

NEOCONSTITUCIONALISMO: UMA CRÍTICA CONTEMPORÂNEA

Renan Donato Lopes de Aquino

Promotor de Justiça do Ministério Público da Paraíba

Resumo

Este artigo tem o propósito de estabelecer uma perspectiva crítica no tocante ao constitucionalismo contemporâneo. Para tanto, serão explorados fundamentos jurídicos a partir de uma noção pragmática do atual estágio do constitucionalismo, sobretudo considerando a abertura do direito a partir de uma mudança paradigmática da ciência jurídica e nesse sentido chamar a atenção dos intérpretes da norma para uma perspectiva distinta do fenômeno do “neoconstitucionalismo”, com o objetivo de servir de estímulo na busca de soluções viáveis ao Estado democrático de direito.

Palavras-chave: constitucionais contemporâneos; abertura de direito; ativismo judicial; domínio policial do direito.

Abstract

This article aims to establish a critical perspective regarding contemporary constitutionalism. To this end, legal foundations will be explored based on a pragmatic notion of the current stage of constitutionalism, especially considering the opening of the law based on a paradigmatic change in legal science and in this sense drawing the attention of interpreters of the norm to a different perspective of the phenomenon of “neo constitutionalism”, with the aim of serving as a stimulus in the search for viable solutions to the democratic rule of law.

Keywords: Contemporary constitutionalism. Opening of the right. Judicial Activism. Political domain of law.

1 Conceitos e contextualização histórica

O constitucionalismo contemporâneo, também conhecido como neoconstitucionalismo, em síntese, é uma fase, historicamente contextualizada, do constitucionalismo, que por sua vez é um movimento social, político, jurídico e filosófico, cujo principal objetivo é a limitação do poder político, através da constituição, estruturando o Estado, reconhecendo e positivando os direitos fundamentais das pessoas.

Acerca do conceito de constitucionalismo, Flávio Martins¹ ensina que:

É um movimento social, pois resultou na soma de uma série de episódios sociais historicamente relevantes, buscando a limitação do poder do Estado e o reconhecimento de direitos fundamentais. Importante exemplo é a Revolução Francesa, que originou o Constitucionalismo Francês, com a posterior abolição de várias instituições e a queda do paradigma do Estado absolutista no Ancien Régime. Em Portugal, a primeira Constituição decorreu de movimentos sociais, como a Revolução do Porto de 1820, que contou com amplo apoio popular. É um movimento político. Foram necessários acordos e negociações políticas no intuito de limitação do poder estatal e organização do Estado por meio de uma Constituição, como se verifica, por exemplo, no movimento constitucional norte-americano, bem como na outorga da *Magna Charta Libertatum*, de 1215. Por fim, é também um movimento jurídico, consistente na construção de teorias, desde a busca inicial pela força normativa da Constituição, capaz de alterar a realidade e limitar o poder estatal, até as teorias jurídicas mais modernas.

¹MARTINS, Flávio. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: SRV Editora LTDA, 2024. E-book. ISBN 9788553621187. P.19. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553621187/>. Acesso em: 12 jul. 2024.

Não é outra a lição de Luís Roberto Barroso², para quem a ideia de constitucionalismo pode ser resumida da seguinte forma:

Constitucionalismo significa, em essência, limitação do poder e supremacia da lei (Estado de direito, *rule of law*, *Rechtsstaat*). O nome sugere, de modo explícito, a existência de uma Constituição, mas a associação nem sempre é necessária ou verdadeira. Há pelo menos um caso notório em que o ideal constitucionalista está presente independentemente de Constituição escrita – o do Reino Unido – e outros, muito mais numerosos, em que ele passa longe, apesar da vigência formal e solene de Cartas escritas.

O marco histórico do constitucionalismo contemporâneo é o fim da segunda guerra mundial, em que foram praticadas as mais insolentes atrocidades contra os seres humanos, sobretudo pelo nazismo, comandado por Adolf Hitler e o partido nacional socialista, que fizeram com que os juristas do mundo todo repensassem as bases estruturais, filosóficas e axiológicas da ciência jurídica, superando o modelo positivista vigente até então.

