

CRÍTICAS SISTÊMICAS AOS ESTUDOS CONSTITUCIONAIS BRASILEIROS*

SYSTEMIC CRITICISM TO BRAZILIAN CONSTITUTIONAL STUDIES

*Carlos Bolonha***

*Henrique Rangel****

*Maira Almeida*****

RESUMO: o presente artigo se destina a avaliar o estudo em direito constitucional, no Brasil, e suas possibilidades de compreender adequadamente a ordem constitucional. Três perspectivas foram abordadas pelo trabalho, selecionadas devido a seu destaque no cenário nacional: teoria dos princípios, neoconstitucionalismo e jurisdição constitucional. Nenhuma delas pareceu suficientemente apropriada para a promoção de investidas contra este amplo objeto. A hipótese formulada relaciona tal impropriedade com a necessidade de se promover uma análise sistêmica e complexa deste objeto. Os argumentos expostos em suporte à hipótese se orientam por referenciais ontológicos, epistemológicos e metodológicos. As três perspectivas são, assim, brevemente apresentadas e criticadas sob tais referenciais a partir do complexo paradigma sistêmico adotado.

PALAVRAS-CHAVE: Jurisdição Constitucional. Neoconstitucionalismo. Sistema Constitucional. Sistemas Complexos. Teoria dos Princípios.

ABSTRACT: This article is intended to evaluate the study of constitutional law in Brazil and its possibilities to properly understand the constitutional order. Three perspectives have been addressed, selected because of their prominence on the national scene: the theory of principles, the neoconstitutionalism and the constitutional jurisdiction. None of them seemed appropriate enough to face this large object. The formulated hypothesis relates this impropriety with the need to promote a complex and systemic analysis of this object. The exposed arguments follow ontological, epistemological and methodological references. The three perspectives are thus briefly presented and critiqued under such references, from the complex and systemic paradigm adopted.

* Este artigo foi elaborado no âmbito do Laboratório de Estudos Teóricos e Analíticos sobre o Comportamento das Instituições (LETACI). São financiadores do presente trabalho o Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq), no âmbito da concorrência do Edital Universal nº 14/2013, e a Fundação Carlos Chagas Filho de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio de Janeiro (FAPERJ), no âmbito da concorrência do Auxílio à Pesquisa, APQ-1, 2013, e do Edital nº 41/2013, do Programa de Apoio a Grupos Emergentes de Pesquisa no Estado do Rio de Janeiro.

** Professor Adjunto da Faculdade Nacional de Direito e do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Diretor do Centro de Documentação e Pesquisa da Ordem dos Advogados do Brasil, Subseção Rio de Janeiro.

*** Bacharel em Direito pela Faculdade Nacional de Direito. Técnico Judiciário do Tribunal Regional do Trabalho da Primeira Região.

**** Mestre em Teorias Jurídicas Contemporâneas pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Advogada.

KEYWORDS: Complex Systems. Constitutional Jurisdiction. Constitutional System. Neoconstitutionalism. Theory of Principles.

INTRODUÇÃO

O direito constitucional é uma das disciplinas jurídicas que, nas duas últimas décadas, mais se desenvolveu em termos de números de professores especializados, livros publicados e trabalhos monográficos produzidos. Os cursos de direito passaram a valorizar mais a disciplina com o final do período ditatorial e com a promulgação de uma nova Constituição Federal, gerando mais interesse entre os pesquisadores e mais demandas perante instituições de fomento à pesquisa e perante programas de pós-graduação. Com isso, o meio jurídico-acadêmico observou um crescimento expressivo do direito constitucional no Brasil. Uma crítica, contudo, ainda pode ser direcionada a essa disciplina. Grande parte dos trabalhos que se pretendem inserir no plano do direito constitucional no Brasil carece de um referencial metodológico. No entanto, não é este o principal problema que se pretende atribuir aos estudos brasileiros em direito constitucional.

Uma das etapas mais primárias, mas de suma relevância na pesquisa, é a delimitação do objeto científico. O direito constitucional é uma disciplina jurídica de significativa abrangência, permitindo inserções de distintas perspectivas e métodos, além de possibilitar abordagens transdisciplinares muito facilmente. É comum que o objeto adotado pelas pesquisas, nesta área, seja abstrato ou, mesmo quando específico, pressuponha determinados aspectos de uma compreensão abrangente dentro da disciplina. Em outras palavras, o objeto “ordem constitucional”, enquanto um desenho constitucional em macro dimensões, costuma estar presente em tais pesquisas.

A hipótese a ser apontada é a impropriedade dos referenciais mais difundidos no direito constitucional brasileiro para analisar a ordem constitucional, tendo em vista a necessidade de abordá-la sob um paradigma científico sistêmico e complexo. Desse modo, três perspectivas podem ser consideradas como de grande expressão no atual estágio da pesquisa em direito constitucional no Brasil para fins de comparação com o paradigma sistêmico ora defendido: (i) a teoria dos princípios. (ii) o neoconstitucionalismo e (iii) a jurisdição constitucional.

Esgotar os aspectos que caracterizam cada uma destas perspectivas selecionadas não representa o objetivo do presente trabalho. Ao contrário, somente alguns dos principais aspectos de cada qual será apresentado para fins de uma posterior análise sistêmica, especialmente no que tange aos referenciais ontológicos, epistemológicos e metodológicos.

Antes de realizar as análises, entretanto, algumas observações parecem ser necessárias. As três perspectivas selecionadas – teoria dos princípios, neoconstitucionalismo e jurisdição constitucional – se tangenciam ou, até mesmo, misturam-se muito frequentemente. Em regra, os mesmos autores que se dedicam ao estudo da teoria dos princípios se intitulam defensores do neoconstitucionalismo e, em algum momento, abordam assuntos e exemplos vinculados à jurisdição constitucional. Muitos neoconstitucionalistas se baseiam em estruturas teóricas do denominado pós-positivismo, precursor da teoria dos princípios, e incorporam relevantes aspectos da metodologia deste marco teórico¹.

Por isso, é necessário destacar que a discriminação dessas três perspectivas é muito mais apropriada para fins de sistematização e organização das análises a seguir do que para fins de uma rigorosa diferenciação acadêmica entre as mesmas. Assim como Virgílio Afonso da Silva (2007) alega haver um *sincretismo metodológico* no campo da interpretação constitucional brasileira, tais perspectivas parecem sofrer similar aproximação, embora não somente metodológica².

Não é o objetivo do artigo apresentar problemas internos de cada uma dessas teorias, ou seja, sustentar qual seria a perspectiva mais apropriada para exercer a pesquisa no direito constitucional brasileiro. O que se pretende demonstrar a seguir é a impropriedade das mesmas em se distanciar de seus propósitos originais para servir de base a análises mais abrangentes. O foco não é criticar, nem defender, o objeto, o funcionamento ou os métodos de investigação próprios da teoria dos princípios, do neoconstitucionalismo ou da jurisdição constitucional. Embora alguns pontos positivos ou negativos possam ser eventualmente

¹ Como exemplo, Humberto Ávila, autor de um dos livros mais influentes no País acerca da teoria dos princípios, publicou um artigo cujo título refere-se ao neoconstitucionalismo, trazendo, em seu conteúdo, muitas questões afetas ao pós-positivismo (ÁVILA, 2009). Além disso, também é possível encontrar termos como neoconstitucionalismo e pós-positivismo conjugados no título de um mesmo trabalho (GARRIDO, 2011). Muitos trabalhos orientados pelo pós-positivismo e pelo neoconstitucionalismo destacam supostos fenômenos como o crescimento e a relevância do papel do Poder Judiciário, especialmente, no caso da Suprema Corte. Entre outros, (SARMENTO, 2010) e (BARROSO, 2012).

