

O neoconstitucionalismo no Brasil: entre a teoria e a realidade

*Marcos Paulo Salavracos Komatsu**

Resumo: O presente trabalho busca abordar criticamente as ideias do movimento conhecido como neoconstitucionalismo, supostamente revelador de numa nova cultura jurídica ou de um novo paradigma constitucionalista. A ênfase é dada sobretudo àquelas teorias recepcionadas pela doutrina brasileira. O trabalho apresenta uma estrutura bem simplificada, que se desdobra em duas partes centrais, a primeira se ocupa da exposição mais detalhada do tema, fixando as bases teóricas da discussão, e a segunda, parte essencial do estudo, se destina a tecer uma análise crítica das teses neoconstitucionalistas. A tese aqui defendida pode ser apresentada, em apertada síntese, da seguinte forma: i) o termo neoconstitucionalismo é vago e impreciso, o que é comprovado pela heterogeneidade das concepções adotadas sobre o tema, indicando a fragilidade da pretensão de encará-lo como um novo marco teórico do Direito Constitucional; ii) os elementos assumidos como caracterizadores do movimento, apresentados por Barroso, não comprovam uma nova forma de abordar o Direito Constitucional, na medida em que estão presentes desde os primórdios do constitucionalismo; e, por fim, iii) as ideias referentes à teoria e à prática do Direito Constitucional defendidas pelos teóricos do neoconstitucionalismo como traços identificadores dessa nova fase não encontram fundamento na ordem jurídico-constitucional brasileira, porquanto caracterizadas por simplismos e exageros que as distanciam da realidade jurídica.

Abstract: The present article intend to assess the ideas of the neoconstitutionalism theory, which allegedly discloses a new juridical culture or a new constitutionalist paradigm. The emphasis remains on the works that influenced the Brazilian doctrine. This article has a simple structure, composed by two main parts. The first one is a detailed exposition of the subject and the theoretical basis of the discussion. The second part is the essential one, due to its effort to make a critical analyses of the neoconstitutionalists ideas. The thesis here defended can be shortly presented by the following topics: i) the term neoconstitutionalism is imprecise, which is proved by the heterogeneity of its meanings, that might indicates the fragility of the pretension to consider it as an important moment of the constitutional law; ii) the elements presented by Barroso as essentials of the theory here attacked do not prove a new way of dealing with the constitutional law, considering that they are all there since the beginning of the modern constitutionalism; and, finally, iii) the ideas concerning the constitutional law's theory and the practice defended by the neoconstitutionalists as the distinguishing points of this new theory are not compatible with the Brazilian juridical order, due to its oversimplifications and overstatements that deflect it from reality.

Palavras-chave: Neoconstitucionalismo; supremacia constitucional; jurisdição constitucional; interpretação constitucional; princípios; ponderação.

Keywords: Neoconstitutionalism; constitutional supremacy; constitutional jurisdiction; constitutional interpretation; principles; pondering.

* Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo, área de concentração Direito do Estado.

1. Introdução

1.1 Limites e Contexto do Tema

A proposta deste trabalho é abordar criticamente o movimento conhecido como neoconstitucionalismo, supostamente revelador de numa nova cultura jurídica¹ ou de um novo paradigma constitucionalista.²

Os defensores dessa teoria afirmam que os traços característicos do constitucionalismo contemporâneo tem se delineado de forma mais intensa sobretudo a partir da segunda metade do século passado, o período pós II Guerra Mundial. Para eles, a comprovação da relevância desse período pode ser realizada a partir de dois marcos históricos determinantes para a transformação aqui analisada, na Europa e no Brasil.³ O primeiro é o fortalecimento do constitucionalismo, especialmente na Europa continental. Sinteticamente, esse processo foi marcado pela superação da cultura legicentrista e do formalismo interpretativo até então vigente, segundo o qual a Lei era a principal fonte do Direito e a Constituição, desprovida de força normativa direta. Nessa esteira, as constituições passaram a abarcar inúmeras normas atinentes a temas tradicionalmente próprios da legislação especial. Outro importante fator foi a consolidação da jurisdição constitucional, como instrumento de real proteção dos direitos fundamentais, até mesmo em face do legislador. Assim, a Lei Fundamental de Bonn, de 1949, seguida da criação do Tribunal Constitucional Federal, em 1951, ambos na Alemanha, ao lado da Constituição da Itália, de 1947, e a instalação de sua Corte Constitucional, em 1956, simbolizam, na Europa continental, o início da mudança de paradigma constitucional, a qual teve grandes reflexos nos demais países de tradição romano-germânica.⁴ No Brasil, a promulgação da Constituição Federal de 1988, com

1

Esta é a classificação dada por Prieto Sanchís ao neoconstitucionalismo, cf. Luis Pietro Sanchís, *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, Madrid: Trotta, 2003, p. 101.

2

Manuel Atienza, *El Sentido del derecho*, Barcelona: Ariel, 2004, p. 309.

3

A delimitação dos marcos históricos é proposta por Luís Roberto Barroso no artigo “Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)”, *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)* 9 (2007) <disponível em <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-9-MAR%C7O-2007-LUIZ%20ROBERTO%20BARROSO.pdf>, último acesso em 10.07.2011>.

4

sua carga simbólica democrática, indicou que o país não restou inerte diante das movimentações em curso no constitucionalismo europeu. Nessa linha, confira-se os apontamentos de J. Bernardo Cabral, relator da Assembleia Nacional Constituinte:

“Uma vez mais estava o Brasil mobilizado para a tarefa de elaborar nova Carta fundamental. Tratava-se de reordenar de forma democrática o país, e de reconciliá-lo com as suas convicções e tradições jurídicas, após rupturas recorrentes da ordem constitucional e dos desmandos derivados do exercício do poder fundado na precariedade da força. Com efeito, a necessidade para a sociedade brasileira de Constituição livremente votada era premente. Sem ela, valores fundamentais em que se deve basear o convívio civilizado, a ordem pública e o Estado democrático de direito permaneciam letra morta, como discursos inconseqüentes da inteligência perdida nas propostas acadêmicas e nos devaneios filosóficos. A sobrepairar todas essas necessidades havia ademais o desafio de elaborar-se Constituição que ao tempo em que espelhasse relações sociais de sua época, sem engessar ou amordaçar as instituições, também estivesse apta a constituir instrumento de progresso social [...]

Quanto à apregoada ingovernabilidade que a nova Lei Maior causaria, trata-se de argumento que não se põe de pé, por razões inarredáveis. A mais veemente delas, a decorrer da natureza dos fatos é a que sinaliza para a realidade circunstante: afinal, vivemos período dos mais estáveis da história republicana, não obstante grandes dificuldades verificadas, com crises inauditas superadas, dentro da mais perfeita ordem constitucional.”⁵

Nesse contexto, as constituições, tanto as europeias quanto a brasileira, passaram a exercer um papel central, irradiando suas normas e valores aos diversos ramos do direito, especialmente por meio da interpretação extensiva e abrangente de seus dispositivos.⁶ Ainda, considerando que as normas constitucionais assumiram, em grande medida, a forma de princípios, os quais, por sua natureza, são conceitualmente abertos e impregnados de valores axiológicos, novas técnicas interpretativas se tornaram preponderantes, a fim de solucionar as colisões entre os ditames constitucionais, dentre as quais se sobressaem a ponderação e o princípio da proporcionalidade. Desse modo, é de se reconhecer a maior importância dada ao Poder Judiciário no arranjo institucional entre os poderes, já que se lhe atribui a tarefa de resolver questões até então reservadas aos demais entes políticos, especialmente o legislativo. Nesse cenário, o juiz se tornou o

A título de exemplo, vale mencionar o processo de redemocratização e constitucionalização ocorrido em Portugal e na Espanha, verificados na década de 70.

5

José Bernardo Cabral, “Os 20 anos da Constituição Federal de 1988: avanços e retrocessos”, in Cláudio Pereira de Souza Neto, Daniel Sarmiento e Gustavo Binenbojm (orgs.), *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, pp. 3 e ss.

6

Esse fenômeno ficou conhecido genericamente como constitucionalização do direito. Para uma abordagem teórica, cf. Virgílio Afonso da Silva, *A Constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*, São Paulo: Malheiros, 2005, pp. 38-50.

ator mais importante da atividade jurídica, cabendo-lhe a busca da solução mais justa diante de cada caso concreto por meio da argumentação jurídica, sendo esta muito mais aberta ao debate moral do que antes, em decorrência da própria natureza carregada dos princípios constitucionais, indicando a superação da tradicional dicotomia estabelecida entre “ser” e “dever ser”.⁷

Como brevemente demonstrado, as mencionadas transformações no mundo do direito identificariam uma nova fase do direito constitucional. A proposta do presente estudo é fazer uma análise crítica da concepção teórica neoconstitucionalista, diante da realidade jurídica brasileira. Em outras palavras, a ideia é fazer o teste da realidade⁸, de modo a permitir que se confrontem as constatações e propostas neoconstitucionalistas com o que se verifica no mundo jurídico nacional. A indagação pode ser traduzida na seguinte pergunta: em que medida o direito brasileiro se compatibiliza com a proposta neoconstitucionalista?

1.2 Método e hipótese

1.2.1 Método de trabalho e abordagem metodológica

No que se refere às considerações a respeito do método empregado na presente pesquisa, há que se ter mente uma importante diferenciação entre dois aspectos que devem ser analisados de forma separada.

7

Sobre o tema da impregnação da Moral no direito pelos princípios constitucionais, cf. Alfonso Garcia Figueroa, “Princípios e direitos fundamentais”, in: Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento (orgs.), *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, pp. 03-34; e Herbert Hart, *O conceito de direito (Pós-escrito)*. Trad. A. Ribeiro Mendes. 5. ed., Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2007, p. 299-339.

8

Admitir a incondicional precisão teórica dos neoconstitucionalistas, transplantando suas ideias a nossa realidade, sem as devidas reflexões, é, no mínimo, temerário. Ao tratar de modelos regulatórios, Diogo Rosenthal Coutinho atentou para o mesmo problema, fazendo um paralelo com a incorporação das ideias liberais na mentalidade brasileira: “Na introdução a um estudo sobre o romance brasileiro, o crítico literário Roberto Schwarz valeu-se do mote ideias fora do lugar para argumentar que as ideias liberais no Brasil adaptaram-se a nossa realidade cultural de maneira curiosa. Traços indelévels em nossa sociedade, como a escravidão, a concentração fundiária, a economia agrária, não foram levados em consideração o bastante pela ideologia liberal e pela consciência teórica moral do século XIX senão como um pano de fundo ocasional e oportunamente evocado. ‘O teste da realidade não parecia importante’, diz Schwarz.” Diogo Rosenthal Coutinho, “A universalização do serviço público para o desenvolvimento como uma tarefa da regulação”, in: Calixto Salomão Filho. (org.), *Regulação e Desenvolvimento*, São Paulo: Malheiros, 2002, pp. 78-79.

O primeiro consiste no método de trabalho, relativo ao objeto do estudo, o qual, no âmbito da pesquisa jurídica, sofre pouca variação. Isso porque o material de trabalho do jurista, em geral, cinge-se à análise da lei - em sentido amplo -, da doutrina e da jurisprudência. Nesse contexto, também o presente trabalho pode assim ser classificado quanto a este aspecto metodológico.

