TRÊS DESAFIOS DO DIREITO CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEO

THREE CHALLENGES CONSTITUTIONAL RIGHT OF CONTEMPORARY

Taciana Mara Corrêa Maia Reis[1]

RESUMO

O presente trabalho traça reflexões sobre problemas que têm instigado a atenção de vários autores, sob diversas perspectivas teóricas, consubstanciando intenso debate acadêmico, ao destacar três desafios que permeiam o Direito Constitucional contemporâneo.Parte-se da internacionalização do Direito Constitucional, destacando-se o risco da erosão da estatalidade. Após, mediante a observação do Estado contemporâneo, aborda-se a redefinição da configuração da separação de poderes. Por fim, examina-se a concepção jurídica neoconstitucionalista, ao analisar a possibilidade do hermeneuta sobrepor suas considerações políticas e morais em detrimento do projeto político majoritário, diante da baixa densidade normativa de algumas cláusulas constitucionais.

Palavras-chave: Internacionalização. Separação de poderes. Neoconstitucionalismo.

ABSTRACT

This study provides reflections on issues that have instigated the attention of several authors, in various theoretical perspectives, consolidating intense academic debate, highlighting three challenges that permeate the Constitutional Law is contemporary. Comes from internationalization of Constitutional Law, highlighting the risk of erosion of statehood. Then, by observing the contemporary state, deals with the redefinition of the configuration of the separation of powers. Finally, it examines the legal neoconstitucionalist design, analyze the possibility of hermeneuticist overcome its political and moral considerations at the expense of the majority political project, given the low density of some normative constitutional provisions.

KEYWORDS : Internationalization. Separation of powers. Neoconstitucionalism.

Sumário: 1.Considerações iniciais; 2. Internacionalização do Direito Constitucional; 3. Reconfiguração da separação dos poderes; 4.Neoconstitucionalismo e interpretação judicial; 5. Conclusão; 6. Referências bibliográficas.

[1] Procuradora da Fazenda Nacional. Doutoranda em Direito do Estado pela USP. Mestre em Direito Público pela PUC-Minas

1. Considerações iniciais

As grandes transformações ocorridas no mundo, inevitavelmente, refletem na seara do Direito Constitucional. Na sociedade atual, complexa e contraditória, as multiplicações de demandas, a convivência paradoxal entre produtividade do capital e aumento do desemprego, interação social e proliferação de códigos e multiplicidades culturais, a sofisticação tecnocultural e aumento da miséria e da exclusão, para citar apenas alguns entrecruzamentos trazidos, entre outros motivos, pela aceleração histórica produzida pela globalização, mostram que já não podemos olhar o novo com as mesmas lentes de outrora.Esse panorama que se descortina impõe a reflexão sobre alguns dogmas e construções teóricas balizadores do constitucionalismo.

Busca-se, nesse contexto, traçar reflexões acerca de três desafios que permeiam o Direito Constitucional contemporâneo ao pinçar problemas que têm instigado a atenção de vários autores, sob diversas perspectivas teóricas, consubstanciando intenso debate acadêmico.

Forte na percepção de Horst Dippel[2] que a história do constitucionalismo moderno desvia-se assim, deliberadamente, dos caminhos trilhados pela história constitucional nacional para investir numa perspectiva global; o primeiro desafio a ser abordado atine à internacionalização do Direito Constitucional e o risco da erosão da estatalidade.

A partir da observação de que na configuração do Estado contemporâneo, não vigoram mais os mesmos pontos de referência que desenharam o Estado liberal, o segundo desafio perpassa pelo questionamento da redefinição da configuração da separação de poderes.

Por fim, como terceiro e último desafio a ser desenvolvido, busca-se analisar se a baixa densidade normativa de algumas cláusulas constitucionais possibilitam ao hermeneuta a sobreposição de suas considerações políticas e morais em detrimento do projeto político majoritário, conforme apregoado pela concepção jurídica neoconstitucionalista.

2. Internacionalização do Direito Constitucional

A intensificação dos fluxos comunicacionais e mercantis, aliado às interdependências político-econômicas e às novas tramas e arenas da política, expuseram as limitações da juridicidade da era moderna, e desencadearam o aparecimento de ligações entre diversos sujeitos ao redor do mundo, de forma que a separação estanque entre Direito Constitucional e Internacional restou inviabilizada.

Nesse sentido, Peter Häberle[3], pontua que o Direito Constitucional e o Direito Internacional transformam-se em conjunto, de modo que os cruzamentos e as ações recíprocas são por demais intensivas; para que se dê a esta forma externa de complementariedade uma idéia exata.

Canotilho[4] observa que as Constituições da atualidade indicam um grau de permeabilidade ao exterior jamais experimentado, que tem ocasionado a afirmação do

---

[2] DIPPEL, Horst. *História do Constitucionalismo Moderno*. Lisboa,:Fundação Calouste Gulbernkian, 2007, p. 35.

[3] HABERLE, Peter.*Estado Constitucional Cooperativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, pp. 11-12.

[4] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed., Coimbra: Almedina, 2003, p. 369.

Direito Internacional como Direito do próprio país e o reconhecimento de alguns de seus princípios ou regras como medida de justiça, vinculativa da própria ordem jurídica interna.

Segundo Hélène Tourard[5] a internacionalização é um processo de mão dupla, pois as constituições nacionais passam a levar em consideração as relações do Estado nacional com o Direito Internacional, e este a sofrer uma crescente influência dos dispositivos constitucionais relevantes. Dessa forma, as repercussões da globalização sobre o Direito Constitucional, ocorrem por duas vias, a internacionalização do Direito Constitucional (abertura das ordens jurídico-estatais) e a constitucionalização do Direito Internacional - na perspectiva de um *rule of law* internacional (consolidação de um sistema político-jurídico internacional).

