticas, Ponderação, Segurança jurídica, Justiça

Abstract/Resumen/Résumé

Neoconstitutionalism is a phenomenon based on the constitution normative force, on the rapprochement of values and morality to the law, on the overvaluation of principles and on the strengthening of the Judiciary, which spread rapidly among Brazilian jurists. However, this phenomenon was not immune to critics. The objective of this work is to present, through theoretical and bibliographical research, the main constructions about its failures. Looking at these points, neoconstitutionalism need to be resize it, thus enabling, in a context of intense legal uncertainty, its healthy evolution in accordance with the postulates of legal security and justice.

1. INTRODUÇÃO

O constitucionalismo brasileiro vem passando por algumas transformações substanciais desde a promulgação da Constituição Cidadã. É inegável que o neoconstitucionalismo, fenômeno difundido, no Brasil, especialmente por Luís Roberto Barroso, ganhou farto terreno nas discussões que envolvem a aplicação do direito como um todo.

A reaproximação dos valores e da moral da ciência jurídica, somados a uma veneração da Constituição e a uma descrença nos Poderes Executivo e Legislativo, alçaram o Judiciário ao centro das atenções na república brasileira, o que exige dos juristas uma constante análise de tais fenômenos, com uma premente necessidade de construção de uma autocrítica a ser realizada pelos estudiosos do direito sobre o próprio ato de aplicação do ferramental jurídico.

Nesse contexto, algumas indagações mostram-se necessárias. Seriam os princípios mais importantes do que as regras dentro de uma ordem jurídica em que tudo emana da Constituição? A ponderação, da forma como é feita no Brasil, seria o melhor instrumento para solver as mais diversas problemáticas jurídicas surgidas? Seria o Judiciário um messias apto a solucionar os problemas mais sensíveis do País? Tais questões são provenientes de uma crítica que se faz ao fenômeno neoconstitucionalista, o qual se alastrou pelo país nos últimos anos e que, até recentemente, não era alvo de maiores reflexões por aqueles que manejam o ferramental jurídico como um todo.

O presente estudo, desenvolvido por meio de uma pesquisa eminentemente teórica e bibliográfica, pretende explorar tais questionamentos, mostrando as principais falhas do fenômeno neoconstitucionalista que normalmente não são tão visíveis aos operadores do direito.

Para tanto, será delineada, de início, uma breve exposição acerca do que seria o neoconstitucionalismo tupiniquim e suas origens, bem como se discutirá suas consequências práticas para a ordem jurídica brasileira. Posteriormente, com ênfase no que lecionam principalmente Humberto Ávila, Lenio Streck e Daniel Sarmento, serão apresentadas algumas críticas ao fenômeno do neoconstitucionalismo brasileiro - sem a pretensão de esgotar o tema - buscando, em certa medida, responder aos questionamentos acima esposados.

2. AS ORIGENS DO NEOCONSTITUCIONALISMO E SUAS PREMISSAS BÁSICAS

As atrocidades cometidas contra minorias específicas, a expansão de regimes totalitários, um pensamento de uma pretensa supremacia da raça ariana e a consagração, no Direito, de um positivismo exacerbado divorciado dos valores e da moral configuraram o contexto do desenvolvimento do constitucionalismo pós-guerra, caracterizando-se em fatores essenciais e fundamentais para justificar a nova roupagem dada ao Direito em sentido amplo e, especificamente, ao Direito Constitucional.

Após a 2ª Guerra Mundial e ainda influenciada pelo estado negro de graves violações aos direitos humanos, a comunidade mundial voltou-se num movimento de fortalecimento do texto constitucional por meio da reaproximação do direito de valores morais e éticos, inundando as constituições de valores supremos, insuperáveis, irrenunciáveis e inegociáveis consubstanciados no respeito à dignidade da pessoa humana, objetivando, assim, que os erros do passado não se repetissem.

Portela destaca, nesse sentido, esse cenário vivenciado pela comunidade mundial, do qual se resultou no resgate dos valores ao Direito e na flexibilização da soberania quando verificada ameaça à dignidade da pessoa que pudesse colocar em risco a estabilidade internacional.

A II Guerra foi marcada por atrocidades sem precedentes e pelo emprego de meios de violação da dignidade da pessoa humana que se aproveitavam dos inúmeros avanços tecnológicos da época e que eram, portanto, capazes de provocar prejuízos significativos. Ao mesmo tempo, esse período da história foi também marcado pela profusão de regimes totalitários, que diminuíam a importância da pessoa dentro do Estado, como o Nazismo, o qual pretendia, ademais, condicionar o gozo de direitos à pertinência a uma determinada raça. No universo jurídico, vivia-se a época do positivismo exacerbado, em que a dimensão axiológica da norma tinha importância reduzida ou nula. Por fim, a soberania nacional era entendida como praticamente absoluta, protegendo o Estado contra ações internacionais motivadas pela situação dos direitos das pessoas nos respectivos âmbitos de competência. Na medida em que a II Guerra avançava, as negociações que os Aliados promoviam para reorganizar o mundo após o conflito eram pautadas por percepções como a de que o desrespeito aos direitos humanos estava na raiz dos conflitos, bem como a de que a cooperação internacional era instrumento fundamental para a realização dos interesses da humanidade. No Direito, a doutrina promovia o resgate do valor como elemento relevante da norma, e afirma-se uma nova orientação: a de que a soberania perderia seu caráter absoluto quando ocorresse atos que violassem a dignidade da pessoa e que pudessem pôr em risco a estabilidade internacional. (PORTELA, 2010, p. 634)