Diferente, todavia, é o que se quer dizer com abordagem metodológica, relacionada ao enfoque jurídico analítico que será dado ao tema. Quanto a este tópico, é de grande utilidade a retomada dos ensinamentos de Tercio Sampaio Ferraz Junior sobre os diferentes enfoques teóricos. Para o autor, um estudo pode ser considerado como dogmático quando assume certas premissas, por meio de uma decisão arbitrária, como obrigatórias, estabelecendo limites ao próprio estudo⁹. Por isso, diz o autor, a abordagem dogmática lida com questões finitas, sendo informada pelo princípio da inegabilidade dos pontos de partida de séries argumentativas. Quanto a isso, argumenta-se que a análise estritamente dogmática pode significar a construção de um conhecimento muito restritivo, “cego para a realidade, formalmente infenso à própria existência do fenômeno jurídico como um fenômeno social [...], intransigente, formalista, obstinado.”¹⁰. Para confrontar esse posicionamento reducionista, o autor lembra que a dogmática depende do princípio da inegabilidade dos pontos de partida, mas a ele não se reduz. Em outras palavras, a análise parte dos dogmas com o objetivo de lhes atribuir algum sentido, ensejando uma certa margem de manipulação por parte do jurista. Nas palavras do autor: “Ou seja, a dogmática jurídica não se exaure na afirmação do dogma estabelecido, mas interpreta sua própria vinculação, ao mostrar que o vinculante sempre exige interpretação, o que é a função da dogmática.”¹¹ Nesse sentido, é possível afirmar que a análise dogmática repensa o ponto de partida

9

Tercio Sampaio Ferraz Júnior, *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 5. ed., São Paulo: Atlas, 2007, pp. 47 e s.

10

Tercio Sampaio Ferraz Júnior, *Introdução ao estudo do direito*, p. 48.

11

Tercio Sampaio Ferraz Júnior, *Introdução ao estudo do direito*, p. 49.

assumido, rediscutindo a incerteza primitiva a ele associada, ainda que de forma controlada.¹²

Por todo o exposto, é de se concluir que a natureza primordial do presente trabalho é dogmática. Desse modo, pretende-se conciliar as três sub-dimensões que a abordagem dogmática pode assumir: i) a dimensão analítica, que trata dos conceitos pertinentes ao estudo e da relação estabelecida entre eles e o direito brasileiro; ii) a dimensão empírica, cujo escopo é a análise do direito vigente, com ênfase na perspectiva dada pelos aplicadores; e iii) a dimensão normativa, que, diante do produto das demais análises, busca encontrar soluções para os conflitos que se colocam na prática.¹³

Nesse sentido, a intenção do presente trabalho é, sobretudo, estimular o debate sobre o tema, no âmbito do direito constitucional, por meio da divergência argumentativa, tão importante para a propulsão do conhecimento jurídico. Ademais, também aos operadores do direito a presente pesquisa pode ter alguma utilidade, na medida em que aborda aspectos bastante relevantes para a aplicação prática do direito constitucional.

1.2.2 Desenvolvimento do trabalho

O trabalho apresenta uma estrutura bem simplificada, que se desdobra em duas partes centrais, a primeira se ocupa da exposição mais detalhada do tema, fixando as bases teóricas da discussão, e a segunda, parte essencial do estudo, se destina a tecer uma análise crítica das teses neoconstitucionalistas.

São quatro capítulos que compõem o trabalho, sendo o primeiro esta introdução, que procura delimitar o tema, objeto de estudo, contextualizando-o no cenário Brasileiro

¹²

Ferraz Júnior afirma que a expansão das incertezas é “controlada” pois deve subsistir a compatibilidade com duas demandas atreladas a qualquer pesquisa jurídica: a) a vinculação a normas, e b) a pressão para decidir os conflitos. Cf. Tercio Sampaio Ferraz Júnior, *Introdução ao eEstudo do direito*, p. 50.

¹³

Virgílio Afonso da Silva. “*A Constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*.” São Paulo: Malheiros, 2005, pp. 25 e s.

e mundial. O capítulo 2 consiste na referida primeira parte do trabalho, dividindo-se em dois focos: i) a exposição dos trabalhos mais influentes já produzidos no mundo, sobre o tema, e o breve resumo de três emblemáticos posicionamentos; e ii) a análise da recepção dessas ideias no Brasil, e a fixação dos pressupostos conceituais deste trabalho, a partir da proposta de um autor específico. O capítulo 3, por sua vez, consubstancia a supracitada segunda parte do trabalho, que se subdivide em três tópicos, ligados pela pretensão crítica que permeia a análise empreendida, são eles: i) a problemática da supremacia constitucional; ii) a temerária expansão da jurisdição constitucional; e iii) apontamentos sobre a interpretação constitucional. Por fim, o capítulo 4 traz algumas considerações finais percebidas ao longo do estudo e a conclusão geral do trabalho.

1.2.3 Hipótese de trabalho

Como já foi inicialmente esclarecido, o tema sobre o qual o presente trabalho versa consiste na análise crítica das teorias que ficaram conhecidas como neoconstitucionalistas, sobretudo aquelas recepcionadas pela doutrina brasileira. Já a hipótese de trabalho, em outras palavras, a resposta provisória oferecida, pode ser relatada, em apertada síntese, nos seguintes termos: i) o termo neoconstitucionalismo é vago e impreciso, o que é comprovado pela heterogeneidade das concepções adotadas sobre o tema, indicando a fragilidade da pretensão de encará-lo como um novo marco teórico do Direito Constitucional; ii) os elementos assumidos como caracterizadores do movimento, apresentados por Barroso, não comprovam uma nova forma de abordar o Direito Constitucional, na medida em que estão presentes desde os primórdios do constitucionalismo; e, por fim, iii) as ideias referentes à teoria e à prática do Direito Constitucional defendidas pelos teóricos do neoconstitucionalismo como traços identificadores dessa nova fase não encontram fundamento na ordem jurídico-constitucional brasileira, porquanto caracterizadas por simplismos e exageros que as distanciam da realidade jurídica.

2. Neoconstitucionalismo: em busca de autenticidade em meio à vagueza terminológica

2.1 Introdução

Em primeiro lugar, é de se registrar que inexistente consenso a respeito do que se entende por neoconstitucionalismo, motivo pelo qual, não raro, seus adeptos frequentemente recorrem ao termo no plural - neoconstitucionalismos – sugerindo a coexistência de uma pluralidade de perspectivas amparadas sob a mesma denominação.

¹⁴ Em uma primeira aproximação genérica, o termo, recentemente concebido¹⁵, reflete o esforço em identificar elementos caracterizadores das transformações vivenciadas pelo direito constitucional contemporâneo, especialmente a partir de meados do século passado, os quais indicariam “ideias e mudanças que mobilizaram a doutrina e a jurisprudência nesse período, criando uma nova percepção da Constituição e de seu papel na interpretação jurídica em geral”.¹⁶ Em linhas gerais, é esse o mote que aproxima os estudos sobre o tema aqui abordado.

2.2 Neoconstitucionalismo(s)

A influência das ideias, sob essa denominação, se deu especialmente em razão da publicação da obra *Neoconstitucionalismo(s)*, organizada por Miguel Carbonell, em 2003. Na coletânea, são reunidos artigos de autores diversos que, não raro, divergem quanto à forma pela qual deve ter tratado o tema. O próprio organizador não ignora essa

¹⁴

Nesse sentido, na doutrina brasileira, a título de exemplo, cf. Humberto Ávila, “Neoconstitucionalismo: entre a ciência do direito e o direito da ciência.”, *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)* 17 (2009) <disponível em <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-17-JANEIRO-2009-HUMBERTO%20AVILA.pdf>, último acesso em 10.07.2011>, e André Rufino do Vale, “Aspectos do neoconstitucionalismo”, *Revista Brasileira de Direito Constitucional* 9 (2007) <disponível em http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-09/RBDC-09-067-Andre_Rufino_do_Vale.pdf, último acesso em 10.07.2011>.

¹⁵

Cf. Mauro Barberis, “Neoconstitucionalismo, democracia e imperialismo de la moral”, in: Miguel Carbonell (org.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid: Trotta, 2003, pp. 259-278.

¹⁶

Luís Roberto Barroso, *Neoconstitucionalismo*, p. 2.

divergência, vislumbrando com isso uma oportunidade para o leitor crítico desenvolver sua própria percepção, confira-se:

“Talvez as diferenças entre os autores terminem por ser de grande ajuda para o leitor, que, longe de aceitar acriticamente o ponto de vista de cada um, pode ter elementos suficientes para formar o seu próprio e para discernir se a experiência constitucional concreta de um determinado país se ajusta ou não ao dito por alguns de nossos autores.”¹⁷

Inaugurando a discussão, no prefácio da obra, Carbonell sugere que o tema seja abordado sob duas perspectivas distintas, porém interligadas: (i) a primeira referente a uma série de fenômenos evolutivos que vem apresentando evidentes impactos naquilo que se tem alcunhado de paradigma do Estado Constitucional; (ii) a segunda concernente a uma determinada teoria do direito que tem reconhecido a ocorrência de significativas mudanças recentes no mundo do direito, algumas das quais mencionadas na introdução deste trabalho, normalmente em termos bastante positivos ou elogiosos.

2.3 Guastini e os elementos da “constitucionalização do ordenamento jurídico”

Na esteira da primeira abordagem, Riccardo Guastini busca sistematizar uma série de elementos que caracterizariam esse novo momento do direito¹⁸, acrescentando que os dois primeiros seriam necessários e os demais, graduais. Em primeiro lugar, deve haver uma Constituição rígida, ou seja, escrita e protegida contra a legislação ordinária. Tal proteção consiste no fato de que as normas constitucionais não podem ser derogadas, modificadas ou ab-rogadas a não ser mediante um procedimento especial complexo de revisão constitucional. O outro elemento que condiciona o neoconstitucionalismo é a garantia jurisdicional da Constituição. A competência para exercer o controle sobre a conformidade das leis com a Constituição, na maioria dos países, é um órgão jurisdicional ou semi-jurisdicional, que o fazem de três formas diferentes, basicamente: i) controle a posteriori, por via de exceção, in concreto, exercido por cada juiz no âmbito de sua própria competência jurisdicional, ii) controle a

¹⁷

Cf. Miguel Carbonell (org.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid: Trotta, 2003, p. 11 (tradução livre).