A primeira vertente da convergência entre o Direito Internacional e o Direito Constitucional é o processo de incorporação do primeiro no chamado "bloco de constitucionalidade", o conjunto das regras formal e materialmente constitucionais.

Um dos exemplos desse processo que se encontra em maior evidência é a integração de diplomas do Direito Internacional dos Direitos Humanos formal e materialmente à Constituição Federal, o que pode ser vislumbrado na previsão constitucional do §3˚ do art. 5˚.

Dessa forma, a internacionalização do direito apresenta-se como uma tendência de harmonização de conceitos de Direito Constitucional entre os Estados. Na descrição de Tourard[6], diz respeito à influência do Direito Internacional sobre a modelagem da forma e do conteúdo das espécies normativas de um determinado sistema jurídico. Trata-se, na verdade, de abordar as relações entre o Direito Constitucional e o Direito Internacional na seara da realidade dos fenômenos políticos e de relações internacionais, multidimensionais e pós-nacionais. A internacionalização do Direito Constitucional diz respeito, também, aos dispositivos constitucionais relativos ao Direito Internacional, ou regras constitucionais internacionalmente relevantes aos Estados, tendendo ao desaparecimento das fronteiras entre o Direito Constitucional e o Direito Internacional, para que se construam interações mais fluidas e sintonizadas.

Dentre as diversas teses sobre a internacionalização do Direito Constitucional, é de se salientar a idéia de Estado Constitucional Cooperativo (Peter Häberle), a Internacionalização do Poder Constituinte (Nikolas Maziau), o Constitucionalismo Multinível (Ingolf Pernice), a Interconstitucionalidade (Canotilho) e o Transnacionalismo (Marcelo Neves).

O constitucionalista alemão Peter Häberle [7] desenvolveu entre 1977 e 1978 a tese do Estado Constitucional Cooperativo, no qual esse se apresenta como uma resposta interna de abertura do Estado constitucional "livre e democrático à mudança no Direito Internacional e ao seu desafio que levou a formas de cooperação". O entrelaçamento das ações recíprocas entre Direito Constitucional e Direito Internacional se dá, para Häberle, no escopo comum da cooperação.

---

[5]TOURARD, Hélène. *L'internationalisation des constitutions nationales*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2000, p.18.

[6]TOURARD, Hélène. *L'internationalisation des constitutions nationales*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2000, pp. 05 e 11.

[7] HABERLE, Peter. *Estado Constitucional Cooperativo.* Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 10.

A influência da densidade da internacionalização do constitucionalismo sobre o Poder Constituinte é demonstrada por Nicolas Maziau[8]. Para o autor, a internacionalização do Poder Constituinte é o resultado lógico da evolução do direito e da sociedade internacional, mas, talvez mais intensamente a sua interação com conceito de soberania mesmo que, ao ser deslocada, engendra uma Constituição "heterônoma", em correlação ao conceito de Constituição "autônoma". Fenômeno que se relaciona, por sua vez, diretamente com a constitucionalização.

Por sua vez, o Constitucionalismo Multinível, desenvolvido por Ingolf Peraice[9], corresponde à condensação de estruturas político-juridicas equivalentes, ou seja, em "multinível". Trata-se de uma problematização mais pontual sobre a constitucionalização do direito comunitário, do direito europeu, que se relaciona com o federalismo e com o formato de confederação, mas que por fim, caminha rumo à densificação e supraestatalidade do formato político-jurídico da União Européia.

O constitucionalista português, José Joaquim Gomes Canotilho[10], filia-se a teoria da Interconstitucionalidade, inicialmente proposta por Francisco Lucas Pires, que se constitui na "articulação entre constituições, a afirmação de poderes constituintes com fontes e legitimidades diversas, e a compreensão da fenomenologia jurídica e política amiga do pluralismo de ordenamentos e de normatividades".Nesse diapasão a teoria da Interconstitucionalidade deve ser entendida como uma forma específica da interorganização política e social . Para ele apesar da constituições terem mantido seu valor e função, desceram do castelo à rede sem perder as funções identificadoras, pelo fato de estarem em ligação umas com as outras. A Interconstitucionalidade evoca a interorganizatividade e a interculturalidade constitucional, pois, "o papel integrador dos textos constitucionais implica também inserir conteúdos comunicativos possibilitadores da estruturação de comunidades inclusivas".

A tese do Transconstitucionalismo, de Marcelo Neves[11], publicada no ano de 2009, evoca os fundamentos luhmannianos para definir a idéia de uma constituição transversal. Indo além, portanto, de Luhmann e da perspectiva estatalista, propõe a "superação do conceito de acoplamento estrutural entre sistemas funcionais da sociedade moderna mediante o conceito de racionalidade transversal, que implica um aprendizado recíproco entre esferas da sociedade". Um aspecto importante dessa teoria reside no entendimento que o mesmo problema que se apresenta em diversas ordens "implica cooperações e conflitos, exigindo aprendizado recíproco".

Deve ser ressaltado quanto à internacionalização do Direito Constitucional, que o próprio constitucionalismo enquanto nacional sempre esteve de certo modo aberto a influências, sejam elas constitutivas - no âmbito do Poder Constituinte originário -, ou reconstrutivas - derivado -, mesmo que resguardadas necessárias adaptações às conjunturas e especificidades locais. Isso para dizer que a elaboração das constituições nacionais não foi alienada das cartas políticas estrangeiras e das fórmulas de organização

[8] MAZIAU, Nicolas. Les Constitutions internationalisées. Aspects théoriques et essai de typologie. Disponível em: *http://www.unisi.it/ricersa/dip/ dir_eco/COMPARATTO/ maziau.doc*. Acesso em: 9 jun. 2014.