Nesse contexto, o Direito Constitucional e a Ciência do Direito Constitucional sofreram mudanças estruturais marcantes, galgando espaço privilegiado no ordenamento jurídico, além de se irradiar para todos os sistemas jurídicos complementares, ao passo que a codificação, fenômeno predominante desde o Código Napoleônico até a segunda guerra mundial, perdeu significativo espaço em detrimento da constitucionalização do direito.

Houve, portanto, uma transformação no modo de se ver a Constituição, fundando, acima de tudo, um sentimento constitucional irrefreável e uma vontade de dar uma força normativa ao texto constitucional, tornando inevitável o estudo do Direito para se efetivá-la, constituindo-a na base de todo o ordenamento jurídico, no pilar estrutural de todo o sistema normativo.

No Brasil, a mudança constitucional se fez sentir após a passagem pela ditadura militar, momento histórico marcado pelas limitações aos direitos da população diante da forte pressão exercida pelo regime militar. Em contraposição à soberania militar configurada desde os primórdios da década de 60, a Constituição Federal de 1988 inaugurou, por sua vez, regime democrático perpetrado através do Estado Democrático de Direito, a constituição dos direitos e garantias fundamentais, bem como inaugurou no decorrer do texto constitucional a vontade e o sentimento de se fazer valer a constituição garantidora dos direitos dos cidadãos no território brasileiro, ou seja, uma Constituição Cidadã nasce.

A abertura realizada por meio da Constituição Federal de 1988 aos valores e ao sentimento constitucional brasileiro deu ensejo à criação de uma corrente constitucional considerada como um fenômeno marcado por uma forma contemporânea de pensar o Direito derivado de um contexto de ilegitimidade ancestral, da falta de efetividade das constituições anteriores e do desrespeito à legalidade constitucional. Extrai-se, nessa linha, o contexto inaugural do neoconstitucionalismo, conforme ensinamento destacado por Barroso e Barcellos.

A ilegitimidade ancestral materializou-se na dominação de uma elite de visão estreita, patrimonialista, que jamais teve um projeto de país para toda a gente. Viciada pelos privilégios e pela apropriação privada do espaço público, produziu uma sociedade com *déficit* de educação, de saúde, de saneamento, de habitação, de oportunidades de vida digna. Uma legião imensa de pessoas sem acesso à alimentação adequada, ao consumo e à civilização, em um país rico, uma das maiores economias do mundo.

A falta de efetividade das sucessivas Constituições Brasileiras decorreu do não reconhecimento de força normativa aos seus textos e da falta de vontade política e dar-lhes aplicabilidade direta e imediata. Prevaleceu entre nós a tradição europeia da primeira metade do século, que via lei fundamental como mera ordenação de programas de ação, convocações ao legislador ordinário e aos poderes públicos em

geral. Daí por que as Cartas Brasileiras sempre se deixaram inflacionar por promessas de atuação e pretensos direitos que jamais se consumaram na prática. Uma história marcada pela insinceridade e pela frustração.

O *desrespeito à legalidade constitucional* acompanhou a evolução política brasileira como uma maldição, desde que D. Pedro I dissolveu a primeira Assembleia Constituinte. Das rebeliões ao longo da Regência ao golpe republicano, tudo sempre renunciou um enredo acidentado, onde a força bruta diversas vezes se impôs sobre o direito. Foi assim que Floriano Peixoto, com o golpe do Estado Novo, com o golpe militar, com o impedimento de Pedro Aleixo, com os atos institucionais. Intolerância, imaturidade e insensibilidade social derrotando a Constituição. (BARROSO; BARCELLOS, 2017, *online*)

O neoconstitucionalismo se caracterizaria como movimento teórico filosófico que se define como pós-positivista e pós-moderno, reconhecendo que as constituições contemporâneas possuem vários paradoxos e contradições, uma vez que englobam diversos valores, *a priori*, conflitantes entre si, ao passo que, tais valores contraditórios existentes no mesmo tempo e espaço do texto constitucional, ocasionariam choque de direitos e garantias fundamentais, razão pela qual se faz necessária a adoção de técnicas específicas para a resolução desses conflitos.

O modelo neoconstitucionalista, quando visto sob uma perspectiva teórica, acaba por propor a revisão de três teorias tradicionais do positivismo jurídico: a teoria das fontes, a teoria das normas e a teoria da interpretação.

No que se refere à teoria das fontes, há uma substituição do legicentrismo pela centralidade da Constituição. Significa dizer que a Constituição galga posição hierárquica superior no ordenamento jurídico, configurando-se a norma pilar da estrutura arquitetônica do sistema jurídico (MOREIRA, 2008, p. 250). Surge-se, nesse sentido, o fenômeno da constitucionalização do direito no sentido de que a Constituição se irradiaria nos demais ramos do direito, dando-lhe o ar de constitucionalidade necessária, a fim de constituir a simetria entre a Carta Maior, as manifestações legislativas e legísticas decorrentes e o conteúdo dos demais direitos.