¹⁸

Note-se que Guastini fala em “constitucionalização do direito”, sem mencionar o termo “neoconstitucionalismo” em sua exposição em nenhum momento.

priori, por via de ação, in abstracto, exercido por um Tribunal Constitucional, ou por um órgão similar, e iii) controle a posteriori, por via de exceção, in concreto, exercido por um Tribunal Constitucional. As outras cinco características apontadas por Guastini resultam do processo de deslocamento da Constituição para o centro do ordenamento, e, por isso mesmo, são progressivas. O primeiro desses elementos graduais é a força vinculante da Constituição, esta entendida como um conjunto de normas jurídicas genuínas vinculantes e suscetíveis de produzir efeitos jurídicos. O segundo é a sobre-interpretação da Constituição, a respeito do que se diz associar uma postura ativa dos intérpretes tendente a desconsiderar que o caráter lacunoso do direito constitucional, por meio, por exemplo, da construção de normas implícitas, idôneas para preencher as lacunas que se mostrem inevitáveis na solução de casos concretos. O terceiro traço é a aplicação direta das normas constitucionais, que parte do pressuposto de que a função da Constituição consiste em modelar as relações sociais. Para tanto, devem as normas constitucionais dispor de efeitos diretos, aplicáveis a qualquer controvérsia por qualquer juiz. O fundamento alegado é o de que a legislação é toda fruto do desenvolvimento dos princípios constitucionais, o que permite invocar a Constituição em qualquer situação. O quarto elemento se refere à interpretação das leis conforme a Constituição. Trata-se de uma técnica interpretativa que amolda a lei à Constituição, considerando que cada interpretação pode extrair do mesmo texto normativo uma norma diferente. Por último, Guastini fala da influência da Constituição sobre as relações políticas, que pode variar de intensidade conforme o conteúdo da Constituição, a postura dos juízes, dos órgãos públicos e dos atores políticos.¹⁹

2.4 Sanchís e “a nova teoria do direito”

Luis Prieto Sanchís, por sua vez, parece se alinhar à segunda linha de abordagem proposta por Carbonell, na medida em que reconhece a possibilidade de entender o neoconstitucionalismo como impulsionador de uma nova teoria do direito, a indicar a superação da teoria positivista do direito, baseada na supremacia da lei. Em outras palavras, a ideia se fundamenta no fato de que a lei deixou de ser a única, suprema e

¹⁹

Cf. Riccardo Guastini, “La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano, in Miguel Carbonell (org.), “Neoconstitucionalismo(s)”, Madrid: Trotta, 2003, pp. 49-73.

racional fonte do direito que pretendeu ser em outra época, sugerindo que este ser o maior sintoma da crise do positivismo jurídico. Com o fim de conferir mais concreção e especificidade àquilo que almeja propugnar, o autor procura destacar traços expressivos dessa suposta proposição teórica. Nesse sentido, Sanchís afirma que as Constituições modernas parecem ser formadas sobretudo por normas que, quando em conflito com outras, operam como se princípios fossem, e não regras. Disso decorre a necessidade do emprego de certas ferramentas interpretativas específicas, dentre as quais se sobressai a ponderação, consistente na busca da melhor decisão possível, diante razões justificativas conflitantes e de mesmo valor.

O autor defende que é difícil conceber um “problema jurídico medianamente sério” que não encontre alguma orientação constitucional, ou mais de uma, ainda que, por vezes, conflitantes. Sustenta sua posição na ideia de que a relação entre princípios e regras é de grau, isto é, por detrás de cada preceito legal, há uma norma constitucional que o confirma ou contradiz. Dessa afirmação, salta para a assertiva universalista de que se verifica o fenômeno da impregnação ou irradiação do texto constitucional para todo o ordenamento jurídico. Isso implica a onipotência judicial, em detrimento da autonomia do legislador ordinário, considerando que as leis nunca estarão isentas do controle judicial de sua conformidade com as disposições constitucionais.

Por fim, ressalta que as implicações da coexistência de uma constelação plural de valores no texto constitucional, concluindo que a incorporação de postulados distintos e contraditórios conduz os julgadores à complexa tarefa de costurar os diversos mandamentos, de modo a compatibilizá-los entre si.²⁰

2.5 Comanducci e os três neoconstitucionalismos (teórico, ideológico e metodológico)

Paolo Comanducci, a seu turno, propõe a sistematização do neoconstitucionalismo, transitando entre as duas linhas de abordagem acima sugeridas. Isso se dá a partir da tripartição do conceito em teórico, ideológico e metodológico.

²⁰

Cf. Luis Prieto Sanchís, “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”, in Miguel Carbonell (org.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid: Trotta, 2003, pp. 123-158.

Como teoria, o neoconstitucionalismo intenta descrever os avanços trazidos pelo processo de constitucionalização nos grandes sistemas jurídicos contemporâneos, dentre os quais a existência de uma Constituição “invasora”, a positivação de um catálogo de direitos fundamentais, a incorporação na Constituição de princípios e regras, e algumas peculiaridades de interpretação e de aplicação das normas constitucionais.

A teoria neoconstitucionalista representa uma alternativa ao juspositivismo tradicional, indicando a superação de seus elementos principais, como o legicentrismo e o formalismo interpretativo. O enfoque da análise recai sobre a estrutura e o papel que a Constituição desempenha nos sistemas jurídicos. Nesse espectro, há duas formas de abordagem possíveis: i) modelo descritivo da Constituição, sendo esta entendida como um conjunto de normas jurídicas positivas, que são, dado seu caráter fundamental, hierarquicamente superiores às demais; ii) modelo axiológico de Constituição, cuja diferença face ao outro modelo consiste na condição de haver determinados conteúdos a que se atribui um especial valor, não modificáveis pelos procedimentos ordinários. Assim, as referidas formas peculiares de interpretação constitucional dependem do modelo de Constituição que se entenda correto. Logo, se a preferência é pelo modelo axiológico, o neoconstitucionalismo passa a deixar de ser uma teoria para se tornar apenas uma ideologia. Por outro lado, se a opção é pelo modelo descritivo, a interpretação constitucional é entendida como uma espécie do gênero interpretação jurídica, sendo as diferenças entre elas apenas de grau, não qualitativas.

O neoconstitucionalismo ideológico alça a garantia dos direitos fundamentais ao protagonismo do direito constitucional, em detrimento da limitação do poder estatal. Isso se dá em decorrência do fato de que o poder estatal deixa de ser uma ameaça para se tornar uma instituição essencial ao modelo de Estado constitucional e democrático de Direito. Assim, essa ideologia não se limita a descrever os êxitos do processo de constitucionalização, além disso, valora-os positivamente e defende sua ampliação. A ênfase é dada não só na importância dos mecanismos institucionais de tutela dos direitos fundamentais, mas também na vinculação da atividade estatal à concretização, atuação e garantia dos direitos fundamentais. Partindo do pressuposto de que existe uma conexão necessária entre direito e moral, o neoconstitucionalismo ideológico defende a existência de uma obrigação moral de obedecer a Constituição e as leis que são conforme a Constituição.

Por fim, Comanducci entende que as referidas manifestações do neoconstitucionalismo requerem uma nova metodologia jurídica. Nessa acepção, o neoconstitucionalismo se contrapõe ao positivismo metodológico, que sustenta em dois fundamentos principais: a das fontes sociais do direito e a da não conexão necessária entre direito e moral, permitindo a separação entre ser e dever-ser. Logo, o neoconstitucionalismo metodológico defende o contrário, considerando que os princípios constitucionais e os direitos fundamentais constituiriam uma ponte entre direito e moral, havendo, então, uma conexão necessária entre essas duas esferas, indicando uma relação de identidade ou justificação.²¹

2.6 A recepção no Brasil: a proposta de Barroso

No Brasil, a recepção das ideias neoconstitucionalistas, ainda que incipiente, já apresenta alguns adeptos importantes como Luis Roberto Barroso²², Daniel Sarmento²³,

21

Cf. Paolo Comanducci, “Formas de (neo)constitucionalismo: um análisis metateórico”, in Miguel Carbonell (org.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid: Trotta, 2003, pp. 75-98.

22

Cf. Luís Roberto Barroso, *Neoconstitucionalismo*.

23

Cf. Daniel Sarmento, “O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades”, in: George Salomão Leite; Ingo Wolfgang Sarlet. (orgs.), *Direitos Fundamentais e Estado Constitucional - Estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho*, São Paulo; Coimbra: Editora Revista dos Tribunais; Coimbra Editora, 2009, pp. 9-49.

Lenio Luiz Streck²⁴, Antonio Cavalcanti Maia²⁵, Eduardo Moreira²⁶, Paulo Ricardo Schier²⁷, Écio Oto Ramos Duarte²⁸, entre outros²⁹.

Com o exclusivo objetivo de permitir o desenvolvimento do trabalho aqui vislumbrado, nos termos propostos, é imprescindível a definição dos pontos de partida.³⁰ Assim, mantendo a coerência com a breve apresentação do tema acima, o estudo terá como parâmetro a emblemática proposta teórica apresentada por Luís Roberto Barroso, no artigo intitulado “Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil)”. Fortemente influenciado pelas já referidas publicações, o autor apresenta características que seriam aptas a identificar as particularidades dessa nova fase do direito constitucional, as quais são recorrentes nos textos dos demais autores brasileiros que abordam o tema, ainda que sob outras denominações, daí a escolha pelo artigo. São três os elementos apontados pelo autor como marco teórico do neoconstitucionalismo: i) a força normativa da Constituição; ii) a expansão da jurisdição constitucional; e iii) o desenvolvimento de uma nova

24

Cf. Lenio Luiz Streck, “A crise paradigmática do direito no contexto da resistência positivista ao (neo)constitucionalismo”, in Cláudio Pereira de Souza Neto, Daniel Sarmento e Gustavo Binbenbim (orgs.), *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, pp. 203-228.

25

Cf. Antonio Cavalcanti Maia, “Nos vinte anos da carta cidadã: do pós-positivismo ao neoconstitucionalismo”, in Cláudio Pereira de Souza Neto, Daniel Sarmento e Gustavo Binbenbim (orgs.), *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 117-168.

26

Cf. Eduardo Ribeiro Moreira, *Neoconstitucionalismo: a invasão da Constituição*, São Paulo: Método, 2008, e “O momento do positivismo”, in Dimitri Dimoulis e Écio Oto Ramos Duarte (orgs.), *Teoria do direito neoconstitucional*, São Paulo: Método, 2008, pp. 233-245.

27

Cf. Paulo Ricardo Schier, “Novos desafios à filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo”, in: Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento (orgs.), *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, pp. 251-270.

28

Cf. Écio Oto Ramos Duarte e Susana Pozzolo, *Neoconstitucionalismo e Positivismo Jurídico. As faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da Constituição*, São Paulo: Landy, 2006.

29

Cf. André Rufino do Vale, “Aspectos do neoconstitucionalismo”.

30

Segundo os ensinamentos de Tercio Sampaio Ferraz Júnior: “(...) É preciso também determinar sob que condições o direito identificado será entendido. Conforme o princípio da inegabilidade dos pontos de partida, cumpre agora interpretar, isto é, fixar um sentido básico. Assim, por exemplo, se uma constituição garante a todos os cidadãos a liberdade e a igualdade no exercício do trabalho, é preciso dizer qual o significado atribuído a cidadão (...) Faz mister, então, encontrar regras para a determinação do sentido das palavras ou signos lingüísticos.”, in Tercio Sampaio Ferraz Júnior, *Introdução ao estudo do direito*, pp. 256-257.

dogmática da interpretação constitucional.³¹ A seguir, um breve esclarecimento a respeito de cada um desses traços acima apontados.