[9] PERNICE, Ingolf. The Global Dimension of Multilevel Constitutionalism: A Legal Response to the Challenges of Globalisation. Disponível em: *http://www.whi-berlin.eu/documents/whi-paper0908.pdf.* Acesso em: 09 jun. 2014.

[10] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *"Brancosos" e a Interconstitucionalidade:* itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. Lisboa: Almedina, 2006, pp. 298-300.

[11] NEVES, Marcelo da Costa Pinto. *Transconstitucionalismo.* São Paulo: Martins Fontes, 2009, pp. 121-129.

política e da incidência das demandas por direitos esfera publica que atingiam espaços extraterritoriais - a exemplo das brasileiras, que muito aproveitaram fórmulas estrangeiras, como o federalismo estadunidense (1891), direitos sociais poloneses (1937), mas também agregou ingredientes próprios como a inclusão dos municípios como entes federados (1988).

Se tal influência ocorre no processo de elaboração, nota-se com maior impacto, agora, a incidência de fontes extranacionais no cotidiano do constitucionalismo, pelos tratados internacionais de Direitos Humanos que lhe integram e todo conjunto de influências que refletem na integralidade do ordenamento jurídico.

A outra vertente da convergência entre o Direito Internacional e o Direito Constitucional é a internacionalização desse último. Com a identificação de problemas comuns e a necessidade de desenvolver respostas conjuntas a esses problemas, o Direito Internacional passou a chamar para si – inclusive mediante a codificação em tratados e demais instrumentos internacionais – questões antes reguladas unicamente pelo direito interno dos países. A título de exemplo[12], pode-se mencionar a evolução no tratamento dos chamados "espaços internacionais".

Nesse processo progressivo de entrelaçamento entre as ordens jurídicas nacionais e internacionais, a definição de hierarquia perde sua razão de ser; e a feição clássica, soberana e fechada do Estado cede lugar a um roupagem nova. A inter-relação entre as diversas ordens jurídicas não se dá segundo um modelo interno/externo, onde cada ordem trataria as outras como externas ao sistema, mas segundo um modelo centro/periferia, ou seja, cada ordem enxerga as demais como integrantes do mesmo sistema global. De igual maneira, as concepções teóricas entre monismo e dualismo passam a se apresentar como ultrapassadas. Conforme observa Mireille Delmas-Marty[13], nas relações entre o Direito Interno e o Direito Internacional, o monismo, ao supor uma ordem jurídica global à qual todas as outras estariam subordinadas, propugna um ideal de concretização improvável. Lado outro, o dualismo, ao postular a existência de ordens jurídicas separadas e independentes, incorre, inversamente, em uma ideia de separação radical entre as normatividades internas e externas, o que impede que todos os fenômenos que acompanham internacionalização do Direito possam ser integrados ao raciocínio jurídico necessário para explicar a complexidade do processo em questão.

Konrad Hesse[14] assevera que a evolução do Estado desde sua concepção tradicional como soberano, nacional, relativamente hermético, para o atual, internacionalmente imbricado e supranacionalmente vinculado, corresponde à perda da primazia e do valor e importância que até muito tempo teve a Constituição.

De igual forma, Dieter Grimm[15], vislumbra uma "erosão" da estatalidade frente à internacionalização. Questiona se a subsistência do constitucionalismo é mesmo possível; e defende que, nesse cenário, nem todo poder derivará da Constituição.

Lado outro, Neil Walker, defende que, justamente em razão da internacionalização, o constitucionalismo se preservará:

---

[12] Cf. CASELLA, Paulo Borba. *Direito Internacional dos Espaços.* São Paulo: Atlas, 2009, p. 566.

[13] DELMAS-MARTY, Mireille. *Études Juridiques Comparatives et Internalisation du Droit*. Paris: Collège de France/Fayard, 2003,p.41.

[14] HESSE, Konrad.*Temas Fundamentais do Direito Constitucional*: Textos Selecionados e Traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Mártires Coelho, São Paulo, Saraiva, 2009.p. 21.

[15] GRIMM, Dieter. The achievement of constitutionalism and its prospects in a changed world. In: DOBNER, Petra; LOUGHLIN, Martin(eds). *The Twilight of Constitutionalism?* Oxford University Press, 2010, p. 21.

(...) precisamente porque a linguagem do constitucionalismo encontra cada vez mais dificuldade em abordar os problemas da vida comunitária que coloca um mundo pós-estado, é que se torna importante manter essa linguagem, considerada como um legado simbólico, como um lembrete insistente de o que e do quanto está em jogo[16].

No mesmo sentido, Chevalier[17] observa que "em um mundo cada vez mais complexo e incerto, o Estado permanece um quadro privilegiado de formação de identidades coletivas e um dispositivo fundamental de integração social: a ele cabe "recriar sem cessar o liame social sempre em via de romper-se".

Outrossim, deve restar claro que, "(...) o Direito Internacional somente se integra à ordem jurídica estatal por meio de filtragem realizada pela correspondente Constituição, vale dizer, essa incorporação se dá nas condições, limites e efeitos estabelecidos pelos sistemas constitucionais estaduais".[18]Esse processo garante a força normativa da Constituição e, de certa maneira, os limites do processo de aceitação da normas internacionais no ordenamento jurídico interno.

