



A CONSTITUIÇÃO LÍQUIDA: MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL E EXPANSÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NA HIPERMODERNIDADE

THE LIQUID CONSTITUTION: CONSTITUTIONAL MUTATION AND EXPANSION OF FUNDAMENTAL RIGHTS IN HYPERMODERNITY

Eduardo Rocha Dias

Doutor em Direito pela Universidade de Lisboa. Professor Titular do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Fortaleza. Possui graduação pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, mestrado em Direito - Ordem Jurídica e Constitucional - pela Universidade Federal do Ceará. Procurador Federal - categoria especial - da Advocacia-Geral da União.

Ronald Fontenele Rocha

Mestrando em Direito Constitucional na Universidade de Fortaleza e Promotor de Justiça no Estado do Ceará. Possui graduação em Direito pela Universidade Federal do Ceará e especialização em Especialização em Direito Constitucional e Direito Processual Constitucional pela Universidade Estadual do Ceará.

Resumo

O presente artigo parte das ideias de Zygmunt Bauman sobre a Modernidade Líquida e de Gilles Lipovetsky acerca da hipermodernidade e analisa os seus reflexos sobre o fenômeno jurídico, notadamente no que tange à chamada mutação constitucional e à expansão de direitos fundamentais a partir da abertura material de seu catálogo. A metodologia de pesquisa adotada é de natureza teórica, e quanto às fontes, do tipo bibliográfico, com objetivo exploratório, descritivo e explicativo, e abordagem qualitativa. Considerando a historicidade dos direitos e a aceleração própria dos tempos hipermodernos, não é possível exaurir nem engessar a interpretação/concretização constitucional, que precisa acompanhar as mudanças sociais. Para tanto, necessária uma metodologia de trabalho apropriada. No caso brasileiro, a abertura sistêmica dos direitos fundamentais, expressa no art. 5º, §2º da Constituição, sinaliza no mesmo sentido. Entretanto, de outro lado, o reconhecimento da plasticidade constitucional não pode chegar ao ponto de liquefazer por completo a solidez constitucional, sob pena de descambar em decisionismo do intérprete, com consequências deletérias para a normatividade da Constituição, especialmente em tempos de crescente relativismo e extrema instabilidade. Assim, faz-se necessário ressaltar os textos das normas como limites das

mutações constitucionais, e a dignidade da pessoa humana como critério de jusfundamentalidade para uma ampliação cautelosa de novos direitos, conferindo à Carta Magna um mínimo de estabilidade, em busca do equilíbrio entre flexibilidade e rigidez. Exemplifica-se com o direito à felicidade – entre outros - como caso de expansão dos direitos fundamentais descolada de texto ou do sistema normativo.

Palavras-chave: Constituição Líquida. Mutação Constitucional. Direitos Fundamentais. Hipermodernidade.

Abstract

This article is based on the ideas of Zygmunt Bauman about liquid modernity and of Gilles Lipovetsky on hypermodernity, and analyzes its reflexions on law, especially with regard to the so-called constitutional mutation and to the expansion of fundamental rights as a result of the material openness of its catalog. The research methodology is of a theoretical nature, as to the sources, of bibliographic type, with exploratory, descriptive and explanatory objective, and qualitative approach. Considering the historicity of rights and the acceleration proper to hypermodern times, it is not possible to exhaust or to limit constitutional interpretation / concretion, which must follow social changes. For that, an appropriate work methodology is necessary. In the Brazilian case, the systemic openness of fundamental rights, expressed in art. 5, paragraph 2 of the Constitution, points to the same direction. On the other hand, the recognition of constitutional plasticity cannot go so far as to completely weaken the constitutional solidity, otherwise it may lead to decisionism, with deleterious consequences for the normativity of the Constitution, especially in times of increasing relativism and extreme instability. Thus, it is necessary to emphasize the texts of the norms as limits of the constitutional changes, and the dignity of the human person as criterion of fundamental importance for a cautious expansion of new rights, securing a minimum of stability for the Constitution, as a means for reaching a balance between flexibility and stiffness. The article takes right to happiness – among others - as an example of expansion of fundamental rights detached from the text or from the normative system.

Key-words: Liquid Constitution. Constitutional Mutation. Fundamental Rights. Hypermodernity.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A complexidade do fenômeno jurídico é algo que não pode ser subestimado. Da mesma forma, a comunicabilidade entre Direito, Moral, Política e outros processos sociais. As velozes mudanças tecnológicas e de mentalidades na chamada hipermodernidade, com suas naturais consequências sobre a linguagem, implicam constante releitura dos textos normativos, produzindo substancial alteração de seus significados. O caráter dinâmico e plural da vida, e seu entrelaçamento com o Direito, as implicações mútuas entre ser e dever-ser, reclamam compreensão adequada, a qual pressupõe, por sua vez, aproximação entre teoria e prática. O desenvolvimento

que se operou na teoria dos direitos fundamentais com o neoconstitucionalismo precisa ser sincronizado com outros institutos jurídico-políticos, de modo a propiciar uma visão global coerente do Direito, levando em conta sua vitalidade e dinamicidade.