² Após apresentar diversos métodos hermenêutico-constitucionais, Virgílio Afonso da Silva observa o fenômeno do *sincretismo metodológico*: “O grande problema, neste âmbito, é o *sincretismo metodológico*. Salvo engano, não há quem opte por esse ou aquele método. Ao contrário: eles são quase sempre apresentados como complementares, falando-se frequentemente em ‘conjunto de métodos’. (...) O *sincretismo metodológico*, característico do atual estágio da discussão sobre interpretação constitucional, impede que se avance na discussão acerca da tarefa da interpretação constitucional. Comum às análises sobre o tema é o fato de que esses métodos sejam apenas resumidamente explicados – não raro com base apenas na obra de Canotilho – sem que se chegue a qualquer conclusão sobre a relação entre os diversos métodos, sua aplicabilidade e, principalmente, sobre a compatibilidade entre eles. (...) As análises costumam limitar-se a expor a ideia teórica central de cada método. Isso é, obviamente, insuficiente, pois *métodos não são um fim em si mesmos*, mas existem para serem aplicados. (...) Dada à limitação de espaço, vou me restringir à mais importante manifestação daquilo que tenho chamado de *sincretismo metodológico*: a utilização conjunta – ou a ideia de que essa possibilidade existe – da teoria estruturante do direito e do sopesamento de direitos fundamentais” (SILVA, 2007, p. 133-136).

ressaltados em cada perspectiva, o objetivo estabelecido é demonstrar como a extensão destas perspectivas em direção a objetos mais abrangentes ao redor do sistema constitucional pode ser inapropriada. Cada perspectiva – teoria dos princípios, neoconstitucionalismo e jurisdição constitucional – apresenta problemas mais acentuados em seus aspectos ontológico, epistemológico ou metodológico; porém, nenhuma delas possui caráter sistêmico e complexo.

1 DEMARCAÇÃO CIENTÍFICA

Antes de apresentar as perspectivas selecionadas como representantes dos estudos constitucionais brasileiros, a demarcação de alguns aspectos científicos parece ser importante para que as críticas posteriores possam ser compreendidas com maior clareza e rigor. Especificamente, a breve apresentação do paradigma científico adotado para a realização das críticas sistêmicas e a definição dos referenciais ontológico, epistemológico e metodológico de que se partem exigem especial destaque.

1.1 O PARADIGMA CIENTÍFICO SISTÊMICO E COMPLEXO

Ao se buscar uma conceituação ou uma base teórica mais consistente acerca de “sistema”, um extenso e transdisciplinar fórum de debates denominado “teoria geral dos sistemas” pode ser encontrado. O termo *teoria geral* se justifica pela existência de distintos posicionamentos, oferecendo concorrentemente definições de “sistema”, entre outros recursos científicos para a realização de pesquisas pretensamente sistêmicas³. Nos últimos anos, uma teoria em particular tem se desenvolvido com destaque: a teoria dos sistemas complexos. Em trabalho recente, Adrian Vermeule (2011) apresentou a primeira tentativa bem sucedida de aproximar esta teoria do direito constitucional.

Após dirigir a pergunta “o que é um sistema” a um cientista adepto à teoria dos sistemas complexos, entre as principais respostas que se podem aguardar, nenhuma é tão provável como a seguinte: “um sistema é mais do que a soma de suas partes”. Essa assertiva tão recorrente entre os autores afiliados ao paradigma complexo conduz diretamente a uma resposta ao questionamento “como compreender um sistema”: um sistema somente pode ser entendido a partir de seus componentes e das interações mantidas entre eles. Segundo a teoria

³ Alguns autores atribuem o crédito pelo termo “teoria geral dos sistemas”, cunhado para se designar a este fórum transdisciplinar, a Ludwig von Bertalanffy (VON BERTALANFFY, 1951). Cf. (BOULDING, 1956) e (KAST & ROSENZWEIG, 1972).

complexa dos sistemas, o todo não seria responsável por determinar as atividades e funções presentes em seu interior⁴. Da mesma maneira, a análise limitada de suas partes isoladamente não é capaz de ilustrá-lo por completo⁵.

Com isso, o sistema se torna mais do que a soma de seus componentes porque as diferentes formas de interação desses elementos devem ser consideradas. De um lado, para a teoria complexa, a estratégica de *divide and conquer*, em razão de o problema ser reduzido a unidades, impede que a interação entre elas seja analisada e tais interações sejam responsáveis por qualificar tal agregação em um sistema. De outro lado, só é possível adotar um sistema como objeto científico a partir dos elementos que o constituem e das interações que o caracterizam. O sistema é o resultado, não o início das análises.

Uma análise sistêmica e complexa requer a aplicação de variáveis idôneas acerca da dinâmica existente entre as partes que compõem o todo. Por isso, o primeiro desafio em uma análise complexa é reconhecer o correto nível de agregação para abordar determinado objeto científico⁶. Reduzir às unidades, por um lado, impede a verificação de como aquelas unidades são capazes de se relacionar e o que pode resultar desta interação. A excessiva abstração, por outro lado, resulta na adoção de um objeto cujos fenômenos e propriedades têm causa, origens e explicações indeterminadas e desconhecidas.

⁴ A teoria sistêmica que atribui ao todo os fenômenos decorrentes de agregações é o holismo. Muitos autores que estudam formas coletivas de organização humana se envolvem com este paradigma científico. Para o holismo, fenômenos de natureza sistêmica parem de entidades abstratas e fictícias. Assim, estes fenômenos não vislumbram uma causa relacionada a seus componentes – geralmente, indivíduos. Em alguns trabalhos, o holismo pode ser facilmente reconhecido. Quando Emile Durkheim estabelece as regras de seu método sociológico, especificamente na defesa da externalidade como um de seus elementos, há um clássico modelo holista de raciocínio. No momento em que Durkheim sustenta que “(...) the states of the collective consciousness are of a different nature from the states of the individual consciousness; they are representations of another kind”, a concepção de sistema ganha autonomia ontológica de seus componentes (DURKHEIM, 1982, p. 40). De modo similar, quando defende que “[t]he mentality of groups is not that of individuals: it has its own laws”, a concepção de sistemas passa a atender a regras distintas e próprias de funcionamento (DURKHEIM, 1982, p. 40).

⁵ O paradigma científico que analisa um sistema a partir de suas unidades é o reducionismo. O reducionismo é caracterizado por enfrentar complexos e densos problemas pela estratégia denominada *divide and conquer*, conforme as lições a seguir da obra que demarca o surgimento deste paradigma: “Now, just as a state is much better governed when it has only a few laws that are strictly obeyed than when it has a great many laws that can provide an excuse for vices, so I thought that in place of the large number of rules that make up logic I would find the following four to be sufficient, provided that I made and kept to a strong resolution always to obey them. (...) The second was to divide each of the difficulties I examined into as many parts as possible and as might be required in order to resolve them better” (DESCARTES, 2007, p. 8-9). Grandes questões poderiam ser reduzidas em unidades mais simples como forma de combatê-lo.

⁶ A questão do duplo nível de agregação está muito presente na obra VERMEULE, 2011, mas já era abordada desde o início da teoria dos sistemas complexos com ANDERSON, 1972. No direito constitucional, a partir da obra de Adrian Vermeule, o primeiro nível de agregação é formado pela interação de indivíduos na formação de uma instituição, enquanto o segundo nível de agregação representaria o *sistema de sistemas*, ou seja, a agregação de instituições que forma o sistema constitucional. Cf. (VERMEULE, 2011).

O segundo desafio da perspectiva complexa é admitir seu caráter contraintuitivo. Em muitos momentos, situações emergem no interior de um sistema sem que possam ser diretamente extraídas das partes que o compõe. Do mesmo modo, tais situações podem também não ser esperadas ou antevistas, assim como ser de difícil cognição por não se associarem a um componente especificamente. A origem dos fenômenos e das propriedades que emergem em um sistema não terá seu esclarecimento pelo todo. A explicação precisa destas questões será encontrada de acordo com as relações mantidas entre os elementos do sistema.

1.2 AS DEFINIÇÕES DOS REFERENCIAIS ONTOLÓGICO, EPISTEMOLÓGICO E METODOLÓGICO

As críticas sistêmicas que se pretendem direcionar à teoria dos princípios, ao neoconstitucionalismo e à jurisdição constitucional obedecem a determinadas definições de ontologia, epistemologia e metodologia. Na verdade, tais referenciais recebem grandes contribuições de diversas áreas do conhecimento, sobretudo da filosofia da ciência. Também nas disciplinas jurídicas e políticas termos como ontologia, epistemologia e metodologia receberão acepções controversas e díspares, mas é possível assumir algumas definições estritamente para os propósitos da presente pesquisa.

O referencial ontológico está diretamente relacionado ao objeto científico. Os referenciais ontológicos serão diversos nos paradigmas científicos concorrentes à medida que houver diferentes regras definindo quais objetos científicos podem ou devem ser adotados para o sucesso de determinada pesquisa. Esse primeiro referencial não determina, diretamente, qual objeto pode ou deve ser adotado, mas firma parâmetros genéricos para que as pesquisas encontrem, em suas especificidades, aqueles objetos que podem ou devem ser adotados.