Sobre a constitucionalização do direito, destaca Barroso que tal fenômeno está associado ao efeito expansivo das normas constitucionais, as quais acabam por condicionar os princípios e as regras de todas as normas do direito infraconstitucional.

A ideia de constitucionalização do Direito aqui explorada está associada a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico. Os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional. (BARROSO, 2009, p. 62)

Em relação à teoria das normas, de acordo com os ensinamentos de Konrad Hesse (1991), a Constituição detém caráter eminentemente jurídico e não mais meramente político, sendo, assim, dotada de força normativa, a qual terminará por trazer especial contribuição ao direito constitucional e a ciência constitucional como um todo.

Já no concernente à teoria da interpretação, fala-se da centralidade da Constituição, ou seja, em uma perspectiva do Direito como um todo que paira sobre uma filtragem constitucional. Dessa forma, toda a ciência jurídica, e todos os instrumentos normativos vigentes devem obediência à Constituição, servindo esta como uma lente através da qual se deve olhar o restante do ordenamento (MOREIRA, 2008, p. 251).

Nesse sentido, a constituição escrita passa a ter a força normativa necessária e capaz de alterar ou conformar a realidade existente, vinculando e obrigando a atuação e interpretação jurisdicional conforme o texto constitucional, não podendo o intérprete contrariar seus mandamentos.

O fenômeno do neoconstitucionalismo também traz outras consequências ou influências na sistematização do ordenamento jurídico, constituindo a primeira delas, na centralidade dos direitos fundamentais, os quais passam a constituir o centro do ordenamento jurídico, ocupando, inclusive, posição diferenciada dentro da organização estrutural do texto constitucional, configurando, na Carta de 1988, os primeiros títulos a serem contemplados pelo intérprete ou pelo operador do Direito.

Ou seja, a inflexão do pensamento constitucional também influenciou na estrutura geográfica de organização dos direitos previstos pelo texto constitucional, de tal forma que, para resguardar valores intrínsecos à pessoa humana e a garantia das liberdades inerentes, os direitos fundamentais passaram a ocupar espaço de destaque na constituição escrita.

Dessa forma, destaca-se que a centralização dos direitos fundamentais trouxe como consequência a ampliação das atribuições do Poder Judiciário, de tal forma a se falar no protagonismo no qual se imiscuiu tal Poder. Houve, assim, em contrapartida do que ocorria anteriormente quando o Poder Legislativo detinha o poder central do sistema jurídico, o fortalecimento do órgão julgante e da jurisdição constitucional.

Nesse sentido, como decorrência natural do reconhecimento da força normativa da constituição, tornou-se necessária a atuação de um órgão capaz e a altura do cumprimento dos comandos previstos no texto constitucional, ao passo que o Poder Judiciário, tomando para si o papel de garantir a supremacia constitucional, ou seja, de resguardar a superioridade da Carta Constitucional, principalmente quando diante de atos, condutas e tratamentos capazes

de minar os preceitos constitucionais, acabou por protagonizar as principais questões políticas e sociais do ordenamento.

Passou a configurar dever e atribuição do Poder Judiciário garantir uma blindagem aos direitos fundamentais face ao desvirtuamento de institutos, que, por muitas vezes, a própria Administração Pública se utiliza para negar ditames constitucionais, trazendo a lumes fenômenos como a judicialização da política, a judicialização da saúde e o próprio ativismo judicial.

A judicialização passa a constituir fenômeno segundo o qual o Poder Judiciário decide questões políticas e sociais que estariam, *a priori*, fora de suas funções típicas, desembocando, na maioria das vezes, em postura ativista no sentido de adotar uma postura ativa ou inerte diante das questões levadas para sua resolução, o que, acabou por ocasionar, o sobrecarregamento do Poder Judiciário em razão das diversas demandas levadas a sua análise, justificadas pelo choque de princípios constitucionais.

A rematerialização da constituição, outra consequência advinda do neoconstitucionalismo, caracteriza-se pela inflexão material da constituição no sentido de estabelecer no texto constitucional diversos conteúdos, inclusive, aqueles tipicamente não constitucionais. Nesse sentido, o texto constitucional passou a consagrar extensos catálogos de direitos fundamentais, visando dar a estes a máxima efetividade, o que findou por demandar maior atuação e produção jurisdicional.

De fato, não há como se esquecer dos desastres decorrentes da segunda guerra mundial e do extenso período de dominação militar brasileira, os quais deixaram cicatrizes irreparáveis na humanidade e na população brasileira no que diz respeito a sua dignidade como pessoa humana detentora de direitos e deveres.

Em razão desse cenário, as constituições pós-guerra, dentre as quais se inclui a Constituição Federal de 1988, tem por finalidade buscar a humanidade perdida, de tal forma que o positivismo passa a ser estereotipado como o grande vilão e buscam-se, assim, os valores essenciais, fundamentais e mínimos, os quais foram mitigados durante esse período.