Assim, a abertura material do catálogo de direitos fundamentais, consagrada pelo art. 5º, §2º da Constituição Federal Brasileira de 1988, deve ser trabalhada no contexto de uma realidade normativa mais ampla: a da mutabilidade das constituições independente de processos de alteração formal (emenda ou reforma). A expansão dos direitos fundamentais e outros processos informais de atualização constitucional não se submetem a pleno controle, e não são exercidos necessariamente por representantes do povo, embora passem por alguma filtragem institucional.

Outrossim, a pluralidade dos atores sociais relevantes exige o reconhecimento da insuficiência das doutrinas clássicas que tratam o poder constituinte como algo diferente de um processo de remodelagem contínuo e difuso, imperfeito, exercido por forças assimétricas e erráticas. Em resumo, a metáfora do zangão que, com sua única ferroada, transforma o político em jurídico, é hoje indefensável.

De outro lado, os tempos contemporâneos, marcados pelo consumismo, inovação, aceleração, insatisfação, relativismo e incerteza, reclamam uma ética capaz de refrear as tendências ao exagero e ao niilismo. Aí nasce o problema: como impor limites às mutações constitucionais e critérios à expansão dos direitos fundamentais, de modo a compatibilizar a abertura do sistema jurídico e de seus subsistemas com a proteção do texto constitucional, evitando a liquefação desses direitos em um ambiente de relativismo próprio dos tempos atuais?

O objetivo deste ensaio é, pois, analisar os riscos e limites das mutações constitucionais e da expansão de direitos fundamentais, de modo a viabilizar uma desejável interpretação evolutiva sem descuidar da necessária proteção da Carta Magna contra manipulações inconstitucionais, tão frequentes em tempos de relativismo exacerbado e voracidade dos intérpretes.

A metodologia de pesquisa adotada neste trabalho será, quanto às fontes, do tipo bibliográfico, terá natureza teórica, com objetivo exploratório, descritivo e explicativo, e abordagem qualitativa.

Em primeiro lugar, será examinada a abertura material do catálogo de direitos fundamentais presentes na Constituição. Em seguida, tratar-se-á da hipermodernidade e de suas manifestações, para prosseguir para o exame da denominada “liquidez” constitucional. Por fim, propõe-se um equilíbrio adequado entre mutabilidade e rigidez,

exemplificando com o reconhecimento, em decisões do Supremo Tribunal Federal, de um “direito à felicidade”, dentre outros casos a evidenciar o caráter expansionista do fenômeno jurídico, com a inflação de novos direitos, nem sempre amparados em norma escrita.

2. MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL E ABERTURA MATERIAL DO CATÁLOGO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

O reconhecimento da complexidade da história implica aceitar que a evolução humana não obedece a regras claras, e, portanto, não é mecânica nem linear. A sua multicausalidade não raro toma rumos improváveis, imprevisíveis e até inconcebíveis, impulsionados pelas inovações tecnológicas (em sentido amplo) e culturais (MORIN, 2012, p. 15-16). O avanço acelerado do conhecimento científico tem considerável papel na formação e modificação das características fundamentais das sociedades humanas (FUKUYAMA, 1992, p. 104).

Assim como a realidade social, uma Constituição é um organismo vivo e em constante movimento. O dilema da imprevisibilidade do futuro pode ser notavelmente atenuado pelo legislador constituinte, através de técnicas de linguagem que permitam uma acomodação normativa aos câmbios sociais. Mas esse expediente tem limites na necessidade de um fechamento textual mínimo exigido pelo princípio da segurança jurídica. Deste modo, os inevitáveis ajustes entre a norma constitucional e a realidade podem se dar formal ou informalmente (com ou sem alteração de texto). No caso da mutação constitucional, o texto escrito permanece intacto, mas alterado em seu significado (LOEWENSTEIN, 1976, p. 164-165). Em resumo, “muda-se o sentido sem mudar o texto” (CANOTILHO, 1993, p. 231).

A mutação constitucional é resultado do poder constituinte difuso, que promove um permanente redimensionamento da realidade normativa, fruto de uma simbiose entre Direito e sociedade, considerando o caráter dinâmico da ordem jurídica, e conferindo à constituição no máximo uma rigidez apenas relativa (BULOS, 2018, p. 435) Esse poder constituinte não é outro, mas o mesmo, em sua versão inorganizada, plural, contínua, que complementa, sana e atualiza a obra constitucional (COSTA, 2011, p. 124-125). A complexidade do poder constituinte é bem retratada por Canotilho (1993, p. 72), ao utilizar a feliz expressão “forças constituintes”.

As alterações informais da Constituição podem ser concretizadas por variadas vias: decisão judicial, ato normativo, ato administrativo, prática social-política ou

jurisprudência internacional que se reflete no direito interno (MEINBERG, 2014, p. 72) Em todos esses casos, é possível uma alteração da compreensão da norma constitucional, no sentido de adequá-la a elementos da realidade.

Uma visão de Direito que pretenda sufocar essas dinâmicas em apego à vontade do constituinte expressa na literalidade do texto, ou seja, que pregue a busca pelo significado original, não faz mais do que mascarar, por meio de um discurso de neutralidade, preferências políticas alinhadas ao conservadorismo, servindo como um “constitucionalismo vivo para a direita”, como é o caso do originalismo norte-americano (POST; SIEGEL, 2016, p. 492). O constitucionalismo é inevitavelmente um processo construtivo que se desenvolve dentro da história, e não se encontra terminado (SOUSA, 2015, p. 252).