O referencial epistemológico, por sua vez, associa-se ao conhecimento daquele objeto científico adotado. Neste particular ponto de vista, conhecimento do objeto, dependendo da área ou da disciplina do conhecimento, o que será determinado pelo referencial epistemológico são as leis, as regras ou os princípios que regem o funcionamento, o comportamento e as características daquele objeto. Esse segundo referencial não identifica, diretamente, as leis, as regras ou os princípios determinantes àquele objeto. Ao contrário, instrui como alcançar corretamente leis, regras ou princípios necessários ao seu estudo.

O referencial metodológico, por fim, guarda conexão com os instrumentos hábeis a analisar aquele objeto segundo suas diretrizes epistemológicas. Da mesma maneira, esse terceiro referencial não estabelecerá, diretamente, que instrumentos e métodos são adequados para avaliar o objeto científico eleito, mas estabelece parâmetros gerais para que tais instrumentos e métodos sejam selecionados. Em regra, a forma com que o referencial epistemológico se define é de central relevância para firmar o referencial metodológico, ao mesmo tempo em que o ontológico será determinante para ambos.

2 A TEORIA DOS PRINCÍPIOS

A teoria dos princípios é um dos mais importantes consectários teóricos da demarcação pós-positivista de pensamento constitucional desenvolvida, principalmente, após a Segunda Guerra Mundial. Para os propósitos da presente análise, somente três aspectos serão utilizados para apresentar brevemente a teoria dos princípios: (i) distinção entre princípios e regras, (ii) a caracterização dos princípios como mandados de otimização e (iii) as técnicas de ponderação para solucionar as colisões de princípios.

Autores associados à teoria dos princípios costumam afirmar que, atualmente, a norma jurídica deve ser compreendida como um gênero, comportando duas espécies com certas características opostas. A base teórica desta assertiva é a denominada força normativa dos princípios que costumava ser negada tradicionalmente pelos autores afiliados ao positivismo jurídico, havendo nítida influência da obra de Konrad Hesse (2009) neste aspecto. Buscou-se equiparar a força normativa de princípios e regras ao afirmá-los espécies de normas jurídicas, sobretudo em relação àqueles princípios insculpidos na norma constitucional. Entre os diversos critérios diferenciadores estipulados pelos autores brasileiros dedicados a esta temática, “[o] principal traço distintivo entre regras e princípios (...) é a estrutura dos direitos que essas normas garantem” (SILVA, 2006, p. 27). Não é incomum encontrar afirmações, entre autores com esta perspectiva, de que regras, de um lado, aplicam-se de modo disjuntivo, como mandamentos de *tudo ou nada*, enquanto princípios, de outro lado, aplicam-se *prima facie*, admitindo-se um âmbito de proteção maior ou menor de acordo com o caso concreto (SILVA, 2006).

Deste entendimento acerca dos princípios, de que são normas de eficácia *prima facie*, decorre outro importante aspecto da correspondente teoria. Esta aplicação *prima facie* ocorre em razão de a estrutura normativa do princípio ser mais abstrata e servir de fundamento para múltiplas ocasiões. O fato de tais normas não encontrarem um âmbito de proteção pontual e

contido supostamente permitiria que, em muitos casos, houvesse uma colisão de princípios; ou seja, em um caso concreto, há dois interesses contrapostos, estando cada um deles amparados por um princípio constitucional – ao menos em tese. Quando regras jurídicas formulam determinações incompatíveis entre si, há o que tradicionalmente se denomina antinomia, sendo recomendado aplicar critérios para solucionar o conflito que, enfim, conduziriam à invalidação de uma das regras conflitantes. Este não seria o caso dos princípios ao se colidirem, pois, embora seu âmbito de proteção não seja mantido em determinado caso, poderia sê-lo em outro diverso. Por esta razão, a teoria dos princípios desenvolve um entendimento de que, em caso de colisão, os princípios devem ser apreciados como mandados de otimização, aplicando-se “na maior medida possível diante das possibilidades fáticas e jurídicas existentes” (SILVA, 2006). Com isso, o modo de funcionamento das normas constitucionais poderia se distinguir, pois regras se aplicariam como mandamentos disjuntivos, enquanto os princípios se aplicariam em diferente medida, a cada caso concreto, por representarem mandados de otimização. Desta necessidade de se otimizar princípios, chegou-se à conclusão, na teoria do princípios, que estes seriam, necessariamente, relativos, admitindo-se limitações de diversas naturezas. As medidas de aplicação que seriam devidas, ao final de determinada controvérsia prática, não poderiam violar, no entanto, um suposto conteúdo essencial carregado pelo princípio.

Uma das mais difundidas contribuições da teoria dos princípios foi o método elaborado para solucionar esta necessidade de otimização. A ponderação de princípios seria uma metodologia de aplicação prática aos casos de colisão que evidencia o caráter relativo destas normas e afasta a eficácia de ao menos um princípio, mantendo sua validade. O *sopesamento* dos princípios deveria transcorrer pela aplicação concreta de três critérios de análises, a idoneidade – ou adequação –, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. De forma muito superficial, a idoneidade representa um questionamento acerca da propriedade de os meios empregados com a medida atingirem os fins pretendidos, aproximando-se muito da compreensão tradicional de razoabilidade. Necessidade seria o questionamento acerca da existência de medidas menos gravosas para o atingimento daquele fim pretendido, ou seja, buscar, na pluralidade de meios idôneos, aquele causador de menores ônus. A proporcionalidade em sentido estrito promove uma análise de custos e benefícios na medida aplicada. Assim, mesmo que uma conduta pareça ser idônea e necessária para o alcance de determinado objetivo, se o bem produzido com isso for inferior aos danos causados, a medida não seria estritamente proporcional, devendo prevalecer os interesses opostos submetidos a diverso âmbito de proteção.

2.1 O PROBLEMA ONTOLÓGICO DA TEORIA DOS PRINCÍPIOS

A teoria dos princípios promoveu importantes revisões na concepção da norma jurídica e, especialmente, da norma constitucional, trazendo avanços significativos na forma de compreensão e, sobretudo, no que tange à aplicação prática dos princípios constitucionais. A teoria dos princípios, porém, é uma perspectiva que especifica como seu objeto, quando mais abstratos os estudos, a norma jurídica ou, quando mais específicos, os princípios constitucionais em particular. A ontologia desta teoria é eminentemente normativa. Por mais que se pretendam compreender objetos mais abrangentes do direito constitucional – como a “ordem constitucional” – através de tal perspectiva, a tentativa não parece ser apropriada. A pesquisa em direito constitucional que parte de uma perspectiva teórica principiológica, ao menos em tese, carece de recursos ontológicos para analisar aspectos do sistema constitucional.

Uma teoria estritamente normativa não é suficiente para analisar um sistema constitucional, pois este é resultado da agregação de instituições cuja interação se baseia em uma norma constitucional. O objeto adotado pela teoria dos princípios é mais reduzido e, portanto, incompatível com o nível de agregação de um complexo de instituições. A teoria dos princípios parece ser adequada para estudar o que ela se propõe inicialmente, mas inserções mais abrangentes a tornariam uma perspectiva reducionista na pesquisa em direito constitucional. Esta é uma perspectiva que, embora possa alcançar níveis mais abrangentes ontologicamente, jamais admitirá um caráter sistêmico e complexo em suas investigações. É possível recorrer à teoria dos princípios com o intuito de adotar como objeto científico um conjunto de direitos ou de princípios em particular, ou, até mesmo, a Constituição como um todo. Entretanto, considerar um paradigma sistêmico e complexo requer o reconhecimento, entre outros aspectos, de uma ontologia baseada na interação entre componentes de um agregado, sendo difícil se cogitar a possibilidade de interação entre direitos ou entre princípios sem que haja um fator individual ou institucional por trás desta atividade. Princípios não são sujeitos em um sistema. No máximo, terão natureza objetiva, enquanto proposições adotadas como referenciais para fins de ação individual ou coletiva no interior do sistema.

2.2 O PROBLEMA EPISTEMOLÓGICO DA TEORIA DOS PRINCÍPIOS

A distinção teórica promovida entre os chamados mandados de otimização e definitivos pode ser compreendida com importante aspecto epistemológico da teoria dos

princípios. Em outras palavras, é segundo estas características que as normas constitucionais, enquanto objeto científico, obteriam funcionamento e aplicabilidade. A teoria dos princípios foi capaz de desenvolver diretrizes que qualificam como tais normas alcançam efetividade no plano constitucional, definindo aspectos como sua relatividade, a possibilidade de restrições contra elas se operarem, a existência de conteúdos essenciais supostamente invioláveis e uma aplicabilidade na maior medida possível diante das possibilidades fáticas e jurídicas observadas. Com isso, é possível determinar com maior rigor acadêmico sob que circunstâncias um princípio recebe aplicação prática, ou seja, de que forma pode ser regido.

