



O “NEOCONSTITUCIONALISMO” E A EROSÃO DA JURIDICIDADE: SOBRE O PROBLEMA DA INDISTINÇÃO ENTRE PRINCÍPIOS JURÍDICOS E OBJETIVOS POLÍTICOS

“Neoconstitutionalism” and the erosion of the law: On the problem of the indistinction between legal principles and policies

Fábio Cardoso Machado

Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS, Porto Alegre, RS, Brasil

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3091808838904872> ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6780-1775>

E-mail: fabio.machado@andrademaia.com

Trabalho enviado em 14 de fevereiro de 2022 e aceito em 17 de maio de 2022



This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.



Rev. Quaestio Iuris., Rio de Janeiro, Vol. 16, N.02., 2023, p. 658 - 682

Fábio Cardoso Machado

DOI: [10.12957/rqi.2023.65407](https://doi.org/10.12957/rqi.2023.65407)

RESUMO

O presente artigo se propõe a mostrar que algumas relevantes objeções da doutrina brasileira ao chamado “neoconstitucionalismo” são insuficientes, pois deixam de considerar o problema da indistinção entre princípios autenticamente jurídicos (*principles*) e objetivos políticos (*policies*), que é, afinal, a principal causa tanto da sobreposição das determinações normativas contidas nas regras por objetivos políticos, quanto da preterição dos autênticos princípios jurídicos por intenções políticas que deveriam subordinar-se ao direito. Para cumprir este objetivo, realiza-se uma revisão bibliográfica de relevantes reações doutrinárias ao neoconstitucionalismo, devidas a Marcelo Neves e Humberto Ávila, mostrando, através de uma abordagem dialética, que é necessário um esforço de recuperação do autêntico sentido jurídico dos *principia iuris*, para uma sua diferenciação das intenções e dos objetivos políticos proclamados, com forma jurídica, pela Constituição. Conclui-se que esta diferenciação é indispensável para que o Judiciário deixe de substituir-se às instâncias políticas, determinando, em seu lugar, o modo apropriado de realizar objetivos políticos e sociais.

Palavras-chave: Neoconstitucionalismo. Princípios jurídicos. Objetivos políticos. *Policies*.

ABSTRACT

The present article proposes to show that relevant objections of Brazilian doctrine to the so-called "neoconstitutionalism" are insufficient, as they fail to consider the problem of the indistinction between authentically legal principles (*principles*) and political objectives (*policies*), which is, after all, the main cause of both the overlapping of normative determinations contained in the rules for political objectives and the preterition of authentic legal principles for political intentions that should be subordinated to the law. To fulfill this objective, a bibliographic review of relevant doctrinal reactions to neoconstitutionalism, due to Marcelo Neves and Humberto Ávila, is carried out, showing, through a dialectical approach, that an effort is necessary to recover the authentic legal meaning of the *principia iuris*, for a differentiation of their intentions and of the political objectives proclaimed, with legal form, by the Constitution. It is concluded that this differentiation is indispensable for the Judiciary to stop substituting itself for political bodies, determining, in their place, the appropriate way to achieve political and social objectives.

Keywords: Neoconstitutionalism. Legal principles. Political goals. *Policies*.

INTRODUÇÃO



Em um importante ensaio publicado há mais de uma década, Oscar Vilhena Vieira (2008, p. 444-445) acentuou que o fenômeno da expansão da autoridade judicial havia adquirido, no Brasil, contornos singulares, devido à distinção “de escala e de natureza” do nosso Supremo Tribunal Federal relativamente à maioria da cortes constitucionais: de escala, pela quantidade de temas que, entre nós, adquirem natureza constitucional e são passíveis de judicialização; de natureza, pela inexistência de quaisquer obstáculos à revisão dos atos e decisões dos demais poderes constituídos. O eminente Professor da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas denominou *supremocracia* esta singularidade do arranjo brasileiro.

De lá para cá, o protagonismo de nossa corte constitucional ainda cresceu vertiginosamente, aprofundando-se o “mal-estar *supremocrático*” (VIEIRA, 2008, p. 457) que, cada vez mais, toma conta da nação. É preciso reconhecer que o Supremo Tribunal Federal não demonstra nenhuma deferência pelo Legislativo ou pelo Executivo e desconhece o exercício da autocontenção: substituiu-se, sem nenhum pudor, aos demais poderes, pelo simples fato de preferir as próprias escolhas (VIEIRA, 2008, p. 452).

Embora sejam várias as circunstâncias determinantes desse singular fenômeno brasileiro, alguns dos mais proeminentes estudiosos do tema (v., por exemplo, SARMENTO, 2009, e ÁVILA, 2009) têm imputado a responsabilidade pelo agigantamento do Poder Judiciário e, sobretudo, do Supremo Tribunal Federal, a um conjunto de concepções ou atitudes atribuíveis ao chamado “neoconstitucionalismo”. Não se desconhece que este rótulo congrega compreensões muito diversas, nem que a assimilação das teses e concepções dos seus principais teóricos, pela prática judiciária brasileira, é seletiva e, muitas vezes, descuidada. De todo modo, a imputação não é inteiramente impertinente, pois não restam dúvidas de que aquelas concepções e atitudes têm sido, até aqui, o combustível doutrinário da vertiginosa ascensão da supremocracia. Faz sentido, portanto, que o esforço de contenção do judicialismo que experimentamos passe pelo enfrentamento crítico da internalização “à brasileira” dos ícones do neoconstitucionalismo. Neste breve ensaio, tratar-se-á de uma específica vertente dessa necessária reação, atinente aos princípios e à sua relevância prático-judicativa.

O neoconstitucionalismo têm, como é natural, os seus próprios fetiches. Um deles gira em torno dos “princípios” e dos – cada vez mais numerosos – “direitos fundamentais”. A “constitucionalização do direito” que essa corrente propugna estimula, com efeito, uma “interpretação extensiva e irradiante dos direitos fundamentais e dos princípios mais importantes da ordem constitucional” (SARMENTO, 2009, s/p). Essa virada da lei para a Constituição, que pode

ter já chegado ao extremo de uma “hiperconstitucionalização da vida” (VIEIRA, 2008, p. 443), permeia o movimento como um todo e está na raiz do fetichismo dos princípios que se disseminou pelo Brasil. E a contrapartida dessa obsessão principialista é, segundo boa parte da doutrina, a desvalorização das regras. Basta ver como um dos mais vigorosos oponentes dos modismos atuais começa por caracterizar o neoconstitucionalismo: “princípios em vez de regras (ou mais princípios do que regras)” (ÁVILA, 2009, p. 02).

É compreensível, diante disso, que a resistência à hiperprincipialização da juridicidade queira chamar novamente a atenção para as regras, salientando a sua relevância e defendendo certa moderação no uso judicativo dos princípios, além de propor esquemas metódicos ou orientações hermenêuticas capazes de conferir maior racionalidade à “ponderação”, que é o modo metodológico preferencial do principialismo. Ocorre que essa ênfase na relevância das regras e nos aspectos hermenêuticos ou metodológicos do fenômeno incide mais sobre os efeitos do que sobre as causas dos nossos problemas atuais, já que deixa à margem de toda consideração um fator crítico da revolução judicialista que estamos vivendo. Referimo-nos à inexistência pura e simples de uma adequada distinção entre os campos ou domínios do político e do jurídico, de que resulta uma perigosa confusão entre intenções, problemas e critérios jurídicos, de um lado, e, de outro, intenções, problemas e critérios políticos. Essa indistinção obscurece a usurpação política de categorias jurídicas e, assim, oculta a funcionalização política da juridicidade e da jurisdição que está em curso no Brasil.

O objetivo deste trabalho será, portanto, o de prosseguir numa tentativa já iniciada (MACHADO, 2020, p. 372 ss.), como que a dar andamento a relevantes esforços anteriores, devidos, sobretudo, a Castanheira Neves (2012, *passim*; 2015, *passim*), no sentido de iluminar algumas decisivas distinções entre os domínios do político e do jurídico, com um foco, porém, muito específico, que é o da fundamental diferenciação entre os princípios propriamente jurídicos, de um lado, e, de outro, os objetivos políticos e os *standards* que os consagram (*policies* ou *directrices*).