A partir desse marco histórico, o ser humano é visto como prioridade, precisamente em razão de tudo o que ocorreu no período sombrio da guerra. É nessa circunstância que o valor da dignidade da pessoa humana exsurge como princípio basilar do direito, acarretando uma reaproximação entre a moral, a ética e o direito. A propósito, a queda do positivismo jurídico e suas bases filosóficas, calcadas no legiscentrismo e na neutralidade do direito é considerada como marco filosófico do constitucionalismo contemporâneo.

A respeito do marco filosófico do constitucionalismo contemporâneo, destaca-se o ensinamento de Flávio Martins³:

²BARROSO, Luís R. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: SRV Editora LTDA, 2023. E-book. ISBN 9786553624788. P.14. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553624788/>. Acesso em: 12 jul. 2024

³MARTINS, Flávio. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: SRV Editora LTDA, 2024. E-book. ISBN 9788553621187. P. 33. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553621187/>. Acesso em: 12 jul. 2024.

Como vimos anteriormente, o marco filosófico do neoconstitucionalismo é o declínio do positivismo jurídico, dando ensejo ao chamado pós-positivismo. O positivismo foi a maneira perfeita encontrada pela burguesia para garantir suas pretensões, assim que assumiu o poder depois das revoluções burguesas. Antes disso, a burguesia baseava-se no jusnaturalismo para atacar as monarquias absolutistas e as injustiças praticadas pelo monarca. Não obstante, ao assumir o poder, não era mais necessário defender direitos não positivados. Bastava colocar seus valores na legislação.

A noção de neutralidade do direito, obstando subjetivismos e juízos de valor por parte do intérprete e aplicador da lei, que caracterizaram o positivismo jurídico, pode ser exemplificada pela máxima de que “o juiz é a boca da lei” ou ainda “quando a lei é clara, não há interpretação (*in claris cessat interpretativo*)”. Nesse período vigorava a supremacia do parlamento, haja vista que a lei era a única fonte do direito, representando a vontade do povo (soberania popular) como limite à monarquia absolutista (Estado de Direito).

Sobre o positivismo jurídico e suas nuances, vale trazer à baila o pensamento de Eduardo Cambi⁴:

O positivismo jurídico, incorporando o positivismo filosófico, procurou criar uma ciência jurídica com características análogas às ciências exatas e naturais. Sete características merecem ser salientadas: a) a identificação plena do direito com a lei; b) a completude do ordenamento jurídico (não admissão de lacunas); c) o não reconhecimento dos princípios como normas; d) a dificuldade para explicar os conceitos indeterminados; e) a identificação entre vigência e validade da lei; f) o formalismo jurídico; g) o não tratamento da questão da legitimidade do direito.

⁴CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: Grupo Almedina, 2016. E-book. ISBN 9788584931156. P. 45. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788584931156/>. Acesso em: 12 jul. 2024.

Considerando que a queda do positivismo jurídico, com o fim da segunda guerra mundial, teve como razão de ser precisamente o fato de que os massacres cometidos pelo regime nazista teriam sido praticados pretensamente em conformidade com a lei, mas sobretudo em razão da imprescindibilidade de abertura do direito, visando acompanhar as mudanças dos fatos sociais, fez-se necessária uma mudança paradigmática e estrutural da ciência jurídica.

Destarte, reconheceu-se o valor normativo da Constituição, que passou a ser o fundamento de validade do ordenamento jurídico, dispondo em seu texto acerca de valores fundamentais que, doravante, passaram a nortear a interpretação do direito. Esse reconhecimento da força normativa da Constituição Federal é considerado marco teórico do constitucionalismo contemporâneo. A esse respeito, Flávio Martins⁵ leciona que:

O principal marco teórico do neoconstitucionalismo é o reconhecimento da “força normativa da Constituição”. Essa foi uma importantíssima mudança de paradigma. A Constituição deixou de ser um documento essencialmente político, com normas apenas programáticas, e passou a ter força normativa, caráter vinculativo e obrigatório.

