

TEMPOS DE ESGOTAMENTO DO IDEAL CONSTITUCIONALISTA?

André Dias Fernandes*

Italo Holanda da Costa**

RESUMO: Um mundo pensado a partir dos referenciais modernos parece esmaecer e ainda não se sabe ao certo o que disso surgirá. O Direito atravessa transformações significativas que ocorrem especialmente no âmbito e a partir do Direito Constitucional, sendo necessário o desenvolvimento de um novo arcabouço teórico e filosófico capaz de corresponder a essa nova realidade. Esse ambiente evidenciado pelas incertezas do porvir inaugura uma forte sensação de crise(s) constante(s), e isso, de certo modo, afeta a compreensão do ideal constitucionalista, fazendo renascer fantasmas que marcaram tragicamente a história da humanidade, como, por exemplo, o populismo xenófobo. Nessa perspectiva, indaga-se se o ideal constitucionalista se esgotou ou se poderá ser readequado às exigências da nova tessitura de uma sociedade global hipercomplexa. Fazendo uso do método hipotético-dedutivo, do qual, a partir da análise da conjuntura fática estabelecida no ambiente sócio-político global, tentar-se-á compreender a insuficiência dos paradigmas do constitucionalismo moderno para o adequado enfrentamento dos problemas constitucionais postos à sociedade contemporânea. De maneira auxiliar, far-se-á uso de pesquisa bibliográfica, prospectando uma abordagem de viés sociológico. O ideal constitucionalista permanece como um caminho que se constrói caminhando, mal parafraseando verso do poeta espanhol Antonio Machado. Ou seja, conclui-se que o ideal constitucionalista persiste, embora necessite readequar-se à hipermodernidade.

PALAVRAS-CHAVE: Constitucionalismo; Crise; Humanismo; Democracia; Futuro.

TIMES OF EXHAUSTION OF THE CONSTITUTIONALIST IDEAL?

ABSTRACT: A world thought of from modern references seems to fade and it is still unclear what will emerge from it. Law undergoes significant transformations that occur especially within and from Constitutional Law, requiring the development of a new theoretical and philosophical framework capable of corresponding to this new reality. This environment, evidenced by the uncertainties of the future, inaugurates a strong sense of constant crisis(s), and this, in a way, affects the understanding of the constitutionalist ideal, giving rise to ghosts that tragically marked the history of humanity, such as, for example, xenophobic populism. From this perspective, the question is whether the constitutionalist ideal has been exhausted or whether it can be readjusted to the requirements of the new fabric of a hyper-complex global society. Using the hypothetical-deductive method, which, based on the analysis of the factual situation established in the global socio-political environment, will attempt to understand the insufficiency of the paradigms of modern constitutionalism for the adequate confrontation of the constitutional problems posed to contemporary society. As an auxiliary, bibliographical research will be used, prospecting a sociological approach. The constitutionalist ideal remains a path that is built on the way, barely paraphrasing the verse of the Spanish poet Antonio Machado. In other words, it is

73

* Doutor em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo – USP. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará – UFC. MBA em Poder Judiciário pela FGV Direito Rio. Professor do curso de Direito do Centro Universitário 7 de Setembro – UNI7, na Graduação e no Mestrado em Direito. Juiz Federal em Fortaleza/CE. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-4350-7640>. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1573703029928130>.

** Graduado em Direito pela UNI7. Advogado. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2560857364783510>

concluded that the constitutionalist ideal persists, although it needs to be readjusted to hypermodernity.

KEYWORDS: Constitutionalism; Crisis; Humanism; Democracy; Future.

1 INTRODUÇÃO

*“Caminante, no hay camino,
se hace camino al andar.”*

(Antonio Machado)

“Crise” é a palavra que traduz o fetiche da contemporaneidade. “Crise econômica”, “crise do direito”, “crise do Estado”, “crise de valores”, “crise de paradigma”, “crise das religiões”, enfim, “o mundo está em crise”.

Um niilismo decadentista, sem os valores estéticos alcançados pelo Simbolismo, se faz onipresente na sociedade ocidental. Antigos monstros, que havia pouco se mantinham adormecidos, ou à margem, silenciosos, retomam a seara do espaço público com significativa relevância política: xenofobia, regionalismos, intolerância, ódio. “*Que tempos são estes?*”, indagaria Brecht (*on line*).

74

A Idade Média se erguia sobre a onipotência de Deus; a Idade Moderna, sobre a certeza da Ciência. E quanto a estes tempos? Impera o desencanto. Nietzsche e suas palavras-martelo (NIETZSCHE, 2010) anunciaram a morte de Deus, mas, paradoxalmente, os conflitos religiosos se exacerbam. O desenvolvimento dos estudos de epistemologia tornou a verdade algo provisório, conduzindo alguns a falar em “era da pós-verdade”, ou em “tempos líquidos” (BAUMAN, 2016). A bússola da humanidade parece já não apontar para o norte, e o princípio da incerteza de Heisenberg expande-se para as relações humanas. Vivenciamos a *certeza da incerteza*.