Estabelece-se no território brasileiro no neoconstitucionalismo o ideal a ser alcançado em prol do retorno do Direito aos valores morais, éticos e sociais, uma vez que sua estrutura flexível permite a abertura de brechas para toda sorte de interpretação que se queira dar para um conflito entre princípios constitucionais, seja para garantir os preceitos constitucionais, seja para, mesmo que sobre pretexto fictício de proteção da ordem constitucional, mitigar direitos essenciais.

A flexibilidade hermenêutica advinda do neoconstitucionalismo ou do constitucionalismo à brasileira com que se tratam as estruturas básicas do ordenamento jurídico pode se tornar um canto de sereia, na medida em que a música, num primeiro momento, bela e sedutora, podem, para quem a ouve, atrair para perigosos caminhos e águas obscuras de exaltação de um sentimentalismo exacerbado da Constituição em detrimento do formalismo mínimo e necessário para a manutenção da segurança constitucional.

Nesse sentido, faz-se necessário tecer apontamentos críticos ao neoconstitucionalismo pertinentes tendo em vista, principalmente, o contexto de incerteza jurídica que permeia o atual cenário do sistema jurídico brasileiro.

3. APONTAMENTOS CRÍTICOS AO NEOCONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO

A teorização neoconstitucionalista, diante de sua massiva difusão nos meios acadêmicos, não ficou, logicamente, imune a críticas. Conhecê-las é fundamental para o jurista brasileiro moderno, na medida em que muito se replica, de modo acrítico, diversos discursos cuja gênese vem, justamente, de raízes que brotaram do fenômeno ora estudado.

Segundo aponta Ávila (2017, *online*), o desenvolvimento do pensamento neoconstitucionalista é fruto de um desencadeamento de ideias, o qual pode ser esboçado, de modo sintético, no sentido de que as Constituições oriundas do pós-guerra teriam previsto mais princípios do que regras, sendo aqueles aplicados por ponderação no lugar da clássica subsunção.

Sendo a ponderação o instrumento que guia o Direito, destacou-se a exigência de análise individualizada e concreta, para a qual cedeu lugar a análise geral e abstrata. Diante disso, o Judiciário destacou-se em relação ao Legislativo e ao Executivo, passando, com maior vigor, a agir de modo ativista, levando-se a uma atuação centrada na Constituição em vez de baseada na legislação.

Assim, segundo o mencionado autor (ÁVILA, 2017, *online*), o fenômeno ora estudado lastreia-se quatro pilares fundamentais, quais sejam: normativo (“da regra ao princípio”), metodológico (“da subsunção à ponderação”), axiológico (“da justiça geral à justiça particular”) e o organizacional (“do Poder Legislativo ao Poder Judiciário”).

No que diz respeito ao pilar normativo, tem-se a já mencionada concepção de que, no constitucionalismo hodierno, teriam as regras cedido lugar para os princípios, os quais se espalharam pelo corpo constitucional e adquiriram grau de normatividade nunca antes visto.

As Constituições, inclusa a Brasileira de 1988, seriam antes qualificadas como “principiológicas” do que “regulatórias”.

Constata Ávila (2017, *online*), quantitativamente falando, que, embora o Título I da Constituição Brasileira contenha princípios, todo o seu resto é composto por algumas normas de cunho principiológico e por um abundante número de regras. A Constituição Brasileira, justamente por ser analítica, prevê diversas hipóteses de incidência normativa específicas, tratando de assuntos de modo pormenorizado e detalhista, havendo escolhas nítidas do Constituinte para a mais diversa gama de assuntos, o que denotaria, por certo, uma escolha por um modelo de regras, e não de princípios.

A chamada “ponderação pré-legislativa” (ÁVILA, 2017, *online*) delimita procedimentos, atribui competências, define autoridades e estabelece instrumentos que garantem, justamente, a tão bem quista força normativa da constituição outrora defendida por Konrad Hesse. Acaso tais definições ficassem ao alvedrio de vinculações a ponderações horizontais, destinadas a atribuir-lhes algum peso, é possível que, segundo pontua Ávila, terminassem sem peso algum.

Tal se verifica corriqueiramente na prática jurídica, bastando citar-se o exemplo da dignidade da pessoa humana, preceito normativo de elevadíssima carga axiológica que, comumente, é utilizado como parâmetro interpretativo para toda sorte de casos levados à análise das Cortes de Justiça brasileiras, bem como do próprio Supremo Tribunal Federal, havendo, inclusive, decisões em que este mesmo valor é utilizado tanto numa argumentação favorável para o deslinde da demanda como principal fator de contra argumentação de razões contrárias.

Ou seja, não há uma racionalidade adequada das fundamentações judiciais, utilizando dos princípios e valores constitucionais e fundamentais como carta trunfo no jogo de decidir uma demanda. Acerca do assunto, Neves é pontual ao asseverar que o abuso de princípios como razões de decidir pode levar a decisões por vezes antagônicas, podendo os princípios servir como ferramentas retóricas aptas a fundamentarem qualquer coisa.