2.6.1 Os traços do neoconstitucionalismo

2.6.1.1 A força normativa da Constituição

O autor afirma que a atribuição à norma constitucional do status de norma jurídica genuína, vinculante e suscetível de produzir efeitos jurídicos, é uma das grandes mudanças ocorridas no século XX, suscitando um novo paradigma jurídico. Sustenta a superação do modelo no qual a Constituição era apenas um documento político, sujeito à liberdade do legislador e à discricionariedade do administrador, não restando qualquer poder de controle por parte do Judiciário. A reconstitucionalização europeia pós II Guerra marca o início dessa transformação, que culminou com o reconhecimento da força normativa e do caráter vinculativo e obrigatório da Constituição. No Brasil, essa tendência nasceu na década de 80, a despeito de fortes resistências decorrentes do “autoritarismo” e da “insinceridade constitucional” que marcavam o país. A Constituição de 1988, bem como o processo renovatório que dela decorreu, representa o marco a partir do qual foi desencadeada a ruptura com o já mencionado modelo “mais retrógrado”. Nesse ponto, assim diz o autor:

“Vale dizer: as normas constitucionais são dotadas de imperatividade, que é atributo de todas as normas jurídicas, e sua inobservância há de deflagrar os mecanismos próprios de coação, de cumprimento forçado [...]”

Além das complexidades inerentes à concretização de qualquer ordem jurídica, padecia o país [Brasil] de patologias crônicas, ligadas ao autoritarismo e a insinceridade constitucional. Não é surpresa, portanto, que as Constituições tivessem sido, até então, repositórios de promessas vagas e de exortações ao legislador infraconstitucional, sem aplicabilidade direta e imediata. Coube à Constituição de 1988, bem como à doutrina e à jurisprudência que se produziram a partir de sua promulgação, o mérito elevado de romper com a posição mais retrógrada.”³²

2.6.1.2 A expansão da jurisdição constitucional

³¹

Cf. Luís Roberto Barroso, *Neoconstitucionalismo*, p. 5.

³²

Luís Roberto Barroso, *Neoconstitucionalismo*, p. 6.

A partir do final da década de 1940, a “onda constitucional” trouxe consigo um novo modelo, baseado na supremacia da Constituição, de inspiração americana, suplantando aquilo que ficou conhecido como legicentrismo, cujos principais fundamentos residiam na soberania do Poder Legislativo e na ideia de lei como vontade geral legítima. A supremacia constitucional abrange não só a constitucionalização dos direitos fundamentais, a fim de protegê-los do legislador, sendo sua garantia atribuída ao Poder Judiciário, mas também a adoção de sistemas de controle de constitucionalidade, com a eventual instalação de tribunais constitucionais.

O autor assinala que a Alemanha e a Itália foram pioneiras a assimilar tais reorganizações institucionais, na Europa, seguidas por diversos países no decorrer da segunda metade do século XX.

Quanto ao Brasil, assume Barroso que o controle de constitucionalidade, em molde incidental, está presente desde a primeira Constituição republicana, de 1891. Já o controle concentrado e abstrato, por meio da ação genérica, foi instituído no país pela Emenda Constitucional 16, de 1965. Ainda assim, o autor acredita que a expansão da jurisdição constitucional brasileira se deu, de fato, a partir da Constituição Federal de 1988, tendo como causas principais a ampliação do rol de legitimados das ações diretas ao Supremo Tribunal Federal; e a previsão de novos mecanismos de controle concentrado, como a ação declaratória de constitucionalidade e a arguição de descumprimento de preceito fundamental.³³

2.6.1.3 A nova interpretação constitucional

Partindo da premissa de que a interpretação constitucional é uma modalidade de interpretação jurídica, Barroso admite que àquela são aplicáveis os métodos tradicionais desta, a saber, o gramatical, o histórico, o sistemático e o teleológico. Entretanto, considerando as especificidades das normas constitucionais e a insuficiência dos referidos métodos para com elas lidar, fez-se necessário o desenvolvimento de princípios próprios destinados à interpretação constitucional, de natureza instrumental,

33

Cf. Luís Roberto Barroso, *Neoconstitucionalismo*, pp. 6 e ss.

tais como a supremacia da Constituição, a presunção de constitucionalidade das normas e atos do Poder Público, a interpretação conforme a Constituição, a unidade, a razoabilidade e a efetividade.

Barroso, então, afirma que a interpretação jurídica tradicional se fundou em dois pontos de partida principais, o primeiro concerne ao papel da norma, à qual cabe oferecer abstratamente a solução para os problemas surgidos no mundo jurídico, o segundo, ao juiz, cabendo-lhe identificar o direito atinente ao problema e apresentar a solução jurídica. Nesse modelo, a atividade do aplicador restringe-se a uma mera subsunção do fato à norma, por meio de um raciocínio lógico simples.

Entretanto, diz o autor, a intensificação da complexidade do direito constitucional implicou a referida insuficiência das premissas sobre as quais se sustentava o modelo tradicional de interpretação para a satisfação dos conflitos normativos. Isso porque o texto normativo deixou de abarcar abstratamente a solução para todas as possíveis situações, de modo que as respostas mais precisas aos problemas só podem ser encontradas casuisticamente. Ademais, ao juiz foi atribuído um papel mais ativo que aquele tradicionalmente exercido, já que também o julgador completa o trabalho do legislador, criando o Direito, ao escolher, entre as soluções possíveis, aquela que lhe pareça a mais justa e ao valorar as normas jurídicas.

Barroso ressalta que essa nova dogmática de interpretação constitucional apresenta categorias jurídicas distintivas, às quais recorre o intérprete. Em primeiro lugar, o autor fala em cláusulas gerais, que, nas suas palavras,

“[são] conceitos jurídicos indeterminados [que] contêm termos ou expressões de textura aberta, dotados de plasticidade, que fornecem um início de significação a ser complementado pelo intérprete, levando em conta as circunstâncias do caso concreto. A norma em abstrato não contém integralmente os elementos de sua aplicação. Ao lidar com locuções como ordem pública, interesse social e boa-fé, dentre outras, o intérprete precisa fazer a valoração de fatores objetivos e subjetivos presentes na realidade fática, de modo a definir o sentido e o alcance da norma. Como a solução não se encontra integralmente no enunciado normativo, sua função não poderá limitar-se à revelação do que lá se contém; ele [o intérprete] terá de ir além, integrando o comando normativo com a sua própria avaliação.”³⁴

34

Luís Roberto Barroso, *Neoconstitucionalismo*, pp. 9 e s.

Barroso também aponta o papel desempenhado pelos princípios, ressaltando sua distinção em relação às regras e sua força normativa. Para ele, os princípios são normas que apontam um fim a ser atingido ou valor a ser realizado, sem precisar a forma como isso deve ocorrer. Já as regras descrevem condutas específicas, formalizando um comando. Por isso, o autor novamente realça a função interpretativa, essencial na definição concreta do sentido e alcance das normas principiológicas, considerando que seu texto não prevê a solução de todos os casos concretos possíveis.

Nessa esteira, o autor enfatiza que a inevitabilidade e naturalidade das colisões de normas constitucionais. Isso porque as Constituições modernas, diz ele, são fundadas em disposições potencialmente contraditórias, uma vez que protegem bens e valores contrapostos. O exemplo típico é o que se verifica entre a promoção do desenvolvimento econômico e a proteção ambiental, ou ainda entre a livre-iniciativa e a proteção do consumidor. No que se refere aos direitos fundamentais, a potencialidade conflitiva é incontestável, como bem lembrado por Barroso, “a liberdade religiosa de um indivíduo pode conflitar-se com a de outro, o direito de privacidade e a liberdade de expressão vivem em tensão contínua, a liberdade de reunião de alguns pode interferir com o direito de ir e vir dos demais”. O conflito gerado entre duas proposições normativas constitucionais enseja a criação do Direito ao caso concreto por parte do intérprete.

O autor ainda assinala que a subsunção é incapaz de solucionar os conflitos entre normas constitucionais, na medida em que a referida técnica não admite que um fato seja regido por duas normas concomitantemente. Da mesma forma, os já mencionados critérios tradicionais de solução de conflitos normativos não se mostram suficientes para resolver esse tipo de conflito. Daí decorre a importância da ponderação, como técnica interpretativa, que permite ao intérprete “(i) fazer concessões recíprocas, procurando preservar o máximo possível de cada um dos interesses em disputa ou, no limite, (ii) proceder à escolha do direito que irá prevalecer, em concreto, por realizar mais adequadamente a vontade constitucional.”

Por fim, o autor fala da importância da argumentação, especialmente na solução de casos difíceis, que não apresentam apenas uma solução juridicamente possível e razoável. O dever de fundamentar as decisões é mais intenso nesses casos, considerando

o papel criativo dos juízes, a princípio não legitimado pela tríplice separação de Poderes. Nesse ponto, Barroso sugere que, para a argumentação seja legítima e racional, o intérprete deve:

“(i) reconduzi-la sempre ao sistema jurídico, a uma norma constitucional ou legal que lhe sirva de fundamento – a legitimidade de uma decisão judicial decorre de sua vinculação a uma deliberação majoritária, seja do constituinte ou do legislador; (ii) utilizar-se de um fundamento jurídico que possa ser generalizado aos casos equiparáveis, que tenha pretensão de universalidade: decisões judiciais não devem ser casuísticas; (iii) levar em conta as consequências que sua decisão produzirá no mundo dos fatos.”³⁵

3. Análise crítica da proposta neoconstitucionalista recepcionada no Brasil

3.1 A problemática da supremacia constitucional

3.1.1 Abordagem histórica

É indiscutível que o movimento constitucionalista do século XIX, de cunho eminentemente liberal, tinha como principal objetivo a limitação do poder e a garantia dos direitos fundamentais, por meio da instalação de regimes fundados em uma ordem constitucional. O principal fundamento das ideias constitucionalistas era justamente a supremacia necessária da Constituição face à legislação ordinária, isto é, seu caráter jurídico-normativo-vinculante.³⁶ Ademais, a concepção da Constituição sempre esteve atrelada a um projeto político, cujos fins, em geral, diziam respeito à garantia de ideais liberais e democráticos. Por isso, não há que se falar em materialização das Constituições apenas após a Segunda Guerra Mundial, na medida em que elas sempre foram materiais e carregadas de valores, desde os primórdios do constitucionalismo. Por isso mesmo, cada país e cada contexto histórico revelam conteúdos constitucionais e reivindicações políticas discrepantes, ainda que, abstratamente, seja razoável conceber um conteúdo mínimo necessário para uma Constituição autêntica.³⁷ Todavia, não há

³⁵

Luís Roberto Barroso, *Neoconstitucionalismo*, p. 11.

³⁶

Como advertia Sieyès: “Une Constitution est un corps de lois obligatoires, ou ce n’est rien. si c’est un corps de lois, on se demande où sera le gardien, où sera la magistrature de ce code.”. Cf. Paul Bastid, “Les discours de Sieyès dans les débats constitutionnels de l’an III (2 et 18 thermidor)”, Paris: Hachette, 1939.