Recentemente, com o resultado do *Brexit* no Reino Unido, a crescente política da extrema-direita europeia e a ascensão de Donald Trump à Presidência dos Estados Unidos da América, os ideais forjados pelo constitucionalismo pós-Segunda Guerra Mundial parecem enfrentar um instante de declínio, um impasse. E não apenas a perspectiva do constitucionalismo identificado com a virada kantiana (*kantische Wende*) se demonstra enfraquecida, mas o próprio ideal constitucionalista, caracterizado pela pretensão de universalidade — e, por isso mesmo, havido como *inclusivo* (NEVES, 2016, p.12) —, parece esmaecer. Seria a concretização da máxima gramsciana de que “O velho mundo

morreu, o novo mundo tarda a surgir e neste claro-escuro surgem os monstros” (*online*)?

Diante desse espectro, intensificam-se os debates acerca do ideal constitucionalista moderno, manifestando-se movimentos que buscam resgatá-lo, ou superá-lo. É justamente sobre essa temática, utilizando o método hipotético-dedutivo (POPPER, 2007), do qual, a partir da análise da conjuntura fática estabelecida no ambiente sociopolítico global, tentar-se-á compreender a insuficiência dos paradigmas do constitucionalismo moderno para o adequado enfrentamento dos problemas constitucionais postos à sociedade contemporânea.

2 CONSTITUCIONALISMO(S)?

“Ele tem dois adversários: o primeiro acossa-o por trás, da origem. O segundo bloqueia-lhe o caminho à frente. Ele luta com ambos. Na verdade, o primeiro ajuda-o na luta contra o segundo, pois quer empurrá-lo para frente, e, do mesmo modo, o segundo o auxilia na luta contra o primeiro, uma vez que o empurra para trás. Mas isso é assim apenas teoricamente. Pois não há ali apenas os dois adversários, mas também ele mesmo, e quem sabe realmente de suas intenções? Seu sonho, porém, é em alguma ocasião, num momento imprevisto — e isso exigiria uma noite mais escura do que jamais o foi nenhuma noite —, saltar fora da linha de combate e ser alçado, por conta de sua experiência de luta, à posição de juiz sobre os adversários que lutam entre si.” (ARENDDT, 2000, p.33)

75

A citação reflete uma parábola kafkiana, metaforicamente utilizada por Hannah Arendt (2000) a fim de explicar a relação do homem inserido no intervalo temporal entre o passado e futuro e que é mais do que o presente (conforme a compreensão usual), pois “esse passado, além do mais, estirando-se por todo seu trajeto de volta à origem, ao invés de puxar para trás, empurra para a frente, e, ao contrário do que seria de esperar, é o futuro que nos impele de volta ao passado”. (ARENDDT, 2000, p. 37). Desse modo, a filósofa judia alemã convida à contemplação de que a percepção de tempo como um fluxo unidirecional é equívoca, pois a inserção do homem no espaço-tempo, emprestando sentido às coisas e existindo no entrechoque do passado com o futuro, fratura-o, ou seja, possibilita sua ressignificação na História.

Isso posto, pode-se alargar a compreensão sobre o ideal de limitação do poder político, que, segundo a tese de Loewenstein (1976, p.154), remonta ao povo hebreu, sem, contudo, confundi-lo com o ideal constitucionalista, perspectiva eminentemente moderna, conforme bem demonstra Marcelo Neves (2016, p. 2).

Embora parte considerável da doutrina constitucionalista brasileira sempre se refira, até com certo deslumbre, aos desdobramentos da tese de Loewenstein (1976, p.154-160), falando em “constitucionalismo antigo”, em “constitucionalismo medieval” e em “constitucionalismo moderno”, a diferenciação entre as realidades sociojurídicas se faz necessária, a fim de evitar equívocos conceituais, técnico-jurídicos e histórico-sociológicos. A seguinte passagem é esclarecedora:

O constitucionalismo como uma construção da sociedade moderna envolve certos contornos de sentido que impedem uma absoluta desconexão entre semântica constitucional e transformações estruturais, e possibilitam relacionar as crises na semântica com problemas emergentes no plano das estruturas. (NEVES, 2016, p. 2)

Desse modo, aderindo às ideias sustentadas pelo autor anteriormente citado, acata-se, também como referencial teórico, a noção luhmanniana de diferenciação funcional (LUHMANN, 2016) como condição essencial para a expressão do ideário constitucionalista.

2.1 Delimitação semântica de Constituição

O Direito, enquanto ciência social aplicada, é passível de compreensões múltiplas a partir da relação sujeito-objeto, o que possibilita a perenidade das divergências justeoréticas.

Apesar disso, há que atentar ao rigor conceitual a fim de estabelecer um grau mínimo de precisão no tratamento dogmático das temáticas. Desse modo, é salutar a advertência de Marcelo Neves, anteriormente citada, quanto ao debate em torno da tese de Loewenstein (1976, p.154), que defendera a existência de um movimento constitucionalista desde os textos religiosos do povo hebreu, sendo possível, assim, abordar o constitucionalismo por uma perspectiva evolucionista através dos períodos históricos (Antiguidade, Medievo, Modernidade).