Mas a mobilidade e a abrangência dos princípios constitucionais não excluem que os conflitos externos sejam reproduzidos internamente, de tal maneira que, com um mesmo princípio, frequentemente, podem ser fundamentadas decisões antagônicas. A isso se relaciona o perigo do abuso de princípios que decorre da probabilidade de que, em certos contextos, eles sirvam retoricamente para encobrir manipulações que bloqueiam a autoconsciência constitucional da respectiva ordem jurídica. (NEVES, 2013, p. 129)

Ainda dentro do pilar normativo, fundamental é pontuar, segundo Ávila (2017, *online*) que não se pode falar de uma supremacia apriorística de princípios sobre regras, na medida em que as regras tem a função precisa de resolução de um conflito conhecido ou antecipável.

Daí se afirmar a existência de uma regra constitucional elimina a ponderação horizontal entre princípios pela existência de uma solução legislativa prévia destinada a eliminar ou diminuir os conflitos de coordenação, conhecimento, custos e controle de poder. E daí se dizer, por consequência, que, num conflito, efetivo ou aparente, entre uma regra constitucional e um princípio constitucional, deve vencer a regra. Por exemplo, se a Constituição possui uma regra vedando, de modo categórico, a utilização de prova ilícita, não cabe ao intérprete, por meio de uma ponderação de princípios constitucionais eventualmente aplicáveis, permitir a sua utilização, pois, nesse caso, a própria Constituição fez uma escolha que não pode ser desconsiderada pelo intérprete. Entender de modo contrário, é interpretar como descartáveis normas que a Constituição quis resistentes a uma ponderação horizontal, flexibilizando aquilo que ela quis objetivamente enrijecer. (ÁVILA, 2017, *online*)

As regras, portanto, tem importância singular dentro do sistema normativo, não sendo aconselhável desprezá-las. Como assevera Neves, os princípios constitucionais são, em certa medida, diabólicos. Em uma sociedade dinâmica e complexa não se pode superestimar as regras, sob pena de enrijecer exageradamente o ordenamento jurídico e a atividade de aplicação do mesmo. A fascinação pelos princípios constitucionais, por outro lado, acaba por dissolver amorfamente o direito.

O caráter amorfo da fumaça principialista torna o direito inconsistente e, simultaneamente, não adequado aos fatores sociais do seu ambiente, mas sim subordinado imediatamente a eles. Daí resulta a inflação de princípios, que pode levar, no limite, à desestabilização das expectativas normativas, à insegurança jurídica e à desconfiança no funcionamento da própria ordem constitucional. Nesse contexto, os princípios apresentam-se como *topoi* argumentativos de uma retórica que encobre a inconsistências do direito. (NEVES, 2013, p. 133)

Já dentro do pilar metodológico, o qual trata da elevação da técnica da ponderação de princípios como um dos preceitos-chave de aplicação do ordenamento jurídico, tem-se também por possível o apontamento de algumas questões relevantes.

Primeiramente, tem-se que a ideia de que é possível a utilização de princípios sempre que estes forem aptos a solverem determinado caso concreto acaba por dar grande importância à técnica da ponderação. Na visão de Ávila (2017, *online*), a utilização em

demasia da ponderação poderia ser responsável por um verdadeiro anti-escalonamento da ordem jurídica, na medida em que a rede de relações hierárquicas existente entre os níveis de concretização normativa cederiam lugar a um só nível ante a presença de normas exclusivamente principiológicas que poderiam ser utilizadas como elemento único de fundamentação de uma decisão.

Além disso, o paradigma da ponderação como técnica máxima de solução de casos concretos acabaria por aniquilar tanto as regras e como o exercício regular do princípio democrático por meio da função legislativa. Ao se possibilitar a utilização dos princípios constitucionais mesmo nas hipóteses em que regras solveriam a questão posta, acaba-se por permitir uma desvalorização da função legislativa, e, conseqüentemente, deprecia-se o papel democrático do Legislativo.

Segundo Ávila, com isso cria-se um verdadeiro paradoxo, na medida em que, ao se querer dar efetividade a princípios constitucionais, acaba-se por violar outros princípios de cunho verdadeiramente fundamental, bem como a própria ideia de supremacia constitucional.

Eis o paradoxo: a interpretação centrada nos princípios constitucionais culmina com a violação de três princípios constitucionais fundamentais – os princípios democrático, da legalidade e da separação de Poderes. Obedece-se à (parte da) Constituição, violando-a (noutra parte). Esse primeiro paradoxo conduz a um segundo: quando tudo está na Constituição, e nada na legislação que deveria estar conforme a ela, a supremacia constitucional perde seu significado, pois a Constituição deixa de servir de referência superior pela inexistência ou irrelevância do elemento inferior. Privilegia-se a supremacia constitucional, eliminando-a. (ÁVILA, 2017, *online*)

É fundamental que se pontue, ainda, que o paradigma da ponderação, sem a utilização de critérios objetivos previamente estipulados, acaba por conduzir a um subjetivismo decisório e a uma conseqüente perda da normatividade do Direito. Conforme assevera Ávila (2017, *online*), quando o Judiciário pondera sem a utilização de critérios objetivos, o destinatário de sua decisão fica sabendo apenas posteriormente aquilo que já deveria ter conhecimento, perdendo o Direito também o seu caráter de previsibilidade. O aplicador da norma, responsável por uma reconstrução de sentido anterior e exterior, acabaria por construí-lo, usurpando verdadeiramente o papel do Legislativo.