Para cumprir aquele objetivo, a primeira parte do presente artigo indicará as principais razões pelas quais acredita-se que a indistinção entre princípios jurídicos e objetivos políticos obscurece e faz retrair as exigências da juridicidade, levando à funcionalização do direito e da jurisdição. Em seguida, serão consideradas, mediante revisão bibliográfica, importantes objeções de ordem metodológica levantadas por Marcelo Neves e Humberto Ávila contra o neoconstitucionalismo, com o fim de mostrar, através de uma abordagem dialética, que precisamos avançar no debate, enfrentando o problema pré-metodológico da distinção entre critérios jurídicos

e políticos. Por fim, são sugeridos alguns caminhos para resgatar o sentido autenticamente jurídicos dos princípios, de forma que possam voltar a contrapor-se aos objetivos políticos. Espera-se, com isso, contribuir para que a juridicidade possa ser reconduzida à primazia como instância última de validade comunitária (CASTANHEIRA NEVES, 1995a, p. 413-414). Disto dependem, afinal, o Estado de Direito e as nossas liberdades.

1. O PERIGO DA CONFUSÃO ENTRE PRINCÍPIOS JURÍDICOS E OBJETIVOS POLÍTICOS

Dworkin sustentava que as decisões judiciais deveriam ser decisões “de princípio”, ou seja, decisões determinadas não por “argumentos políticos” (*arguments of policy*), que são aqueles que indicam que um particular curso de ação “avança ou protege algum objetivo coletivo da comunidade como um todo”, e sim por “argumentos de princípio” (*arguments of principle*), que são, diversamente, aqueles que “mostram que a decisão respeita ou assegura o direito de algum indivíduo ou grupo” (1977, p. 82-84). Essa diferenciação entre objetivos políticos (*policies*) e princípios em sentido próprio é extremamente promissora, pois contribui para o enfrentamento do problema da indistinção entre critérios jurídicos e políticos, e mesmo dos sentidos político e jurídico – da *ratio legis* e da *ratio iuris* – de uma mesma norma (LINHARES, 2012, p. 161-162). Não parece, contudo, que Dworkin tenha avançado suficientemente, pois, em sua concepção, tudo acaba por se reconduzir ao domínio do político. Os princípios são caracterizados como proposições que “descrevem direitos”, ao passo que *policies* são aquelas proposições que “descrevem objetivos”. Um direito é, porém, “um objetivo político individualizado” (DWORKIN, 1977, p. 90-91). E por mais que, na compreensão de Dworkin, o princípio da integridade exclua um direto apelo às *policies* e remeta o juiz aos critérios consagrados pela prática precedente, as questões jurídicas acabam por se resolver, especialmente nos chamados *hard cases*, por referência a alguma “moralidade política”, pois quando a dimensão da interpretação que concerne à adequação à prática precedente (*dimension of fit*) deixa ainda por resolver o problema de qual é a melhor solução para o caso, o juiz deve se perguntar qual das possíveis interpretações faz da prática jurídica da comunidade e dos seus registros “o melhor que pode ser do ponto de vista da moralidade política substancial”. A resposta dependerá das convicções do juiz acerca de certas virtudes constitutivas da moralidade política (a “justiça” e a “equidade”), e a sua preferência refletirá “um nível mais elevado das suas próprias convicções políticas acerca de como um governo decente comprometido tanto com a equidade quanto com a justiça deveria decidir entre as duas nesse tipo de caso”. A tarefa do juiz será, enfim,

a de quem precisa chegar a um “juízo político” em que entra em jogo a sua “convicção política” acerca da melhor interpretação de um série de decisões políticas por referência a certas “virtudes políticas” (DWORKIN, 2004, p. 243, 248-250 e 255-256).

Por mais promissora que seja a distinção entre *arguments of principle* e *arguments of policy*, essa redutora subordinação de tudo a uma certa moralidade política acaba por contribuir mais para a confusão do que para a distinção entre os domínios do político e do jurídico. Dworkin inclusive deixa claro que, quando o caso tiver que ser decidido com base na legislação (*statute*), o juiz deve levar em consideração tanto os princípios quanto as *policies*: “ele deve considerar justificações de *policy* assim como de *principle*, e em alguns casos pode ser problemática qual a forma de justificação mais apropriada” (DWORKIN, 2004, p. 258 e 338-339). Nessa situação, deverá o juiz dar às práticas da sua comunidade a melhor continuação possível à luz tanto de seus princípios quanto de seus objetivos políticos.

A teoria dos princípios de Alexy, de enorme influência entre nós, agrava ainda mais a indistinção de que nos ocupamos. Os princípios jurídicos passam a ser compreendidos como *mandados de otimização*, na medida em que “ordenam que se realize algo na maior medida possível, em relação às possibilidades jurídicas e fáticas”. Enquanto as regras exigem “um cumprimento pleno”, e, por isso, só podem ser ou cumpridas ou descumpridas, a depender da sua validade, os princípios “podem ser cumpridos em diversos graus”, a depender tanto das possibilidades fáticas quanto das possibilidades que vão determinadas por um confronto com outros princípios e com regras “que jogam em sentido contrário” (ALEXY, 1988, p. 143-144; 2002, p. 86-88; 2015, p. 146).

Alexy concorda com Dworkin quanto à “dimensão de peso” que têm os princípios, e propõe que, em caso de colisão, sejam eles submetidos a uma “ponderação” orientada pela chamada “lei da ponderação” (ALEXY, 1988, p. 147-148; 2002, p. 157 ss.; 2015, p. 152-159). Mas Alexy, diferentemente de Dworkin, rejeita qualquer possível diferenciação entre os princípios em sentido próprio e as *policies*. Alexy considera inconveniente a distinção proposta por Dworkin e, por isso, equipara os princípios que atribuem direitos e aqueles que ordenam a persecução dos interesses da comunidade (ALEXY, 2002, p. 101, 106, 109 e 111). Por considerar que os princípios podem ter por objeto tanto direitos individuais quanto “bens coletivos”, Alexy equipara “princípios” de índole muito diversa (como os da dignidade humana, da liberdade, da igualdade, da democracia, do Estado de Direito e do Estado Social) (ALEXY, 1988, p. 144), e ainda “normas” que têm por objeto a saúde pública, o abastecimento energético, a segurança alimentar, a luta contra a desocupação e a segurança da república, além, até mesmo, de certos critérios que dizem respeito apenas a “interesses comunitários relativos”, como, por exemplo, o “princípio” da conservação e promoção dos ofícios

manuais (ALEXY, 2002, p. 109-110 e 131-132). Mas se todos os preceitos constitucionais e legais que consagram objetivos ou ordenam a realização de fins são princípios jurídicos, fica afastada qualquer possibilidade de distinguir o que pertence ao domínio do jurídico e ao do político, assim como qualquer tentativa de adscrever a atividade jurisdicional à autônoma intencionalidade do direito. A pretexto de aplicar princípios, o juiz acaba, afinal, por ser convocado a “realizar” inúmeros e heterogêneos objetivos políticos, e a jurisdição é transformada em instância de realização desses objetivos.

Os efeitos daquela indistinção entre princípios jurídicos e objetivos políticos não se restringem, contudo, à expansão da jurisdição. Se, de um lado, a chamada “judicialização da política” exponencia o protagonismo do Judiciário e encoraja o ativismo judicial, a “politização do direito”, que é o reverso da moeda, acaba por levar a um recuo da própria juridicidade, enfraquecendo as liberdades e garantias constitucionais e os limites jurídicos ao exercício do poder.

Conforme já sustentamos em trabalho anterior (MACHADO, 2020, p. 415 ss.), a confusão entre exigências normativas especificamente jurídicas e ideais ou objetivos político-sociais, e entre os preceitos constitucionais que consagram uns e outros, faz com que todas as questões concernentes ao bem comum político sejam transformadas em questões jurídicas: tudo que, por pertencer ao campo do político, se constitucionaliza, por esse meio também se juridiciza. Não só formalmente, mas, inclusive, materialmente. A juridicidade acaba, assim, por ser invadida por intenções tipicamente políticas. Esse resultado da chamada “constitucionalização do direito” coloca o juiz, de igual forma, tanto sob exigências estritamente jurídicas quanto sob exigências exclusivamente políticas, como se todas integrassem um mesmo *corpus* normativo e tivessem, juridicamente, a mesma dignidade e relevância. Todos os ideais e objetivos indistintamente albergados ou consagrados pela Constituição constituem, nesses termos, peças de uma mesma juridicidade fundamental. Com isso, os objetivos políticos são elevados ao mesmo *status* das mais importantes exigências e normas jurídico-constitucionais, incluindo aquelas que deveriam limitar o poder político e instituir salvaguardas em favor das liberdades dos cidadãos, condicionando, assim, a persecução, por quaisquer órgãos estatais, mesmo dos mais transcendentais objetivos políticos.