Da mesma forma, os direitos do homem são variáveis e historicamente contingenciados: direitos que são tidos como fundamentais em determinado tempo e lugar não o são em outros (BOBBIO, 2004, p. 13). Assim, o Direito e os direitos são permanentemente construídos no decorrer da existência humana, não são dados pela natureza, não estão prontos nem acabados, mas são o que devem ser, ou seja, estão sendo em conformidade com a realidade (o agir e o fazer humanos) (JOSÉ, 2012, p. 164-165).

No que tange ao catálogo de direitos fundamentais na Constituição brasileira, frise-se que esta albergou, além daqueles direitos nela expressos no título II, também os implícitos e os decorrentes de tratados internacionais de que o Brasil seja parte, bem como outros positivados em toda a Constituição, cuja fundamentalidade material pode ser extraída da análise de seus atributos (MEINBERG, 2014, p. 95). Assim, podem-se distinguir dois grandes grupos de direitos fundamentais: os escritos (expressamente positivados na Constituição ou em tratados internacionais) e os não-escritos (que abrangem os implícitos e os decorrentes do regime e dos princípios) (SARLET, 2005, p. 100).

A mutação constitucional se manifesta diante de textos de norma escritos na Constituição, enquanto a expansão de novos direitos fundamentais diz respeito à progressiva revelação de direitos não escritos no texto constitucional. Entretanto, é fácil observar que estes dois fenômenos se inter-relacionam, na medida em que a relativa abertura do sistema de direitos fundamentais, somada à textura aberta das normas constitucionais, propicia uma forte interação com o ambiente, adequada à historicidade dos direitos humanos. Ainda, a maleabilidade das normas de direitos fundamentais e

seu caráter eminentemente principiológico podem inclusive causar mutação de outras normas constitucionais, na medida em que servem de vetor interpretativo e exercem função integradora do sistema jurídico (MEINBERG, 2014, p. 101-102).

3. MECÂNICA DOS DESEJOS NA HIPERMODERNIDADE

O progresso é sempre parcial e provisório, é um processo em marcha contínua, que se dá inevitavelmente dentro da história. Nesta quadra histórica, o inacreditável progresso atingido não propiciou felicidade na mesma medida. Pelo contrário, o desejo crescente de bens materiais traz em si uma necessária insatisfação (MORIN, 2012, p. 28-29). Nas palavras de Zygmunt Bauman (2001, p. 94): “Na corrida dos consumidores, a linha de chegada sempre se move mais veloz que o mais veloz dos corredores”.

Os desejos são socialmente condicionados. O consumismo e o marketing abrangem desejos criados, inventados pelo próprio homem, que depois serão substituídos por outros. O próprio desenvolvimento cria novas expectativas e exigências (FUKUYAMA, 1992, p. 94). Nesse fluxo constante, o luxo de hoje se transforma na necessidade de amanhã, e o móvel do consumo passa da necessidade ao desejo e, depois, ao imediatismo do simples querer (BAUMAN, 2001, p. 96-99).

Ocorre que este processo, já em si desagradável, adquiriu também na contemporaneidade um ritmo acelerado, alucinante, o que acarreta inevitável ansiedade. E diante da imensa quantidade de ofertas e tentações, o prazer gerado pelo consumo da mercadoria se exaure rapidamente (BAUMAN, 2001, p. 114).

Assim, o modelo fordista de produção funcional em massa foi progressivamente substituído pela lógica da moda, da rápida obsolescência do produto, da escalada do efêmero, da sedução, da estetização, do hedonismo, do hiperconsumo (LIPOVETSKY; SERROY, 2015, p. 54-56, 158-161), em processo que, a rigor, não superou a modernidade - como o nome pós-modernidade poderia sugerir - mas a aperfeiçoou, levou-a aos seus extremos. Daí ser mais apropriado para rotular essa “modernidade de novo gênero” dos tempos atuais o termo hipermodernidade (LIPOVETSKY, 2004, p. 52).

Neste mundo pluralista, a flexibilidade e a inovação passam de exigências de mercado a valores estimados, banhando toda a atividade cultural. A diversidade de modos de vida e o pós-moralismo sugerem a prevalência da opinião, o império do gosto, como forma de afirmação da individualidade. A repetição, a vinculação a

tradições, a conservação, não são vistas com bons olhos. Nesse contexto, a linguagem, as instituições, os dogmas e as mentalidades se tornam incrivelmente instáveis.

Acrescente-se que nas sociedades em desenvolvimento, como é o caso (ainda) do Brasil, as interferências econômicas e políticas externas, e as imensas desigualdades internas, agregam um *plus* de instabilidade, sendo estas em determinados aspectos mais complexas e contingentes do que as sociedades ditas “centrais”, em razão de sua maior heterogeneidade estrutural (NEVES, 2018, p.106-108).

4. DA PLASTICIDADE À LIQUIDEZ CONSTITUCIONAL (OU: DO RELATIVISMO RELATIVO AO RELATIVISMO ABSOLUTO)

Da fluidez da hipermodernidade não escapam imunes as normas nem as autoridades, que sofreram forte processo de relativização, e conseqüentemente de erosão de sua força decisória, crise esta que gera um estado geral de incerteza e medo (BAUMAN, 2001, p. 30-31, 83). Assim, constatado que a liquidez da contemporaneidade contamina o Direito, faz-se necessário olhar mais de perto para este fenômeno, notadamente os seus efeitos sobre as normas constitucionais de direitos fundamentais.