A partir dessa mudança paradigmática da ciência, a norma jurídica passa a ser vista como sendo o resultado do texto normativo interpretado, em dado contexto, histórico, geográfico e cultural. Além disso, os princípios do direito ganham força normativa, sendo considerado espécie de norma, da qual também fazem parte as regras. A propósito, sobre essa temática, não se pode olvidar do ensinamento de Paulo Gonet⁶:

Quando se trata de estreimar regras e princípios, porém, é bastante frequente o emprego do critério da generalidade ou da abstração. Os princípios seriam aquelas normas com teor mais aberto do que as regras. Próximo a esse critério, por vezes se fala

⁵MARTINS, Flávio. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: SRV, 2024. p. 34. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553621187/>. Acesso em: 13 jul. 2024.

⁶BRANCO, Paulo Gustavo G.; MENDES, Gilmar. *Curso de direito constitucional*. (Série IDP). São Paulo: SRV, 2024. E-book. p. 40. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553629417/>. Acesso em: 13 jul. 2024.

também que a distinção se assentaria no grau de determinabilidade dos casos de aplicação da norma. Os princípios corresponderiam às normas que carecem de mediações concretizadoras por parte do legislador, do juiz ou da Administração. Já as regras seriam as normas suscetíveis de aplicação imediata.

Com efeito, nessa perspectiva diferenciadora do texto e da norma, surgem possibilidades mais ampliadas na interpretação do direito. Assim, é possível se falar em norma jurídica sem texto (implícita), como por exemplo o princípio do duplo grau de jurisdição ou ainda de mais de uma possibilidade normativa para o mesmo texto, em razão da polissemia das palavras ou até mesmo das noções de “silêncio eloquente”. Enfim, com essa maior abertura da ciência jurídica, surge fenômenos como a mutação constitucional, que nada mais é do que a mudança informal da norma constitucional, vale dizer, sem que se altere o seu texto normativo, formalmente, por intermédio de emendas constitucionais.

Sobre o instituto da mutação constitucional, destaca-se a lição de Inocêncio Mártires⁷:

Assim como o problema dos limites da interpretação não se coloca, com exclusividade, nos domínios da hermenêutica jurídica, também o tema das mutações normativas, ou seja, das alterações do sentido dos enunciados, conservando intacta a sua roupagem verbal, não configura nenhum “privilégio” dos textos constitucionais, antes pertencendo aos preceitos jurídicos em geral. A propósito, não se deve esquecer que a semântica jurídica outra coisa não é senão um capítulo ou setor da semântica geral, em cujo âmbito se estudam, sem demarcação de fronteiras, as “mudanças ou translações sofridas, no tempo e no espaço, pela significação das palavras.

Essa mudança informal da constituição ou também “mutação constitucional pode ocorrer inclusive pela via legislativa, ou seja,

⁷COELHO, Inocêncio M. *Interpretação constitucional*. São Paulo: SRV Editora LTDA, 2011. E book. ISBN 9788502134904. P. 60. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502134904/>. Acesso em: 13 jul. 2024.

através da interpretação feita pelo próprio parlamento no desempenho da função legislativa. Sobre essa situação, ressalta-se o trecho da obra de Flávio Martins⁸:

Dessa maneira, o texto constitucional não é alterado, mas o seu sentido, a sua interpretação. Chama-se “difuso” (expressão cunhada pelo francês Georges Burdeau) porque pode ser feito por qualquer intérprete da Constituição. É um corolário da teoria da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, de Peter Häberle. Como vimos em capítulo anterior, segundo o jurista alemão, todos aqueles que se deparam com o texto constitucional são seus potenciais intérpretes. Dessa maneira, qualquer dos intérpretes poderá realizar essa mutação constitucional, e não apenas os órgãos do Poder Judiciário (ou apenas o STF). É claro que, quando o STF faz uma mutação constitucional, isso ganha enorme projeção na doutrina e na jurisprudência, tendo em vista que muitas de suas decisões têm até efeito vinculante. Todavia, a mutação não é exclusividade do Poder Judiciário ou do STF.