Acredita-se que a inevitável plasticidade nos modelos institucionais que acabam por se ajustar ao longo do tempo e das condições, sempre mutáveis; não representa necessariamente o enfraquecimento do Estado. Apesar da crise de alguns elementos, não surgiu um organismo ou instituição com a pretensão de substituir o papel civilizatório desempenhado pelo arquétipo do Estado que emergiu da modernidade.Mais do que isso, a nova constelação de atores está a ampliar as tarefas a serem cumpridas, mas prioritariamente, pelo próprio Estado, buscando, no máximo, qualificar sua atuação e questionar seu modelo. O Estado continua sendo o grande repositório das expectativas comunitárias, sob quaisquer ângulos de observação - local, nacional, internacional ou mundial -, reforçando e redelineando constantemente sua missão, margeada pelo conteúdo jurídico do constitucionalismo.

O papel do Estado continua a ser essencial no atendimento das demandas pós-nacionais, exigindo, todavia, mais articulação entre as questões internas e internacionais, particulares e comuns.Assim sendo, apesar da necessidade de adaptações e conjugações ao contexto contemporâneo, a fórmula estatal da modernidade não está exaurida.

3. Reconfiguração da separação de poderes

Conforme Luís Gustavo Mello Grohmann[19], a separação de poderes, institucionalmente fixada, nasce da confluência histórica da política prática, das disputas entre grupos humanos, e da reflexão sobre essa prática tendo em vista aperfeiçoá-la ou modificá-la. A reflexão sobre o poder dividido manifesta-se desde a Grécia antiga, na qual, sob a adoção da teoria do governo misto, era considerada como melhor forma de governo, aquela que combinasse as suas diferentes modalidades (monarquia, aristocracia,

[16] WALKER, Neil. Beyond the Holistic Constitution. In: DOBNER, Petra; LOUGHLIN, Martin(eds). *The Twilight of Constitutionalism?* Oxford University Press, 2010, p. 308.
[17] CHEVALLIER, Jacques. *O Estado Pós-Moderno*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 61.
[18] RAMOS, Elival da Silva. Os tratados sobre direitos humanos no direito constitucional brasileiro. In: AMARAL JUNIOR, Alberto do; JUBILUT, Liliana Lyra (orgs.). *O STF e o direito internacional dos direitos humanos*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, pp. 155-156.
[19] GROHMANN, Luís Gustavo Mello. A separação de poderes em países presidencialistas: a América Latina em perspectiva comparada. Disponível em: *http://www.scielo.br/pdf/rsocp/n17/a07n17*. Acesso em 05 jun. 2014.

democracia), a partir da existência de três corpos: o do monarca, o dos aristocratas e o do povo. Na teoria do governo misto não há a necessária delimitação funcional desses corpos, nem um escopo de especialização; a crença fundamental é de que o poder repartido, por si só, é capaz de limitar a possibilidade do governo absoluto. Essa noção, conforme o autor supracitado, foi ajustada pela teoria do governo equilibrado, já na trajetória inglesa renascentista, que trouxe a idéia de que os poderes, além de serem repartidos em potências parecidas, deveriam controlar um ao outro.

Dessa forma, a partir da teoria da separação de poderes pura é introduzida a especificação das funções de cada poder. E, a partir da amálgama dessa teoria com as anteriormente citadas, surgem as diversas concepções da teoria da separação parcial de poderes, em suas diversas acepções postuladas por Locke, Montesquieu e pelos Federalistas, na qual é permitido certo grau de compartilhamento funcional, procedimento de freio e contrapeso.

Conforme Locke[20], são três os poderes do Estado: o Legislativo, o Executivo e o Federativo. O Legislativo deve fazer as leis e delegar a execução da justiça. O Executivo divide-se em dois tipos de poder: o Executivo propriamente dito, e o Federativo, que diz respeito às relações com outras nações, estados ou pessoas estrangeiras.Assevera, o autor, que os critérios para a separação proposta fundam-se na natureza humana e na natureza da função, não se preocupando com a limitação recíproca entre eles.

Montesquieu[21], por sua vez, propôs categoricamente a separação de poderes, ancorado no objetivo de evitar abuso de poder, sob a sistemática de um poder barrar ao outro, de modo a forçar um acordo, e criar a moderação nas decisões e gestão do Estado. Sob um critério funcional classificou os três poderes do Estado em: Legislativo (fazer as leis); Executivo das coisas que dependem do direito das gentes (paz, guerra, segurança, prevenção de invasões etc.), que é o poder Executivo do Estado; Executivo das coisas que dependem do direito civil (pune os crimes, julga conflitos entre indivíduos etc.), ou seja, o poder de julgar.

Por sua vez, os Federalistas além de aprofundarem a discussão colaboraram para instituir o primeiro sistema de governo republicano baseado na separação de poderes.

Madison[22], apesar de partir da absoluta concordância com a separação dos poderes em corpos diferenciados segundo sua atribuição funcional; não confiava nas "barreiras de papel" para conter a "índole abusiva do poder". Dois elementos são vitais para garantir a separação de poderes efetiva: dar meios de independência financeira ao poder e oferecer emolumentos condizentes para os ocupantes dos cargos (motivos pessoais), emolumentos esses não submetidos à vontade flutuante dos outros poderes.

As teorias sobre a separação de poderes delineadas por Locke, Montesquieu e os Federalistas apresentam como traço comum um sistema de governo dotado de corpos institucionais com poderes diferenciados em nome da garantia da liberdade, seja ela econômica ou política.

Ocorre que, no século XX, a questão da organização do Estado gravitou em outras proposições. A importância da separação de poderes, a partir da justificativa de garantir a liberdade, viu-se debilitada. Diferentes perspectivas apontaram o aumento dos poderes e

---

[20] Cf. LOCKE, John. Two Treaties of Government. Disponível em*: http://oll.libertyfund.org/? option=com_staticxt&staticfile=show.php%3Ftitle=222*. Acesso em 05 jun. 2014.

[21] Cf. MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *Do espírito das leis.* São Paulo: Martin Claret, 2005.