Bobbio, em sua ‘Era dos Direitos’ (2004, p. 13), mostra-se otimista diante do caráter relativista dos direitos fundamentais historicamente variáveis. Entretanto, a era dos direitos não se realizou de modo satisfatório, notadamente em razão da infinita criação de novos direitos, frente a um legislativo em crise e um executivo limitado, no contexto cultural da sociedade contemporânea, pós-moralista e individualista, em sua busca pela felicidade egoística desvinculada de obrigações (SOUSA, 2015, p. 257). Afinal, à medida que as pretensões aumentam, mais difícil se torna sua satisfação (BOBBIO, 2004, p. 32) Nesse contexto, o relativismo relativo corre o risco de se transformar em relativismo absoluto, e é aí que reside o problema. Nessa esteira, a contínua criação de novos direitos fundamentais em uma sociedade acelerada e voltada para o individualismo possessivo, culmina no que José Casalta Nabais chamou de “tendência à panjusfundamentalização” (NABAIS, 2002, p. 29). A aclamação de um direito genérico à felicidade é bom exemplo da criação abusiva de novos direitos¹.

¹ O polêmico direito à felicidade, cuja vagueza semântica e impossibilidade prestacional são evidentes, à

Na hipermodernidade, a crescente absolutização do relativismo, o fim das certezas, a descrença na racionalidade, geraram a “queda do legislador” de seu pedestal, notadamente com a contaminação da hermenêutica filosófica e das ciências sociais, após Wittgenstein e Gadamer, pela crise que começou com a erosão da objetividade artística, o que retirou os intelectuais de seu habitual conforto, e promoveu a “ascensão do intérprete” (BAUMAN, 2010, p. 155-202). Com este deslocamento de autoridade, as intenções legislativas se direcionaram todas ao intérprete, como afirma Bauman (2010, p. 266):

É uma estratégia que abandona de todo as ambições legislativas, e com elas o duradouro vínculo com os discursos legitimadores e fundamentais. Talvez dizer “de todo” seja ir um pouco longe demais; a quarta estratégia na verdade contém uma forma de intenção legisladora, mas esta agora visa à autoridade da interpretação.

Por sua vez, Lipovetsky realça os paradoxos da hipermodernidade, exemplificando justamente com o fato de o relativismo florescer em paralelo com a ascensão e triunfo dos direitos humanos, os quais se baseiam em tradições e valores que são respeitados de forma cada vez mais consensual. Então, para esse autor, não se está caminhando para um relativismo absoluto nem para o niilismo (LIPOVETSKY; SERROY, 2015, p. 413)

Entretanto, como já foi dito, não parece que os direitos escapem à lógica dominante, qual seja, da moda, do efêmero, da flexibilização, da inovação, em uma sociedade hiperacelerada. Assim, há algo mais do que uma metáfora na constatação de que, assim como o modelo fordista de produção cedeu lugar a uma conjunção entre arte e capitalismo – o chamado capitalismo artista (LIPOVETSKY; SERROY, 2015, p. 39) - também o Direito é pensado cada vez menos como um sistema de produção de regras e entregue à criatividade do intérprete. A ascensão do intérprete o alça, pois, à condição de artista. E assim como a arte, notadamente após o modernismo, desconhece amarras, o intérprete, na sua nova condição, põe mãos à obra e começa a sua atividade criativa, muitas vezes tendo no texto meras sugestões, a serem acatadas ou rejeitadas, a depender de sua compreensão de mundo, de seus valores, e - por que não - de suas idiossincrasias.

Com a proclamação da inesgotabilidade do sentido e da liberdade do intérprete (FALCÃO, 2000, p. 38), abre-se caminho para o *nonsense*. Longe de ser um destino

luz das diversas concepções do bom viver. Para uma crítica a este direito: ALVARADO, José Tomás. ¿Derecho a la felicidad? In: Díkaión: Revista de Actualidad Jurídica, 2016, Vol.25(2), p. 243-265.

fatal, é uma possibilidade que precisa ser monitorada, sob pena de esfacelamento dos programas normativos, com risco para as Constituições rígidas.

5. POR UM EQUILÍBRIO ENTRE FLEXIBILIDADE E RIGIDEZ

Os signos possuem uma pluralidade de significados, mas não uma infinidade deles. Não fosse assim, a comunicação seria impossível. A Constituição, mesmo com suas peculiaridades linguísticas, não foge a esta constatação. Então, o intérprete deve se ater às possibilidades semânticas do texto constitucional (MEINBERG, 2014, p. 79).

Em uma era hiper, o extremo e a imoderação são tendências, e a imposição de limites é algo que não pode ser negligenciado. A instabilidade precisa ser reduzida a níveis suportáveis, sob pena de redundar em niilismo. Os hermenutas dos tempos hodiernos precisam empreender esforços em balizar, parametrizar os limites interpretativos, a fim de evitar a erosão de conquistas históricas.