Como consequência das mudanças anteriormente citadas, destaca-se o fortalecimento do Poder Judiciário, na qualidade de legítimo intérprete do direito. Para alguns, inclusive, o detentor da “última palavra” a respeito do sentido e alcance da norma jurídica. Não obstante, atualmente ganhar força as ideias de um constitucionalismo democrático ou ainda da necessidade de “diálogos institucionais”. É o que se depreende do ensinamento de Flávio Martins⁹, ao dispor em sua obra o seguinte:

Utilizando-se da metáfora de Ronald Dworkin, do “juiz hércules”, Alfredo Canellas afirma que no constitucionalismo democrático há uma migração do “juiz Hércules” para o “juiz Péricles”: “Portanto, a permuta da metáfora dworkiana do juiz Hércules (que representa um importante instrumento de chancela da supremacia judicial), para um juiz Péricles (que se afasta do perfeccionismo judicial de Hércules),

⁹MARTINS, Flávio. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: SRV, 2024. p. 52. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553621187/>. Acesso em: 14 jul. 2024.

⁸MARTINS, Flávio. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: SRV, 2024. p. 176. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553621187/>. Acesso em: 14 jul. 2024.

ético-democrático e participante de uma malha dialógica aberta à aceitação de outras visões de mundo se apresenta como solução adequada. Ademais, devem-se incluir e considerar na rede dialógica, além de Péricles, todas as instituições de poder, tanto em suas relações orgânicas quanto externas às demais instituições, bem como o corpo eleitoral e a sociedade, mediante diversos mecanismos, dentre outros, exemplificativamente: plebiscito, referendo, audiência pública, consulta pública, instrumentos de participação, backlash, veto executivo, canais de informações de grupos de interesse, grupos acadêmicos, amicus, indicação de ministros etc.

Esse fortalecimento do Poder Judiciário, como decorrência da mudança estrutural da ciência jurídica, acarretou algumas distorções no sistema jurídico-político constitucional, as quais serão retratadas nos próximos capítulos, notadamente no que concerne ao ativismo judicial e ao domínio político do direito.

2 Fortalecimento do Poder Judiciário e ativismo judicial

O princípio da separação dos poderes é considerado basilar no constitucionalismo contemporâneo, cuja finalidade é precisamente a limitação do poder político. Essa conquista remonta as lutas contra o regime absolutista, que caracterizaram o constitucionalismo liberal, notadamente os ideais iluministas, neste caso, ideias atribuídas a Montesquieu, em sua obra, “O espírito das Leis¹⁰” de 1748.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 prevê, dentre os princípios fundamentais da República Federativa do Brasil, a separação dos poderes, em seu artigo 2^o¹¹, considerando-o inclusive cláusula pétrea¹², de modo a impedir a sua abolição, pelo poder constituinte derivado reformador.

¹⁰MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. *Do espírito das leis*: Montesquieu (Portuguese Edition). Edição do Kindle.

¹¹BRASIL. *Constituição Federal de 1988, artigo 2º*. Versão eletrônica para acesso digital. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 14 jul. 2024.

¹²BRASIL. *Constituição Federal de 1988, artigo 60, §4º, inc. III*. Versão eletrônica para acesso digital. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 14 jul. 2024.

Não obstante, o fato é que, no atual estágio do constitucionalismo, restou consagrado um protagonismo do Poder Judiciário, decidindo temas importantes no que diz respeito ao sistema político, regime democrático, estrutura do Estado, direitos fundamentais e, eventualmente, até se imiscuindo em seara afeta a outro poder, como por exemplo ao Poder legislativo, fenômeno esse conhecido como “ativismo judicial”.