Por mais que a teoria dos princípios consiga esclarecer questões determinantes à compreensão da Constituição como um todo, tais questões podem não ser extensíveis ao estudo da ordem constitucional enquanto um sistema. Partir dos princípios como forma de avaliar a ordem constitucional como um todo é uma proposta que não reconhece a possibilidade de, a cada nível de agregação, propriedades emergirem e se tornarem muito mais determinantes ao funcionamento do sistema constitucional do que os reduzidos objetos da teoria dos princípios. Afirmar que todo o sistema constitucional pode ser resumido à otimização de princípios constitucionais significa aplicar uma concepção particular acerca de um componente do sistema contra todo o agregado, desconsiderando a possibilidade da quebra da simetria (ANDERSON, 1972). Mesmo que os defensores da teoria dos princípios estejam convictos de que tal perspectiva é determinante para compreender a Constituição e seu funcionamento, há um grave problema epistemológico em considerar que este determinismo se estenderá, necessariamente, ao sistema constitucional. O sistema constitucional representa uma agregação de segundo nível em que o elemento normativo-constitucional é o pano de fundo da atividade inter-relacionada de instituições. A atividade no interior deste sistema deriva de ações individuais ou coletivas originadas em instituições, não se limitando à dimensão meramente normativa.

2.3 O PROBLEMA METODOLÓGICO DA TEORIA DOS PRINCÍPIOS

Os pós-positivistas, ao se dedicarem à teoria dos princípios, lograram êxito ao conceber uma metodologia eficiente, se considerado como propósito solucionar uma colisão de princípios concretamente observada. Se há maior dificuldade em se identificar a ontologia e a epistemologia da teoria dos princípios, a ponderação é declaradamente tratada como o método apropriado para enfrentar colisões.

Embora o aspecto metodológico da teoria dos princípios não aparente ser o mais grave desta perspectiva, também apresenta problemas. Em tese, nenhuma colisão de princípios poderia ser abordada abstratamente, segundo defende a maioria de seus precursores. Da mesma maneira, somente se aplica a ponderação enquanto método principiológico na presença de, ao menos, dois princípios opostos em determinado contexto fático. Tais condições, no máximo, permitirão que a teoria dos princípios se aproxime da prática jurisdicional, porém, dificultando a prática do *sopesamento* por parte das demais instituições do sistema constitucional. Desse modo, os métodos da ponderação observam uma severa limitação e qualquer conclusão que extrapole o âmbito normativo ou judicial, formulada em face do sistema constitucional como um todo, perde seu caráter científico. Examinar a ordem constitucional pela ponderação de princípios representa uma grave inconsistência metodológica por não se respeitarem as limitações formalmente estipuladas pela pesquisa.

3 O NEOCONSTITUCIONALISMO

Enquanto a teoria dos princípios, vinculada ao pós-positivismo, costuma ser atrelada ao pensamento constitucional germânico, o neoconstitucionalismo representa uma perspectiva desenvolvida no debate constitucional ibérico, ítalo e latino-americano (SARMENTO, 2010). Ainda hoje, remanesce uma dificuldade em se definir, com rigor, as bases do pensamento neoconstitucional, devido à diversidade de demarcações teóricas adotadas por seus adeptos⁷. Na verdade, há algumas bandeiras comuns sustentadas por autores que se intitulam neoconstitucionais, “o que justifica que sejam agrupad[o]s sob um mesmo rótulo, mas compromete a possibilidade de uma conceituação mais precisa” (SARMENTO, 2010, p. 4). Entre as bandeiras comumente associadas ao neoconstitucionalismo, podem ser selecionadas para os propósitos do presente trabalho (i) a ênfase conferida aos direitos fundamentais no ordenamento jurídico, (ii) fenômenos como a eficácia irradiante dos direitos fundamentais e a constitucionalização do direito e (iii) o resgate de uma fundamentação moral para as decisões⁸.

⁷ É muito comum que o neoconstitucionalismo seja tratado no meio acadêmico brasileiro e latino-americano como, na verdade, um conjunto de pensamentos constitucionais. Evidenciando esta dificuldade em se definir com rigor as bases do pensamento neoconstitucional, (CARBONELL, 2009).

⁸ Um rol mais extenso também pode ser considerado para definir o neoconstitucionalismo: “(a) reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos e valorização da sua importância no processo de aplicação do Direito; (b) rejeição ao formalismo e recurso mais freqüente a métodos ou ‘estilos’ mais abertos de raciocínio jurídico: ponderação, tópica, teorias da argumentação etc.; (c) constitucionalização do Direito, com a irradiação

O século XX ficou historicamente marcado pelo fim da Segunda Guerra Mundial e de regimes ditatoriais que assolavam os principais países europeus. Com esta mudança histórica, o pensamento constitucional europeu também sofreu severas mudanças, passando-se a atribuir uma importância muito maior a conceitos como a Constituição, os princípios e os direitos fundamentais de maneira geral. A cultura jurídica brasileira, marcadamente eurocêntrica, buscou seguir, com o fim de sua ditadura e sua nova Constituição, o mesmo caminho trilhado por estas nações. Além desta questão histórica, as doutrinas neoconstitucionais defendem tais postulados com base em fundamentos filosóficos e valorativos que reaproximaram campos como Direito e Moral. O discurso adjudicador neoconstitucional costuma destacar a importância e a força normativa de direitos consagrados em um texto constitucional, cobrando-se um patamar de maior comprometimento com sua centralidade no ordenamento jurídico e uma consequente efetivação de seu conteúdo na prática jurisdicional.

A valorização dos direitos fundamentais, enquanto chancela central do neoconstitucionalismo, conduziu à sustentação veemente de fenômenos como a eficácia irradiante dos direitos fundamentais e a constitucionalização do direito. Ambos os fenômenos demonstram o caráter expansivo da *naïveté* neoconstitucional. A eficácia irradiante dos direitos fundamentais, por um lado, representa a ideia de que toda e qualquer situação fática esteja sob o âmbito de proteção de um direito fundamental, ainda que de modo *prima facie*. Mesmo as situações mais cotidianas e estranhas à prática constitucional estariam relacionadas a direitos garantidos pelo texto da norma de maior hierarquia. A constitucionalização do direito, por outro lado, direciona-se à dimensão normativa da expansão neoconstitucional. Defendem os signatários desta perspectiva que as normas constitucionais devem se projetar aos demais ramos do ordenamento jurídico, reformando o conteúdo de seus conceitos e influenciando a interpretação de suas normas, sobretudo no que se refere à proteção dos direitos fundamentais.

Com o valor atribuído aos direitos fundamentais e sua extensão contra o mundo fático e a ordem jurídica, era necessário eleger um elemento garantidor do sucesso desta perspectiva. Assim, o neoconstitucionalismo passou também a estimar a atividade do Poder Judiciário e, especialmente, da Corte Constitucional como guardião desta tarefa. O resultado

das normas e valores constitucionais, sobretudo os relacionados aos direitos fundamentais, para todos os ramos do ordenamento; (d) reaproximação entre o Direito e a Moral, com a penetração cada vez maior da Filosofia nos debates jurídicos; e (e) judicialização da política e das relações sociais, com um significativo deslocamento de poder da esfera do Legislativo e do Executivo para o Poder Judiciário” (SARMENTO, 2010, p. 1).

desta valorização da atividade judiciária foi acompanhado pela defesa de uma leitura moral da Constituição, havendo, ao menos em tese, múltiplos métodos hábeis a alcançar este objetivo, todos rejeitando soluções formalistas e regradas. A defesa de uma textura aberta das normas constitucionais se tornou cada vez mais comum, bem como a necessidade de fundamentações filosóficas nas decisões e o recurso a teorias argumentativas. Em muitos momentos, métodos originalmente concebidos pelo pós-positivismo, como a técnica da ponderação, foram objeto de autores neoconstitucionalistas. Também é comum observar entre os principais signatários desta perspectiva a necessidade de se recuperar a tradição da razão prática e da lógica discursiva como meio para fundamentar as decisões e, enfim, proteger direitos constitucionalmente garantidos.