³⁷

Cf. Dimitri Dimoulis, “Neoconstitucionalismo e moralismo jurídico”, in Daniel Sarmento (org.), *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, pp. 214 e ss.

como questionar que, formalmente, a Constituição deve evidenciar sua superioridade jurídica, seu caráter material, valorativo e político, porquanto consistente na lei fundamental de um povo, composta por normas jurídicas de máxima eficácia possível.³⁸

Sarmento, seguindo a linha de Barroso, afirma que, no Brasil, é a promulgação da Constituição de 1988 que simboliza o início da supremacia constitucional e da predominância do Poder Judiciário no cenário político. De acordo com sua argumentação, antes desse marco, as Constituições brasileiras não eram sequer normas jurídicas, sendo completamente desprovidas de garantias efetivas, “não passando muitas vezes de meras fachadas”.³⁹

Nesse ponto, não se ignora o fortalecimento do sistema de controle judicial de constitucionalidade em todo o mundo após a Segunda Guerra Mundial, e, no Brasil, após o advento da Constituição de 1988. Entretanto isso não significa necessariamente que a força normativa da Constituição tenha se verificado apenas com essa expansão. É dizer, a não previsão expressa de um sistema de controle de constitucionalidade não elide a supremacia constitucional e o dever de respeitá-la por parte dos legisladores, cabendo a aplicação de sanções de outras naturezas (esferas administrativa, civil, penal etc.). Dimoulis aponta o artigo 15, inciso IX, da Constituição do Império do Brasil, de 1824, que conferia à Assembleia Geral a atribuição de velar pela guarda da Constituição, indicando a supremacia constitucional, antes mesmo da consagração do controle de constitucionalidade, na modalidade difusa, na Constituição de 1891.⁴⁰

3.1.2 Sincretismo metodológico⁴¹

³⁸

Cf. Dalmo de Abreu Dallari, *Elementos de Teoria Geral do Estado*, São Paulo: Saraiva, 1994, pp. 168 e ss.

³⁹

Cf. Daniel Sarmento, “O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades”, pp. 22 e ss.

⁴⁰

Cf. Dimitri Dimoulis, “Neoconstitucionalismo e moralismo jurídico”, p. 218.

⁴¹

A expressão foi cunhada por Virgílio Afonso da Silva, consistindo, em suas palavras, “na adoção de teorias incompatíveis, como se compatíveis fossem.”, in “Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção”, *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais* 1 (2003), p. 625.

O que se mostra, por parte dos neoconstitucionalistas, é uma análise metodologicamente sincrética dos sistemas jurídicos. É dizer, há uma sobreposição de dois critérios distintos para a caracterização dos Estados Constitucionais. Esses autores defendem a necessidade da existência de uma Constituição hierarquicamente superior e rígida, bem como de um sistema de controle judicial de constitucionalidade, sugerindo que a presença de qualquer um desses dois elementos, simultaneamente ou não, já seria o bastante para a classificação de um Estado como Constitucional. Registre-se que o critério da previsão - expressa ou não - de controle judicial de constitucionalidade não é suficiente para identificar um Estado Constitucional. Esta caracterização advém do caráter rígido e supremo da Constituição, que não implica necessariamente monopólio judicial do controle das normas jurídicas.⁴² Remetendo àquilo que foi exposto acima, a rigidez decorre da maior dificuldade de modificação das normas constitucionais, em relação às demais normas integrantes do ordenamento jurídico, traduzida na exigência de um rigoroso trâmite legislativo para que se alterem as normas constitucionais, e, ainda assim, via de regra, há aquelas que são intangíveis, dada sua relevância no arranjo institucional. É justamente do caráter rígido que resulta a supremacia da Constituição, entendida como a fonte de validade de todo o sistema jurídico, composta de normas fundamentais do Estado.⁴³

Diante dessas considerações, Dimoulis aponta a ilogicidade de que padece a proposição teórica neoconstitucionalista, consistente no fato de identificar um Estado Legal, quando inexistente um sistema judicial de controle de constitucionalidade, e um Estado Constitucional, quando tal sistema está presente. Para o autor, mais lógico seria denominar este último de Estado Judicial, para manter a coerência com o raciocínio apresentado.⁴⁴

A provocação é pertinente e indica as falhas da teoria neoconstitucional, baseada em duas ideias insustentáveis, conforme exposto. A primeira é a de que o legislador,

⁴²

Nesse sentido, Manoel Gonçalves Ferreira Filho: “[...] Isso não quer dizer que é preciso prever expressamente a Constituição esse controle [judicial de constitucionalidade], para que ela seja de fato rígida. Basta que de seu sistema tal deflúa.”, *Curso de Direito Constitucional*. 29. ed., São Paulo: Saraiva, 2002, p. 34.

⁴³

Cf. José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 29. ed., São Paulo: Malheiros, 2007, pp. 45 e s.

⁴⁴

Cf. Dimitri Dimoulis, “Neoconstitucionalismo e moralismo jurídico”, p. 219.

representante legítimo do povo, presumidamente ofende a Constituição, sendo necessária a permanente atuação de um órgão do Poder Judiciário para corrigir seus desvios (sobre a relação entre Judiciário e Legislativo, cf. ponto seguinte). A segunda, já amplamente trabalhada, consiste na falha suposição de que a ausência de um controle judicial direto sobre a constitucionalidade das leis permite que a Constituição seja violada impunemente.⁴⁵

3.1.3 Nota sobre o histórico papel ativo do Poder Judiciário

Em tempo, a aceitação do posicionamento dos autores, não só em referência à realidade brasileira, mas também aos demais países constitucionalizados implica a recusa da constatação histórica do “papel particularmente ativo” que o Poder Judiciário assumiu desde o início do constitucionalismo, “em defesa da supremacia constitucional e da tutela dos direitos fundamentais”. Foi nos Estados Unidos que esse papel protagonista do judiciário primeiro se revelou no célebre caso *Marbury vs. Madison*, em que o juiz Marshall avocou a competência de aferir a constitucionalidade de uma lei federal, sendo este o marco inicial do controle judicial de constitucionalidade. Dimoulis lembra que esse traço institucional não se restringiu aos Estados Unidos, apontando que o controle de constitucionalidade já vigorava na Europa no século XIX, a título de exemplo, vale a menção aos casos grego, norueguês e suíço, este último misto. No Brasil, temos o controle judiciário de constitucionalidade das leis previsto na Constituição desde a primeira República, isto é, no final do século XIX.⁴⁶

3.2 A temerária expansão da jurisdição constitucional

3.2.1 Supremacia constitucional

Em primeiro lugar, em termos objetivos, é importante frisar que, ainda que indiscutível, o reconhecimento da expansão da jurisdição constitucional no período pós

⁴⁵

Cf. Dimitri Dimoulis, “Neoconstitucionalismo e moralismo jurídico”, p. 219.

⁴⁶

Cf. Dimitri Dimoulis, “Neoconstitucionalismo e moralismo jurídico”, pp. 216 e ss.

II Guerra Mundial não significa concluir que antes inexistia por absoluto um mecanismo de controle da atuação do legislativo, cujo embrião é o modelo desenvolvido nos EUA, que potencializava os efeitos do controle difuso por meio da técnica do *stare decisis*, no qual o precedente tem força de lei. Como foi apontado, tanto no Brasil quanto na Europa continental, a supremacia constitucional sempre foi assegurada, sendo este, aliás, o verdadeiro alicerce do Estado Constitucional.⁴⁷

3.2.2 Exclusivismo judicial

Feita essa breve ressalva de ordem histórica, passemos ao aspecto analítico da questão. A encampação incondicional da defesa da expansão da jurisdição constitucional como necessária ao desenvolvimento institucional do Estado Constitucional, como parecem propugnar os autores brasileiros, ignora algumas considerações de extrema relevância quando se fala em ofensa ao princípio da separação de poderes, independentes e harmônicos entre si, conforme dispõe o art. 2º da Constituição Federal.⁴⁸

É impossível não admitir que a exclusividade de um órgão judicial para se manifestar sobre a constitucionalidade, sendo titular da última palavra, pode gerar desequilíbrios institucionais, na medida em que priva os demais poderes de atribuições a eles originariamente reservadas. Isso porque não cabe ao Poder Judiciário concentrar o poder de solucionar todas as questões de uma sociedade complexa e plural, composta por uma gama de concepções de valores e formas de realizá-los divergentes. Nesse contexto, as normas gerais assumem um papel preponderante na redução da incerteza que os conflitos entre as discrepantes concepções podem gerar. É no Poder Legislativo que idealmente ocorre o debate democrático que torna legítima a escolha da solução do conflito a ele apresentado a ser seguida por toda a sociedade.

⁴⁷

Cf. Dimitri Dimoulis, “Neoconstitucionalismo e moralismo jurídico”, p. 220.

⁴⁸

“Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.”

Noutro extremo, não se está a dizer que o Poder Judiciário é desprovido de importância no arranjo institucional republicano. É evidente que a mera edição de uma norma não significa que sua aplicação esteja concluída. A interpretação e aplicação das normas é a etapa atribuída aos órgãos judicantes, tarefa essa consistente na adequação do texto normativo genérico ao caso concreto individual. Isso envolve não só a escolha dentre vários sentidos possíveis, como também o cotejo da hipótese normativa com sua finalidade subjacente.⁴⁹

O problema, então, reside na aceitação do incondicional super-fortalecimento do Judiciário, para usar a nomenclatura proposta por Dimoulis. Os abusos e desequilíbrios decorrentes dessa temerária ideia são objeto de inúmeras discussões, cuja abrangência transcende o objetivo do presente trabalho. Apenas a título exemplificativo, vale mencionar os questionamentos oriundos da adoção, pelo Supremo Tribunal Federal, das teorias do efeito transcendental e da mutação constitucional, apontados por Dimoulis, cujo efeito, em termos organizacionais, é a gradual monopolização do controle de constitucionalidade, caracterizando o chamado exclusivismo judicial.⁵⁰

3.3 Apontamentos sobre a interpretação constitucional

3.3.1 Texto e norma; princípios e regras: distinções relevantes

A afirmação peremptória de que o direito constitucional requer “novos modelos interpretativos”⁵¹, em decorrência da maior complexidade que a realidade social colocou

⁴⁹

Cf. Humberto Ávila, “Neoconstitucionalismo: entre a ciência do direito e o direito da ciência”, pp. 16 e ss.

⁵⁰

Cf. Dimitri Dimoulis, “Neoconstitucionalismo e moralismo jurídico”, pp. 220 e s, e Michael Perry, “Direitos humanos constitucionalmente institucionalizados e a Suprema Corte Americana: da deferência Thayeriana”, *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais* 2 (2007), pp. 113-126. Para incrementar o debate, vale a menção que Daniel Sarmento faz sobre o chamado “constitucionalismo popular”, corrente que não reconhece a legitimidade democrática do controle de constitucionalidade, na medida em que esse modelo alija do processo decisório pessoas e movimentos que não tenham acesso ao Judiciário. Cf. Daniel Sarmento, “O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades”, p. 35, nota de rodapé 109.

⁵¹

Vale registrar que o recurso às técnicas de interpretação mais flexível e livre, adequando-se às particularidades de cada caso, é defendido desde o início do constitucionalismo, não havendo que se falar em inovação também nesse tópico. Cf. Cf. Dimitri Dimoulis, “Neoconstitucionalismo e moralismo jurídico”, p. 221.

diante das normas constitucionais é contraditória, e, por isso, insustentável. Barroso sustenta que o texto constitucional já não abarca mais todos os casos concretos possíveis, cabendo ao intérprete a utilização de outros tipos normativos e ferramentas interpretativas para solucionar os problemas que lhe são apresentados.⁵²

Como se percebe, há uma clara confusão entre dois conceitos elementares na dogmática jurídica, a saber, texto e norma. Em apertada síntese, esta é o produto da interpretação daquele, que nada mais é que um enunciado lingüístico – em geral, escrito. Desse modo, o texto é interpretado para fazer nascer a norma, que então será aplicada. Logo, o texto normativo será sempre interpretado, independente de consubstanciar uma regra ou um princípio.