Como forma de solver a questão, o autor (ÁVILA, 2017, *online*) pontua três diretrizes básicas para que a utilização da técnica da ponderação passe a ser intersubjetivamente controlável. Primeiramente, se houver regra constitucional aplicável ao caso, esta deve ser aquela utilizada pelo juízo sentenciante. Inexistindo regra aplicável,

defende-se a realização da aplicação da regra infraconstitucional cabível realizada a luz da Constituição. Não sendo nenhuma das hipóteses anteriores viável, poder-se-ia realizar a ponderação de princípios constitucionais, fundamentando a aplicação do princípio que sobressairá na construção de uma norma aplicável ao caso concreto.

De todo modo, tem-se que a técnica da ponderação, sem observância de requisitos ou fases objetivas, consiste em uma técnica não jurídica que tudo explica, mas que nada orienta, legitimando um verdadeiro decisionismo judicial. Nos dizeres de Streck, a dependência da discricionariedade seria o maior problema da ponderação.

De todo modo, o problema principal da ponderação é a sua filiação ao esquema sujeito-objeto e a sua dependência da discricionariedade, ratio final. Desse modo, se a discricionariedade é o elemento que sustenta o positivismo jurídico nos “casos difíceis” e nas vaguezas e ambiguidades da linguagem dos textos jurídicos, não parece que a ponderação seja “o” mecanismo que livre (ou arranque) o direito dos braços do positivismo. Pode até arrancá-lo dos braços do positivismo primitivo; mas o atira nos braços de outra forma de positivismo – axiologista, normativista ou pragmaticista. Veja-se: a teoria da argumentação – de onde surgiu a ponderação – não conseguiu fugir do velho problema engendrado pelo subjetivismo, a discricionariedade [...]. (STRECK, 2011, p. 24)

A ponderação, portanto, apenas pode ser defendida quando critérios intersubjetivamente controláveis acompanhem sua aplicação.

Partindo ao fundamento axiológico do neoconstitucionalismo, ou seja, àquele em que se sai de uma justiça geral para uma predominância da justiça particular, tem-se que, como consequência da primazia da utilização da ponderação de princípios no ordenamento, há um esvaziamento da análise de normas gerais previamente estipuladas para a realização da justiça concreta, com a criação de uma nova norma jurídica por meio do sopesamento de princípios colidentes.

A questão posta no presente ponto é a de que, por vezes, em nome de um desejo de dar efetividade à constituição e de, principalmente, chegar-se a um resultado que se acredita ser justo, deixa-se de aplicar uma regra geral válida ao caso concreto que se apresenta em nome da busca de uma solução que se entende suficiente para a questão posta. Despreza-se a solução dada pela lei em favor da construção de uma “lei para o caso concreto” (ÁVILA, 2017, *online*) construída por meio de sentimentos morais do ente judicante transcritos para a decisão e utilizando como porta de entrada justamente os princípios do ordenamento jurídico.

Ingeborg Maus (2000, p. 186) é clara ao aduzir que, quando a moral torna-se produto da interpretação do magistrado, esta imuniza a atividade jurisprudencial. Segundo a jurista

alemã, quando são introduzidos pontos de vista morais e valorativos na jurisprudência, a invocação de princípios “superiores” ao direito escrito leva à suspensão de disposições normativas existentes para que se decida um caso concreto de modo inusitado.

Maus (2000, p. 190) aponta ainda no sentido de que tal inversão de expectativas não é fruto apenas de uma usurpação criada por parte dos tribunais, mas da própria estrutura normativa, a qual cria conceitos de teor axiológico extremamente pesado, como, por exemplo, a expressão “ma-fé”.

Critica-se, assim, o fundamento axiológico neoconstitucional na medida em que, em verdade, deve a regra ser, de certa forma, rígida à subjetividade do aplicador, sob pena de suas funções ficarem prejudicadas. Para que uma regra cumpra sua função, ela deve ser, em certa medida, relativa à possibilidade de superação de sua hipótese de incidência (ÁVILA, 2017, *online*).

Entre as muitas funções das regras, está a de reduzir incertezas, garantindo segurança jurídica. Elas estabilizam conflitos morais e reduzem a indeterminação e a arbitrariedade decorrente da sua inexistência ou desconsideração. São, assim, instrumentos de realização de uma justiça geral e abstrata, verdadeiros elementos estabilizadores do Direito. Desse modo, a busca de soluções inéditas para cada caso concreto e o desprezo às regras implicam, em verdade, em verdadeira injustiça. Os ideais da segurança jurídica e da estabilidade do sistema não devem ser desprezados.

No mesmo sentido, Daniel Sarmiento (2017, *online*) defende a indispensabilidade das regras, pois, em seu visio, geram maior previsibilidade e segurança jurídica para seus destinatários, reduzindo os riscos de erro na sua incidência, já que não são tão dependentes das valorações do intérprete quanto os princípios. Além disso, as regras envolvem um menor custo durante sua aplicação, na medida em que incidiriam de forma mais mecânica, demandando menor esforço do intérprete, não implicando, assim, uma transferência do poder decisório do Legislativo para o Judiciário.