3.1 O PROBLEMA ONTOLÓGICO DO NEOCONSTITUCIONALISMO

O neoconstitucionalismo é uma perspectiva constitucional contemporânea que oferece significativas dificuldades em se especificar o objeto de análises por ele adotado. Em grande parte, esta dificuldade se deve à imprecisão do termo que define esta corrente de pensamento e ao sincretismo acadêmico promovido por seus signatários ao selecionarem convenientes passagens de diversos autores, filiados a distintas demarcações teóricas. Tendo em vista estas características do neoconstitucionalismo, indicar determinado objeto como o principal de suas análises é uma tarefa a ser feita com cuidado e admitindo ressalvas quando consideradas as especificidades de cada autor. De forma genérica, entre as bandeiras sustentadas pelos neoconstitucionalistas, o discurso adjudicativo em defesa do compromisso com os direitos fundamentais parece se destacar, podendo ser considerado como um dos mais importantes objetos desta perspectiva constitucional.

O presente discurso mantido pelos neoconstitucionalistas possui um papel de grande relevância na tradição constitucional. Por meio dele, há um aprimoramento da concepção dos profissionais das carreiras jurídicas e dos oficiais vinculados ao governo acerca do compromisso que se deve manter com os direitos fundamentais. As mudanças de caráter discursivo promovidas com este debate podem surtir efeitos, em última instância, na cultura pública do País. Os benefícios, entretanto, trazidos pelo neoconstitucionalismo, no campo acadêmico, não seriam tão expressivos assim. Em primeiro lugar, as principais conclusões apresentadas pelos neoconstitucionalistas no estudo dos direitos fundamentais são provenientes de outros eixos de pensamento, como o pós-positivismo. De modo muito breve, o que o neoconstitucionalismo brasileiro tem buscado, nos últimos anos, é expandir os ideais

e as pretensões de outras correntes de pensamento constitucional contemporâneo ou fortalecê-los mediante argumentos retóricos e proposições imperativas. O problema ontológico do neoconstitucionalismo brasileiro é acreditar que uma modificação do comprometimento com os direitos fundamentais será capaz de alterar plenamente a realidade social em relação à efetividade das normas constitucionais garantidoras de direitos. A mesma crítica oferecida à teoria dos princípios pode ser direcionada ao neoconstitucionalismo. Os direitos fundamentais representam um objeto de análises reduzido no plano constitucional, sendo esta uma compreensão insuficiente para identificar razões de nível mais elevado de agregação, capazes de impedir que a *naïvité* neoconstitucional se torne realidade. Enquanto o principal objeto de análise neoconstitucional forem os direitos fundamentais, os objetivos desta perspectiva restarão prejudicados para que se promovam estudos mais abrangentes. O neoconstitucionalismo pode ser uma perspectiva apropriada para estudar os direitos fundamentais, apreciando mudanças de caráter normativo e até mesmo axiológico em sua estrutura, mas sua dimensão ontológica lhe impõe severas limitações. Uma investida acadêmica pretensa a analisar a “ordem constitucional” sob o neoconstitucionalismo, ao menos sob o ponto de vista ontológico, estaria equivocada.

3.2 O PROBLEMA EPISTEMOLÓGICO DO NEOCONSTITUCIONALISMO

Para a perspectiva neoconstitucional brasileira, os direitos fundamentais estariam relacionados a alguns fenômenos direcionados à ordem jurídica e ao mundo fático. Fenômenos como a constitucionalização do direito e a eficácia irradiante, enquanto propriedades que caracterizam os direitos fundamentais, representam uma particular dimensão epistemológica do neoconstitucionalismo. A constitucionalização determina como o objeto científico “direitos fundamentais” produz repercussões na esfera jurídica, expandindo seus efeitos para outras disciplinas jurídicas e para normas infraconstitucionais. A eficácia irradiante determina como esse mesmo objeto se associa à realidade vivenciada pelos cidadãos por meio de seu âmbito de proteção. Ambos os fenômenos são proposições epistemológicas que determinam, basicamente, como funcionam, comportam-se ou se regem os direitos fundamentais e quais são os efeitos que disso decorrem.

O problema epistemológico do neoconstitucionalismo, todavia, é pressupor que uma ingênua valorização dos direitos fundamentais pode repercutir de modo tão imediato na realidade social. Para muitos signatários desta perspectiva, o neoconstitucionalismo também pode se definir como um modelo de pensamento em que os direitos fundamentais possuem

certa centralidade no plano constitucional. Independentemente da propriedade de tal afirmativa, é preciso destacar que os direitos fundamentais se encontram em níveis de agregação reduzidos ao campo normativo. O neoconstitucionalismo pode ser uma perspectiva apropriada para estudar a Constituição. Muitos trabalhos estruturados sob o neoconstitucionalismo, no entanto, apresentam visões excessivamente abrangentes, defendendo veementemente que os direitos fundamentais são capazes de reformular toda uma ordem constitucional. A questão é que, para se realizar uma pesquisa acerca desta “ordem constitucional”, há agregações de indivíduos e de instituições que devem ser levadas a sério. O suposto determinismo dos direitos fundamentais em relação à Constituição, ao contrário do que sustentam os neoconstitucionalistas, não resulta em determinismo em relação ao sistema constitucional, pois, a cada nível de agregação, outras propriedades podem emergir da interação existente entre as instituições que neste plano atuam. Mesmo que a Lei Fundamental represente o ápice normativo – usando a expressão cunhada por Anderson (1972, p. 393) –, a cada nível de abstração, surgem novas “leis fundamentais” para aquela escala em particular⁹.

3.3 O PROBLEMA METODOLÓGICO DO NEOCONSTITUCIONALISMO

O neoconstitucionalismo brasileiro, apesar de suas variações, possui alguns problemas de caráter metodológico. O primeiro deles é o sincretismo metodológico existente, em que muitos autores apresentam métodos concebidos por outras correntes de pensamento como autenticamente neoconstitucionalistas – e este é precisamente o caso da técnica da ponderação. Em segundo lugar, muitos dos métodos apresentados pelos neoconstitucionalistas têm caráter excessivamente relativista. Entre tais metodologias, é possível mencionar a interpretação constitucional, a filtragem constitucional, a razoabilidade, a representação argumentativa, entre outros instrumentos que supervalorizam aspectos da retórica, da razão prática e da lógica discursiva. Em muitos casos, esses métodos foram responsáveis por manter certos assuntos do direito constitucional sob a indeterminação e o casuísmo, sem que se estabelecessem parâmetros *decisionais* a cada novo caso difícil enfrentado. Em terceiro lugar, a metodologia neoconstitucional ainda não se aproximou da chamada *virada institucional* (SUNSTEIN; VERMEULE, 2002). A atividade institucional, especialmente a interpretação da Constituição e dos estatutos jurídicos precisa considerar a existência de *questões*

⁹ “In fact, the more elementary particle physicists tell us about the nature of the fundamental laws, the less relevance they seem to have to the very problems of the rest of science, much less to those of society” (ANDERSON, 1972, p. 393).

institucionais que podem prejudicar o desempenho dos agentes públicos. Há um comum questionamento por trás das técnicas de interpretação existentes: “como eu decidiria se fosse o juiz”. Por esta razão, a maior parte das técnicas interpretativas, inclusive as adotadas pelos neoconstitucionalistas, não percebem a necessidade de considerar as capacidades institucionais e os efeitos sistêmicos decorrentes destes atos. Segundo estas duas variáveis, seria mais apropriado questionar “como aquela instituição, com base em suas limitações e suas qualidades, poderia decidir”.

Estes, porém, não seriam os principais problemas metodológicos do neoconstitucionalismo. Um dos principais aspectos desta perspectiva é o culto ao Poder Judiciário. Na maior parte dos trabalhos nacionais, o lado prático ou experimental desenvolvido pelos adeptos do neoconstitucionalismo está associado à defesa dos direitos fundamentais pela via judiciária, particularmente, via Corte Constitucional. Em geral, estes trabalhos buscam variáveis como a fundamentação dos juízes como meio de se encontrar o conteúdo de determinado direito fundamental. Mesmo que a metodologia concebida se aplique, de algum modo, sobre o Judiciário, há uma limitação metodológica a ser observada. O problema é que, frequentemente, os neoconstitucionalistas, por analisar os direitos fundamentais e, no máximo, como o Poder Judiciário se comporta perante tal objeto, oferecem conclusões cuja abrangência parece muito superior às delimitações estipuladas pela própria pesquisa. Estes métodos podem servir para avaliar o Judiciário perante direitos fundamentais, mas não contribuem para uma justificação de seus argumentos em uma ordem constitucional sistêmica.