Tendo isso em mente, a segunda distinção importante, que parece contraditória no pensamento neoconstitucional, é precisamente a que classifica as normas em princípios e regras.

A tese apresentada se baseia na ideia, largamente difundida no Brasil, de que os princípios seriam normas essencialmente superiores às regras. Em outras palavras, dada a sua fundamentalidade, os princípios teriam a função de afastar a aplicação de uma regra constitucional ou alterar-lhe a hipótese de incidência, na medida em que estas teriam apenas caráter instrumental, de menor relevância no ordenamento. Então, a relação entre princípio e regras residiria no grau de abstração e de fundamentalidade. A contradição advém da defesa da ideia de que, ao aplicador, seria assegurada a possibilidade de recorrer a princípios constitucionais para justificar suas decisões, desde que pertinentes ao caso.⁵³ Assim, partindo das referidas premissas adotadas por Barroso, em última análise, os princípios, dada sua abstração, sempre podem servir de fundamento para uma decisão. O raciocínio leva à inevitável constatação de que as regras nunca, ou apenas excepcionalmente, seriam aplicadas diretamente a um caso, na medida em que o recurso à técnica da ponderação seria universal, uma vez identificados os princípios em jogo.

⁵²

Cf. Luís Roberto Barroso, *Neoconstitucionalismo*, p. 9.

⁵³

A título de exemplo, cf. Celso Antonio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, 4. ed., São Paulo: Malheiros, 1993, p. 408, e Humberto Ávila, “A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade”, *Revista de Direito Administrativo* 215 (1999), p. 167.

Como se vê, ainda que, de início, adotada uma plausível teoria dos princípios, cujo critério é a fundamentalidade das normas, a conclusão do pensamento é insustentável, já que sugere a supressão do papel das regras no ordenamento. Diante disso, há que se fazer alguns apontamentos imprescindíveis.

Conforme mencionado, tanto regras quanto princípios são passíveis de interpretação prévia, na medida em que são veiculados por uma mensagem linguística (texto) por vezes obscura e suscetível de múltiplos entendimentos. Entretanto, uma vez realizada a atividade interpretativa, se diante de uma regra, não cabe ao aplicador saltar para o plano dos princípios, que eventualmente lhe deram fundamento, para ponderar novamente e, então, proferir uma decisão – e nesse caso, o resultado da ponderação poderia ser diverso do contido da regra.⁵⁴ Para tanto, assumo como premissa o fato de que a distinção entre princípio e regras é de ordem qualitativa, isto é, relativa à própria estrutura das normas, infirmando o critério do grau de fundamentalidade.

De acordo com essa tese, regras expressam direitos ou deveres definitivos, produtos de uma ponderação prévia, de modo que, uma vez verificadas as condições de aplicabilidade do comando, sua incidência é imperativa, sob pena de ilegalidade da decisão. Então, se a regra é válida e aplicável, sua determinação deve ser realizada na sua inteireza. Se duas ou mais regras contêm uma hipótese subsumível a um mesmo caso, há duas possibilidades: ou uma delas prevê uma exceção, eliminando o conflito, ou então uma delas deve ser declarada inválida, o que se dá por meio de regras de solução de antinomias, como a anterioridade, a especialidade e a hierarquia. O importante é que, nesse último caso, apenas uma regra restará válida e será aplicada ao caso.⁵⁵

Já os princípios, por outro lado, indicam direitos ou deveres *prima facie*, traduzidos na previsão de algo que deve ser realizado na maior medida possível, diante das possibilidades fáticas e jurídicas presentes. Assim sendo, em determinadas circunstâncias, a realização plena de um determinado princípio é frequentemente obstada pela realização de outro, daí se falar na metáfora da colisão entre princípios,

⁵⁴

Cf. Virgílio Afonso da Silva, “Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção”, pp. 615 e ss.

⁵⁵

Cf. Robert Alexy, *Teoria dos direitos fundamentais* (trad. Virgílio Afonso da Silva), São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 91-93.

como se fossem duas esferas. Vale registrar que, no caso de colisão entre princípios, a solução se dá por meio da ponderação ou sopesamento, de forma que um princípio restringido em um caso pode não o ser em outras circunstâncias. A precedência de um princípio sobre outro é condicionada, por isso se fala que os princípios consubstanciam mandamentos de otimização.⁵⁶

3.3.2 “Hegemonia dos princípios”

Isso posto, Barroso sugere uma premissa pouco sólida, na medida em que, ao menosprezar o papel desempenhado pelas regras no ordenamento, indica a ocorrência daquilo que eu denominaria “hegemonia dos princípios”. Trata-se da defesa do constante recurso aos princípios constitucionais para solução de casos concretos, independente da existência de prévia regulação legislativa da hipótese. Como bem adverte Sarmento:

“[...] Neste contexto, os operadores do direito são estimulados a invocar sempre princípios muito vagos nas suas decisões, mesmo quando isso seja absolutamente desnecessário, pela existência de regra clara e válida a reger a hipótese.”⁵⁷

Não obstante, tendo em vista a classificação estrutural das normas que foi acima apresentada, uma simples abordagem estatística da Constituição evidencia sua essência regulatória, motivo pelo qual se costuma classificá-la como analítica, dado seu grau de detalhismo e pormenorização.⁵⁸ Dessa constatação decorrem duas ordens de falhas no pensamento neoconstitucional, indicadas por Humberto Ávila: (i) a falha científica consiste justamente na insustentabilidade da afirmação de que a Constituição é formada, quantitativamente, mais por princípios que regras, o que foi explicitado acima; (ii) a falha metodológica diz respeito ao fato de que uma Constituição regulatória, como a brasileira, não exige, em geral, que se recorra a outros métodos de interpretação que não

⁵⁶

Cf. Robert Alexy, *Teoria dos direitos fundamentais*, pp. 90 e ss.

⁵⁷

Cf. Daniel Sarmento, “O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades”, pp. 40 e ss.

⁵⁸

Cf. Daniel Sarmento, “O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades”, p. 45.

a mera subsunção silogística com eventual correspondência conceitual vinculada às finalidades constitucionais.⁵⁹

No caso das regras constitucionais, vale lembrar que sua função é de solucionar conflitos conhecidos ou antecipáveis de coordenação, conhecimento, custos e controle de poder. Desse modo, suas razões devem afastar a ponderação entre princípios eventualmente colidentes no caso concreto, já que consistem na própria escolha constitucional, que deve ser respeitada. Com efeito, as regras, na medida em que exigem uma atividade menos complexa por parte do intérprete, reduzem as possibilidades de equívocos, no que se refere à sua incidência, de modo a trazer mais previsibilidade e segurança para as relações por elas regidas.⁶⁰ Nas palavras de Ávila, “entender de modo contrário, é interpretar como descartáveis normas que a Constituição quis resistentes a uma ponderação horizontal, flexibilizando aquilo que ela quis objetivamente enrijecer.”

⁶¹ Da mesma forma, a referida atividade de precisar as hipóteses de incidência das regras constitucionais, por meio da interpretação, não há que ser irrestrita. É dizer, a possibilidade de extensão ou restrição teleológica, com o intuito de atingir as finalidades específicas das regras, não deve exceder os limites impostos pelo significado mínimo das palavras definidoras da hipótese da norma. Se esses limites não forem respeitados, novamente, tem-se a perda da função resolutiva de conflitos das regras.⁶²

Não se questiona o fato de que os princípios desempenham, dentre outras, as funções de interpretar, bloquear e integrar o conteúdo das regras infraconstitucionais, quando da mencionada apreensão da norma contida no texto legal. É importante frisar, todavia, que os princípios constitucionais só podem bloquear a aplicação de uma regra hierarquicamente inferior em duas hipóteses, a saber, se a regra for inconstitucional, e se o caso concreto for excepcional o bastante para não se enquadrar na hipótese legal, em todas as outras situações, uma vez determinada a hipótese de incidência da do comando definitivo, a regra deve ser observada na sua integralidade. Em suma:

⁵⁹

Cf. Humberto Ávila, “Neoconstitucionalismo: entre a ciência do direito e o direito da ciência”, pp. 4 e ss.

⁶⁰

Cf. Daniel Sarmento, “O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades”, pp. 42 e ss.

⁶¹

Humberto Ávila, “Neoconstitucionalismo: entre a ciência do direito e o direito da ciência”, p. 6.

⁶²

Cf. Humberto Ávila, “Neoconstitucionalismo: entre a ciência do direito e o direito da ciência”, p. 6.

“[...] Ou a solução legislativa é incompatível com a Constituição, e, por isso, deve ser afastada por meio da eficácia bloqueadora dos princípios, sucedida pela sua eficácia integrativa, ou ela é compatível com o ordenamento constitucional, não podendo, nesse caso, ser simplesmente desconsiderada, como se fora um mero conselho, que o aplicador pudesse, ou não, levar em conta como elemento orientador da conduta normativamente prescrita.”⁶³

3.3.3 Insustentabilidade da universalização da ponderação

Enfim, a defesa da universalização técnica da ponderação, produto da já impugnada “hegemonia dos princípios”, parece não encontrar fundamento lógico e teórico, conforme explicitado. Ademais, a ideia também deve ser rechaçada em virtude das seguintes implicações a ela associadas, também apontadas por Humberto Ávila: (i) sendo os princípios constitucionais um fundamento a que sempre podem recorrer os aplicadores, quando do processo decisório, verifica-se a supressão ou infirmação dos níveis normativos hierarquicamente inferiores (ex. lei, regulamento, ato administrativo, decisão judicial, contrato etc.), na medida em que o repositório constitucional de princípios se mostra suficientemente amplo para abranger todas as situações fáticas postas em juízo. A esse fenômeno, o autor atribui o nome de “anti-escalonamento” (Entstufung) da ordem jurídica; (ii) a generalização desarrazoada da ponderação como método interpretativo implica ofensa ao princípio democrático e da separação de poderes, uma vez que tende a afastar a aplicação das regras democraticamente produzidas, para, em seu lugar, fazer incidir a palavra judicial contra majoritária⁶⁴, conforme tratado no capítulo anterior. Nesse ponto, o autor aponta dois paradoxos dessa interpretação desmedida, em primeiro lugar, ainda que a pretensão seja de respeitar os mandamentos constitucionais atinentes ao caso, acaba-se por violar outros conforme relatado. O outro paradoxo decorre do primeiro e consiste no esvaziamento da noção de supremacia constitucional, já que a tendência é a eliminação gradual de níveis inferiores de normas, restando válida e eficaz apenas a Constituição; e (iii) por fim, o autor lembra que a norma jurídica diferencia-se de um conselho por ser obrigatória, ou seja, por dever

63

Humberto Ávila, “Neoconstitucionalismo: entre a ciência do direito e o direito da ciência”, p. 6.