Essa acrítica assimilação de intenções políticas pela juridicidade, na forma de “princípios” que ordenam a sua realização pela própria jurisdição, abre, assim, o ensejo para uma direta ponderação entre objetivos políticos e direitos, liberdades e garantias salvaguardados pelo direito, tirando, destes últimos, a capacidade de bloquear eficazmente a ação política dirigida à realização de um fim político albergado pela Constituição sempre que o encarregado da decisão, sopesando ou ponderando uns e outros, entender que deva ser dado maior peso ao objetivo político. O direito

deixa de ser, assim, instância última de validade, para transformar-se em meio de realização de intenções políticas com as quais concorrem, sem primazia, outras intenções de índole propriamente jurídica que acabam por ficar à mercê da ponderação de quem tenha, porventura, a atribuição de decidir.

É natural que a Constituição consagre objetivos políticos, pois é, afinal, o “estatuto jurídico do político” (CASTANHEIRA NEVES, 2008, p. 53). Mas é fundamental que os juristas saibam distinguir os preceitos que apenas explicitam intenções políticas dos princípios propriamente jurídicos, expressos ou não, que encerram as exigências fundamentais da juridicidade e, protegendo-nos do poder, salvagam as nossas liberdades. Sem isso, as determinações normativas contidas nas regras jurídicas serão continuamente sobrepostas por objetivos políticos travestidos de princípios, e mesmo os princípios autenticamente jurídicos, com as liberdades e garantias que protegem, serão preteridos, a pretexto de uma eventual “ponderação”, por intenções políticas que deveriam *subordinar-se ao direito*. Essa tendência está intimamente relacionada à usurpação, por intenções e objetivos francamente políticos, da linguagem dos direitos, de que resulta uma inflação de “direitos fundamentais” de duvidosa juridicidade e que confere àquelas intenções e objetivos uma força e uma dignidade jurídica que não deveriam ter. Por esses caminhos, o direito vai se funcionalizando à política e se entregando servilmente ao poder. E o desfecho desse movimento pode ser, no limite, o fim do *rule of law* e do próprio constitucionalismo. Vejamos, então, como a doutrina brasileira tem reagido a esse perigo, e se, de fato, não é preciso ir além das salvaguardas metodológicas.

2. A REAÇÃO À “ABSOLUTIZAÇÃO DOS PRINCÍPIOS” E À “COMPULSÃO PONDERADORA”

As mais vigorosas reações da doutrina brasileira ao amplo domínio das concepções e atitudes do neoconstitucionalismo têm se situado, sobretudo, no âmbito metodológico ou da argumentação jurídica, e dizem respeito à prioridade judicativa dos princípios sobre as regras. Disso têm resultado contribuições que merecem, sem nenhuma dúvida, toda a atenção. Limitar-se-á aqui, porém, a uma exploração muito esquemática e recortada de algumas sugestões de Marcelo Neves e Humberto Ávila, já que, precisamente pela qualidade e potencial que têm, deixam entrever o que pretendo apontar, a saber, que uma eficaz resistência ao neoconstitucionalismo e aos males que

provoca exige, ainda, uma consideração crítica de certos pressupostos pré-metodológicos relativos à própria categoria dos princípios jurídicos¹.

Tanto Marcelo Neves quanto Humberto Ávila sustentam, cada um a seu modo, que a articulação normativa e prático-argumentativa entre princípios e regras deve buscar um *equilíbrio*, pois um sistema só de regras ou que as superestimasse, privilegiando a consistência, seria demasiado rígido e careceria da necessária capacidade de amoldar-se às particularidades dos casos (ÁVILA, 2015, p. 147-148), tornando-se, assim, socialmente inadequado (NEVES, 2019, p. 133-134). A obsessão pelos princípios, em detrimento das regras, prejudica severamente, por sua vez, a consistência jurídica, “ocasionando problemas de coordenação, conhecimento, custos e controle de poder” (ÁVILA, 2015, p. 147-148) e levando “à desestabilização das expectativas normativas, à insegurança jurídica e à desconfiança no funcionamento da própria ordem constitucional” (NEVES, 2019, p. 133-134).

Começaremos pela articulação proposta por Marcelo Neves, pois, do ponto de vista metodológico, é menos ambiciosa e, precisamente por isso, não chega a avançar tanto quanto a de Humberto Ávila.

Princípios, segundo Marcelo Neves (2019, p. 125), são observações de segunda ordem que não chegam a oferecer critérios definitivos para a solução dos casos. Por isso, o fascínio pelos princípios bloqueia a consistência jurídica, “dissolvendo o direito amorfamente em seu ambiente e subordinando-o imediatamente às intrusões particularistas do poder, do dinheiro, dos moralismos intolerantes, dos valores excludentes inegociáveis etc.” (NEVES, 2019, p. 133-134). A essa “principlização” cabe, portanto, contrapor um modelo de *articulação* entre regras e princípios constitucionais que sirva, a um só tempo, “a uma concretização juridicamente consistente e socialmente adequada” (NEVES, 2019, p. 196). Esse modelo vem representado, como se tornou comum desde Dworkin, por um juiz exemplar que estaria igualmente atento tanto à dimensão da consistência jurídica (“justiça interna”) quanto à da adequação social do direito (“justiça externa”). O juiz em questão compreende que esse “paradoxo da justiça” não pode ser eliminado sem o fim do direito como sistema social autônomo e sabe que o equilíbrio entre aqueles dois polos é sempre instável e contingente, exigindo tanto a preservação de uma contínua abertura para outras possibilidades em casos futuros quanto um esforço para a fixação de critérios definitórios capazes

¹ Outras valiosas contribuições que, por razões de economia, não poderão ser apreciadas aqui, podem ser encontradas na compreensão dos princípios por referência à ideia de coerência, defendida, entre nós, por Cláudio Michelon (2011, *passim*), e na tentativa de Virgílio Afonso da Silva (2011, *passim*) de conferir maior objetividade e racionalidade à ponderação.

de reduzir o “valor surpresa” de futuras decisões. Afasta-se, assim, tanto a absolutização das regras quanto a dos princípios (NEVES, 2019, p. 221-228).

Esse moderado juiz tem a grande virtude de proteger o sistema jurídico dos efeitos da “absolutização dos princípios” e da “compulsão ponderadora” que se tornaram lugar comum na nova paisagem constitucional brasileira (NEVES, 2019, p. 198). E isso é da maior relevância, pois a “ponderação sem limites”, negligenciando a consistência, tem, de fato, “efeitos devastadores para a relação de autonomia e condicionamento recíproco entre política e direito no Estado Constitucional”: “leva, ao mesmo tempo, a uma judicialização da política e a uma politização do direito”, hipertrofiando a democracia e o Estado de Direito, um em detrimento do outro, e prejudicando “a autonomia e o funcionamento de ambos os sistemas” (o político e o jurídico) (NEVES, 2019, p. 194-195). O que tende a predominar, nesse confuso contexto, é “uma ponderação *ad hoc*, sem perspectiva de longo prazo, dependente da constelação concreta de interesses envolvidos em cada caso”. Em vez de entrar em cena excepcionalmente, para a construção argumentativa de critérios definitórios capazes de reduzir o “valor surpresa” da decisão em “controvérsias constitucionais sobrecomplexas”, a ponderação, em tais condições, se transforma em “meio de acomodação de interesses que circulam à margem do Estado de direito e da democracia, sob o manto retórico dos princípios”, podendo, no limite, “servir para o encobrimento estratégico de práticas orientadas à satisfação de interesses avessos à legalidade e à constitucionalidade”, com a conseqüente “erosão continuada da força normativa da Constituição” (NEVES, 2019, p. 196). Contra esse perigoso estado de coisas, o juiz do modelo proposto é convocado a manusear os princípios e as técnicas argumentativas pertinentes com o cuidado de quem sabe que precisa preservar um delicado equilíbrio, e em termos que a regra consagrada no caso sedimente um critério definitório apto a orientar consistentemente os futuros julgamentos (NEVES, 2019, p. 198-199).