Marcelo Neves diverge de tal compreensão ressaltando as agudas diferenças existentes entre o período pré-moderno e a modernidade, sendo somente a partir desta que se há de falar em constitucionalismo. E as diferenças se manifestam tanto na estrutura, quanto na semântica social, sendo mais relevante a pretensão universalizante e inclusiva do ideal constitucionalista, ao passo que todas as compreensões pretéritas a ele possuíam escopo mais limitado às circunscrições territoriais — ainda que se reconheça a tentativa de limitação do

poder político, mesmo que fundamentando em uma metafísica religiosa, transcendental. O constitucionalismo moderno assenta-se em um discurso de base racional, em uma perspectiva de racionalização do poder a fim de evitar o arbítrio.

Desse modo, importa, e muito, o zelo com o valor semântico do termo Constituição a fim de evitar torná-lo um “conceito-panaceia” (NEVES, 2016, p. 5).

Observemos esta advertência: “O conceito de constituição, em sentido moderno, relaciona-se com as transformações estruturais que levam à diferenciação funcional da sociedade, inconcebível na formação social pré-moderna.” (NEVES, 2016, p. 6). Conclui-se, portanto, que a diferenciação funcional (LUHMANN, 2016) entre os sistemas sociais, político, religioso, econômico é condição essencial para a manifestação do constitucionalismo, e isso só ocorre com o advento da Era Moderna.

Malgrado a advertência, impende observar que o constitucionalismo não é um *a priori* monolítico, manifestando-se condicionado pelas pressões conjunturais específicas de cada comunidade sociopolítica. Desse modo, por exemplo, a manifestação constitucionalista inglesa é diversa da realizada em solo francês. Assim, parece razoável compreender o constitucionalismo como um movimento sociopolítico, filosófico e jurídico que possui uma base teórica fundamental de tentativa de limitação do poder, por meio de sua racionalização.

77

2.2 Constitucionalismo moderno

A partir do referencial teórico ora adotado, o título deste tópico soa redundante; porém a adjectivação se faz didaticamente necessária.

O constitucionalismo não é estático, não personifica o mito do ato fundador (JUNQUEIRA, 2007), razão pela qual são hoje desenvolvidos estudos conatando a teoria do poder constituinte: é um processo histórico-evolutivo a partir de relevante desenvolvimento filosófico que resultou em conquistas sociais e políticas de extrema relevância à humanidade. Esse desenvolvimento filosófico pode, sim, ser compreendido desde a Antiguidade; porém sua edificação como compreensão teórico-política de organização social ampla ocorre no período entre o Renascimento e o Iluminismo.

Dentro dessa perspectiva, cumpre observar que o constitucionalismo se constrói, enquanto teoria política, posteriormente à formação dos Estados Na-

cionais na Europa Continental, rompendo com as estruturas do regime absolutista. No entanto, esse rompimento é apenas parcial, pois a teoria clássica do liberalismo, ainda que tenha erigido as liberdades contra o poder do Estado com base em um direito natural do homem (fazendo surgir o conceito de direito subjetivo), paradoxalmente sedimentou a compreensão de que o Direito é criação do Estado ao esvaziar o âmbito valorativo do Direito, equiparando-o à Lei. Outro não foi o enfoque do positivismo exegético.

2.3 Constitucionalismo pós-Segunda Guerra Mundial

“Ante uma aparição como Auschwitz, a lógica, indiscutivelmente, não nos leva longe: parece que a razão declara falência.”
(KERTÉSZ, 2004)

A tragédia do nazifascismo impõe ao Direito uma necessidade de mudança de perspectiva ontológico-metodológica. Bobbio defende que há a necessidade de abandonar a mera abordagem estrutural para se chegar à função exercida pelo Direito no tecido social (BOBBIO, 2007), ou seja, não é suficiente compreender o Direito do ponto de conformação lógico-sistêmica interna, é necessário expandir a compreensão acerca do caráter teleológico do Direito.

Alguns paradigmas científicos começam a ser questionados e novas teorias são elaboradas com o objetivo de adequar a Ciência do Direito às novas realidades socioeconômicas advindas após a Segunda Guerra. Há uma tentativa de “reetização” do Direito, uma (re)aproximação do Direito e da Ética (BARROSO, 2013), conduzindo à negação ou à mitigação da tese da separação entre Direito e Moral, tese esta fundamento estruturante do positivismo metodológico inaugurado pela teoria kelseniana (KELSEN, 2009). Embora o filósofo austríaco não negasse a intrínseca relação entre Direito e Moral, na abordagem científica do Direito que buscava empreender, negava, pois, que questões morais pudessem interferir na análise da validade das normas jurídicas, uma vez que não existiria uma moral absoluta capaz de servir de parâmetro geral de validade das normas jurídicas.¹

¹ “Quando uma teoria do Direito positivo se propõe distinguir Direito e Moral em geral e Direito e Justiça em particular, para os não confundir entre si, ela volta-se contra a concepção tradicional, tida como indiscutível pela maioria dos juristas, que pressupõe que apenas existe *uma única* Moral válida - que é, portanto, *absoluta* - da qual resulta uma Justiça absoluta. A exigência de uma separação entre Direito e Moral, Direito e Justiça, significa que a validade de uma ordem jurídica positiva é independente desta Moral absoluta, única válida, da Moral por excelência, de a Moral. Se pressupusermos somente valores morais relativos, então a exigência de que o Direito *deve* ser moral, isto é, justo, apenas pode significar que o Direito positivo deve corresponder a *um determinado* sistema de Moral

Há, agora, uma preocupação com aquilo que a doutrina nomeia como “pretensão de correção” do Direito (ALEXY, 2015): não é suficiente que a norma jurídica seja inserida no ordenamento por meio de um processo legislativo formalmente válido se houver desrespeito aos aspectos materiais e substantivos dos direitos fundamentais e dos direitos humanos, pois se manifestaria um antagonismo insuperável ao ideal do Direito, à função mesma desempenhada pelo Direito de pretender realizar a justiça e a paz social, redundando, assim, em sua autonegação.