[22]Cf.HAMILTON, Alexander; MADISOSN, James; JAY, John.The Federalist.Disponível em: *http://thomas.loc.gov/home/histdox/fedpapers.html.*Acesso em: 05 jun. 2014

atribuições dos executivos frente aos legislativos, tendo em vista a crescente complexidade das sociedades modernas e industriais.

A constatação de que partidos políticos disciplinados e homogêneos poderiam burlar a separação de poderes serviu também para turvar sua importância enquanto solução institucional para conflitos políticos[23] .

A configuração institucional do atual Estado constitucional brasileiro em nada se parece com a do período de surgimento do princípio da separação de Poderes, em que o Legislativo era dotado de supremacia, o Executivo era mero administrador e o Judiciário, "boca" que pronunciava as palavras da lei.

O Poder Legislativo sofreu duas crises profundas: a crise da função legislativa e a crise de legitimidade. As exigências intervencionistas do Estado promocional desfiguraram a estrutura clássica e a qualidade formal das leis. As novas necessidades demonstraram a patente incapacidade do Parlamento responder às expectativas nele depositadas, caracterizando a morosidade e ineficiência no exercício da função. Esse cenário, ainda, foi permeado por sucessivos escândalos de corrupção, ocasionados pelas disfunções no financiamento eleitoral e pela forma de captação de votos.

O papel do Poder Executivo também recebeu novos contornos, proporcionado pela intervenção do Estado na economia e nos problemas sociais, e corroborado pela incapacidade de o Parlamento legislar com o tempo e a técnica necessária.

No que atine ao Poder Judiciário, a doutrina da efetividade, a teoria dos princípios e a noção de ordem objetiva de valores serviram de aporte doutrinário para seu recrudescimento e consagração como solucionador e garantidor das promessas da Carta Constitucional, possibilitando sua concretização judicial independentemente de mediação legislativa.

A ampliação de funções do Poder Judiciário pode ser vislumbrada tanto no âmbito legislativo, como no executivo. No que atine ao primeiro, no controle de constitucionalidade, criatividade jurisdicional, constantemente tem proporcionado inovação no ordenamento jurídico. A título de exemplo , cita-se as decisões atípicas, de natureza aditiva ou manipulativa, nas quais situações intermédias exigem do julgador soluções mais flexíveis do que a simples declaração de inconstitucionalidade, e adequam o texto infraconstitucional à norma maior, acrescentando ou retirando partes do mesmo. Nada obstante essas decisões estejam calcadas no princípio da interpretação conforme, o intento de proteger a norma tem se convertido em seu contrário, posto que ultrapassados os limites estabelecidos para a utilização da técnica decisória como intenção do legislador e literalidade do texto. No âmbito executivo, as funções administrativas, de execuções de políticas públicas e implementação de textos normativos, também passaram a ser tocadas pelo Judiciário. A amostra mais sensível desse fenômeno é a judicialização de direitos sociais.

Vislumbra-se uma crise no paradigma da separação de poderes em seus contornos originais diante das mudanças drásticas nos papéis desempenhados pelo Executivo, Legislativo e Judiciário, razão pela qual reconfiguração é medida que se impõe.

Ao se considerar que uma das pedras de toque da concepção clássica separação de poderes reside na divisão funcional de funções; uma proposta para sua reconfiguração parte da análise das capacidades institucionais.

[23] Cf. LEVINSON, Daryl J.; PILDES, Richard H. Separation of Parties, not Powers. Disponível em: *http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=890105*. Acesso em: 05 jun. 2014.

Segundo o argumento das capacidades institucionais, as diferentes funções devem ser alocadas, tanto quanto possível, para o nível de governo ou da sociedade que possa exercê-los melhor[24]. Sob tal perspectiva a palavra chave na distribuição de poderes é especialização. Deve-se buscar na comparação entre as capacidades das diversas instituições aquela mais apta a resolução do problema em questão, em consonância com os fins constitucionalmente estabelecidos.

Cass Sunstein e Adrian Vermule[25] postulam a necessidade de um estudo empírico comparativo, para que se possa responder às perguntas sobre que instituições, com suas habilidades específicas, podem exercer de melhor forma a interpretação. Pensar em capacidades institucionais significa, dessa forma, levar a sério as limitações e qualificações de uma determinada instituição no desenvolvimento de análises estáticas e dinâmicas relacionadas ao exercício de suas funções.

Bruce Ackerman[26], por sua vez, assevera a necessidade de uma definição clara da divisão orgânica de funções em prol da eficiência institucional. Postula que se proceda a uma verdadeira divisão de trabalho com vistas à adequada e otimizada gestão do Estado.

Assim sendo, deve-se propugnar por um adequado arranjo institucional, que leve em conta a capacidades de cada um dos agentes envolvidos e busque uma coordenação e interação equilibrada entre eles no exercício de suas funções em prol da realização de objetivos comuns.

4. Neoconstitucionalismo e interpretação constitucional

Daniel Sarmento[27] observa que o Neoconstitucionalismo trata-se de um conceito formulado sobretudo na Espanha e na Itália, que principalmente, a partir de 2003, expandiu-se na doutrina brasileira, depois da ampla divulgação da importante coletânea intitulada Neoconstitucionalismo, organizada pelo jurista mexicano Miguel Carbonell.

Os adeptos do Neoconstitucionalismo buscam embasamento no pensamento de juristas que se filiam a linhas bastante heterogêneas, como Ronald Dworkin, Robert Alexy, Peter Häberle, Gustavo Zagrebelsky, Luigi Ferrajoli e Carlos Santiago Nino. Dessa forma, apesar de ampla aceitação do Neoconstitucionalismo no Brasil, não há uma concepção unívoca dessa doutrina.