Humberto Ávila, por seu turno, dedicou um contundente ensaio à crítica das atitudes disseminadas na prática judiciária brasileira por influência do neoconstitucionalismo. Todas decorrem, segundo ele pensa, da preferência pelos princípios, em detrimento das regras: a preponderância da ponderação sobre a subsunção, da perspectiva individual e concreta sobre a justiça geral, assim como do Judiciário e da Constituição sobre os demais poderes e a legislação (ÁVILA, 2009, p. 02-03). A sua reação não negligencia, portanto, nenhum desses planos, mas prioriza a prevalência, cada vez maior, dos princípios sobre as regras, assim como o “paradigma da ponderação”, por força do qual aquela prevalência acaba por se disseminar metodicamente. Defende, assim, que a nossa é uma “Constituição de regras”, que os princípios não poderiam afastar as regras de mesmo nível hierárquico e que mesmo as regras infraconstitucionais só poderiam deixar

de ser aplicadas por vício de inconstitucionalidade ou em casos excepcionais (ÁVILA, 2009, p. 03-07). E ataca a adoção da ponderação como critério geral de aplicação das normas jurídicas, na medida em que isso (a) levaria a um anti-escalamento da ordem jurídica, esvaziando o próprio sentido da supremacia da Constituição, (b) aniquilaria as regras, contrariando “os princípios democrático, da legalidade e da separação dos Poderes”, e (c) conduziria a um subjetivismo judicial suscetível de eliminar ou prejudicar severamente o caráter heterolimitador do direito (ÁVILA, 2009, p. 07-10). Importa dizer, contudo, que os males do principialismo não advêm, segundo Humberto Ávila, da ponderação em si, mas da “concepção de ponderação segundo a qual os princípios constitucionais devem ser usados sempre que eles puderem servir de fundamentos para uma decisão, independentemente e por cima de regras, constitucionais e legais, existentes, e de critérios objetivos para sua utilização” (ÁVILA, 2009, p. 10). Para avaliar, então, as barreiras que o eminente jurista gaúcho levanta contra o neoconstitucionalismo, é preciso entender, ainda que em linhas gerais, a sua teoria dos princípios e a dinâmica que propõe para a sua concreta interação com as regras.

Humberto Ávila sustenta que a qualificação de uma norma como princípio ou regra “depende do uso argumentativo, e não da estrutura hipotética” (ÁVILA, 2015, p. 63). Os princípios, como as regras, orientam o comportamento (não são apenas explicitações de valores); e as regras, como os princípios, podem ensejar um certo tipo de ponderação (não se aplicam à maneira de um “tudo-ou-nada”). É, portanto, o “modo como o intérprete justifica a aplicação dos significados preliminares dos dispositivos, se frontalmente finalístico ou comportamental, que permite o enquadramento numa ou noutra espécie normativa” (ÁVILA, 2015, p. 71). O ponto decisivo da distinção é que as regras, ainda que possam exigir uma “ponderação em sentido amplo” (um “sopesamento entre razões e contrarrazões que termina com a atribuição do seu sentido”), “não podem ser simplesmente afastadas ou superadas, como ocorre com determinados princípios”. As regras têm, com efeito, um maior “grau de rigidez” e só podem ser superadas por razões extraordinárias e mediante um ônus de fundamentação maior (ÁVILA, 2015, p. 72 e 146). E é a dimensão *imediatamente comportamental* das regras (decorrente do modo imediatamente descritivo como prescrevem uma conduta), a reclamar uma justificação centrada na correspondência entre as construções conceituais da norma e dos fatos, e da qual decorreria um imediato dever de adoção da conduta descrita, que dá a elas aquela peculiar rigidez: ao descreverem um comportamento em termos que abrangem todos os aspectos relevantes para a decisão (e é nesse sentido que são “abarcantes”), indicando “uma solução específica” para o conflito ou questão em causa, têm as regras uma pretensão terminativa ou de *decidibilidade* que faz delas critérios “preliminarmente

decisivos”, ou seja, só excepcionalmente derrotáveis (ÁVILA, 2015, p. 92 e 95-102). E é, sobretudo, por causa dessa “pretensão de decidibilidade” – que os princípios não têm –, que as regras “preexcluem a livre ponderação principiológica” e devem prevalecer no confronto com princípios de mesma hierarquia (a ponto de ser, inclusive, mais grave descumprir uma regra do que um princípio) (ÁVILA, 2015, p. 115 e 128-134).

Os princípios teriam, por sua vez, uma dimensão *imediatamente finalística* (decorrente da determinação normativa que contém para a “realização de um fim juridicamente relevante”), a reclamar uma justificação pertinente à “correlação entre o estado ideal de coisas posto como fim e os efeitos [...] da conduta havida como necessária” (ÁVILA, 2015, p. 95-97), da qual decorreria o dever imediato de promover aquele estado ideal e, só mediatamente, de adotar a conduta necessária. Por tais circunstâncias, os princípios não terão a pretensão de decidibilidade das regras: na medida em que se limitam a prescrever fins, “abrangem apenas parte dos aspectos relevantes para uma tomada de decisão”, sem pretensão de determinar uma específica solução para um dado problema prático, mas apenas de “contribuir, ao lado de outras razões, para a tomada de decisão” (daí porque são “primariamente complementares” e “preliminarmente parciais”). Por essa indeterminação dos comportamentos a realizar, os princípios carecem da mesma normatividade das regras e reclamam delas uma complementação. As regras exercem, assim, “uma *função definitória* (de concretização), na medida em que delimitam o comportamento que deverá ser adotado para concretizar as finalidades estabelecidas pelos princípios” (ÁVILA, 2015, p. 128). E é daí que vem a “eficácia de trincheira” que confere às regras maior resistência do que têm os princípios, assim como a primazia no confronto com normas complementares, como é o caso dos princípios. Afinal, se a regra consubstancia uma ponderação legislativa acerca de um certo conflito de razões e, nesses termos, determina o meio de realizar os fins consagrados pelos princípios, não cabe ao intérprete substituir aquela ponderação pela sua, concretizando o ideal pertinente de modo diferente daquele previsto pela regra (ÁVILA, 2015, p. 92, 95-103, 128-129, 146 e 158).

Como se vê, os princípios constitucionais não devem ser usados sempre que possam servir de fundamentos para uma decisão, “independentemente e por cima” das regras existentes e de “critérios objetivos para sua utilização” (ÁVILA, 2009, p. 10). Havendo regra imediatamente aplicável ao caso, o “aplicador” poderá, como é evidente, interpretá-la “conforme os princípios constitucionais axiologicamente sobrejacentes ou a sua finalidade”, mas nunca saltar diretamente ao plano constitucional e desprezar a escolha consubstanciada pela regra, sob o pretexto de que não representa o melhor meio para “otimizar” os princípios constitucionais ou a alegação de que toda regra deve ser sustentada por uma ponderação entre princípios colidentes. Só quando não houver

regra constitucional ou legal aplicável, ou se a regra legal existente for “incompatível com o estado de coisas cuja promoção é determinada por um princípio constitucional”, aí sim se abrirá para o intérprete a possibilidade de uma “ponderação dos princípios constitucionais eventualmente colidentes para editar uma norma individual reguladora do conflito de interesses concretamente existente”. E uma série de requisitos devem ser metodicamente cumpridos para que essa seja uma ponderação intersubjetivamente controlável, e não, como se tornou habitual, uma técnica que nada orienta e “representa nada mais do que uma ‘caixa preta’ legitimadora de um decisionismo e formalizadora de um intuicionismo moral” (ÁVILA, 2009, p. 10-12; 2015, p. 116-119, 147-149).

Não é preciso dizer, para quem tenha um mínimo de afinidade com nosso desafiador contexto, que esses modelos que nos oferecem Marcelo Neves e Humberto Ávila, acentuando o valor da consistência jurídica, reconhecendo a relevância da legislação e atribuindo, nesses termos, um importante papel às regras, sem vulgarizar ou desprezar a relevância dos princípios, nos colocam muito à frente da confusa prática judiciária brasileira atual. Certamente, os critérios e orientações metodológicos aí encontrados, se levados a sério e adequadamente considerados na prática, poderão reverter alguns dos mais dramáticos efeitos do neoconstitucionalismo. É da maior relevância, além disso, a *atitude* que tais modelos encorajam, pois traduz uma moderação cada vez mais rara que constitui um componente essencial das virtudes sem as quais ninguém pode ser um bom julgador, seja qual for o método adotado (BONALDO, 2019; MICHELON, 2011, p. 264). Mas é preciso acrescentar que aqueles modelos, por mais valor que tenham, são insuficientes e têm, ainda, um defeito capital: confundem exigências jurídicas e objetivos políticos, *principles* e *policies*. E isso, conforme já indicamos, não é sem riscos, pois sem uma adequada distinção entre problemas, funções e critérios jurídicos e políticos, não há como delimitar, para além do que prescrevem as regras, o que deva ser *deixado* para as instâncias políticas e o que deva ser *privilegiado* pela jurisdição.