Desse modo, como método defensivo para evitar a reprodução os equívocos do nazifascismo e a banalidade do mal (ARENDRT, 1989), os direitos fundamentais passam a ser o núcleo-base para qualquer teorização jurídica (MAR-MELSTEIN, 2016). Essa mudança de ponto de partida de compreensão do Direito importou na resignificação da noção de Estado e de Direito, o que potencializou um redimensionamento das estruturas institucionais pensadas pelos teóricos do liberalismo clássico. Tal perspectiva resultou naquilo que a doutrina denomina de constitucionalização do direito (SILVA, 2014). E de outro modo não o poderia ser, pois, segundo Luhmann (2016), é a Constituição que realiza o acoplamento estrutural entre os sistemas jurídico e político. Assim, a tentativa de “dessubstancializar” o Direito Constitucional, pasteurizando-o sob o manto de uma pretensa neutralidade representa um equívoco, pois constitui uma impossibilidade ôntica (BERCOVICI, 2013).

Massimo Luciani, por sua vez, cético em relação ao constitucionalismo multinível, enfatiza os riscos de um *constitucionalismo irênico*, que se limita a celebrar os triunfos dos direitos fundamentais por meio dos tribunais com jurisdição constitucional, defendendo o retorno a um *constitucionalismo polêmico*, que se mede com o poder.²

entre os vários sistemas morais possíveis. Mas com isto não fica excluída a possibilidade da pretensão que exija que o Direito positivo deve harmonizar-se com um outro sistema moral e com ele venha eventualmente a concordar de fato, contradizendo um sistema moral diferente deste. [...] É de per si evidente que uma Moral simplesmente relativa não pode desempenhar a função, que consciente ou inconscientemente lhe é exigida, de fornecer uma medida ou padrão absoluto para a valoração de uma ordem jurídica positiva. [...] A tese, rejeitada pela Teoria Pura do Direito mas muito espalhada na jurisprudência tradicional, de que o Direito, segundo a sua própria essência, deve ser moral, de que uma ordem social imoral não é Direito, pressupõe, porém, uma Moral absoluta, isto é, uma Moral válida em todos os tempos e em toda a parte.” (KELSEN, 2009, p. 47-49)

² “In queste condizioni, il compito dei costituzionalisti è quello di catturare nuovamente quel potere che molti secoli addietro avevano saputo subordinare al diritto e funzionalizzare ai diritti; di mettere in luce i complessi rapporti fra potere, diritto e diritti; di rivelare il modesto rendimento democratico delle procedure decisionali nei sistemi “a rete” o “multilivello”. Occorre rifuggire, insomma, i rischi di un *costituzionalismo irenico* che si limiti a celebrare i trionfi dei diritti fondamentali grazie alla

Nesse escopo de revalorização do Direito, algumas mudanças paradigmáticas mostram-se extremamente relevantes: o reconhecimento da força normativa da Constituição (HESSE, 1991), da normatividade dos princípios (DWORKIN, 2016) e o desenvolvimento de uma hermenêutica constitucional própria, mais fluida, a partir da hermenêutica filosófica (BARROSO, 2013).

Tais mudanças paradigmáticas importam em um *aggiornamento* de institutos em sede de teoria constitucional historicamente consolidados, como por exemplo a teoria da separação dos poderes, em razão da capacidade de exigir-se judicialmente a concretização dos direitos fundamentais previstos nos textos constitucionais ante a inércia do Executivo e no Legislativo, a fluidez sistêmica proporcionada pelos princípios jurídicos – mantendo aberto o sistema jurídico - e a potencialização do processo interpretativo/criativo desenvolvido pelos juízes.

Não por acaso o(s) problema(s) do ativismo judicial, da judicialização da política e da politização da justiça ganham relevância nas discussões que extrapolam o cenário acadêmico.

2.4 (Neo)constitucionalismo(s)

Para muitos autores, o neoconstitucionalismo constitui um movimento difuso, ainda indefinido e em construção, um “vir a ser”, ou como na passagem introdutória de obra sobre tal temática: “Lo que haya de ser el neoconstitucionalismo em su aplicación práctica y em su dimensión teórica es algo que está por verse.” (CARBONELL, 2003)

O neoconstitucionalismo apresenta-se multifacetado e desterritorializado. De fato, o neoconstitucionalismo de matriz europeia difere do “neoconstitucionalismo à brasileira” (FERREIRA FILHO, 2009, *on line*). Por sua vez, no restante da América Latina (e, em menor medida, no Brasil), o “novo constitucionalismo latino-americano” vem ganhando espaço na doutrina, que busca a construção de um constitucionalismo condizente com suas peculiaridades sócio-históricas, revelando uma tentativa emancipatória.