Sobre o ativismo judicial, vale trazer à tona as lições de Alexandre de Moraes¹³ ao dispor em sua obra o seguinte:

O bom senso entre a “passividade judicial” e o “pragmatismo jurídico”, entre o “respeito à tradicional formulação das regras de freios e contrapesos da Separação de Poderes” e “a necessidade de garantir às normas constitucionais a máxima efetividade” deve guiar o Poder Judiciário, e, em especial, o Supremo Tribunal Federal na aplicação do ativismo judicial, com a apresentação de metodologia interpretativa clara e fundamentada, de maneira a balizar o excessivo subjetivismo, permitindo a análise crítica da opção tomada, com o desenvolvimento de técnicas de autocontenção judicial, principalmente, afastando sua aplicação em questões estritamente políticas, e, basicamente, com a utilização minimalista desse método decisório, ou seja, somente interferindo excepcionalmente de forma ativista, mediante a gravidade de casos concretos colocados e em defesa da supremacia dos Direitos Fundamentais.

Com efeito, se por um lado a proatividade do Poder Judiciário em decidir casos postos a julgamento, os quais, *a priori*, deveriam ser resolvidos pelo parlamento, que se mostrou inerte, é algo positivo do ponto de vista da efetividade das normas constitucionais, sobretudo aquelas que preveem direitos fundamentais das pessoas, de modo a coibir as omissões inconstitucionais; por outro lado, abre-se uma possibilidade perigosa de concentração de poder em um órgão que não detém legitimidade popular.

¹³MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2023. p. 891. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559774944/>. Acesso em: 15 jul. 2024.

Não se desconhece o papel contra majoritário exercido pela corte constitucional, visando tutelar o direito das minorias, assegurando assim um regime democrático inclusivo que presa pela justiça social. Entretanto, como todo o poder emana do povo, o legislador constituinte reservou a competência para tratar de determinados assuntos, em razão do maior interesse político, ao povo¹⁴, por intermédio dos seus representantes (democracia semidireta), como por exemplo dispor sobre direito eleitoral, direito penal, nacionalidade, cidadania ou naturalização¹⁵.

Apesar disso, no constitucionalismo contemporâneo não é incomum se deparar com decisões judiciais que, no mínimo, são questionáveis do ponto de vista da invasão de competência e violação da separação dos poderes. A título de exemplo, pode-se citar a decisão do Supremo Tribunal Federal, que impediu a nomeação do Diretor Geral da Polícia Federal, função essa essencialmente de confiança do Presidente da República, porquanto de livre nomeação (demissível *ad nutum*)¹⁶ ou ainda mais recentemente a que determinou a descriminalização do porte de maconha para consumo pessoal¹⁷, decisões que para alguns doutrinadores teriam invadido às competências do Poder Executivo e do Poder Legislativo, respectivamente.

Para além da violação formal de competências constitucionalmente distribuídas, o ativismo judicial se mostra perigoso, porquanto ao concentrar o poder em um único órgão ou instituição, corre-se o risco de se instalar uma espécie de ditadura do poder judiciário que, em seu órgão de cúpula, é composto por ministros indicados politicamente pelo Presidente da República.

¹⁴BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Art. 1º, § único. Versão eletrônica para acesso digital disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15 jul. 2024.

¹⁵BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Art. 22. Versão eletrônica para acesso digital disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15 jul. 2024.

¹⁶BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de segurança nº 37.097*. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Data do julgamento: 29 abr. 2020. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaaStf/anexo/MSRamagem.pdf>. Acesso em: 16 jul. 2024.

¹⁷BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso extraordinário nº 635.659*. Relator: Min. Gilmar Mendes. Data do julgamento: 26 jun. 2024. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4034145>. Acesso em: 16 jul. 2024.