Portanto, o intérprete deve se encher de cautela para que a ampliação de direitos fundamentais não seja inflacionada a ponto de desvalorizá-los (SARLET, 2010, p. 117). Outrossim, com a dinamicidade e abertura do sistema constitucional, suas normas possuem capacidade de aprendizagem, para captar as transformações da realidade e reclamos sociais. Este talento é indispensável para a longevidade constitucional, na medida em que confere à Constituição uma vocação de maior durabilidade, sem os efeitos negativos que frequentes reformas textuais formais trariam. Entretanto, faz-se necessário compatibilizar a ideia de mutação constitucional com o princípio da segurança jurídica – inerente ao Estado de Direito e decorrente do princípio da dignidade da pessoa humana - o qual reclama doses razoáveis de certeza, estabilidade, previsibilidade, calculabilidade (COSTA, 2011, p. 121-122).

Instalou-se um paradoxo: a abertura sistêmica dada ao intérprete constitucional, ao mesmo tempo em que representa a chave do constitucionalismo moderno para a criação de novas dimensões de direitos fundamentais, põe em risco, com a relativização de direitos, a eficácia dos mesmos. Outrossim, a multiplicação de novos direitos individuais sem obrigações correspondentes põe em xeque o próprio equilíbrio do sistema (SOUSA, 2015, p. 267).²

Diga-se que a flexibilidade constitucional é compatível com a firmeza dos limites interpretativos. Uma coisa é aceitar alterações informais de sentido das normas

² Nesse sentido também, José Casalta Nabais, para quem está na moda falar apenas em liberdade e em direitos, com esquecimento dos seus custos e dos deveres fundamentais (NABAIS, 2002, p. 11-12).

de uma Constituição; outra bem diferente é a aceitação, por via interpretativa, da “força normativa dos fatos” e, em decorrência, de mutações constitucionais inconstitucionais, ou seja, de alterações de sentido da norma que resultem em inequívoca contradição com o seu texto escrito (CANOTILHO, 1993, p. 231-232).

Embora não seja a única ferramenta de trabalho do intérprete, o programa da norma constitucional (formulado no seu texto escrito) não pode ser desconsiderado, pois serve de diretriz e limite da concretização possível (MÜLLER, 2005, p. 104-105). Destarte, não são admissíveis mutações constitucionais *contra constitutionem*, resguardando-se então a complementaridade entre os elementos estáticos e dinâmicos da ordem jurídica (COSTA, 2011, p. 128-129).

A metódica concretista de Müller e sua pretensão de obter um procedimento rigoroso que permita desenvolver o direito (2005, p. 37-38), considerando seus aspectos formais (o texto da norma ou programa normativo) e também a realidade (âmbito da norma), se devem entender à luz dos postulados de um Estado de Direito que pretende coibir o arbítrio e evitar o decisionismo. Ou seja, pretende exercer uma função negativa, afastando parcialidades na interpretação. Aponta como limites à interpretação, em caso de dúvida, o sentido literal do texto e o elemento sistemático (2005, p. 96). Müller defende ainda (2005, p. 99) que, na sua “função negativa, como limite, como limitação das possibilidades de decisão remanescentes na margem de atuação dos resultados parciais concretizados, o aspecto gramatical tem igualmente precedência em caso de conflito com o aspecto sistemático”. Mas se o aspecto gramatical “deixar uma margem de ação para duas possibilidades, a seleção poderá ser efetuada entre eles com base no ponto de vista sistemático”, tratando-se não de conflito, mas de uma “relação normal de complementaridade entre os elementos envolvidos”.

O abandono total do formalismo, tão sincronizado com as ideias dos tempos atuais, parece exigir muito dos juízes, a saber, que sejam capazes de apreender a realidade em sua complexidade e, com olhar multidisciplinar, possam descolar do texto normativo rumo à prudência e à justiça. Essas expectativas levam em conta juízes perfeitos, idealizados, em vez de juízes reais, com suas deficiências e limitações institucionais (SUSTEIN; VERMEULE, 2002, p. 47).

Não se ignora que é impossível traçar com exatidão os limites que separam a mutação constitucional (processos informais de mudança da Constituição) da inconstitucional (processos informais de violação da Constituição), até porque esse

fenômeno é em boa medida involuntário e nem sempre perceptível. Mas a constatação desta impossibilidade não autoriza conclusão genérica no sentido de que as interpretações não literais, as construções e manipulações da Carta Magna devam ser abandonadas como um todo (BULOS, 2018, p. 439-440). Nem autoriza a conclusão contrária, no sentido da validade de toda e qualquer interpretação, mesmo quando desconexa com o texto constitucional. Desconfie-se de soluções extremadas.

Basicamente, pode-se dizer que as violações constitucionais ocorrem quando o intérprete verga e rompe as barreiras textuais da norma, conferindo às palavras escritas sentidos ilógicos ou absurdos, analisando um dispositivo isoladamente (de forma descontextualizada) ou criando exceções não amparadas na Carta Magna. Aí residem os perigos de um exagerado ativismo interpretativo, que leva à hipertrofia e consequente descontrole do mesmo. Assim, o desafio a ser vencido está na descoberta do ponto de equilíbrio entre uma postura que reconhece a necessidade de superação das imperfeições constitucionais, com consequente interpretação evolutiva, de um lado, e de outro, a delimitação, embora imprecisa, de zonas limítrofes da interpretação constitucional (BULOS, 2018, p. 441-443).