giurisdizione (anzi: alle giurisdizioni) e tornare ad un *costituzionalismo polemico* che si misuri con il potere. E' davanti a *pólemos*, non ad *eiréne*, che il costituzionalismo deve vincere le proprie sfide. In una parola: rimbocchiamoci le maniche e riprendiamo il nostro antico e duro lavoro, senza illuderci che il costituzionalismo abbia vinto una volta per tutte (Guantanamo, ricordiamolo, non è un incubo del passato, ma è qui ed oggi) e che la storia abbia una fine, alla quale abbiamo avuto in sorte di essere già arrivati.” (LUCIANI, 2006, *online*)

Desse modo, a aceitação de um direito paraestatal, de matriz indígena, convivendo em harmonia com o direito produzido pelo Estado, bem como o reconhecimento da Mãe Natureza como sujeito de direitos (*Pacha Mamma*) se manifestam como construções teóricas tributárias da história de luta pela autoafirmação de povos indígenas colonizados pelos europeus, que integram o ideário do “novo constitucionalismo andino” ou latino-americano.

Em resumo, poder-se-ia argumentar que há em tal perspectiva uma tentativa de superação do positivismo, propiciando maior fluidez ao sistema jurídico por meio do incremento da eficácia normativa dos princípios, especialmente os constitucionais, e possibilitando um sistema aberto ao diálogo (re)construtivo com as mutações sociais. Assim, o exercício da jurisdição constitucional ganha significativo relevo ante o poder criativo do intérprete que reconstrói e ressignifica os institutos jurídicos, moldando-os às frequentes vicissitudes da “sociedade hipermoderna” evitando rupturas na relativa estabilidade do sistema sociopolítico.

2.5 Constitucionalismo contemporâneo, o declínio do humanismo e o futuro do ideal constitucionalista

O ideal constitucionalista surge revolucionário na história do pensamento, porque, pela primeira vez, a filosofia política demonstra um caráter universalista e uma pretensão inclusiva. Embora o início das manifestações teóricas acerca da democracia remonte à Antiguidade Grega, somente a partir da filosofia humanista, com o advento do Renascimento e do Iluminismo, o pensamento filosófico apresentou as inovações antes apontadas.

Desse modo, ainda que pesem os artifícios de exclusão da participação política empregados pela burguesia emergente ao tempo da Revolução Francesa, a pretensão de inclusão e o caráter universal dos direitos fundamentais são características intrínsecas ao discurso constitucionalista. Autores há que criticam a utilização meramente retórica de tais atributos:

As massas miseráveis eram bem-vindas para a ideologia constitucionalista francesa como *chair à canon* (“alimentação de canhões”), ou seja, como munição de guerra e isso a despeito dos tais direitos “naturais” do “homem e do cidadão” serem inalienáveis e “universais”, ou seja, assistirem a “todos” sem exceção. O constitucionalismo francês do século XVIII inseriu, além de inegáveis avanços em racionalidade, também um novo elemento à filosofia política: a hipocrisia. (DIMOULIS; MARTINS, 2014, p.15-16)

A crítica dos autores recai justamente sobre a não concretização da aspiração discursiva que diferencia o constitucionalismo: a pretensão universalizante e inclusiva. E é feita com acerto, pois tal pretensão, a princípio, não abandonou o ambiente retórico-discursivo, permanecendo as massas alheias à efetivação do ideário constitucionalista.

Não obstante o acatamento da crítica quanto à hipocrisia que serviu inicialmente como mecanismo de manutenção do *status quo*, importa observar que esse caráter simbólico foi suficiente para deflagrar pressões populares visantes a modificar tal estado de coisas, buscando a inclusão da massa de despossuídos no manto irradiador dos direitos e garantias oriundos das Declarações e das Cartas Políticas. Exigiu-se, pois, o cumprimento das promessas. Isso ensejou uma mudança na compreensão do Estado. Daí o advento da Constituição Mexicana de 1917 e da Constituição de Weimar em 1919. Ou seja, a razão para a construção de outra visão teórico-política foi o não cumprimento das promessas realizadas pelo ideário liberal clássico.

O Estado do Bem-Estar Social, porém, não atravessa o devir histórico sem se deparar com problemas e, talvez hoje, encontre-se estrangulado pela impossibilidade material de realização dos desejos das massas.

Hodiernamente, alguns pensadores sustentam que experimentamos o declínio do humanismo, a compreensão filosófica que serviu de fundamento a toda a edificação do ideário constitucionalista. E isso prenuncia graves problemas com os quais a humanidade deparará:

A Europa continuará sua lenta descida ao autoritarismo liberal ou o que o teórico cultural Stuart Hall chamou de **populismo autoritário**. Apesar dos complexos acordos alcançados nos fóruns internacionais, a destruição ecológica da Terra continuará e a guerra contra o terror se converterá cada vez mais em uma guerra de extermínio entre as várias formas de niilismo. (MBEMBE, *online*) (grifo nosso)

Mbembe diverge de Huntington (2010) ao afirmar que o principal choque do século XXI não será entre religiões ou civilizações, mas “entre a democracia liberal e o capitalismo neoliberal, entre o governo das finanças e o governo do povo, entre o humanismo e o niilismo.” (MBEMBE, *online*). Essa talvez seja a ranhura potencialmente mais gravosa no sistema de relativa estabilidade engendrado a partir da paradoxal relação entre democracia liberal e constitucionalismo, questão já suscitada por Paulo Bonavides (2013).