Nessa perspectiva, o sistema político percebendo essa fragilidade do regime democrático, não hesitou em providenciar um domínio político-partidário e ideológico da corte constitucional, acarretando ainda mais decisões violadoras da separação dos poderes, controles de políticas públicas, decisões legitimando “manobras orçamentárias” ou até mesmo decisões que contrariam a *ratio decidendi* de precedentes do próprio Supremo Tribunal Federal, o que gera descrédito no Poder Judiciário e sensação de enfraquecimento do Regime constitucional democrático.

Cite-se como exemplo a recente nomeação para o Supremo Tribunal Federal do advogado pessoal do atual Presidente da República, que certamente acarretaria discussões no sentido de que a referida nomeação violaria o princípio constitucional da impessoalidade e/ou da moralidade, como foi anteriormente decidido quando a corte impediu a designação do Diretor Geral da Polícia Federal, pelo fato de se tratar, naquela ocasião, de um amigo próximo do ex-Presidente da República. Enfim, é precisamente com este viés que será enfatizada a crítica a respeito da abertura da ciência jurídica, ocasionada pelas transformações do constitucionalismo contemporâneo, com o objetivo não de fazer parecer que as referidas mudanças foram, de todo, algo negativo para as noções elementares do atual estágio do constitucionalismo, a exemplo das noções basilares do regime democrático, mas sim para chamar a atenção da comunidade acadêmica e operadores do direito de uma maneira geral para essa espécie de consequência indesejada do “neoconstitucionalismo”.

3 O domínio político do direito

Na seara política, é absolutamente comum a existência de uma maior liberdade quanto ao mérito das decisões, vale dizer, a noção de política traz consigo uma ideia de desvinculação no que diz respeito à eventual razão lógica e/ou razoabilidade dos fundamentos que ensejaram determinada opção. Essa noção clássica é atribuída não só no tocante à faculdade de agir, mas também no que se refere ao próprio mérito da ação.

Por outro lado, no âmbito do direito, há uma limitação valorativa preexistente que atribui legitimidade a dada opção jurídica, associada a um dever de fundamentação, que respeite uma lógica da razoabilidade.

Com efeito, é como se “no jogo político” não houvesse impeditivos morais, éticos ou normativos, uma espécie de vale tudo. Já no direito, o aplicador possui o dever de atuar segundo parâmetros lógicos, que observem a razoabilidade, os preceitos morais e éticos.

Sucedede que, com a reaproximação entre a teoria dos valores e a ciência jurídica, ocasionada pelas transformações do constitucionalismo, abriu-se a possibilidade de ideologias políticas fazerem parte da norma. Se de um lado se possibilitou a correção de injustiças e inefetividades governamentais na concretização de direitos sociais, em uma atuação pragmática do poder judiciário, notadamente, por outro ampliou-se demasiadamente o âmbito de normatividade e atuação das cortes de justiça. Aliás, a expansão da jurisdição constitucional é uma consequência do constitucionalismo contemporâneo, citada pela doutrina.

Nesse sentido, vejamos o ensinamento de Flávio Martins¹⁸ acerca do assunto:

Outra consequência marcante do neoconstitucionalismo é a expansão da jurisdição constitucional. Como sintetizado por Luís Roberto Barroso: “antes de 1945, vigorava na maior parte da Europa um modelo de supremacia do Poder Legislativo, na linha da doutrina inglesa de soberania do Parlamento e da concepção francesa da lei como expressão da vontade geral. A partir do final da década de 40, todavia, a onda constitucional trouxe não apenas novas constituições, mas também um novo modelo, inspirado pela experiência americana: o da supremacia da Constituição”.

Esse fortalecimento e protagonismo do Poder Judiciário não ficou alheio aos interesses e domínios políticos. Nesse sentido, a própria forma de constituição das Cortes de Justiça no país, sobretudo o Supremo Tribunal Federal, que é a instância máxima da justiça brasileira, ocorre por intermédio de decisões e indicações políticas.

¹⁸MARTINS, Flávio. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: SRV, 2024. p. 34. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553621187/>. Acesso em: 20 jul. 2024.