Segundo Susanna Pozzolo[28] os diversos matizes da doutrina neoconstitucional possuem como traço comum a defesa de uma política constitucional baseada em um modo específico de interpretação da Constituição, ancorado principalmente na técnica de ponderação, forte na presença de princípios que permitem a modelação das relações sociais entre os cidadãos de modo a adequá-las aos requisitos substanciais da Justiça. Assim, na perspectiva neoconstitucional, o Poder Judiciário fica autorizado a discutir o

---

[24] Cf. PARISI, Francesco. Sources of Law and the Institutional Design of Law Making. Disponível em: *http://www.law.gmu.edu/assets/files/publications /working _papers/ 04-22.pdf*.Acesso em: 10 jun. 2014

[25] SUNSTEIN, Cass R. e VERMULE, Adrian. Interpretation and institutions. Disponível em: *http://www.jstor.org/discover/10.2307/1290510?uid=3737664&uid=2&uid=4&sid=21104306794463.* Acesso em: 10 jun. 2014.

[26] ACKERMAN, Bruce. The new separation of powers. Disponível em: *http://www.palermo.edu/derecho/eventos/pdf/Ackerman_The_New_Separation_of_Powers_HLR.pdf*. Acesso em: 10 jun. 2014.

[27] Cf. SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e Possibilidade. In: SARMENTO, Daniel. *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea.* Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009.

[28] DUARTE, Écio Oto; POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo e Positivismo Jurídico*. São Paulo:Landi, 2006, p.77-79.

mérito das escolhas dos outros poderes, desconsiderando os compromissos políticos anteriormente firmados, sob uma orientação teleológica e não deontológica.

Humberto Ávila[29] afirma que as regras assumem caráter retrospectivo na medida que descrevem uma situação de fato conhecida pelo legislador; ao contrário dos princípios que possuem um caráter prospectivo, já que determinam um estado de coisas a ser construído. Logo, quando o intérprete baseia-se exclusivamente em princípios, deixa de estar adstrito a condutas previamente descritas, alcançando um grau de liberdade maior, que a partir da redução de direitos a valores e interesses, possibilita a manipulação dos compromissos institucionais previamente instituídos e deságua no espaço da arbitrariedade.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho[30], pontualmente alerta para a falácia da argumentação neoconstitucionalista de que na Constituição Federal de 1988 haveria prevalência de princípios sobre regras. Conforme observado pelo autor, no texto constitucional de 1988, predominam regras e não princípios. Enfatiza, ainda, que a presença de princípios na Constituição de 1988 ensejaria no máximo a feição aberta da Constituição, no sentido apregoado por Canotilho.

Conforme Lênio Streck[31], o neoconstitucionalismo, no Brasil, deita suas raízes no Constitucionalismo dirigente e no Estado Democrático de Direito, movimentos originários da descrença nos resultados do processo político-majoritário e nos detentores do poder. A respeito do Constitucionalismo dirigente, resta importante salientar que seu idealizador, José Joaquim Gomes Canotinho[32], que a princípio defendia um projeto emancipatório, transformador, calcado na força das normas constitucionais, reconheceu a impropriedade de seu projeto inicial, e passou a defender a neutralização de qualquer discurso totalizante, forte no pluralismo de perspectivas que permeiam a sociedade atual. Por sua vez, quanto ao Estado Democrático de Direito, apesar de ter sido inicialmente vinculado a uma democracia socialista, deve ser entendido, atualmente[33] como uma síntese dialética dos momentos anteriores, não importando no abandono do Estado de Direito.

Em uma sociedade marcada pela pluralidade e pelo dissenso, a política majoritária apresenta-se como meio pelo qual resta possível traçar a coordenação das condutas do agir coletivo. A esse respeito, Jeremy Waldron[34] observa que a legislação, diante de ser o resultado de um processo deliberativo, no qual vários pontos de vista são representados, apresenta-se como o único meio pelo qual diversas identidades podem ser unificadas de maneira não arbitrária.

---

[29] ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros,2008, p.76

[30] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Notas sobre o direito constitucional pós-moderno, em particular sobre certo neoconstitucionalismo à brasileira.*Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro,v. 250, jan/abr. 2009, p.154.

[31] Cf. STRECK, Lênio Luiz. A crise paradigmática do Direito no contexto da resistência positivista ao (Neo)constitucionalismo. In: SOUZA NETO, Cláudio; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo. *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

[32] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Constituição Dirigente e vinculação do legislador: contributo para compreensão das normas constitucionais programáticas.2.ed. Coimbra: Coimbra, 2001, p. x.

[33] Cf.DIAS, Maria Teresa Fonseca. Direito administrativo pós-moderno.Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

[34]WALDRON, Jeremy.Can there be a Democratic Jurisprudence? Disponível em: *http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1280923*. Acesso em: 12 jun. 2014.

No mesmo sentido, Joseph Raz[35] ressalta a importância da observância do Estado de direito, ou seja da capacidade das normas jurídicas guiarem as condutas dos indivíduos e impedirem o uso arbitrário do Direito por parte dos agentes públicos.Nesse diapasão, para um ato estatal, independentemente de sua origem, ser legítimo, deve guardar consonância com a lei.

Jeremy Waldron[36], ao forjar a concepção de sistematicidade, postula que as decisões devem sempre levar em consideração as normas jurídicas, de modo que mesmo que sejam inteiramente novas, sejam capazes de representar a aplicação do Direito, mediante uma interpretação construtiva, em consonância com um único projeto global.