Note-se que Marcelo Neves (2019, p. 35 e 40-41) chega a mencionar a distinção entre *principles* e *policies* ou, segundo Atienza e Manero (2016, p. 27), princípios em sentido estrito e *directrices*, além de destacar que os princípios já se estruturam condicionalmente e que nem todos contêm programas finalísticos. Mas, ao desprezar a relevância judicativa dessas distinções, acaba por deixar o seu modelo vulnerável à politização do direito e à judicialização da política. O juiz desse modelo já é, certamente, melhor que o do neoconstitucionalismo, pois, ao respeitar regras que traduzem escolhas legislativas, resguarda atribuições que são das instâncias políticas, restringindo a jurisdição, ademais, ao problema propriamente jurídico daquilo que é devido a ou exigido de alguém em função de uma determinação político-legislativa. Ocorre que os princípios preservam,

naquele modelo, toda a relevância que devem ter, e, sem aquelas distinções, mesmo o mais moderado dos juízes tenderá a equiparar a relevância prático-judicativa de princípios que encerram exigências autenticamente jurídicas e tantas outras normas constitucionais que enunciam apenas intenções políticas. Com o risco óbvio de que, assim, aquelas exigências sejam preteridas pela própria jurisdição sempre que aqueles objetivos pareçam ter maior peso, ainda que o propósito jurídico-constitucional delas seja o de limitar o poder ou salvaguardar direitos e liberdades que não poderiam ser preteridos por fins políticos.

Humberto Ávila deixa o sistema e a jurisdição sujeitos à mesma vulnerabilidade, pois a sua caracterização dos princípios como prescrições finalísticas de “elevado grau de generalidade material, sem consequências específicas previamente determinadas” (ÁVILA, 2015, p. 155), autoriza que qualquer preceito constitucional ou legal que enuncie algum objetivo político ou social seja indistintamente considerado e tratado como um autêntico princípio jurídico. E isso, de novo, não é sem consequências. Basta ver, como já destacado, que o eminente jurista defende, por exemplo, que a ponderação de princípios constitucionais pode entrar em cena para a criação judicial de uma norma individual quando a regra existente for “incompatível com o estado de coisas cuja promoção é determinada por um princípio constitucional” (ÁVILA, 2009, p. 11). Nesse caso, a ponderação deverá servir ao propósito de delimitar “comportamentos necessários à realização dos fins postos pela Constituição Federal” (ÁVILA, 2015, p. 119). É verdade que os exemplos dados são de autênticos princípios jurídico-constitucionais, que, como tais, não consagram objetivos políticos e sim garantias e limitações ao poder (devido processo legal e moralidade administrativa) (ÁVILA, 2015, p. 119-123). Mas o ponto central do presente argumento é que a referida caracterização dos princípios jurídicos como prescrições finalísticas *permite* que qualquer fim ou preceito finalístico acolhido pela Constituição seja mobilizado pela jurisdição como critério de solução de problemas jurídicos. Humberto Ávila (2019, p. 24) parece não deixar dúvidas: “Cabe [...] ao julgador verificar se o meio escolhido pelo legislador está, ou não, de acordo com a Constituição, [...] e, em caso negativo, analisar se [...] é adequado, necessário e proporcional relativamente ao fim estabelecido pela Constituição. E na ausência da lei ou em sua adequação deve o julgador concretizar diretamente os princípios por meio de sua tradução em regras”. Então um objetivo político-social acolhido pela Constituição *poderá* sobrepor-se aos limites impostos pelo direito ao poder, assim como às liberdades e garantias que a ordem jurídica deveria resguardar incondicionalmente, ainda quando constituam um obstáculo circunstancial a um transcendente objetivo político. Foi o que aconteceu recentemente no Brasil, salvo melhor juízo, quando, na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26, o princípio ou garantia da legalidade criminal

foi posto de lado pelo Supremo Tribunal Federal para instituir judicialmente um crime, sob a justificativa de que isso seria necessário para realizar um legítimo e relevante objetivo político-social. Certamente, Humberto Ávila não concordaria com algo assim, por ser incompatível com a sua enérgica e sofisticada defesa da liberdade. Mas é inegável que lhe falta *restringir a compreensão dos princípios jurídicos*, para que não sejam vulnerados por objetivos políticos e, assim, ofereçam garantias eficazes para as nossas liberdades e os direitos *mais* fundamentais.

3. PRINCIPLES VS. POLICIES

O erro que subjaz à caracterização dos princípios jurídicos como programas finalísticos que assimilam objetivos políticos ou político-sociais diz respeito à índole da própria juridicidade. Não há dúvida de que programas finalísticos “entram no sistema jurídico mediante princípios e regras” (NEVES, 2019, p. 34), nem de que a regra constitucional ou legal que incorpora um objetivo político consubstancia e traduz uma decisão da comunidade acerca do modo de realizar aquele objetivo. Também é verdade que toda vez que a comunidade, pelos meios legítimos, atribui algo a alguém ou institui um dever, como forma de determinar o modo de realizar um objetivo político ou social, passa a haver, respectivamente, um direito ou uma obrigação jurídica, e a norma que veicula essa decisão autenticamente política se integra ao acervo de critérios jurídicos que o Poder Judiciário deve observar no exercício da sua função. Isso nada mais é do que dizer o óbvio: decisões políticas criam direito e, como tais, devem ser observadas pelos juízes. Mas não é isso que ocorre quando um objetivo puramente político ou social é proclamado com forma jurídica sem nenhuma determinação dos modos exigidos para a sua realização. Pois aí falta tudo aquilo a que o direito diz respeito: a atribuição de algo a alguém; um *ius* que a alguém caiba e de que se retire a possibilidade de dizer que algo é *iustum*; aquilo que é devido, de algo, a alguém, que é ajustado ou corresponde a outrem, e por referência ao qual se poderá exigir de alguém a realização ou execução daquilo que é justo (*iusta operatio*). É dizer: a proclamação, por forma jurídica, de um objetivo político ou social, não institui um critério prático-normativo suscetível de constituir direito, pelo simples fato de não atribuir nada a ninguém. Institui-se com isso, tão-só, uma exigência política que demanda das instâncias políticas a determinação e execução de modos de realizar aquele objetivo. Só que a juridicidade diz respeito ao que é de quem, e não ao que deve ser dado a alguém *para que* um objetivo político ou social seja realizado. E é por isso que a caracterização, como princípios jurídicos, de critérios que nada tem a ver com tudo aquilo a que diz respeito o direito, despreza a própria índole da juridicidade. É o mesmo que conferir juridicidade ao que não é do direito, ou

usurpar uma categoria jurídica para dar *status* jurídico a algo que não pertence ao domínio do direito.