Com o domínio do direito por parte do sistema político, o que se viu na prática constitucional foi um enfraquecimento das noções elementares do regime democrático. Seja através da declaração de inconstitucionalidade de leis que contrariam o interesse do governante, que domina politicamente a corte constitucional, não obstante tenha sido aprovada pelo parlamento na função representativa do povo, seja inclusive e ainda mais gravoso pela mudança das normas constitucionais, através da já citada mutação constitucional.

A prevalência dos interesses políticos nas decisões judiciais acarreta um descrédito do próprio Poder Judiciário, sobretudo quando as decisões não respeitam padrões lógicos de razoabilidade, contrariando muitas vezes até mesmo o que anteriormente decidido pela própria corte julgadora em casos absolutamente semelhantes, sem justificativa plausível para a diferenciação ou superação do precedente, gerando insegurança jurídica e tornando ostensiva a atuação política daquele Poder.

Com o avanço do sistema político nas estruturas jurídicas de poder, especialmente nas instâncias formais do Estado, foram reveladas consequências nefastas ao regime democrático. Esse fenômeno foi muito bem percebido por David Landau¹⁹, ao teorizar a respeito do constitucionalismo abusivo, destacando o uso de mecanismos constitucionais para minar a democracia de forma sutil, mas eficaz.

Nesse sentido, uma das características distintivas do constitucionalismo abusivo seria a sua natureza subversiva, vale dizer, em contraste com golpes militares ou rupturas constitucionais flagrantes, os aspirantes a autocratas empregam mudanças aparentemente legais na ordem constitucional para consolidar seu poder e minar as instituições democráticas.

A dificuldade de combater práticas abusivas do constitucionalismo é um dos principais pontos destacados pelo citado autor, precisamente em razão da sutileza das medidas, aparência de legalidade, mas principalmente pelo domínio político das instituições de controle, com destaque para as cortes constitucionais, em razão de

¹⁹ LANDAU, David. *Abusive constitutionalism*. (April 3, 2013). 47 UC Davis Law Review 189 (2013); FSU College of Law. Disponível em: <https://ir.law.fsu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1566&context=articles>. Acesso em: 20 jul. 2024.

seu protagonismo e fortalecimento, características ínsitas ao constitucionalismo contemporâneo.

Diante de uma sensação de impotência, por parte de alguns atores políticos, que percebem esses mecanismos de controle e arrefecimento da democracia, surge um comportamento político curioso e, de certa forma, esdrúxulo que pode ser retratado no seguinte excerto do artigo de Fernando César Costa Xavier²⁰:

“Constitucionalismo Huehue” ou “constitucionalismo mais doloroso” seria um tipo de ambiente constitucional disfuncional, marcadamente brasileiro, caracterizado pelo fato de que, no jogo político, os sujeitos que desempenham funções constitucionais sentem-se livres para agir, elevando os níveis de comportamento perturbador a níveis sem precedentes, níveis (huehueing), para que, embora se beneficiando das regras constitucionais para agir livremente, abusam e corrompem a estabilidade democrática própria da ordem constitucional. Embora mais grave em termos de disfuncionalidade do que a chamada “podridão constitucional”, constitucionalismo huehue prenunciaria um momento de crise constitucional e seria suficiente frustrar qualquer tentativa de experimentar o constitucionalismo colaborativo popular usando ferramentas digitais. (Tradução nossa)

De fato, o que se tem visto emergir nos últimos anos na seara política é um discurso e um comportamento zombador, irresponsável e, de certa forma, infantil em alguns atores do sistema político, talvez como uma forma de se insurgir contra o manifesto domínio político das instituições e, por que não, do direito de uma maneira geral, haja vista o descrédito nas instituições de controle, aliado a sensação de impotência, porquanto absolutamente difícil de se combater.

²⁰XAVIER, Fernando César Costa. *Huehue constitutionalism*, *international journal of constitutional Law*, v. 19, Issue 1, January 2021, Pages 169–178. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/icon/moab008>. Acesso em: 21 jul. 2024.