Jorge Octavio Lavocat Galvão[37] defende que a partir da difusão das teses neoconstitucionais os juízes passaram a acreditar que qualquer interpretação judicial é possível. Segundo o autor , as normas constitucionais passaram a ser vistas não como limite a atuação jurisdicional, mas como convite à interpretação inovadora capaz de redefinir os próprios contornos judiciais. A introdução da ponderação e dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade na argumentação jurídica tornou possível ao intérprete a manipulação dos valores constitucionais, em detrimento dos postulados do Estado de Direito.

Carlos Bastide Horbach[38], de igual maneira, alerta para o efeito pernicioso do neoconstitucionalismo permitir ao intérprete que sua opinião transforme ou despreze o texto da lei, em sua atividade judicante, provocando a subversão dos níveis de produção jurídica e impondo um totalitarismo hermenêutico à sociedade.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho[39] assevera que em um Estado de Direito, dotado de um sistema democrático, ou seja, em um Estado Democrático de Direito, resta indiscutível que a densificação, ou seja, o desdobramento do princípio em regras, compete ao legislador. A legislação, nesse sentido, não pode ser entendida como algo desnecessário, mas como o arranjo institucional representativo de ideais comuns de uma sociedade pluralista.

Assim sendo, acredita-se que, sem desconsiderar a força normativa da Constituição, argumentos de ponderação/balanceamento pelo intérprete devem ser, sempre que possível evitados, devendo as interpretações inovadoras partirem da reconstrução do próprio ordenamento jurídico, forte na vinculação do intérprete às normas jurídicas produzidas em consonância com um processo político-democrático.

---

[35] RAZ, Joseph. *The Authority of Law: Essays on Law and Morality.* 2.ed. Oxford:Oxford University Press, 2009, p. 214-220.

[36]WALDRON, Jeremy. The Rule of Law as a Theater of Debate. Disponível em:*http://books.google.com.br/books?hl=en&lr=&id=g75cAgAAQBAJ&oi=fnd&pg=PA212&dq=The+rule+of+law+as+a+theater+of+debate+Waldron&ots=8q6gGpG0n&sig=k6YWlFMYSYeF5p6sOQZlhtusgxU&redir_esc=y#v=onepage&q=The%20rule%20of%20law%20as%20a%20theater%20of%20debate%20Waldron&f=false.* Acesso em: 09 jun.2014

[37]GALVÃO, Jorge Octavio Lavocat. *Neoconstitucionalismo e o fim do Estado de Direito*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 191-192

[38] HORBACH, Carlos Bastide. A nova roupa do direito constitucional:neo-constitucionalismo, pós-positivismo e outros modismos.*Revista dos tribunais*, São Paulo, ano 96, v.859, maio, 2007. p.90.

[39] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional.* 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.150.

5. Conclusão

Após as reflexões adrede tecidas, podem ser destacados os seguintes aspectos à guisa de conclusão:

A separação estanque entre direito constitucional e internacional restou inviabilizada diante da intensificação dos fluxos comunicacionais e mercantis, aliado às interdependências político-econômicas e às novas tramas e arenas da política.A globalização acabou por impor uma reconfiguração dos conteúdos e dos procedimentos que sustêm o constitucionalismo contemporâneo. Nesse processo progressivo de entrelaçamento entre as ordens jurídicas nacionais e internacionais, a definição de hierarquia perde sua razão de ser; e a feição clássica, soberana e fechada do Estado cede lugar a um roupagem nova.Todavia, conforme demonstrado, apesar da crise de alguns elementos, não surgiu um organismo ou instituição com a pretensão de substituir o papel civilizatório desempenhado pelo arquétipo do Estado que emergiu da modernidade.

No que atine à concepção clássica da separação de Poderes, diante da configuração institucional do atual Estado Constitucional Brasileiro em nada se parecer com a do período de seu surgimento, no qual o Legislativo era dotado de supremacia, o Executivo era mero administrador e o Judiciário, "boca" que pronunciava as palavras da lei, resta manifesta a necessidade de sua reconfiguração para que possa se adequar as necessidades e faticidades do Estado Contemporâneo. Uma proposta para sua reconfiguração perpassa pela análise das capacidades institucionais, para que as diversas funções possam ser alocadas para o nível de governo ou da sociedade que possam exercê-las melhor. Acredita-se que a partir desse viés, reste possível reconstruir o arranjo institucional, em prol da otimização da gestão do Estado e realização dos objetivos comuns.

Por fim, a respeito da proposta neoconstitucionalista e seu modo específico de interpretação da Constituição, ancorado principalmente na técnica de ponderação, forte na presença de princípios, com o escopo de permitir ao Poder Judiciário discutir o mérito das escolhas dos outros poderes, desconsiderando os compromissos políticos anteriormente firmados, entende-se que subverte os níveis de produção jurídica e impõe um totalitarismo hermenêutico a uma sociedade pluralista. Encontra-se, dessa forma, em dissonância com um Estado Democrático, que ainda encontra-se regido pelo Direito, o qual se estrutura sob a capacidade das normas jurídicas guiarem as condutas dos indivíduos e impedirem o seu uso arbitrário por parte dos agentes públicos.Assim sendo, nem toda interpretação judicial é possível, haja vista a necessidade de vinculação do intérprete às normas jurídicas, resultantes de um processo deliberativo, no qual vários pontos de vista de um sociedade em constate dissenso são compartilhados.

6.Referências bibliográficas

ACKERMAN, Bruce. The new separation of powers. Disponível em: *http://www.palermo.edu/derecho/eventos/pdf/Ackerman_The_New_Separation_of_Powers_HLR.pdf*. Acesso em: 10 jun. 2014.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros,2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *"Brancosos" e a Interconstitucionalidade:* itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. Lisboa: Almedina, 2006.