Em trabalho anterior, defendemos, como forma de tentar estabelecer uma fronteira entre o político e o jurídico, que a atividade política é intencionada ou ordenada ao bem comum, ao passo que a atividade jurisdicional, que é a mais tipicamente jurídica, é intencionada ou orientada ao direito, no sentido primário *daquilo que é justo* ou *devido* (MACHADO, 2020, p. 372 ss.). O pressuposto dessa ordenação de uma e da outra dessas diversas atividades é a existência de *problemas* diferentes. O problema político convoca uma perspectiva *macroscópica* e diz respeito ao que devemos, enquanto comunidade, fazer ou deixar de fazer *para o bem comum*, enquanto o problema jurídico reclama uma perspectiva *microscópica* e versa sobre o que é devido a alguém porque *é seu* (o *iustum*, ou “direito”, naquela acepção primeira, não derivada, do termo). A solução de um problema propriamente jurídico não exige, portanto, nenhuma consideração, em perspectiva macroscópica, do que é melhor para nós enquanto comunidade. Isso importa, para a jurisdição, um *limite*: o que devemos fazer, enquanto comunidade, para o nosso bem comum, é um problema para decidir em comum por meio da mobilização de instâncias representativas; e constituindo, nesses termos, um *problema político*, deve ser *deixado para* essas instâncias políticas. A consequência, para fins deste trabalho, é evidente: quando a Constituição proclama um objetivo político ou social, ou seja, um objetivo concernente ao nosso bem comum ou constitutivo desse mesmo bem, o problema que disso resulta é ainda *puramente político*, e diz respeito ao que é melhor para nós *enquanto comunidade*; só após uma resposta da própria comunidade, pelos meios legítimos institucionalmente estabelecidos *para a solução de um tal problema político*, haverá uma determinação do modo de realização daquele objetivo político – e é natural que disso resulte direito, pois aquela determinação haverá de realizar distribuições, instituir deveres e, assim, atribuir algo a alguém que antes não existia ou não era de ninguém. E só a partir daí, quando o problema relativo ao bem comum e ao modo da sua realização for suscetível de ensejar um problema jurídico, poderá a jurisdição entrar em cena. Com o que haveremos de dizer que o preceito constitucional ou legal que se limita a proclamar um objetivo político, não ensejando nem resolvendo ainda um problema jurídico, *não constitui um princípio jurídico e não pode ser invocado pela jurisdição como critério autônomo para resolver problemas jurídicos*. Se o fizer, o juiz estará a invocar um fim político para resolver um problema político, e com isso acabará por dar a alguém não aquilo que *é seu*, mas aquilo que ele juiz entende que *deva ser* dado a alguém *para* o bem comum ou a realização de um objetivo político ou social. Isso é o mesmo que *usar* alguém – possivelmente em detrimento do que é seu, e assim do seu direito – para a realização de um objetivo que não poderia realizar-se nesses termos,

sonogando à própria comunidade, ao mesmo tempo, algo que é dela, a saber, o direito de decidir o que fazer em ordem à realização do seu bem comum.

Tais considerações indicam já o que *não* é um princípio jurídico. E ainda que o objetivo do presente trabalho seja esse mesmo de sugerir uma compreensão *restritiva* dos princípios, algo mais convém acrescentar, quanto à sua gênese e à intencionalidade que incorporam, para que possam ser adequadamente distinguidos das *policies*.

A gênese normativa dos princípios jurídicos, como a da juridicidade em geral, foi obscurecida pela moderna perspectiva do normativismo, com sua tendência a situar a fonte de toda normatividade numa racionalidade de índole teórica ou na vontade jurígena de um legislador político. Nessa perspectiva, os critérios jurídicos são expressões de uma normatividade *pressuposta* que se situa para além do domínio da *praxis* e deve manter-se imune às contingências da sua concreta “aplicação”. O neoconstitucionalismo proclama ter superado essa compreensão do direito, mas a verdade é que persevera na atitude fundamental do normativismo, uma vez que remete toda a juridicidade à Constituição e aos “valores” que incorpora. Continuará a haver, assim, uma normatividade para além da prática, com a diferença de que, agora, caberia ao próprio Judiciário a determinação das exigências implicadas nos “valores” e nas pressupostas normas constitucionais que encerrariam aquela normatividade. Quase como se a Constituição tivesse se tornado um sucedâneo do direito natural moderno, mas com a diferença de que a legitimidade para determinar as suas concretas exigências teria passado do legislador ao julgador. Então o juiz do neoconstitucionalismo libertou-se das amarras do normativismo moderno, mas continua, como o juiz do legalismo, voltado “para cima”, ainda que *mais* para cima, ou seja, para critérios de densidade normativa ainda mais rarefeita e ainda mais distantes da *praxis* do que a lei do legalismo moderno. Contra essa atitude, e numa alteração de perspectiva que conecta o direito mais diretamente à prática e à racionalidade prudencial própria desse domínio, quero sugerir que os princípios jurídicos devem ser buscados, e só podem ser juridicamente compreendidos, olhando “para trás”.

Princípios, afinal, têm história. São aquisições prudenciais que vão precipitando e, assim, estabilizando normativamente um conhecimento prático que vai se enriquecendo ao longo dos séculos na medida em que vai incorporando exigências descobertas no contexto de uma *praxis* intencionada àquilo que é justo. Em termos mais simples, e para fins de clareza, pode-se dizer que são respostas, consagradas pela experiência, aos problemas que interpelam a prática jurídica. E uma vez que a prática jurídica é voltada ao problema do que é e deve ser dado a cada um em contextos conflitivos concretos, os princípios jurídicos constituem respostas mais ou menos estabelecidas e

testadas pela experiência acerca do que é devido a cada um em situações mais ou menos definidas. A sua autoridade e relevância prático-judicativa derivam, precisamente, dessa sua comprovada capacidade de orientar adequadamente a solução de séries de casos que suscitam problemas análogos concernentes ao que é de cada um. Princípios não são, assim, nem formulações abstratas de “valores” pressupostos pela Constituição nem pretextos ou invenções *ad hoc* de livre criação ou manipulação à mercê da opinião individual de cada juiz em cada caso. Pelo contrário! Os princípios jurídicos explicitam exigências de sentido axiológico-normativo corroboradas pela experiência que dão substância ao *corpus iuris* e, constituindo os seus *fundamentos* (BRONZE, 2002, p. 572 ss.), orientam a assimilação e a concreta aplicação das prescrições constitucionais e legais, conferindo, assim, certa estabilidade à ordem e resguardando direitos e liberdades, a despeito de profundas divergências acerca dos “valores” relevantes, das inconstâncias da legislação política e das oscilações da prática judiciária. O que quer dizer que tais princípios, estando ou não albergados pelo texto constitucional, impõem-se à realização de objetivos políticos, condicionando ou ordenando juridicamente a sua persecução pelas instâncias políticas.

A isso, acrescente-se que o ordenamento político-constitucional, além de assimilar princípios consagrados pela experiência jurídica ao longo dos séculos, pode também, como é habitual, incorporar princípios de ordem político-jurídica que, em vez de consagrar objetivos políticos, erigem barreiras ao exercício do poder, limitando-o ou ordenando o seu exercício. E dado que tais princípios podem interditar condutas ou ordená-las com alguma densidade normativa, integram-se ao *corpus iuris* e devem, certamente, ser mobilizados pela jurisdição, já que lhe compete, no Estado de Direito, fazer valer as normas que limitam e ordenam juridicamente o exercício do poder.

O que daí se extrai, em suma, é que os princípios jurídicos encerram exigências prático-normativas concernentes ao que é externamente devido, de algo, a alguém, ou ao modo e aos limites do exercício do poder; e têm sempre, portanto, uma dimensão imediatamente comportamental ou “pragmática”, (BRONZE, 2002, p. 584), mesmo quando carecem, como é habitual, de uma específica determinação dos comportamentos concretamente devidos. Se, portanto, um preceito constitucional se limita a consagrar objetivos políticos ou sociais, ou é assim assimilado, ordenando, em perspectiva macroscópica, a adoção de políticas públicas voltadas à promoção daqueles objetivos, sem atribuir nada de vagamente específico a ninguém e sem que disso resulte a exigibilidade de qualquer específica conduta por alguém determinável, constitui não um *principle*, mas uma *policy*, e, como tal, não pode ser invocado pela jurisdição como critério autônomo para a solução de problemas jurídicos. De outro lado, os princípios jurídicos – quer tenham sido

consagrados pela experiência, dando sentido ao *corpus iuris*, ou incorporados pelo ordenamento constitucional, para limitar e ordenar o exercício do poder –, são critérios normativos que traduzem as exigências de uma normativa validade fundamentante e, assim, *condicionam* juridicamente a realização dos objetivos políticos assimilados pela Constituição e *orientam* normativamente a aplicação das regras constitucionais ou legais ordenadas à realização daqueles objetivos. Pois *sem isso o direito não prepondera*, e esta preponderância é uma condição do Estado de Direito e da efetiva proteção das liberdades que salvaguardam a pessoa contra o uso e a manipulação política.