4 Considerações finais

Este artigo tem o propósito de estabelecer uma perspectiva crítica no tocante ao constitucionalismo contemporâneo. Para tanto, foram explorados fundamentos jurídicos a partir dos quais se estabeleceu uma noção pragmática do atual estágio do constitucionalismo, sobretudo considerando a abertura do direito a partir de uma mudança paradigmática da ciência jurídica e nesse sentido contribuir para uma reflexão dos intérpretes da norma jurídica, chamando a atenção para uma perspectiva distinta do fenômeno do “neoconstitucionalismo”, com o objetivo de servir de estímulo na busca de soluções viáveis ao Estado democrático de direito.

Assim, no primeiro capítulo, foram abordados aspectos históricos e conceituais do fenômeno do constitucionalismo, destacando algumas de suas características, com a finalidade de introduzir o pensamento crítico e subsidiar o leitor com as noções jurídicas e filosóficas elementares acerca do assunto.

Posteriormente, já no segundo capítulo do presente artigo, destacaram-se algumas consequências jurídicas e sociais, a partir da mudança paradigmática experimentada pela ciência jurídica com o surgimento e consagração do constitucionalismo contemporâneo, notadamente a expansão da jurisdição constitucional, o fortalecimento e protagonismo do Poder Judiciário, destacando seu aspecto positivo na concretização de direitos sociais fundamentais, mas enfatizando uma prática perigosa e deletéria ao regime democrático, qual seja, o ativismo judicial exacerbado.

Por fim, como uma espécie de diagnóstico do sistema jurídico-político atual, foram trazidos à baila fenômenos como o constitucionalismo abusivo ou ainda o constitucionalismo *huehue*, que servem de exemplos das práticas que caracterizam o domínio político do direito no atual estágio do constitucionalismo e que minam de maneira sutil, porém implacável o regime democrático.

Referências

BARROSO, Luís R. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: SRV, 2023. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553624788/>. Acesso em: 12 jul. 2024.

BRANCO, Paulo Gustavo G.; MENDES, Gilmar. *Curso de direito constitucional*. (Série IDP). São Paulo: SRV, 2024. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553629417/>. Acesso em: 13 jul. 2024.

BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Versão eletrônica para acesso digital disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 14 jul. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de segurança nº 37.097*. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Data do julgamento: 29 abr. 2020. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/MSRamagem.pdf>. Acesso em: 16 jul. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso extraordinário nº 635.659*. Relator: Min. Gilmar Mendes. Data do julgamento: 26 jun. 2024. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4034145>. Acesso em: 16 jul. 2024.

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: Grupo Almedina, 2016. E-book. ISBN 9788584931156. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788584931156/>. Acesso em: 12 jul. 2024.

COELHO, Inocêncio M. *Interpretação constitucional*. São Paulo: SRV, 2011. p. 60. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502134904/>. Acesso em: 13 jul. 2024.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

LANDAU, David. *Political institutions and judicial role in comparative constitutional law*. Harvard International Law Journal, v. 51, p. 319-378, 2010. Disponível em: <https://ir.law.fsu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1566&context=articles>. Acesso em: 20 jul. 2024.

LANDAU, David. *Abusive constitutionalism*. (April 3, 2013). 47 UC Davis Law Review 189 (2013); FSU College of Law. Disponível em: <https://ir.law.fsu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1566&context=articles>. Acesso em: 20 jul. 2024.

MARTINS, Flávio. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: SRV, 2024. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553621187/>. Acesso em: 12 jul. 2024.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. *Do espírito das leis: Montesquieu (Portuguese Edition)*. Edição do Kindle.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2023. p. 891. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559774944/>. Acesso em: 15 jul. 2024.

REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

XAVIER, Fernando César Costa. *Huehue constitutionalism, international journal of constitutional law*, Volume 19, Issue 1, January 2021, p.169–178. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/icon/moab008>. Acesso em: 21 jul. 2024.