Fere-se a Constituição, a pretexto de atualizá-la, não apenas quando o intérprete extrapola os limites semânticos do texto, mas quando atua em desacordo com o espírito da Constituição (princípios estruturantes) ou de modo a retirar ou prejudicar a eficácia das normas constitucionais. As mutações inconstitucionais podem ser manifestas, ou se dar ainda por processos anômalos, como omissão na execução da norma ou desuso prolongado (MEINBERG, 2014, p. 80-81).

Assim, válida a metáfora do intérprete como artista, é preciso estabelecer, ao menos teoricamente, a responsabilidade do intérprete para com o texto. Com isso não se tirará a sua liberdade, pois o mesmo possui amplo espaço de atuação dentro dos limites que a linguagem lhe oferece. Mas a pluralidade semântica, com toda a sua larga zona de imprecisão, possui também trechos onde o dito e o não dito estão bem delimitados.

Outrossim, a abertura do sistema de direitos fundamentais, como já se disse, propicia uma forte interação com o ambiente, adequada à historicidade dos direitos humanos. Entretanto, essa abertura é (deve ser) apenas relativa, pois os códigos para importação das alterações da realidade são fornecidos pelo próprio sistema constitucional, que possui algum grau de fechamento, indispensável à própria ideia de

Constituição como mediadora entre o jurídico e o político, e de um sistema jurídico capaz de aprender sem perder sua autonomia (NEVES, 2018, p. 68-69).

Cumprir a hermenêutica desempenhar a tarefa de desenvolver mecanismos de efetivação de direitos que, ao mesmo tempo, reduzam a arbitrariedade decisória. Não se pode esquecer de que os princípios têm, sobretudo, o objetivo de restringir a proliferação de respostas corretas, auxiliando em (certo) fechamento do sistema jurídico, conferindo-lhe (mais) coerência e integridade (BAEZ, 2014, p. 59-65).

Com efeito, não é aceitável que todo argumento utilizado em uma decisão judicial ganhe uma aura e um status de princípio, mesmo quando completamente desprovido de historicidade e tradição. A banalização e vulgarização dos princípios é fenômeno deveras preocupante, pondo em risco até a normatividade dos mesmos (WEBBER, 2013, p. 315-316).

Deste modo, para o reconhecimento da jusfundamentalidade e a construção de novos direitos, a partir de um conceito materialmente aberto de direitos fundamentais, deve o intérprete utilizar como critério o princípio da dignidade da pessoa humana, que por sua própria abertura semântica e multifuncionalidade, abre amplo e suficiente leque de possibilidades (SARLET, 2010, p. 113-116). Também deve buscar remeter o âmbito de proteção do direito não escrito que se pretende afirmar ao âmbito protegido de um direito fundamental expresso na Constituição. Assim, por exemplo, mostra-se possível afirmar que existe um direito fundamental (não escrito) à autodeterminação informativa, que ampare o conhecimento e o controle das informações pessoais. Isso no contexto da aceleração do uso de tecnologias de informação e de tratamento de dados, pondo em risco a intimidade e a vida privada, dimensões expressamente protegidas pela Constituição. Assim, o direito à autodeterminação informativa pode ser afirmado a partir da necessidade de proteger a pessoa contra novos poderes, públicos e privados, que ameaçam sua esfera protegida.

Esse equilíbrio reclama como pressuposto uma compreensão do sistema de direitos fundamentais que se afasta do ceticismo radical em relação à cognição e à racionalidade do sopesamento, mas admite a existência de zonas de incerteza (impasses epistêmicos acerca de premissas empíricas ou normativas), onde não fica claro qual o comando deôntico extraído da Constituição em determinado caso: se obriga, proíbe ou permite certo comportamento; ou seja, aceita que às vezes da interpretação constitucional resultam diversas possibilidades jurídicas. Essa postura é adotada por Alexy, ao tratar do problema da discricionariedade epistêmica (ALEXY,

2015, p. 612-627). Tal modelo parece ser apropriado a equacionar os elementos dinâmicos e estáticos do Direito, de modo a prestigiar o caráter eminentemente principiológico dos direitos fundamentais, sem deixar de levar a Constituição a sério.

O Supremo Tribunal Federal (STF), em decisões recentes, vem reconhecendo a existência do direito à felicidade, ou melhor, do direito à busca da felicidade. Apesar do aprimoramento da nomenclatura, as críticas que se poderia fazer à utilização de tal direito na prática são basicamente as mesmas. Veja-se, a título de exemplo, três julgados paradigmáticos, relacionados ao direito de família, que vem sofrendo forte processo de constitucionalização.

O primeiro caso a ser analisado é relativo à união homoafetiva, julgado em maio de 2011, tendo como Ministro relator Carlos Ayres Brito, em sede de Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF). Além do direito à busca da felicidade, o acórdão registrou a incidência de princípios como: proibição de discriminação, proibição do preconceito, pluralismo como valor sócio-político-cultural, liberdade para dispor da própria sexualidade, autonomia de vontade, direito à intimidade, direito à vida privada, dignidade da pessoa humana e isonomia³.

Outro julgado, relatado pelo Ministro Celso de Mello, proferido em meados do mesmo ano de 2011 e é referente ao reconhecimento da união civil entre pessoas do mesmo sexo. Extrai-se do próprio acórdão a alusão – juntamente com o direito à busca da felicidade - a outros princípios constitucionais como os da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação, da igualdade, do pluralismo, da intimidade e da não discriminação⁴.