4. A PREPONDERÂNCIA PRÁTICO-JUDICATIVA DOS PRINCÍPIOS JURÍDICOS SOBRE OS OBJETIVOS POLÍTICOS OU *POLICIES*

Os desenvolvimentos anteriores sugerem que os princípios jurídicos referem e respondem ao problema do que *é* de quem, daquilo que é praticamente devido a alguém em certas circunstâncias mais ou menos determinadas. A *policies* ou *directrices*, por outro lado, referem e respondem ao problema do que é melhor para nós cidadãos como um todo, como comunidade, em ordem ao nosso bem comum. É essa uma distinção exigida pela autônoma intencionalidade do direito, assim como, de outro lado, pela autônoma intencionalidade da atividade política. E dela resultam algumas exigências para a adequada configuração institucional de uma autêntica ordem democrática de direito. Para que seja *democrática*, o problema do que é melhor para nós enquanto comunidade, em ordem ao nosso bem comum, deve ser deixado às instâncias políticas representativas dos cidadãos. Para que seja *de direito*, a jurisdição deve assegurar que cada um tenha e receba aquilo que *é* seu, a despeito de se isso promove ou mesmo se contraria um qualquer objetivo político ou social. Pode-se dizer, assim, que o Poder Judiciário deve abster-se de tomar para si o problema do que deve ser dado a alguém *para* a realização do bem comum, restringindo-se, em todos os casos, a dar a cada um o que *é* já seu, ainda que isso condicione ou possa frustrar a realização de algum específico objetivo político ou social.

Isso só corrobora algo que os críticos do neoconstitucionalismo já defendem: os juízes devem dar cumprimento às regras instituídas pelas instâncias políticas em ordem à realização de objetivos políticos e sociais, pois, afinal, resolvem problemas políticos que não competem ao Judiciário, e, por isso, preponderam, no âmbito da prática judiciária, sobre as *policies* proclamadas pela própria Constituição.

Mas e se houver apenas uma *policy*, ou seja, uma proclamação, por forma jurídica, de um objetivo político ou social, sem que o meio de realizar esse objetivo possa ser imputado a quaisquer das regras existentes? Poderá o Judiciário, nessa situação, encarregar-se daquele objetivo? E se a regra, instituída embora para a realização de um fim político ou social, mostrar-se inteiramente inadequada à realização dos objetivos políticos e sociais proclamados pela Constituição? Poderá o Judiciário, nesse caso, pronunciar a inconstitucionalidade daquela regra por essa razão?

A resposta que a distinção aqui proposta entre princípios e *policies* dá a todas essas perguntas é a mesma: o Judiciário não pode pôr-se a determinar o modo de realização de objetivos políticos ou sociais proclamados pela Constituição (e isso ainda que haja clara omissão por parte das instâncias políticas encarregas dessa determinação), assim como também não pode pronunciar a inconstitucionalidade de uma regra por sua inaptidão ou insuficiência para a realização daqueles objetivos políticos ou sociais. Quer dizer, com isso, que a jurisdição não pode substituir-se às instâncias políticas para determinar o modo de realização de *policies* ou *directrices* constitucionais nem declarar a inconstitucionalidade de uma regra por sua mera inaptidão ou insuficiência para a “realização” de uma *policy* ou *directriz*. Em outros termos: não podem os juízes realizar fins políticos que ainda demandam uma determinação política dos meios apropriados à sua realização, nem desaplicar regras instituídas pelas instâncias políticas só porque, à sua maneira, realizam mal ou insuficientemente objetivos políticos ou sociais consagrados pela Constituição. Ao Poder Judiciário só é dado realizar objetivos políticos ou sociais *mediatamente*, ou seja, através da aplicação da lei e da asseguarção de decisões administrativas legítimas de que resultem direitos e obrigações justiciáveis.

Isso reduz substancialmente os problemas jurídico-constitucionais, assim como o campo problemático desses próprios problemas, com a conseqüente retração do poder judicial, em favor do componente democrático da ordem constitucional. Basta ver que, a partir das distinções aqui propostas, não poderia o Supremo Tribunal Federal proibir operações policiais em favelas durante uma pandemia ou declarar inconstitucional um ato normativo que dispõe sobre a alíquota de importação de armas, a pretexto, em ambos os casos, de assim proteger o “direito à vida”. Pois nas duas situações postas a vida é jurisdicionalmente assimilada não como um autêntico direito (algo concretamente devido a alguém porque *é* seu, a merecer proteção em razão de algum risco decorrente de algum específico comportamento de outrem), mas como um objetivo político ou social, no melhor sentido dos termos, ou seja, como uma certa dimensão do bem comum que nós, enquanto comunidade, devemos perseguir – a proteção da vida de todos e em todos os aspectos e circunstâncias relevantes –, e para cuja persecução é necessária a eleição, em perspectiva

macroscópica, de eficazes políticas públicas em atenção a todos os aspectos e circunstâncias relevantes. O problema aí em causa *não é jurídico*, pois diz respeito aos *meios* mais apropriados para a realização de um objetivo político ou social *travestido de direito*. Concerne ao modo de perseguir o bem comum da comunidade política, e cabe, portanto, não ao Judiciário, mas às instâncias políticas representativas daquela comunidade.

Preserva-se, assim, o componente *democrático* da ordem constitucional. De todo modo, ainda é preciso considerar o problema da preponderância dos princípios sobre as *policies*, pois estão aí implicadas certas condições para que aquela ordem seja, também, *de direito*.

Ao asseverar que *policies* não podem constituir fundamentos autônomos para decisões judiciais, não excludo que possam ser invocadas para iluminar teleologicamente o sentido das regras ordenadas à realização de objetivos políticos e sociais. Ao constituir ou integrar a *ratio legis* de uma norma, o objetivo pretendido pode e deve ser considerado para a sua interpretação e aplicação. O que não pode é um objetivo político ou social ser invocado para a solução de um problema jurídico *contra a regra incidente* ou *contra os princípios jurídicos pertinentes*, afastando, assim, a sua aplicação, ou sobrepondo-se às exigências jurídicas que deles decorrem. E isso é assim porque a jurisdição é imediatamente intencionada à realização do direito, cabendo ao Poder Judiciário, portanto, a atribuição de fazer valer, por referência aos princípios e às regras, aquelas condicionantes jurídicas que se impõem à persecução do bem comum pelas instâncias políticas. Se o Judiciário prioriza *policies* sobre princípios e regras jurídicas, acaba por relativizar aquelas condicionantes, afrouxando os limites ao exercício do poder e prejudicando as liberdades, as garantias e os direitos que a ordem jurídica deveria proteger.

Princípios constitucionais autenticamente jurídicos, como o do devido processo legal, o da impessoalidade da administração, o da livre iniciativa, o da liberdade de expressão, o da legalidade criminal, o da inafastabilidade da apreciação jurisdicional e tantos outros, não contêm nenhuma orientação finalística voltada à consecução do bem comum e a demandar do poder público, em perspectiva macroscópica, a adoção de políticas públicas apropriadas à realização de qualquer fim político ou social. Em vez disso, consagram liberdades, direitos, garantias e limites ao poder que interditam incondicionalmente certos cursos de ação e não podem ser afastados ou relativizados pelo Judiciário em função de fins ou objetivos políticos, ainda quando tenham estes sido proclamados pela própria Constituição. Princípios jurídicos constituem fundamentos e traduzem exigências que podem conflitar em concreto e devem, assim, ser sopesadas. Mas à jurisdição não é dado contrastar objetivos políticos ou sociais entre si ou com liberdades, direitos, garantias e

limitações ao poder consagrados pelos princípios constitucionais, a fim de aferir o peso relativo de cada um e decidir entre uns e outros².

Alguém poderia perguntar, com toda pertinência, se isso tudo não mitiga a “força normativa [de certos preceitos] da Constituição”. Ao que respondemos que, certa forma, pode ser que sim. Mas, de outro lado, fortalece a ordem que a Constituição quer instituir e proteger. Afinal, em uma ordem *de direito* o Poder Judiciário deve submeter a persecução dos objetivos políticos e sociais às exigências da juridicidade, e não o contrário. Isso é condição para que o Estado de Direito não se transforme em uma ordem de fins ou, como dizia Hayek (1983, p. 37, 48-50, 66-67, 91-91, 122-123, 125 e 132-133), em uma *organização* em que tudo se justifica e orienta para a realização dos objetivos privilegiados por quem, aqui ou ali, acaba por ter a última palavra, colocando o direito, e com ele as pessoas, a serviço dos fins de quem governa.

5. CONCLUSÃO

A exigência de observância às regras, em vez de uma direta remissão aos princípios, tem a sua relevância e está de acordo com a ideia de que não pode o Judiciário substituir-se às instâncias políticas para, em seu lugar, determinar o modo apropriado de realizar objetivos políticos e sociais. Mas é absolutamente insuficiente para conter o judicialismo e a funcionalização do direito e da jurisdição, uma vez que não obsta a invocação de objetivos políticos e sociais, proclamados pela Constituição ou não, para dar conta daqueles problemas jurídicos que as regras, sozinhas, não superam, nem evita que regras sejam, eventualmente, declaradas inconstitucionais por referência aos preceitos que consagram aqueles objetivos.