Além disso, frisa Sarmiento (2017, *online*) que, em uma sociedade complexa e singular como a brasileira, na qual impera o “jeitinho” e o patrimonialismo, não é de todo interessante a existência de um ordenamento jurídico aplicável de modo fluídico, sob pena de incidirmos, como efeito colateral, em um agravamento das patologias que já afligem nossas relações sociais, beneficiando-se grupos específicos.

Nesse sentido, Marcelo Neves (2013, p. 170) frisa que as cortes enfrentam permanentemente um paradoxo entre a consistência jurídica, associada primariamente à

argumentação esposada por meio de regras, e a adequação social do direito, vinculada principalmente à argumentação lastreada com base nos princípios.

Critica Ávila, por fim, o fundamento organizacional do neoconstitucionalismo, qual seja, aquele em que se passa de uma preponderância do Legislativo e do Executivo para o Judiciário. A construção do pilar neoconstitucionalista mencionado se daria no sentido de que, tendo em vista que a ponderação exige atividade interpretativa mais detalhada, atrairia maior participação do Poder Judiciário, advindo, em consequência, o ativismo judicial e a preponderância da Constituição em detrimento da legislação.

O fundamento organizacional, antes referido, reside na preponderância de um dos Poderes decorrente das alterações normativas e metodológicas anteriores: como a atividade de ponderação exige uma avaliação maior de aspectos individuais e concretos, em detrimento de elementos gerais e abstratos, a participação do Poder Judiciário, relativamente aos Poderes Legislativo e Executivo, ficaria maior. E desse ativismo judicial adviria, por sua vez, a preponderância da Constituição, em detrimento da legislação. (ÁVILA, 2017, *online*)

Esta preponderância do Judiciário é fortemente criticada na medida em que tal poder, ao decidir conflitos morais com a moralidade que ele próprio entende por correta sob o pretexto de defender a Constituição, acaba por usurpar o palco em que tais questões deveriam ser discutidas, o Legislativo.

Seria no poder legiferante, por meio do debate, com seus mecanismos públicos de discussão e votação, onde se tornaria possível a obtenção da participação de todos e a consideração das mais diversas opiniões. Em muitos casos, não existe uma única solução correta, mas sim vários caminhos capazes de promoverem a justiça social que se espera.

Neste ponto, conclui Ávila que num ordenamento constitucional que tem a democracia como postulado fundante não seria sustentável a preponderância do Poder Judiciário sobre o Poder 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. Em matérias para as quais não há uma solução justa para os conflitos de interesses, mas várias, não um só caminho para a realização de uma finalidade, mas vários, é por meio do Poder Legislativo que se pode melhor obter a participação e a consideração da opinião de todos. Num ordenamento constitucional que privilegia a participação democrática e reserva ao Poder Legislativo a competência para regular, por lei, um sem número de matérias, 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 o outro . (ÁVILA, 2017, *online*)

Não se desconhece que o Judiciário tem um importante papel contramajoritário, mas o que se discute, como pontua Daniel Sarmiento (2017, *online*), é uma questão de dosagem de atuação, na medida em que, enquanto que a imposição de certos limites para a decisão das maiorias pode ser justificada em nome da própria democracia, seu exagero pode ser taxado de anti-democrático, na medida em que tem o condão de restringir demasiadamente o autogoverno do povo.

A concentração de luzes no Judiciário é pernicioso, tencionando a obscurecer o papel das outras instâncias de poder na definição do sentido da Constituição. Como afirma Sarmiento (2017, *online*), sob um prisma descritivo, transmite-se uma imagem muito parcial do fenômeno constitucional, o qual não seria captado com todas as suas nuances, na medida em que acabaria por se focar apenas na atuação de um dos muitos agentes atuantes na seara da hermenêutica constitucional.

Além disso, sob um viés normativo, se fortaleceria um governo de sábios de toga, convidados a assumirem uma posição paternalista na sociedade (SARMENTO, 2017, *online*). Nesse sentido, Maus (2000, p. 187) parece concordar com Sarmiento quando indaga, de forma retórica: “não será a Justiça em sua atual conformação, além de substituta do imperador, o próprio monarca substituto?”

Seguindo nessa linha, Sarmiento (2017, *online*) conclui que o neoconstitucionalismo brasileiro tem pecado por excesso ao depositar no Judiciário expectativas que não são satisfatoriamente atendíveis, gerando-se um risco de se criar uma verdadeira ditadura togada, dos quais se teria como um de seus efeitos colaterais a disseminação de um discurso 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”.

Streck (2004, p. 101-102) caminha no mesmo sentido ao afirmar que o neoconstitucionalismo representaria apenas uma superação parcial do que Ferrajoli chama de *paleo-juspositivismo*. Em seu entender, o fenômeno neoconstitucionalista deposita erroneamente suas esperanças na “loteria do protagonismo judicial”. Sob a bandeira do referido fenômeno, acaba-se por defender, ao mesmo tempo, um direito da efetividade constitucional e da ponderação de valores, uma concretização *ad hoc* da Constituição e uma suposta constitucionalização do ordenamento a partir de jargões vazios de conteúdo, tudo isso

porque se acreditou que a jurisdição seria aquela responsável pela incorporação de “verdadeiros valores” que definem o direito considerado justo.