O historiador e professor da Universidade Hebraica de Jerusalém, Yuval Harari, em face dos riscos advindos dos desafios socioambientais e éticos ante

o desenvolvimento da tecnologia da informação e da biotecnologia, também aponta para o declínio do humanismo:

[o] humanismo — culto ao humanismo — conquistou o mundo. Entretanto, a ascensão do humanismo também traz as sementes de sua derrocada. Ainda que a tentativa de elevar os humanos à condição de deuses leva o humanismo à sua conclusão lógica, ele simultaneamente expõe os defeitos inerentes a ele. Se você começa com um ideal defeituoso, só vai perceber seus defeitos quando o ideal estiver prestes a se realizar.

Já podemos ver esse processo em ação nas enfermidades de um hospital geriátrico. Em virtude de uma crença inflexível na santidade da vida humana, mantemos pessoas com vida até que atinjam um estado tão deplorável que somos obrigados a perguntar: “O que exatamente é sagrado aqui?”. Em face de crenças humanistas semelhantes, é provável que no século XXI empurremos a humanidade como um todo para além de seus limites. **A mesma tecnologia que pode elevar os seres humanos à condição de deuses também pode fazer com que os humanos sejam irrelevantes.** (HARARI, 2016, p. 73) (grifo nosso)

O fenômeno de ascensão do populismo não tem sido monopólio de um único Estado, ou da América Latina, porquanto vários países desenvolvidos o têm enfrentado. Inúmeros partidos de extrema-direita, fundamentados em discurso xenófobo ganham espaço no cenário político mundial. Recentemente, o Tribunal Constitucional Alemão, em infeliz decisão e contrariando sua própria jurisprudência, não proibiu o registro do Partido Nacional Democrático da Alemanha, à consideração de que

[a] definição do objetivo de um partido, direcionado contra a ordem fundamental calcada na liberdade e democracia não é razão suficiente para a proibição do partido. Muito pelo contrário, o partido deve 'empenhar-se' no prejuízo ou na eliminação dessa ordem fundamental fundada na liberdade e democracia. a) Tal 'empenho' pressupõe conceitualmente uma atuação concreta. A proibição de um partido não consiste na proibição de convicções ou cosmovisões. O partido deve ultrapassar o limiar que o separa do combate aberto da ordem fundamental alicerçada na liberdade e democracia. Deve ter ocorrido uma atuação planejada direcionada, no sentido de atos qualificados de natureza preparatória. (sic) a prejudicar ou eliminar a ordem fundamental da liberdade e democracia, ou direcionada à ameaça da própria existência da República Federal da Alemanha. (LIMA, *online*)

Essas preocupações se acentuam ante a ascensão de Donald Trump à Presidência dos Estados Unidos da América, utilizando-se do *hate speech* como método de retórica política, e ante a instabilidade sociopolítica na Europa, com o *Brexit*, com a forte adesão das massas à extrema-direita, com Marine Le Pen, ou à extrema-esquerda, com Mélenchon, na França. Na última eleição na Ho-

landa, o candidato de extrema-direita Geert Wilders se revelou viável em disputa com o Primeiro-Ministro Mark Rutte. A derrota de Wilders foi comemorada pela mídia como “um freio ao populismo xenófobo”. Isso significa que a ameaça à democracia liberal se revela politicamente viável e passível de ser referendada pelas massas, como sucedera com Hitler.

Mario Vargas Llosa, em contundente artigo, expõe sua preocupação com o populismo contemporâneo, o qual compreende ser “o novo inimigo” e que, ao contrário de outras épocas, ameaça não apenas a periferia, os países subdesenvolvidos, mas com severidade os países centrais, desenvolvidos. Segundo o escritor peruano,

Não se trata de uma ideologia, e sim de uma epidemia viral – no sentido mais tóxico da palavra – que ataca igualmente os países desenvolvidos e os atrasados, adotando máscaras diversas para cada caso, do esquerdismo no Terceiro Mundo ao direitismo no Primeiro. Nem sequer os países de tradições democráticas mais arraigadas, como Grã-Bretanha, França, Holanda e Estados Unidos, estão vacinados contra essa doença. Provas disso são o triunfo do Brexit [a saída do Reino Unido da União Europeia], a presidência de Donald Trump, a liderança da formação de Geert Wilders – o Partido da Liberdade (PVV) – nas pesquisas para as próximas eleições holandesas e da Frente Nacional de Marine Le Pen nas francesas. (LLOSA, *online*)

Não bastasse a gravidade de tais problemas, que se materializam na legítima e sábia preocupação de evitar os riscos advindos do abuso do poder estatal, a contemporaneidade se depara com um problema que a teoria constitucional clássica não houvera antes sequer imaginado: o imenso poder que algumas corporações privadas possuem sobre a população mundial. Essa questão soa um tanto quanto intrigante, pois toda a engenharia constitucional pensada pelo liberalismo clássico visava racionalizar o poder estatal a fim de coibir o arbítrio do poder político e possibilitar a livre atuação do mercado. Hoje, porém, muitas corporações privadas, como Google e Facebook, detêm em seus arquivos, formados com o auxílio de algoritmos, um volume de informações sobre as pessoas (intimidade, prazeres, desejos e fragilidades) que nenhum Estado supôs possível até bem pouco tempo (HARARI, 2016). Desse modo, a privacidade e a liberdade de escolha são cada vez mais inatingíveis.