4 A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Os assuntos vinculados à temática da jurisdição constitucional têm recebido especial atenção no direito constitucional brasileiro. Na maior parte das vezes, entretanto, os estudos nesta área se designam a uma espécie de comprovação prática ou ilustração de proposições teóricas associadas à teoria dos princípios ou ao neoconstitucionalismo, tendo em vista que estas perspectivas se difundiram pelo Poder Judiciário nos últimos anos e, em particular, no Supremo Tribunal Federal (STF). Tradicionalmente, os trabalhos dedicados a esta temática destacam aspectos dicotômicos do controle de constitucionalidade, sobretudo diferenciando concepções e técnicas desenvolvidas, de um lado, na tradição norte-americana, e, de outro, na germânica. Algumas pesquisas buscam aprofundar outras questões relacionadas à jurisdição constitucional. Entre tais assuntos, mais tradicionais ou mais aprofundados, podem ser

selecionados como principais os seguintes: (i) o Poder Judiciário como guardião da Constituição e as classificações do controle de constitucionalidade; (ii) o desempenho de um suposto papel contramajoritário; e (iii) as técnicas de controle de constitucionalidade – tais como a interpretação conforme a Constituição, além das técnicas de modulação de efeitos das decisões e das técnicas de declaração de inconstitucionalidade das leis e dos atos normativos.

A guarda da Constituição costuma ser desenvolvida, no Brasil, a partir de defesas da legitimidade do controle de constitucionalidade, absorvendo, em regra, argumentos relacionados a uma visão contramajoritária do Poder Judiciário. Não são recorrentes as propostas que partem de marcos *schmittianos*, sustentando a legitimidade do Poder Executivo, e aquelas que depositam maiores propriedades em órgãos legislativos não têm sido as mais comuns. Ao contrário, essas duas visões costumam ser consideradas, de plano, autoritária e antiquada respectivamente, havendo uma nítida preferência pela função judiciária acerca das questões constitucionais. Além da marcante preferência pelo Poder Judiciário constatável nos estudos constitucionais brasileiros, há um particular destaque do STF. O próprio texto constitucional determina que tal instituição promova sua guarda e as pesquisas especializadas tendem a superestimar a atividade desta Corte. Neste mesmo sentido, ao redor das discriminações tradicionais entre controles abstrato ou incidental e concentrado ou difuso, há ênfase para os casos sujeitos ao controle abstrato e ao controle concentrado.

Alguns fenômenos têm sido apontados na jurisdição constitucional como decorrência dessa valorização do Judiciário e do STF no direito constitucional brasileiro. Um aspecto muito destacado, não somente pelos pesquisadores, mas também pelos membros da Corte Constitucional em distintas ocasiões, seria o suposto papel contramajoritário do Poder Judiciário e, em especial, do STF. No interior do clássico debate acerca da legitimidade da *Constitutional Jurisdiction*, foi cunhado o termo “dificuldade contramajoritária” para designar o problema de juízes não eleitos invalidarem a legislação resultante de um processo majoritário conduzido por representantes eleitos pelo povo. Apesar desta dificuldade existente, muitos autores assumiram uma posição em defesa do papel contramajoritário do Poder Judiciário, em geral, alegando que este seria o único Poder apto a tomar decisões politicamente desinteressadas ou evitar a opressão de minorias sociais que politicamente não possuem boa organização ou representação. Alguns teóricos apresentam formulações binomiais – direitos fundamentais-democracia, liberalismo-comunitarismo, *rule of law*-soberania popular, autonomia privada-autonomia pública – que permitem uma fácil

compreensão deste papel contramajoritário¹⁰. Uma das propostas mais difundidas acerca deste papel contramajoritário do Judiciário pode ser encontrado na obra de Ronald Dworkin. Este teórico defende que certos direitos representam um núcleo intangível do indivíduo a ser garantido pelos tribunais mesmo quando as maiorias legislativas pretendam aprovar medidas em seu prejuízo (DWORKIN, 1978 e 1984). Trata-se de uma ideia que pode ser retratada pela metáfora dos “trunfos contra a maioria”. Para muitos autores, é desta forma que se comporta o Judiciário e, especialmente, a Corte Constitucional de determinado Estado. A ideia de um suposto papel contramajoritário é recorrente nas pesquisas brasileiras relacionadas ao tema da jurisdição constitucional, embora não haja muito espaço para as severas críticas que têm se destacado no debate norte-americano questionando este conceito¹¹.

O exercício da jurisdição constitucional requer o desenvolvimento de certos mecanismos e instrumentos que auxiliem o controle da constitucionalidade das leis e dos atos normativos. Com isso, a prática do STF e as construções doutrinárias especializadas oferecem técnicas à jurisdição constitucional para o estabelecimento de suas interpretações e para a tomada de decisões sob sua competência. A interpretação conforme a Constituição é uma técnica que, nos últimos anos, passou a ser muito utilizada pelo STF, podendo ser aplicada sempre que, na constância de uma pluralidade hermenêutica na norma infraconstitucional, um dos sentidos for compatível com a Constituição. Entre as possíveis compreensões, uma delas, por não contrariar ou por melhor promover os dispositivos constitucionais, prevalecerá como a orientação mais adequada da norma, preservando sua validade. A modulação de efeitos, apesar de legalmente prevista somente para o controle de constitucionalidade abstrato, é compreendida pelo STF como sendo uma técnica de toda a jurisdição constitucional¹². Previsto no art. 27 da Lei nº 9.868/99, a Lei do Procedimento da Ação Direta de Inconstitucionalidade e da Ação Declaratória de Constitucionalidade permite a modulação de efeitos na vigência de inconstitucionalidade de norma infraconstitucional, nos casos em que a declaração de nulidade seja fator *ensejador* de grande insegurança jurídica ou relevante desinteresse social. A eficácia desta declaração pode, assim, ser controlada no tempo pela

¹⁰ Como exemplo das formulações binomiais mencionadas acima, (HABERMAS, 1996).

¹¹ Para uma postura crítica ao contramajoritarismo no debate norte-americano, (GRABER, 1993) e (WHITTINGTON, 2007).

¹² Trata-se da orientação jurisprudencial do STF, estabelecida sob a liderança do Min. Gilmar Mendes: “Aludida abordagem responde a uma outra questão intimamente vinculada a esta. Trata-se de saber se o STF poderia, ao apreciar recurso extraordinário, declarar a inconstitucionalidade com efeitos limitados. Não parece haver dúvida de que, tal como já exposto, a limitação de efeito é apanágio do controle judicial de constitucionalidade como um todo, podendo ser aplicado tanto no controle direto quanto no controle incidental” (MENDES *et. al.*, 2009, p. 1324).

decisão. A declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto é uma técnica, defendida desde 1949 por Lúcio Bittencourt, em que a decisão determina quais as categorias da sociedade serão destinatárias da aplicação da norma e quais não serão. A declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade (ou de eficácia restrita) é uma técnica vinculada para casos de omissão legislativa, aplicando-se quando um avanço normativo considerável é inconstitucional, mas a supressão de sua validade é fator prejudicial ao plano social, devendo a autoridade de quem emanou a norma ser convocada a se pronunciar em prazo razoável no sentido de superar a inconstitucionalidade. A declaração de norma ainda constitucional é uma técnica elaborada pela prática do STF no sentido de permitir a ocorrência de uma inconstitucionalidade enquanto alguma outra situação relevante conexa se encontre em desenvolvimento e dependa desta inconstitucionalidade¹³. Desse modo, a jurisdição constitucional busca estabelecer parâmetros instrumentais que conduzam suas decisões de forma a uma prestação jurisdicional caracterizada pela técnica, sem que os efeitos de suas decisões sejam desprezados.

4.1 O PROBLEMA ONTOLÓGICO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

As pesquisas em direito constitucional desenvolvidas, no Brasil, ao redor da jurisdição constitucional, tangenciam assuntos sensíveis à ordem constitucional como um todo. A jurisdição constitucional tem permitido que importantes debates públicos sejam travados acerca de matérias constitucionais nos últimos anos. Essas pesquisas, no entanto, deveriam, ao menos em tese, observar determinados limites ontológicos para evitar que suas conclusões resembrassem prejudicadas. Enquanto a teoria dos princípios e o neoconstitucionalismo representam perspectivas constitucionais ontologicamente normativas, pois adotam a Constituição como seu objeto de análises, a temática da jurisdição constitucional específica como seu objeto o Poder Judiciário ou uma instituição em especial – o STF.