Com efeito, o neoconstitucionalismo quando utilizado de forma fluídica pode sensibilizar as estruturas do ordenamento jurídico, acabando por fragilizar em demasia a segurança jurídica em prol da necessidade de se resolver e dar uma solução imediata aos anseios sociais decorrentes da necessidade de se fazer valer a Constituição.

Todavia, fazer valer a constituição não pode ser realizado por caminhos que, reflexamente a tornariam letra morta diante da banalização dos seus preceitos e postulados, mas deve-se atentar para o mínimo de segurança com a finalidade de se cumprir tal desiderato.

Não obstante se tenha que as premissas do neoconstitucionalismo buscam dar uma solução para os anseios da sociedade brasileira, a falta de uma moldura formal acaba por marcá-lo com o sinal de imprevisibilidade, da fragilidade e da falta de racionalismo que tem permeado o sistema jurídico, principalmente no que diz respeito às decisões judiciais emanadas das Cortes de Justiça brasileiras, as quais, notadamente no atual cenário de instabilidade, inclusive jurídica, tem se mostrado cada vez mais frequentes.

Torna-se necessário repensar esse fenômeno para o fim de compatibilizá-lo com as características essenciais que permeiam o sistema jurídico brasileiro e aqueles que dele se utilizam, seja como sujeito ativo ou como aquele que se beneficia ou se prejudica pelo funcionamento deste. Preciso se torna que os pontos negativos do neoconstitucionalismo sejam, primeiramente, visualizados, para só então seja possível tomar a decisão inevitável de sua reestruturação a fim de conciliar os valores da segurança jurídica e da justiça, ou seja, de haver o devido respeito às regras como também a utilização racional dos princípios e da ponderação.

4. CONCLUSÃO

São inequívocas as transformações pelas quais o ordenamento jurídico brasileiro passou nas últimas décadas. É também indubitoso que o ato de aplicar o direito, com a reaproximação da moral e dos valores da ciência jurídica, mudou de forma substancial.

Nesse contexto, a ascensão da Constituição como entidade maior, dos princípios constitucionais, e, conseqüentemente, do Judiciário, vem moldando a forma como o estado brasileiro é construído.

O neoconstitucionalismo surgiu nessa maré e conquistou diversos grupos de juristas que, por muitas vezes, instigados com a possibilidade de um “fazer valer” efetivamente a Constituição como razão maior de todo o ordenamento jurídico, inebriarem-se com as possibilidades advindas daquele movimento.

As consequências decorrentes do neoconstitucionalismo, contudo, não são necessariamente apenas proveitosas. A supervalorização dos princípios, a utilização da ponderação como técnica maior de decisão e a elevação do Judiciário como um messias que acredita ser o salvador do país são apenas algumas das questões que, direta ou indiretamente, são oriundas deste fenômeno tido como pós-positivista.

Nessa linha de intelecção, onde não se tem necessariamente, com a adoção do pensamento neoconstitucionalista, segurança jurídica ou conformidade dos postulados estabelecidos no ordenamento jurídico brasileiro, predominando-se, no atual cenário jurídico, instabilidade e a incerteza da interpretação dada às questões conflituosas, torna-se preciso que os juristas atentem para tais questões com maior brevidade possível, posicionando-se criticamente em relação a este fenômeno para não se deixar levar pelo “canto da sereia”.

Deve-se, assim, realizar uma reflexão crítica acerca do fenômeno neoconstitucionalista, de modo a aperfeiçoar certas práticas que dele advieram, combatendo-se, notadamente, a falta de racionalização e hiperflexibilização que permeiam as decisões judiciais, as quais não necessariamente são profícuas para o esmorecimento desenvolvimento de um Estado Democrático de Direito, mas podem, diante um “humanismo interpretativo”, fragilizar a ordem social e a própria continuidade do sistema como um todo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁVILA, Humberto. “NEOCONSTITUCIONALISMO: ENTRE A CIÊNCIA DO DIREITO” E O “DIREITO DA CIÊNCIA”. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 17, janeiro/fevereiro/março, 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: 16 de nov. 2017.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história: A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. **Câmara Municipal do Rio de Janeiro**. Disponível em: <http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc2003/arti_histdirbras.pdf>. Acesso em: 27 nov. 2017.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria

Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de (Coord.) **Neoconstitucionalismo**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

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

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na ‘sociedade órfã’. **Novos Estudos CEBRAP**, São Paulo, n. 58, p. 183-202, nov. 2000.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. Neoconstitucionalismo e Teoria da Interpretação. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, ano 10, n. 43, p. 247-268, 2008.

NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais**. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito internacional público e privado: incluindo noções de direitos humanos e de direito comunitário**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2010.

SARMENTO, Daniel. **O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades**. Daniel Sarmento. 03 set. 2012. 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: 25 nov. 2017.

STRECK, Lenio Luiz. Contra o neoconstitucionalismo. **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, n.4, p. 9-27, Curitiba, jan./jun. 2011.

_____. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 8 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.