Uma terceira decisão, mais recente, diz respeito ao conflito entre paternidades socioafetiva e biológica. A argumentação corporificada no acórdão, em favor da socioafetividade, utiliza mais uma vez – além do tal direito à busca da felicidade - o princípio da dignidade da pessoa humana, vedação à discriminação, princípio da paternidade responsável - todos suficientemente sólidos⁵.

Perceba-se que nos três casos acima uma hipotética supressão do argumento do direito à felicidade não traria qualquer consequência às teses sufragadas pela Corte

³ ADPF 132, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011 EMENT VOL-02607-01 PP-00001

⁴ RE 477554 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 16/08/2011, DJe-164 DIVULG 25-08-2011 PUBLIC 26-08-2011 EMENT VOL-02574-02 PP-00287 RTJ VOL-00220-01 PP-00572

⁵ RE 898060, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 21/09/2016, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-187 DIVULG 23-08-2017 PUBLIC 24-08-2017

– cujo acerto não cabe aqui questionar. Salvo talvez por um inescandível uso retórico, é prescindível a referência à “busca da felicidade” para a solução da controvérsia. A utilização deste suposto direito traz mais problemas do que soluções, considerando sua falta de amparo normativo, baixa densidade, sendo assim possível e recomendável que o mesmo seja reconduzido a outras dimensões mais próximas do direito escrito, e passíveis de um trato mais científico.

A análise da casuística acima apontada evidencia, por indução, que a Constituição não pode assegurar a felicidade em si, nem mesmo a busca da felicidade, a qual depende das expectativas subjetivas de cada ser humano, cujos projetos de vida irão encontrar amparo ou desamparo em normas jurídicas constitucionais e infraconstitucionais, à luz do sobreprincípio da dignidade da pessoa humana, e isso sim é que será decisivo para que o comportamento que materialize essa busca seja permitido, proibido ou obrigado.

Acrescente-se que a *invenção* de direitos fundamentais, decorrente de abuso de liberdade do intérprete, muitas vezes termina por depositar no Judiciário um aumento de expectativas e de tarefas, que resultam em hipertrofia deste órgão e, com isso, geram frustração, além de toda uma série de disfunções e desequilíbrios no desenho constitucional da separação e harmonia entre os poderes do Estado.

É o que se pode dizer, por exemplo, do chamado direito ao desenvolvimento. É certo que o desenvolvimento nacional é um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, a teor do art. 3º, II da Constituição Federal de 1988, mas seria o caso de reconhecer, com todas as suas consequências, o desenvolvimento como um direito fundamental? Não estaria escondido por trás desta simpática atitude o ovo da serpente, a legitimar o Poder Judiciário a interferir nas decisões e escolhas políticas que buscam o desenvolvimento nacional? Seria esta a confiança que o constituinte deu ao Judiciário?

Da mesma forma, está aberta a discussão acerca da existência do direito fundamental de acesso à *internet*. Teria o Poder Judiciário como garantir acesso imediato à internet a todos que lhe batam à porta? São questões ventiladas apenas para ilustrar que os “novos” direitos precisam ser discutidos e analisados de forma precisa e desapaixonada, para que o Direito não sofra perda de cientificidade, e o Judiciário, de credibilidade.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

É fundamental que a interpretação constitucional possua ferramentas de trabalho capazes de viabilizar a constante readaptação das normas jurídicas, sobretudo as que veiculam direitos fundamentais, à complexidade do ambiente. A relevância da interpretação evolutiva, adequada à historicidade dos direitos humanos, cresce à medida que se aceleram as transformações sociais, o que dá margem à construção de novos direitos fundamentais. Entretanto, em uma era hipermoderna, marcada por consumismo, moda, insatisfação, ansiedade - enfim, incríveis relativismo e instabilidade - é preciso traçar limites à criatividade do intérprete, agora equiparado a um artista. Daí que a constatação de um poder constituinte difuso, ininterrupto e dinâmico, e da licitude das mutações constitucionais, enquanto processos informais de alteração da Constituição, bem como da expansão de direitos fundamentais não escritos, não autoriza validar manipulações inconstitucionais (violações da Constituição). Assim, o reconhecimento da plasticidade constitucional não pode chegar ao ponto de liquefazer por completo a solidez constitucional, sob pena de descambar em decisionismo do intérprete, com consequências deletérias para a normatividade da Constituição. Faz-se, pois, necessário ressaltar os textos das normas como limites das mutações constitucionais, e a dignidade da pessoa humana como critério de jusfundamentalidade a amparar uma cautelosa construção de novos direitos, conferindo à Carta Magna um mínimo de proteção, em busca do equilíbrio entre flexibilidade e rigidez.

A invenção de um direito genérico à felicidade, ou à busca da felicidade - que vem ganhando aceitação jurisprudencial - é exemplo de abuso na expansão dos direitos fundamentais, por sua vagueza semântica, ou por ser impossível de ser exigido e atendido universalmente, ou em face das diversas concepções de bom viver, havendo neste caso completo descolamento dos textos e do sistema normativo. A casuística de sua utilização pelo STF, no contexto da constitucionalização do direito de família, confirma que a supressão deste argumento - nunca usado isoladamente - não traria prejuízo às teses sufragadas pela Corte, e sim, ganho de clareza e cientificidade. Assim também outros supostos direitos fundamentais novos, como o direito ao desenvolvimento e o direito de acesso à *internet*, a depositarem no Poder Judiciário, sem amparo normativo, expectativas irreais ou perigosas ao equilíbrio entre os poderes do Estado.