Muitas afirmações são possíveis de acordo com este viés ontológico. Diferenciações dos modelos de controle – como abstrato ou incidental –, defesas de quem seria o guardião da Constituição e a legitimidade do exercício das declarações de inconstitucionalidade são exemplos de assuntos que respeitam os limites ontológicos desta perspectiva. Quando a pesquisa se reveste de ambições mais abrangentes, buscando compreender a “ordem constitucional” como um todo a partir do controle de constitucionalidade, há, porém, um

¹³ Orientação firmada no precedente HC nº 70.514/RS, STF, Tribunal Pleno, Min. Rel. Sydney Sanches. Julgamento em: 27/06/1997.

problema ontológico. As conclusões não poderiam ser direcionadas a todo o sistema constitucional se somente o Judiciário – ou uma única Corte – foi objeto de análises. As pesquisas em jurisdição constitucional aparentam estar um passo à frente da teoria dos princípios e do neoconstitucionalismo, pois já avançaram no sentido de empreender análises institucionais para a compreensão da ordem constitucional. O estudo das decisões do controle de constitucionalidade pode, inclusive, possuir um caráter sistêmico. Para tanto, cada agente julgador da Corte observada deve ser considerado um componente do sistema, sempre se destacando a possibilidade de propriedades emergentes influenciarem o resultado da ação coletiva¹⁴. Esse caráter institucional que pode ser encontrado em pesquisas com esta perspectiva, entretanto, não é suficiente para embasar uma avaliação sistêmica do Judiciário e da Corte Constitucional ao lado de outras instituições que desempenham relevantes funções no sistema constitucional. Na verdade, a Corte poderia, no máximo, corresponder a um sistema de primeiro nível de agregação, não havendo uma correspondência necessária com o sistema constitucional como um todo. Ontologicamente, a pesquisa em jurisdição constitucional é apropriada para que a atividade judiciária, sobretudo do STF, possa ser aprimorada, mas isso não significa que aqueles resultados marcados por maior abrangência sejam seguramente fidedignos.

4.2 O PROBLEMA EPISTEMOLÓGICO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

A valorização do Judiciário e do STF é uma característica marcante das pesquisas desenvolvidas na temática da jurisdição constitucional. Partindo destas pré-compreensões, o papel contramajoritário do Judiciário e do STF é destacado com recorrência pelos autores afiliados a esta perspectiva. Sem questionar as possibilidades deste papel contramajoritário do Judiciário, que depende da garantia de complexas variáveis, tais como sua independência, é possível afirmar que, para considerável parte dos autores dedicados a este tema, as Cortes se orientam em defesa dos direitos básicos dos indivíduos, aplicando-os como se fossem trunfos em garantia de sua integridade contra as ambições majoritárias (DUTRA, 2013). Desse modo,

¹⁴ Partindo-se do paradigma complexo, o reconhecimento de uma agregação como sistema requer propriedades originadas diretamente das relações mantidas por seus componentes. Trata-se das propriedades emergentes, evidenciadas quando uma determinada propriedade do sistema não pode ser extraída do conjunto ou da maioria de seus componentes analisados singularmente. Neste sentido: “(...) the aggregate system has properties that not all of its components or members share; as we will see, an aggregate system may even have properties that none of its components or members share (...) The core is the simple ideia that institutions, groups and other aggregates – including nested aggregates of aggregates – can have emergent properties that cannot be deduced by inspecting their components or members in isolation, one by one” (VERMEULE, 2011, p. 5-8).

o papel contramajoritário representa uma das categorias epistemológicas mais relevantes em relação à jurisdição constitucional, pois determina o comportamento de juízes e de tribunais em suas decisões monocráticas ou colegiadas.

O problema epistemológico encontrado nestas propostas da jurisdição constitucional é que conclusões acerca de uma ordem constitucional são extraídas de um referencial que, na verdade, corresponde a somente um componente deste sistema. Nestes estudos, as circunstâncias que revestem o Judiciário e o STF são presumidas como verdade perante todo o sistema. Com rigor, há uma presunção de simetria a ser quebrada. Uma pesquisa restrita, ontologicamente, ao Judiciário ou ao STF, é insuficiente para que se tirem conclusões concernentes a toda a ordem constitucional. Um trabalho que parte da perspectiva da jurisdição constitucional deverá buscar outros referenciais antes de afirmar qual Poder seria o “menos perigoso”, o mais íntegro ou aquele dotado de supremacia em determinado desenho constitucional. Em síntese, não basta reduzir o sistema constitucional a um de seus componentes e verificar seu comportamento. As condutas dos juízes e as ações coletivas de colegiados judiciários não resumem o sistema constitucional. A jurisdição constitucional aprecia um ramo do governo, quando não uma única instituição. Um suposto comportamento – contramajoritário – que lhe seja característico não será responsável por definir, necessariamente, as circunstâncias sistêmicas da ordem constitucional. O comportamento contramajoritário – se é que existe – é uma propriedade singular de um dos componentes do sistema, mas que pode não ser extensível ao duplo nível de agregação. A difícil tarefa de comprovar que uma decisão do STF protegeu uma minoria dos anseios majoritários não permite que se conclua que os cidadãos tenham, por todo o sistema constitucional, garantidos seus direitos. O Judiciário interage com outras instituições que podem contribuir ou não para a existência de simetria entre seu comportamento contramajoritário e as propriedades do sistema como um todo.

4.3 O PROBLEMA METODOLÓGICO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Muitas técnicas são concebidas e testadas na área da jurisdição constitucional. Há uma preocupação com a forma com que as decisões serão tomadas e, inclusive, com os efeitos que dela surtirão. Em geral, essas técnicas são mecanismos instrumentais à interpretação da Constituição e à declaração de inconstitucionalidade das leis e dos atos normativos. As pesquisas costumam apresentar preocupações metodológicas ao promover estudos de casos, aplicando, com frequência, orientações teóricas extraídas da teoria dos princípios e do

neoconstitucionalismo. Estas propostas, no entanto, parecem convergir em um mesmo sentido. As análises ocorrem nas circunstâncias de um estudo de casos e recaem sobre sentenças, acórdãos ou votos singulares exarados pelos membros do Judiciário ou do STF.

O primeiro aspecto metodologicamente problemático das pesquisas brasileiras desenvolvidas no tema da jurisdição constitucional é sua limitação a um sistema de primeiro nível de agregação, não permitindo que afirmações seguras e metodicamente justificadas possam ser desdobradas das análises do Judiciário ou da Corte Constitucional particularmente. O segundo aspecto metodologicamente problemático se encontra no próprio nível de agregação das instituições analisadas. Não se costumam adotar referenciais sistêmicos nestes estudos de casos. O perfil reducionista fica retratado no momento em que sentenças, acórdãos e votos são apreciados de forma singularizada. Não há uma preocupação em verificar como aqueles atores institucionais agregam seus juízos, suas preferências e suas pré-compreensões para a formação de uma ação coletiva. Não se aplicam recursos metodologicamente sistêmicos e complexos. Alguns resultados destas pesquisas são extraídos de um *divide and conquer* dos votos prolatados, sem apreciar a interação existente entre os vogais, o que impede a observação de propriedades emergentes nas decisões. Além disso, os efeitos que se pretendem controlar por meio das técnicas de interpretação constitucional e de controle de constitucionalidade não possuem caráter sistêmico. Controlar efeitos sistêmicos requer ciência da emergência de propriedades resultantes da agregação de componentes sistêmicos. Desconhecendo-se a emergência, é pouco provável que se conheçam os efeitos sistêmicos decorrentes. Então, o que se controlam são meros efeitos que surtem no interior do sistema, consequentes das ações individuais ou coletivas, mas não efeitos propriamente sistêmicos – pois estes decorrem de emergências no sistema. Com isso, as pesquisas brasileiras dedicadas ao tema da jurisdição constitucional não costumam apresentar uma metodologia aplicável a elementos sistêmicos e complexos, comprometendo também seus resultados no primeiro nível de agregação.

5 CONCLUSÃO

Selecionando-se três marcantes perspectivas que costumam predominar nos estudos brasileiros em direito constitucional, alguns problemas podem ser suscitados através de um paradigma científico sistêmico e complexo. Estes problemas podem ser considerados como de ordem ontológica, epistemológica ou metodológica. As três perspectivas escolhidas recebem críticas de posicionamentos acadêmicos que divergem de suas proposições. O principal

objetivo da análise empreendida acima, no entanto, foi demonstrar como tais pontos de vista são inapropriados para a formulação de conclusões em níveis mais abrangentes, como é comum de se encontrar entre pesquisas pretensamente dedicadas à “ordem constitucional”.