A Era do Big Data se apresenta, simultaneamente, assustadora e desafiadora. Martin Hilbert (*online*) sustenta que “despreparada para a era digital, a democracia está sendo destruída”. A este respeito, David Rucinan (2016, *online*) enfatiza a percepção de Harari de que, a permanecerem os rumos atuais de uso das tecnologias, a informação destruirá a liberdade humana. A seu

turno, o documentário *O dilema das redes*, produzido em 2020 pela Netflix, alerta acerca do crescente risco de eclosão de tumultos sociais e guerras civis fomentados por algoritmos que estimulam polarização e vieses comportamentais nas redes sociais, representando perigo real para as democracias contemporâneas.

Soma-se a esses problemas a crescente retórica por um Estado-Gerencial pautado pela eficiência. Um Estado eficiente não é em si um problema; mas, paradoxalmente, pode sê-lo. A definição de eficiência é já problemática; porém, atentando apenas à teoria constitucional, sem maiores questionamentos de ordem econômica, como admitir que o modelo de Estado celebrado em Cingapura seja compatível com os valores das democracias liberais ocidentais? (MICKLETHWAIT; WOOLDRIDGE, 2015). Nessa linha de deificação do discurso apologético à eficiência questiona-se já o sequestro da democracia pelo capital financeiro (LESSIG, 2011).

Parece-nos, portanto, que as ideias desenvolvidas por Häberle e Zagrebelsky sobre o pensamento do possível proporcionam uma perspectiva razoável ao enfrentar a problemática contemporânea, pois procuram não se encarcerar em uma homogeneidade de pensamento e valores, abrindo-se, ao revés, à possibilidade de convivência entre as diferenças, uma democracia de consensos.

Desse modo, o constitucionalismo (contemporâneo ou do futuro?) deve pautar-se não pela lógica do princípio da exclusão do diferente ou *aut-aut*, do “ou dentro ou fora”, mas de uma lógica *et-et* (ZAGREBELSKY, 2012, p. 18). A propósito, anota Häberle:

O pensamento do possível é o pensamento em alternativas. Deve estar aberto a terceiras ou a quartas possibilidades, assim como para compromissos. Pensamento do possível (*fragendes Denken*). Na *res publica* existe um *ethos* jurídico específico do pensamento em alternativa, que contempla a realidade e a necessidade, sem se deixar dominar por elas. O pensamento do possível ou o pensamento pluralista de alternativas abre suas perspectivas para ‘novas’ realidades, para o fato de a realidade de hoje poder corrigir a de ontem, especialmente a adaptação às necessidades do tempo de uma visão normativa, sem que se considere o novo como melhor. (HÄBERLE *apud* ZAGREBELSKY, 2012)

Segue Häberle,

O pensamento do possível tem uma dupla relação com a realidade. Uma é de caráter negativo: o pensamento do possível indaga sobre o também possível, sobre alternativas em relação à realidade, sobre aquilo que ainda não é real. O pensamento do possível depende também da realidade em outro sentido: possí-

vel é apenas aquilo que pode ser real no futuro (*Möglichisnurwas in Zukunft wirklichseinkann*). É a perspectiva da realidade (futura) que permite separar o impossível do possível. (HÄBERLE *apud* ZAGREBELSKY, 2012)

Assim, retornamos à metáfora kafkiana aduzida no início do texto sobre o tempo e o equívoco da compreensão de seu fluxo unidirecional. Isso não passou ao largo da inteligência da Häberle que, a partir da noção gadameriana de “pré-compreensão”, desenvolveu a “pós-compreensão”. Desse modo,

Segundo a lição de Scheuner, citada por Häberle, a Constituição, para ter preservada sua força regulatória em uma sociedade pluralista, não pode ser vista como texto acabado ou definitivo, mas sim como “projeto” (“*Entwurf*”) em desenvolvimento contínuo. (MENDES; VALE, *online*).

O pensamento do possível revela-se como uma “teoria constitucional da tolerância”; porém não esboça potencialidade para enfrentar a necessidade de se repensar uma nova engenharia constitucional a partir dos desafios postos pelas problemáticas contemporâneas. Segundo Fernandes (2018, p. 178), o pensamento jurídico do possível “ainda não logrou uma definição clara de sua estrutura lógico-argumentativa, remanescendo, por enquanto, mais próximo do pensamento político do que do jurídico”. Desse modo, há um abismo presente entre as pressões impostas pelas novas estruturas sociais de uma sociedade hipercomplexa e multiconectada e a semântica constitucional moderna. Essa ausência de conformação entre estrutura social e semântica constitucional evidencia o hiato teórico da contemporaneidade.