Em um contexto de hipercomplexidade periférica (Brasil), com considerável parcela da população marginalizada dos atos de produção e reprodução do Direito,

seria o caso de se perguntar a quem interessaria uma Constituição líquida. A pergunta é, evidentemente, retórica.

Ressalte-se que a reflexão aqui fomentada de forma não exauriente, abre espaço para pesquisas posteriores e aprofundamento das questões propostas, notadamente sobre as fronteiras do sistema jurídico, ou seja, o que e quem delimita o que é e o que não é direito.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

ALVARADO, José Tomás. ¿Derecho a la felicidad? **Díkaion: Revista de Actualidad Jurídica**, Chía, Colômbia, v. 25, n. 2, p. 243-265, dic.2016. Disponível em: <<http://www.scielo.org.co/pdf/dika/v25n2/0120-8942-dika-25-02-00243.pdf>>. Acesso em: 20 maio 2018.

BAEZ, Narciso Leandro Xavier. Teorias da justiça no âmbito da efetividade dos direitos fundamentais. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 16, n. 16, p. 48-69, jul./dez. 2014. Disponível em: <<http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/552/402>>. Acesso em: 16 maio 2018.

BAUMAN, Zygmunt. **Legisladores e intérpretes: sobre modernidade, pós-modernidade e intelectuais**. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

_____. **Modernidade líquida**. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 11 maio 2018.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

COSTA, Cíntia Cleusa. Mutação constitucional dos direitos fundamentais versus insegurança jurídica. **Revista Acad mica Direitos Fundamentais**, Osasco, SP, v. 5, n. 5, p.115-131, 2011. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/613-1930-1-pb.pdf>>. Acesso em: 22 maio 2018.

- FALCÃO, Raimundo Bezerra. **Hermenêutica**. São Paulo: Malheiros, 2000.
- FUKUYAMA, Francis. **O fim da história e o último homem**. Tradução de Aulyde S. Rodrigues. Rio de Janeiro: Rocco, 1992.
- JOSÉ, Caio Jesus Granduque. **A construção existencial dos direitos humanos**. Curitiba: CRV, 2012.
- LIPOVETSKY, Gilles. **Os tempos hipermodernos**. Tradução de Mário Vilela. São Paulo: Barcarolla, 2004.
- LIPOVETSKY, Gilles; SERROY, Jean. **A estetização do mundo: viver na era do capitalismo artista**. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Companhia das Letras, 2015.
- LOEWENSTEIN, Karl. **Teoria de la constitución**. 2. ed. Tradução de Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1976.
- MEINBERG, Marcio Ortiz. **Direitos fundamentais e mutação constitucional**. 2014. 140 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2014. Disponível em: <<https://sapiencia.pucsp.br/bitstream/handle/6611/1/Marcio%20Ortiz%20Meinberg.pdf>>. Acesso em: 18 maio 2018.
- MORIN, Edgar. **Para onde vai o mundo?** Tradução de Francisco Morás. 3. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2012.
- MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do Direito Constitucional**. 3. ed. Tradução de Peter Naumann. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- NABAIS, José Casalta. A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos. **Revista Direito Mackenzie**, São Paulo, v. 3, n. 2, p. 9-30, 2002. Disponível em: <<http://editorarevistas.mackenzie.br/index.php/rmd/article/view/7246/4913>>. Acesso em: 10 maio 2018.
- NEVES, Marcelo. **Constituição e Direito na modernidade periférica: uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro**. Tradução de Antonio Luz Costa. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2018.
- POST, Robert C.; SIEGEL, Reva B. Constitucionalismo democrático. In: MENDES, Gilmar Ferreira; GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat; MUDROVITSCH, Rodrigo de Bittencourt (Orgs.). **Jurisdição constitucional em 2020**. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 484-495.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- _____. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SOUSA, Pedro Ivo de. **L'età dei diritti e dei doveri**: per un costituzionalismo libero e responsabile. 2015. Tese (Doutorado em Direito) – Dipartimento di Giurisprudenza, Università Roma Tre, Roma, 2015. Disponível em: <http://dspace-roma3.casur.it/bitstream/2307/5028/1/TESI%20Dottorato%20XXVI_PedroIvoDeSousa.pdf>. Acesso em: 20 maio 2018.

SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. Interpretation and institutions. **John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper**, Chicago, n. 156, p.1-59, 2002. Disponível em: <https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1279&context=law_and_economics>. Acesso em: 18 maio 2018.

WEBBER, Suelen da Silva. O panprincipiologismo como propulsor da arbitrariedade judicial e impossibilitador da concretização de direitos fundamentais. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 13, n. 13, p. 305-324, jan./jun. 2013. Disponível em: <<http://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/view/368/312>>. Acesso em: 20 maio 2018.

Recebido em 04/09/2018

Aprovado em 18/02/2019

Received in 04/09/2018

Approved in 18/02/2018