64

Cf. Jeremy Waldron. “The core of the case against Judicial Review”, *The Yale Law Journal* 115 (2006), pp. 1346-1406; e Mark Tushnet. *Taking the constitutions away from the courts*, Princeton: Princeton University Press, 2000.

orientar a conduta do destinatário, cujo descumprimento pode acarretar consequências no mundo do direito. Para tanto, a norma jurídica deve ser externa e autônoma em relação ao destinatário. Assim, identifica que a ponderação irrefletida leva a um subjetivismo e à consequente eliminação do caráter heterolimitador do direito, por dois motivos principais. Em primeiro lugar, partindo da ideia de que os princípios constituem deveres *prima facie*, que terão seu peso atribuído pelo aplicador diante das circunstâncias fáticas e jurídicas do caso concreto, na maior medida possível, é possível que, em um caso concreto, um determinado princípio, submetido a ponderação em relação a outro, sofra um grau de restrição muito alto, a ponto de não orientar a conduta adotada. É dizer, os princípios, sob essa perspectiva, tornam-se meros conselhos, sem imperatividade. Em segundo lugar, a aplicação dos princípios mediante ponderação sem “critérios intersubjetivamente controláveis para a sua execução, reconhecíveis antes da adoção da conduta”, resulta que “somente depois do processo de ponderação é que se saberá o que antes deveria ter sido feito.” A conclusão é que o aplicador cria um sentido normativo, quando, idealmente, deveria apenas reproduzir aquilo que o legislador decidiu.⁶⁵ Em outras palavras, “aos juízes é conferida uma espécie de poder constituinte permanente, pois lhes permite moldar a Constituição de acordo com as suas preferências políticas e valorativas, em detrimento daquelas do legislador eleito.”⁶⁶

Isso porque na hipótese de restar verificada a existência de tal regramento evidencia um prévio processo de ponderação das razões contrapostas na hipótese legal, por parte do Poder Legislativo, que, legitimamente, optou por uma dada escolha vinculante aos aplicadores. O papel desempenhado pelo intérprete vai se restringir a interpretar o texto legal, para então apreender o sentido normativo. Uma vez determinados o sentido e alcance da regra, a única liberdade que tem o aplicador é observar o comando definitivo, fazendo incidi-lo ao caso concreto.

3.3.4 A aplicabilidade/utilidade da ponderação

⁶⁵

Cf. Humberto Ávila, “Neoconstitucionalismo: entre a ciência do direito e o direito da ciência”, pp. 7-10.

⁶⁶

Daniel Sarmento, “O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades”, p. 35.

É de se enfatizar que a objeção aqui apresentada volta-se exclusivamente ao uso desarrazoado do método da ponderação. Não se está a dizer, frise-se, que a ponderação jamais será apropriada. Sua utilidade se mostra pertinente no caso da inexistência de uma regra aplicável ao caso, seja esta constitucional ou infraconstitucional.⁶⁷ Assim, constatada a lacuna legislativa, cabe ao aplicador editar uma norma concreta reguladora do conflito de interesses em apreço, o que se dá por meio da ponderação de princípios colidentes. O objetivo do sopesamento é definir qual dos interesses, que abstratamente estão no mesmo nível, tem maior peso no caso concreto. A solução para a colisão consiste no estabelecimento de uma relação de precedência condicionada entre os princípios, com base nas circunstâncias do caso concreto. As condições sob as quais um princípio tem precedência em face de outro constituem o suporte fático de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio que tem precedência, a essa relação condicionada estabelecida entre os princípios Alexy deu o nome de lei da colisão.⁶⁸

Isso não significa, contudo, que, nesse caso, ao aplicador é assegurada a plena liberdade de decisão discricionária, sem qualquer fundamentação. O recurso à técnica da ponderação há de ser insubjetivamente controlável e adequada ao arranjo institucional estabelecido entre os Poderes na Constituição.⁶⁹ Isso porque, como bem apontado por Sarmiento, “a valorização dos princípios e da ponderação não tem sido muitas vezes acompanhada do necessário cuidado com a justificação das decisões adotadas.”⁷⁰ Novamente, vale a remissão ao texto de Ávila, no qual sugere uma sequência de requisitos que devem ser observados pelo aplicador, quando da atividade ponderativa. Em primeiro lugar, deve haver indicação expressa dos princípios colidentes no caso concreto, para só então se proceder à ponderação propriamente dita. Por fim, e

67

Nesse sentido, é pertinente a observação de Sarmiento: “[...] Penso que é chegada a hora de um retorno do pêndulo no direito brasileiro, que, sem descartar a importância dos princípios e da ponderação, volte a levar a sério também as regras e subsunção.”, in Daniel Sarmiento, “O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades”, p. 42.

68

Cf. Robert Alexy, *Teoria dos direitos fundamentais*, pp. 93-103.

69

Em sentido oposto, a chamada teoria estruturante do direito entende ser da essência do método da ponderação a irracionalidade e discricionariedade, motivo pelo qual o rejeita integralmente. Cf. Friedrich Müller, *Strukturierende Rechtstheorie*. 2. Aufl., Berlin: Duncker & Humblot, 1994 (1. Aufl., 1984), apud Virgílio Afonso da Silva, “Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção”, p. 626.

70

Cf. Daniel Sarmiento, “O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades”, p. 41.

não menos importante, o aplicador deve fundamentar a decisão obtida, o que se desdobra na explicitação de cinco pontos principais: i) a razão da utilização de determinados princípios para a solução do caso; ii) os critérios adotados para definir o peso e a prevalência de um princípio sobre outro e a relação existente entre esses critérios; iii) o procedimento e o método que serviram de avaliação e comprovação do grau de promoção de um princípio e de restrição de outro; iv) a comensurabilidade dos princípios cotejados e o método utilizado para fundamentar essa comparabilidade; e v) os fatos do caso concreto que foram considerados relevantes para a ponderação e os critérios jurídicos utilizados para avaliá-los.⁷¹

Na mesma linha, Virgílio Afonso da Silva propõe que a questão relacionada ao possível déficit de objetividade e racionalidade atribuído ao método da ponderação seja encarada sob três enfoques diferentes, a fim de tornar a discussão mais sistematizada, afastando-se da superficialidade que lhe é corrente.⁷² A ideia subjacente a sua proposta é disponibilizar ao intérprete técnicas e instrumentos com o intuito de reduzir ao máximo, dentro das limitações impostas pela realidade, o caráter subjetivo e arbitrário da ponderação⁷³. Para tanto, primordialmente, dois elementos devem ser levados em consideração, entendido como objetivos a serem alcançados, a saber, o controle intersubjetivo e a possível previsibilidade da decisão, associada à ideia de segurança jurídica, coerência e consistência decisória.⁷⁴ Nessa análise, o autor indica que a abordagem deve ser feita a partir de três enfoques distintos, sempre tendo em mente o referido escopo dual.

Isso posto, o primeiro aspecto a ser analisado, quando do recurso ao método da ponderação, é o metodológico. De acordo com esta primeira abordagem, as relações de

⁷¹

Cf. Humberto Ávila, “Neoconstitucionalismo: entre a ciência do direito e o direito da ciência”, pp. 10-12.

⁷²

Virgílio Afonso da Silva, “Ponderação e objetividade na interpretação constitucional”, in: Ronaldo Porto Macedo Jr. & Catarina Helena Cortada Barbieri (orgs.), *Direito e interpretação: racionalidades e instituições*. São Paulo: Direito GV/Saraiva, 2011, pp. 366 e ss.

⁷³

Vale assinalar que o próprio autor assume ser impossível afastar completamente a subjetividade do método interpretativo, seja este qual for. Por isso, afirma categoricamente que inexistente um método racional e objetivamente puro, por assim dizer. Cf. Virgílio Afonso da Silva, “Ponderação e objetividade na interpretação constitucional”, pp.366 e ss.

⁷⁴

Cf. Virgílio Afonso da Silva, “Ponderação e objetividade na interpretação constitucional”, pp. 367 e ss.

preferência estabelecidas entre os princípios eventualmente colidentes devem ser bem fundamentadas. É dizer, a escolha feita em benefício da realização de um determinado princípio e em detrimento da de outro deve indicar expressamente a existência de um escalonamento entre eles. Frise-se que, dessa forma, o sopesamento não pode significar uma mera relação de preferência, cujos fundamentos cingem-se aos incógnitos almejos subjetivos do intérprete, o que, evidentemente, vão de encontro à efetivação daqueles dois objetivos acima referidos, no tocante à objetividade do método. Nessa esteira, nas palavras do autor, a indicação do escalonamento adotado é um primeiro passo em direção à objetividade da ponderação, considerando que abre a possibilidade de um diálogo intersubjetivo, especialmente se comparada com o diálogo possível na situação ‘eu prefiro isso, você prefere aquilo’.

Prosseguindo na explanação da abordagem idealizada pelo autor, temos que o segundo aspecto a ser enfrentado é o teórico. Virgílio Afonso da Silva assume, nesse tópico, que métodos interpretativos, se considerados na sua essência, e apenas nela, são axiologicamente vazios, e conclui: “são instrumentos que têm que ser preenchidos com alguma substância.”⁷⁵ Sob essa constatação, o autor afirma que sempre haverá uma opção teórica que sustentará a argumentação empreendida mediante a ponderação, sendo que essa escolha sempre será marcada por um caráter subjetivo, de modo que seu controle é inevitável. Conquanto seja a escolha da premissa teórica eminentemente subjetiva, uma vez feita, sua explicitação é dever do intérprete. Em outras palavras, a apresentação expressa e clara dos pontos de partida teóricos que foram escolhidos é um imposição que coloca ao aplicador, na medida em que isso viabiliza a aproximação daqueles dois objetivos associados à objetividade na ponderação, a saber, o controle intersubjetivo da decisão e sua previsibilidade.⁷⁶

Por fim, Virgílio Afonso da Silva aborda o aspecto institucional, que, segundo o autor, assume grande relevância em qualquer debate sobre objetividade, não só no referente à ponderação. Essa abordagem liga-se mais fortemente ao elemento previsibilidade, considerada um dos atributos da objetividade visada, conforme acima relatado. Vale reiterar que a previsibilidade remete às ideias de segurança jurídica,

⁷⁵

Cf. Virgílio Afonso da Silva, “Ponderação e objetividade na interpretação constitucional”, p. 372.

⁷⁶

Cf. Virgílio Afonso da Silva, “Ponderação e objetividade na interpretação constitucional”, p. 372-375.

coerência e consistência da decisão. O autor subdivide o estudo desse aspecto em dois elementos de fundamental importância para a análise, são eles (i) respeito a precedentes, e (ii) controle social.

Quanto ao primeiro elemento, o autor estabelece a seguinte relação:

“[...] quanto maior for o respeito a decisões judiciais tomadas em casos semelhantes, menor será a liberdade subjetiva do aplicador do direito ao realizar um sopesamento. Ou seja, quanto mais aplicações de uma determinada norma ao longo da história de um tribunal, maior é o ônus argumentativo para se chegar a uma decisão que se desvie das decisões anteriores [...]”⁷⁷

O autor lembra que também em países da tradição chamada civil Law devem ser respeitados os precedentes judiciais, seja a favor ou contra aquilo que se pretende defender, de modo que sua infirmação deve necessariamente ser acompanhada de uma consistente argumentação, apta a desconstruir décadas de jurisprudência de um tribunal.