Importa, contudo, não esquecer a advertência kantiana no enfrentamento aos desafios impostos à teoria constitucional pelas novas realidades: “uma doutrina do direito meramente empírica é (como a cabeça de madeira na fábula de Fedro) uma cabeça que pode ser bela, mas que, lamentavelmente, não tem cérebro” (KANT, 2013, p. 36). Desse modo, não se pode reduzir o Direito ao pragmatismo.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os paradigmas do constitucionalismo moderno já não se conformam à realidade da estrutura social contemporânea, e, em um cenário de grave crise político-econômica, como a atualmente enfrentada, esse descompasso se manifesta com maior clareza. Os questionamentos aos referenciais políticos e teóricos edificados a partir do constitucionalismo pós-Segunda Guerra se intensificam, como também aos desenhos institucionais pensados pelo constitucionalismo clássico. O desejo de conjuntos populacionais significativos dos países

centrais exigindo uma postura de isolacionismo aponta uma tendência momentânea de desvalorização, ou de questionamento, da perspectiva internacionalista.

O fim da história, como quis Fukuyama, não se configurou. Desse modo, abre-se um desafio teórico ao Direito Constitucional Contemporâneo: adaptar-se às novas realidades postas, reconhecendo as severas dificuldades dos problemas que emergem à superfície, sem, no entanto, escusar-se de enfrentá-los.

O ideal constitucionalista permanece como um caminho que se constrói caminhando, mal parafraseando verso do poeta espanhol Antonio Machado. Ou seja, conclui-se que o ideal constitucionalista persiste, embora necessite readequar-se à hipermodernidade.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Direito, Razão, Discurso**: estudos para a filosofia do direito. Trad. Luís Afonso Heck. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

ARENDT, Hannah. **Entre o passado e o futuro**. Trad. Mauro W. Barbosa. São Paulo: Perspectiva, 2015.

ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. Trad. Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. O Direito, ontem e hoje. Crítica ao neopositivismo constitucional. Insuficiência dos direitos humanos. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. v. 102, p. 579-590, jan/dez 2007.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2013.

BAUMAN, Zygmunt. **Estado de crise**. Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2016.

BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e Constituição**: para uma crítica do constitucionalismo. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**: novos estudos de teoria do direito. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. São Paulo: Malheiros, 2013.

BRECHT, Bertold. **Aos que vieram depois de nós**. Disponível em: http://www.releituras.com/bbrecht_menu.asp. Acesso em: 16 mai. 2018.

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

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leandro. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2014.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

FERNANDES, André Dias. **Modulação de efeitos e decisões manipulativas no controle de constitucionalidade brasileiro**: possibilidades, limites e parâmetros. Salvador: Editora JusPodivm, 2018.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Notas sobre o constitucionalismo pós-moderno, em particular sobre certo neoconstitucionalismo à brasileira**. Revista de Direito Administrativo, v.250. 2009. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/4141/2923>>. Acesso em: 16 mai. 2018.

FUKUYAMA, Francis. **O fim da história e o último homem**. Trad. Aulyde Soares Rodrigues. Rio de Janeiro: Rocco, 1992.

HARARI, Yuval Noah. **Homo Deus**: uma breve história do amanhã. Trad. Paulo Geiger. São Paulo: Companhia das Letras, 2016.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

HILBERT, Martin. **Despreparada para a era digital, a democracia está sendo destruída**. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/geral-39535650>. Acesso em: 16 mai. 2018.

HUNTINGTON, Samuel P. **O choque de civilizações e a recomposição da Ordem Mundial**. Trad. M.H.C. Cortês. Rio de Janeiro: Objetiva, 2010.

KANT, Immanuel. **Metafísica dos costumes**. Bragança Paulista: Universitária São Francisco, 2013.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

KERTÉSZ, Imre. **A língua exilada**. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

LESSIG, Lawrence. **Republic, Lost**: How the Money Corrupts Congress and a Plan to Stop It. New York: Twelve, 2011.

LIMA, Martônio Mont'Alverne Barreto. **O Tribunal Federal Constitucional Alemão e a infeliz decisão sobre o NPD**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2017-jan-18/martonio-lima-infeliz-decisao-tribunal-constitucional-alemao>. Acesso em: 16 mai. 2018.

LLOSA, Mario Vargas. **Populismo**: o novo inimigo. Disponível em: http://brasil.elpais.com/brasil/2017/03/02/opinion/1488458309_164217.html. Acesso em: 16 mai. 2018.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoria de la Constitución**. Barcelona: Ariel, 1976.

LUCIANI, Massimo. **Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico**. Disponível em: https://www.associazionedeicostituzionalisti.it/old_sites/sito_AIC_2003-

2010/materiali/anticipazioni/costituzionalismo_irenico/index.html. Acesso em: 6 nov. 2021.

LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. Trad. Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

MBEMBE, Achille. **A era do humanismo está terminando**. Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/564255-achille-mbembe-a-era-do-humanismo-esta-terminando>. Acesso em: 16 mai. 2018.

MENDES, Gilmar. VALE, André Rufino do. **O pensamento de Peter Häberle na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2009-abr-10/pensamento-peter-haberle-jurisprudencia-supremo-tribunal-federal>. Acesso em: 16 mai. 2018.