Para isso, é indispensável que sejamos capazes de diferenciar problemas jurídicos de problemas políticos, assim como o que são, de um lado, autênticos princípios jurídicos, e, de outro, ordenações constitucionais finalísticas que se limitam a proclamar objetivos políticos ou sociais. A partir daí, fica claro que o Judiciário não pode ir além da determinação do que é devido, de algo, a alguém, em perspectiva microscópica, por referência a critérios relativos a esse problema e que poderão, assim, constituir princípios jurídicos (*principles*). Como fica também claro, em contrapartida, que não cabe à jurisdição a determinação do que é melhor para nós enquanto

² Atienza e Manero (2016, p. 36-38, 41-42 e 163-164) destacam esse aspecto da relação entre o que chamam de *princípios em sentido estrito* e as *directrices*, ao sustentar que aqueles instituem “razões de correção” que, diferentemente destas, operam como “razões últimas” ou “razões categóricas frente a quaisquer interesses” (não constituem, assim, “razões finalistas”, senão “razões finais” que podem ser objeto de ponderação entre si, mas sempre prevalecem frente às “razões utilitárias” baseadas em *directrices* e cumprem, assim, um papel predominantemente negativo).

comunidade, em perspectiva macroscópica, por referência a critérios que só a isso digam respeito na medida em que se limitem a indicar alguma dimensão do bem comum ou um fim que devamos, enquanto comunidade, perseguir para a realização desse nosso bem (*policies*). Isso significa que há problemas que, não sendo jurídicos, devem ficar de fora dos tribunais, e que há critérios ou ordenações normativas que nunca podem ser invocados para a resolução de problemas jurídicos, mesmo quando é necessário ir para além das regras. Assim, respeitam-se as regras que consubstanciam decisões da comunidade política acerca dos problemas que cabem só a ela decidir e, avançando um pouco mais, elimina-se o risco de que princípios autenticamente jurídicos, com os direitos, garantias, liberdades e limitações ao poder que tradicionalmente instituem ou protegem, sejam preteridos para a realização de objetivos cuja persecução deve se dar, sempre, em estrita subordinação ao direito.

Não há dúvida de que é preciso avançar ainda mais, abrindo outras tantas frentes de resistência à ideologia jurídica da moda em que se transformou o neoconstitucionalismo. Mas talvez nada seja mais importante do que a reação aqui esboçada à usurpação da linguagem, das categorias, da metodologia e do *locus* da juridicidade que, a pretexto de introduzir um novo constitucionalismo, encobre a funcionalização do direito e da jurisdição, deixando-nos à mercê de algo que mais parece “uma espécie enrustida de ‘não-constitucionalismo’” (ÁVILA, 2009, p. 19). Esse resgate da juridicidade, contra a usurpação neoconstitucionalista, é, com efeito, uma condição para que a experiência jurídica jurisdicional permaneça, nas palavras de Castanheira Neves (1995b, p. 33-34), “centrada no momento de validade em que o universo jurídico se revela [...] como um universo específico e autônomo [...], a diferenciar-se tanto do social como do político”.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AFONSO DA SILVA, Virgílio. “Ponderação e objetividade na interpretação constitucional”. In: PORTO MACEDO JR., Ronaldo & BARBIERI, Catarina Helena Cortada (org.). **Direito e interpretação: racionalidade e instituições**. São Paulo: Saraiva/FGV, 2011. p. 363-380.

ALEXY, Robert. “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”. Tradução: Manuel Atienza. In: **Doxa**, v. 5, p. 139-151, 1988.

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Tradução: Ernesto Garzón Valdés. Madrid: CEPC, 2002.

ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito**. 2. ed. Tradução: Alexandre Travessoni Gomes Trivisnono. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015.



ATIENZA, Manuel; MANERO, Juan Ruiz. **Las piezas del Derecho**: teoría de los enunciados jurídicos. Barcelona: Ariel, 2016.

ÁVILA, Humberto. **Constituição, liberdade e interpretação**. São Paulo: Malheiros, 2019.

ÁVILA, Humberto. “‘Neoconstitucionalismo’: entre a ‘ciência do direito’” e o ‘direito da ciência’”. In: **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, n. 17, p. 01-19, jan.-fev.-mar. 2009.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

BONALDO, Frederico. **Prestação jurisdicional e caráter**: a interdependência das virtudes do juiz. Porto Alegre: Fi, 2019.

BRONZE, Fernando José. **Lições de introdução ao direito**. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

CASTANHEIRA NEVES, A. “A autonomia do direito hoje e o contributo do jurisprudencialismo”. In: MACEDO, Elaine Harzheim & HIDALGO, Daniela Boito Maurmann (org.). **Jurisdição, direito material e processo**: os pilares da obra ovidiana e seus reflexos na aplicação do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. cap. 1, p. 17-41.

CASTANHEIRA NEVES, A. “A redução política do pensamento metodológico-jurídico”. In: **Digesta**. v. 2. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 379-421.

CASTANHEIRA NEVES, A. “Fontes do direito. Contributo para a revisão do seu problema”. In: **Digesta**. v. 2. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 07-94.

CASTANHEIRA NEVES, A. “O direito interrogado pelo tempo presente na perspectiva do futuro”. In: AVELÂS NUNES, António José & COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (coord.). **O direito e o futuro. O futuro do direito**. Coimbra: Almedina, 2008. p. 09-82.

CASTANHEIRA NEVES, A. “O ‘jurisprudencialismo’ – proposta de uma reconstituição crítica do sentido do direito”. In: COELHO, Nuno M. M. Santos & SÁ DA SILVA, Antonio (org.). **Teoria do direito. Direito interrogado hoje – O jurisprudencialismo: uma resposta possível?** Salvador: Juspodivm, 2012. cap. 1, p. 09-79.

DWORKIN, Ronald. **Law’s empire**. Oxford/Portland: Hart Publishing, 2004.

DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. London: Duckworth, 1977.

ESSER, Josef. **Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado**. Tradução: Eduardo Valentí Fiol. Barcelona: Bosch, 1961.

HAYEK, Friedrich A. **Law, legislation and liberty**: a new statement of the liberal principles of justice and political economy. v. I: Rules and Order. Chicago: The University of Chicago Press, 1983.

LINHARES, José Manuel Aroso. “Jurisprudencialismo: uma resposta possível em tempo(s) de pluralidade e de diferença?”. In: COELHO, Nuno M. M. Santos & SÁ DA SILVA, Antonio (org.).



Teoria do direito. Direito interrogado hoje – O jurisprudencialismo: uma resposta possível? Salvador: Juspodivm, 2012. cap. III, p. 109-174.

MACHADO, Fábio Cardoso. **A autonomia do direito e os limites da jurisdição**. Londrina: Thoth, 2020.

MICHELON, Cláudio. “Princípios e coerência na argumentação jurídica”. In: PORTO MACEDO JR., Ronaldo & BARBIERI, Catarina Helena Cortada (org.). **Direito e interpretação: racionalidade e instituições**. São Paulo: Saraiva/FGV, 2011. p. 261-285.

NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2019.

SARMENTO, Daniel. “O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades”. In: **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, v. 3, n. 9, p. 95-133, jan./mar. 2009. Disponível em: http://cpu007782.ba.gov.br/sites/default/files/biblioteca/criminal/artigos/neoconstitucionalismo_-_daniel_sarmento.pdf. Acesso em: 30 jun. 2021.

VIEIRA, Oscar Vilhena. “Supremocracia”. In: **Revista Direito GV**, v. 8, p. 441-464, jul.-dez. 2008.

Sobre o autor:

Fábio Cardoso Machado

Doutor em Ciências Jurídico-Filosóficas pela Universidade de Coimbra (Portugal). Mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. Professor Adjunto da Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS. Membro e 2º Vice-Presidente do Instituto Eduardo Correia. Membro da Associação Brasileira de Direito Processual (ABDPro). Sócio de Andrade Maia Advogados. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS, Porto Alegre, RS, Brasil

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3091808838904872> ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6780-1775>

E-mail: fabio.machado@andrademaia.com