De modo sintético, os problemas podem ser apresentados da seguinte forma: ontologicamente, há componentes do sistema constitucional que precisam ser considerados pela pesquisa, pois se agregam e interagem entre si, requerendo uma análise dialógica que torna o sistema mais do que a soma das partes. Epistemologicamente, alguns parâmetros, regramentos e comportamentos, aparentemente essenciais ao estudo de objetos de escala mais reduzida, podem não se aplicar de modo simétrico ao sistema constitucional como um todo, devido à possibilidade de emergência de propriedades não compartilhadas pelos componentes. Metodologicamente, os resultados concernentes ao sistema constitucional precisam ser extraídos de uma análise integrada dos componentes, sob as premissas epistemológicas de um duplo nível de agregação, sendo insuficiente estudar parcelas do sistema ou mesmo o sistema por si só – de forma alheia às interações e às emergências.

Tanto a teoria dos princípios quanto o neoconstitucionalismo possuem problemas ontológicos por sua natureza normativa. Neste aspecto, a jurisdição constitucional parece um pouco mais avançada, pois considera a adoção de objetos institucionais.

As três perspectivas possuem o problema epistemológico de tentar estender o funcionamento da parte à ordem constitucional com um todo. Não parece ser apropriado, no entanto, investir em análises do sistema constitucional a partir da otimização de princípios, da constitucionalização do direito e da eficácia irradiante dos direitos fundamentais. O comportamento contramajoritário, apesar das críticas recebidas, é mais apropriado por partir de uma perspectiva institucional. Este *contramajoritarismo*, entretanto, deve ser apreciado de forma integrada à atuação das instituições designadas como majoritárias. Desta agregação, podem emergir propriedades imprevistas para o sistema constitucional, rompendo com a simetria pressuposta por muitas pesquisas. É preciso avaliar se o comportamento contramajoritário do Judiciário integrado ao comportamento majoritário das instituições representativas torna o sistema constitucional equilibrado ou radicalizado. Se há pouco comportamento contramajoritário, independentemente dos critérios utilizados neste conceito, em relação à atuação majoritária, há uma quebra da simetria imperceptível para as premissas epistemológicas das pesquisas em jurisdição constitucional.

Devido à existência de problemas ontológicos e epistemológicos nestas três perspectivas, há uma improvável adequação metodológica de alguma delas para extrair conclusões acerca do sistema constitucional. Ao menos em princípio, sem adotar um objeto

no correto nível de agregação e sem considerar as premissas epistemológicas correspondentes, os métodos de análise não serão capazes de observar a interação e a agregação existentes, e nem mesmo de identificar as propriedades emergentes do sistema e seus efeitos respectivos.

Desse modo, a teoria dos princípios, o neoconstitucionalismo e a jurisdição constitucional não parecem ser perspectivas apropriadas para embasar pesquisas em direito constitucional com a ambição de compreender, identificar ou esclarecer fenômenos e acontecimentos característicos de uma suposta “ordem constitucional”.

A única proposta viável parece ser construir uma teoria sistêmica e complexa que possa ser aplicada ao direito constitucional. Tal teoria deve respeitar as particularidades dos referenciais ontológico, epistemológico e metodológico do sistema constitucional. Ontologicamente, este paradigma deve reconhecer a interação de instituições ao redor da Constituição. Epistemologicamente, deve se preocupar com a emergência de propriedades não compartilhadas pelas instituições que interagem, caso estas sejam consideradas singularmente. Metodologicamente, os instrumentos de análises devem reconhecer a existência de dois níveis de agregação. Com isso, podem ser identificadas as propriedades diretamente relacionadas às instituições integrantes do sistema constitucional, e também aquelas decorrentes diretamente da agregação de instituições. Essa teoria complexa e sistêmica particularmente construída para o direito constitucional ainda não existe, mas sua elaboração parece ser pressuposto para que das análises do objeto “ordem constitucional” possam ser extraídas conclusões cientificamente seguras.

REFERÊNCIAS

ANDERSON, Philip Warren. More is different. *Science*, New Series, Vol. 177, 1972.

ÁVILA, Humberto. Neoconstitucionalismo: entre a ‘ciência do direito’ e o ‘direito da ciência’. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Número 17, jan., fev. e mar., Salvador, BA, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. *Revista da Faculdade de Direito (UERJ)*, Vol. 2, 21, 2012.

BOULDING, Kenneth. General systems theory: the skeleton of science. *Management Science*, Vol. 2, 3, 1956.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. *Habeas Corpus* Nº 70514-6 Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Sydney Sanches. Direito constitucional e processual penal. Defensores públicos: prazo em dobro para interposição de recursos (parágrafo 5º do artigo 1º da Lei Nº 1060, de 05/02/1950, acrescentado pela Lei Nº 7871, de 08/11/1989). Constitucionalidade. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=72491>>. Acesso em: 12 jan. 2014.

CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. 4ª ed. Madrid: Trotta, 2009.

DESCARTES, René. *Discourse on method of rightly conducting one's reason and seeking truth in the sciences*. 2007, p. 8-9. Disponível em: <<http://www.earlymoderntexts.com/pdfs/descartes1637.pdf>>. Acesso em: 12 jan. 2014.

DURKHEIM, Emile. *The rules of sociological method*. New York, NY: The Free Press, 1982.

DUTRA, Leticia Gonçalves. *Diálogos e monólogos: aspectos sistêmicos da postura ativista do STF – um estudo do contramajoritarismo à brasileira*. Dissertação (Mestrado em Teorias Jurídicas Contemporâneas) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro. 2013. 136 f.

DWORKIN, Ronald. Rights as trumps. In: WALDRON, Jeremy (ed.). *Theories of rights*. Oxford: Oxford University Press, 1984.

_____. *Taking rights seriously*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1978.

GARRIDO, Alexandre. Pós-positivismo e democracia: em defesa de um neoconstitucionalismo aberto ao pluralismo. *Anais do XX Encontro Nacional do CONPEDI*. Florianópolis, SC: Fundação Boiteux, 2011.

GRABER, Mark. The nonmajoritarian difficulty: legislative deference to the Judiciary. *Studies in American political development*, Vol. 7, 35, 1993.

HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms*. Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy. Translated by Willian Regh. Cambridge, MA: The MIT Press, 1996.

HESSE, Konrad. *Temas fundamentais do direito constitucional*. Traduzido por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocência Mártires Coelho. São Paulo, SP: Saraiva, 2009.

KAST, Freemont; ROSENZWEIG, James. General systems theory: applications for organization and management. *Academy of management journal*, Vol. 15, 4, 1972.

MENDES, Gilmar; COELHO, Inocência Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4ª ed. São Paulo, SP: Saraiva, 2009.

SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*, 2010. Disponível em: <<http://isisbollbastos.wordpress.com/2013/02/04/o-neoconstitucionalismo-no-brasil-riscos-e-possibilidades-daniel-sarmento/>>. Acesso em: 27 de agosto de 2013.

SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). *Interpretação Constitucional*. São Paulo, SP: Editora Malheiros, 2007.

_____. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. *Revista de Direito do Estado*, Vol. 4, 23, 2006.

SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. Interpretation and institutions. *Chicago Public Law and Legal Theory Working Paper Series*, No. 28, 2002.

VON BERTALANFFY, Ludwig. General system theory: a new approach to unity of science. *Human Biology*, Vol. 23, 303, 1951.

WHITTINGTON, Keith. *Political foundations of judicial supremacy: the presidency, the Supreme Court, and the constitutional leadership in U.S. history*. Princeton, NJ: Princeton University Press, 2007.

SYSTEMIC CRITICISM TO BRAZILIAN CONSTITUTIONAL STUDIES

ABSTRACT: This article is intended to evaluate the study of constitutional law in Brazil and its possibilities to properly understand the constitutional order. Three perspectives have been addressed, selected because of their prominence on the national scene: the theory of principles, the neoconstitutionalism and the constitutional jurisdiction. None of them seemed appropriate enough to face this large object. The formulated hypothesis relates this impropriety with the need to promote a complex and systemic analysis of this object. The exposed arguments follow ontological, epistemological and methodological references. The three perspectives are thus briefly presented and critiqued under such references, from the complex and systemic paradigm adopted.

KEYWORDS: Complex Systems. Constitutional Jurisdiction. Constitutional System. Neoconstitutionalism. Theory of Principles.

Recebido: 12 de janeiro de 2014

Aprovado: 08 de abril de 2014