_____. Constituição Dirigente e vinculação do legislador: contributo para compreensão das normas constitucionais programáticas.2.ed. Coimbra: Coimbra, 2001.

_____. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed., Coimbra: Almedina, 2003.

CASELLA, Paulo Borba. *Direito Internacional dos Espaços.* São Paulo: Atlas, 2009.

CHEVALLIER, Jacques*. O Estado Pós-Moderno*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

DELMAS-MARTY, Mireille. *Études Juridiques Comparatives et Internalisation du Droit*. Paris: Collège de France/Fayard, 2003.

DIAS, Maria Teresa Fonseca. Direito administrativo pós-moderno.Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

DIPPEL, Horst. *História do Constitucionalismo Moderno*. Lisboa,:Fundação Calouste Gulbernkian, 2007.

DUARTE, Écio Oto; POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo e Positivismo Jurídico*. São Paulo:Landi, 2006.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional.* 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Notas sobre o direito constitucional pós-moderno, em particular sobre certo neoconstitucionalismo à brasileira.*Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro,v. 250, jan/abr. 2009.

GALVÃO, Jorge Octavio Lavocat. *Neoconstitucionalismo e o fim do Estado de Direito*. São Paulo: Saraiva, 2014.

GRIMM, Dieter. The achievement of constitutionalism and its prospects in a changed world. In: DOBNER, Petra; LOUGHLIN, Martin(eds). *The Twilight of Constitutionalism?* Oxford University Press, 2010.

GROHMANN, Luís Gustavo Mello. A separação de poderes em países presidencialistas: a América Latina em perspectiva comparada. Disponível em: *http://www.scielo.br/pdf/rsocp/n17/a07n17*. Acesso em 05 jun. 2014.

HABERLE, Peter.*Estado Constitucional Cooperativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

_____. *Estado Constitucional Cooperativo.* Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

HAMILTON, Alexander; MADISOSN, James; JAY, John.The Federalist.Disponível em: *http://thomas.loc.gov/home/histdox/fedpapers.html.*Acesso em: 05 jun. 2014.

HESSE, Konrad.*Temas Fundamentais do Direito Constitucional*:Textos Selecionados e Traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Mártires Coelho, São Paulo, Saraiva, 2009.

HORBACH, Carlos Bastide. A nova roupa do direito constitucional:neo-constitucionalismo, pós-positivismo e outros modismos.*Revista dos tribunais*, São Paulo, ano 96, v.859, maio, 2007.

LEVINSON, Daryl J.; PILDES, Richard H. Separation of Parties, not Powers. Disponível em: *http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=890105*. Acesso em: 05 jun. 2014.

LOCKE, John. Two Treaties of Government. Disponível em*: http://oll.libertyfund.org/? option=com _staticxt&staticfile=show.php%3Ftitle=222*. Acesso em 05 jun. 2014.

MAZIAU, Nicolas. Les Constitutions internationalisées. Aspects théoriques et essai de typologie. Disponível em:*http://www.unisi.it/ricersa/dip/ dir_eco/COMPARATTO/ maziau.doc*. Acesso em: 9 jun. 2014.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *Do espírito das leis.* São Paulo: Martin Claret, 2005.

NEVES, Marcelo da Costa Pinto. *Transconstitucionalismo.* São Paulo: Martins Fontes, 2009.

PERNICE, Ingolf. The Global Dimension of Multilevel Constitutionalism: A Legal Response to the Challenges of Globalisation. Disponível em: *http://www.whi-berlin.eu/documents/whi-paper0908.pdf.* Acesso em: 09 jun. 2014.

RAMOS, Elival da Silva. Os tratados sobre direitos humanos no direito constitucional brasileiro. In: AMARAL JUNIOR, Alberto do; JUBILUT, Liliana Lyra (orgs.). *O STF e o direito internacional dos direitos humanos*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e Possibilidade. In: SARMENTO, Daniel. *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea.* Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009.

TOURARD, Hélène. *L'internationalisation des constitutions nationales*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2000.

SUNSTEIN, Cass R. e VERMULE, Adrian. Interpretation and institutions. Disponível em: *http://www.jstor.org/discover/10.2307/1290510?uid=3737664&uid= 2&uid=4&sid=21104306794463.* Acesso em: 10 jun. 2014.

STRECK, Lênio Luiz. A crise paradigmática do Direito no contexto da resistência positivista ao (Neo)constitucionalismo. In: SOUZA NETO, Cláudio; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo. *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

PARISI, Francesco. Sources of Law and the Institutional Design of Law Making. Disponível em: *http://www.law.gmu.edu/assets/files/publications /working _papers/ 04-22.pdf*.Acesso em: 10 jun. 2014.

RAZ, Joseph. *The Authority of Law: Essays on Law and Morality.* 2.ed. Oxford:Oxford University Press, 2009.

WALDRON, Jeremy.Can there be a Democratic Jurisprudence? Disponível em: *http://papers.ssrn. com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1280923*. Acesso em: 12 jun. 2014.

_____. The Rule of Law as a Theater of Debate. Disponível em:*http://books.google.com.br/books?hl=en&lr=&id=g75cAgAAQBAJ&oi=fnd&pg =PA212&dq=The+rule+of+law+as+a+theater+of+debate+Waldron&ots=8q6gGpG0n&sig=k6YWlFMYSYeF5p 6sOQZlhtusgxU&redir_esc=y#v=onepage&q=The%20rule%20of%20law%20as%20a%20theater%20of%20de bate%20Waldron&f=false.* Acesso em: 09 jun.2014.

WALKER, Neil. Beyond the Holistic Constitution. In: DOBNER, Petra; LOUGHLIN, Martin(eds). *The Twilight of Constitutionalism?* Oxford University Press, 2010.