⁷⁸ Nessa linha, o autor conclui que “a possibilidade de decisões irracionais e exclusivamente subjetivas em um sopesamento diminui na proporção em que se aumenta o respeito a precedente.”⁷⁹

No que se refere ao elemento, ou sub-aspecto, do controle social, este deve ser entendido como exercido por todos os cidadãos, especialmente pela comunidade acadêmica jurídica e também pela mídia.⁸⁰ A intensidade do controle social das decisões está associada ao grau de publicidade e transparência delas, os quais naturalmente interferem na coerência e na consistência das decisões. Desse modo, conclui o autor, quanto maior for o controle social, menor será a possibilidade de haver decisões ad hoc, indesejáveis quando o que se busca é justamente a objetividade na ponderação.⁸¹

⁷⁷

Cf. Virgílio Afonso da Silva, “Ponderação e objetividade na interpretação constitucional”, p. 376.

⁷⁸

Cf. Robert Alexy, Teoria dos direitos fundamentais, p. 27. Sobre uma abordagem do respeito aos precedentes no STF, cf. Marcos Paulo Salavracos Komatsu, *O papel dos precedentes em casos de conflitos de direitos fundamentais*, São Paulo: monografia de conclusão de curso (Sociedade Brasileira de Direito Público), 2008, <disponível em http://www.sbdp.org.br/monografias_ver.php?idConteudo=124, último acesso em 10.09.2011>.

⁷⁹

Cf. Virgílio Afonso da Silva, “Ponderação e objetividade na interpretação constitucional”, p. 376.

⁸⁰

Cf. Virgílio Afonso da Silva, “Ponderação e objetividade na interpretação constitucional”, p. 377.

⁸¹

Cf. Virgílio Afonso da Silva, “Ponderação e objetividade na interpretação constitucional”, p. 378.

4. Considerações finais e conclusão

4.1 Considerações Finais

Como restou amplamente exposto, a proposta do presente trabalho consistiu em apresentar o movimento conhecido como neoconstitucionalismo e, a diante disso, formular uma análise crítica da recepção dessas ideias no Brasil. A consecução dessa meta, conforme já mencionado, visou também ao estímulo da discussão sobre o tema, no âmbito do direito constitucional, por meio do dissenso construtivo, essencial para o conhecimento jurídico. Dessa forma, espero ter contribuído não só para as discussões da comunidade acadêmica jurídica, mas também aos problemas dos operadores do direito, considerando os aspectos bastante relevantes para a aplicação prática do direito constitucional que foram tratados no estudo.

A seguir, pretendo apresentar as conclusões obtidas neste trabalho, tomando como ponto de partida as hipóteses expostas no item 1.2.3.

4.2 Conclusão geral

(i) A impressão sugerida no início do trabalho de que o conceito substancial do termo neoconstitucionalismo ainda é demasiadamente vago e impreciso se confirmou por meio da pesquisa ora empreendida. De fato, foi mostrado que inexistente consenso a respeito do que essencialmente constitui o movimento neoconstitucionalista. Não por outro motivo, foi possível perceber que cada autor trata o tema sob uma abordagem diversa, por vezes até com denominações diferentes. Por isso mesmo, não é evidente nem imediata a ligação entre as concepções heterogêneas a respeito dos neoconstitucionalismos, e aqui o plural se justifica.⁸²

Nesse sentido, a compilação organizada por Miguel Carbonell, sob o título de Neoconstitucionalismo(s), obra considerada referência no tema, vem a comprovar a tese acima exposta. A afirmação decorre da pluralidade de perspectivas apresentadas na

⁸²

Cf. Capítulo 2. 2.1 e ss.

obra, por vezes, conflitantes. Assim, Guastini busca sistematizar um conjunto de elementos caracterizadores de um novo momento do direito, a que ele denominou constitucionalização do direito.⁸³ Sanchís, por sua vez, entende que o neoconstitucionalismo consubstancia uma nova teoria do direito, cujo traço principal é a superação do positivismo jurídico. Já Comanducci concebe uma tripartição instrumental do conceito em três análises diversas, a teórica, a ideológica e a metodológica. No Brasil, a proposta de Barroso consiste na identificação de elementos característicos daquilo que o autor denomina de novo marco teórico, os quais substancialmente não apresentam traços de originalidade.

Diante disso, resta enfraquecida a pretensão de entender esse conjunto amorfo de ideias como identificadores de uma nova cultura jurídica ou de um novo paradigma constitucionalista, como sugerem seus adeptos.

(ii) Ademais, não há que se falar em inovações nas ideias propostas pelo autores neoconstitucionalistas, especialmente naquilo que se refere à supremacia constitucional. Isso porque as constituições sempre foram materiais e carregadas de valores, isto é, atreladas a um projeto político, de modo que seu conteúdo pode variar em razão do contexto histórico em que se deu sua elaboração. Entretanto, é indubitável que a Constituição, como norma jurídica, é - e sempre foi - caracterizada pela superioridade jurídica, porquanto consistente na lei fundamental de um povo, composta por normas jurídicas de máxima eficácia possível.⁸⁴

Do mesmo modo, não é possível afirmar que inexistia por absoluto um sistema judicial de proteção da supremacia constitucional em todo o mundo, antes do período pós II Guerra Mundial. Como foi demonstrado, ainda que esse controle tenha se intensificado recentemente, sua existência é bem mais antiga, remontando ao século XIX, não só nos EUA, como também na Europa Continental e no Brasil.⁸⁵ Isso decorre da própria estrutura do Estado Constitucional, que exige a defesa de supremacia da Constituição.

⁸³

Cf. Capítulo 2. 2.3.

⁸⁴

Cf. Capítulo 3. 3.1.1.

⁸⁵

Cf. Capítulo 3. 3.1.1, 3.1.3, 3.2.1.

Por fim, é impreciso falar em “nova” interpretação constitucional, consistente, sobretudo, no recurso à técnica da ponderação. É de se registrar que a flexibilidade da interpretação, em detrimento da subsunção literal e automática, é propugnada desde o início do constitucionalismo, não havendo que se falar em inovação também nesse tópico.⁸⁶

Não por outros motivos, Dimoulis faz a seguinte afirmação:

“O neoconstitucionalismo é uma forma de re(vi)ver uma prática constitucional utilizada há mais de 200 anos, como (velha) solução para problemas que acompanham o direito desde sua estruturação com base na Constituição. Não seria equivocado dizer que, passados dois séculos, esse conjunto de ideologias e práticas institucionais deveria receber a denominação de paleoconstitucionalismo.”⁸⁷

(iii) Também foi possível perceber que as ideias referentes à teoria e à prática do Direito Constitucional defendidas pelos teóricos do neoconstitucionalismo como traços identificadores dessa nova fase não encontram fundamento na ordem jurídico-constitucional brasileira, porquanto caracterizadas por simplismos e exageros que as distanciam da realidade jurídica.

A defesa da supremacia constitucional, nos termos propostos por Barroso, caracteriza-se por uma pressuposição teórica insustentável, na medida em que defende a necessidade da existência de uma Constituição hierarquicamente superior e rígida, bem como de um sistema de controle judicial de constitucionalidade, sugerindo que a presença de qualquer um desses dois elementos, simultaneamente ou não, já seria o bastante para a classificação de um Estado como Constitucional.

Vale registrar que o critério mais aceito para esta caracterização consiste na solidez do caráter rígido e supremo da Constituição, que não implica necessariamente monopólio judicial do controle das normas jurídicas. A ideia, aqui refutada, se baseia em duas premissas falsas: a) a de que o legislador, ainda que legitimamente representante do povo, invariavelmente ofende a Constituição, sendo necessária a atuação de um membro do Poder Judiciário para corrigir seus desvios; e b) a de que a

⁸⁶

Cf. Nota de rodapé 52.

⁸⁷

Dimitri Dimoulis, “Neoconstitucionalismo e moralismo jurídico”, p. 274.

ausência de um controle judicial direto sobre a constitucionalidade das leis permite que a Constituição seja violada impunemente.⁸⁸

Por outro lado, também a irrefletida alegação de que a expansão da jurisdição é necessária ao desenvolvimento institucional do Estado Constitucional, como fazem os neoconstitucionalistas, vai de encontro ao princípio da separação de poderes, independentes e harmônicos entre si, conforme dispõe o art. 2º da Constituição Federal⁸⁹. É inquestionável que a exclusividade de um órgão judicial para se manifestar sobre a constitucionalidade dos atos normativos, sendo titular da última palavra, pode gerar desequilíbrios institucionais, na medida em que retira dos demais poderes as atribuições que lhes foram originariamente reservadas pelo poder constituinte originário. Isso porque não cabe ao Poder Judiciário concentrar o poder de solucionar todas as questões de uma sociedade complexa e plural, composta por uma pluralidade de concepções de valores e inúmeras formas de realizá-los. Nesse contexto, é no Poder Legislativo que idealmente ocorre o debate democrático que torna legítima a escolha da solução do conflito a ele apresentado a ser seguida por toda a sociedade.

É importante registrar que não se está a dizer que o Poder Judiciário é desprovido de importância no arranjo institucional republicano. É evidente que a mera edição de uma norma não significa que sua aplicação esteja concluída. A interpretação e aplicação das normas é a etapa atribuída aos órgãos judicantes. O problema, então, reside na aceitação do incondicional “super-fortalecimento do Judiciário”.⁹⁰

A afirmação peremptória de que o direito constitucional requer “novos modelos interpretativos”, em decorrência da maior complexidade que a realidade social colocou diante das normas constitucionais é absolutamente contraditória, e, por isso, insustentável. O neoconstitucionalismo sustenta que o texto constitucional já não abarca mais todos os casos concretos possíveis, cabendo ao intérprete a utilização de outros tipos normativos e ferramentas interpretativas para solucionar os problemas, cujo maior exemplo é o recurso à técnica da ponderação.

⁸⁸

Cf. Capítulo 3. 3.1.2.

⁸⁹

“Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.”

⁹⁰

Cf. Capítulo 3. 3.2.2.

Em primeiro lugar, parece haver uma clara confusão entre dois conceitos elementares, no que se refere à interpretação constitucional: texto e norma. Em apertada síntese, esta é o produto da interpretação daquele, que nada mais é que um enunciado lingüístico – em geral, escrito. Outra diferenciação importante, também distorcida nas teses neoconstitucionalistas é a que se estabelece entre princípios e regras. A tese apresentada é fundada na premissa, largamente difundida no Brasil, de que os princípios seriam normas essencialmente superiores às regras. Disso decorre a distorção, consistente na ideia de que, ao aplicador, seria assegurada a possibilidade de recorrer a princípios constitucionais para justificar suas decisões, desde que pertinentes ao caso, universalizando a técnica da ponderação a todos os conflitos.

Todavia, se a atividade interpretativa revela uma regra, não cabe ao aplicador saltar para o plano dos princípios, que eventualmente lhe deram fundamento, para ponderar novamente e, então, proferir uma nova decisão eventualmente diversa do mandamento contido da regra. Nesse sentido, assumi premissa o fato de que a distinção entre princípio e regras é de ordem qualitativa, isto é, relativa à própria estrutura das normas, infirmando o critério do grau de fundamentalidade. De acordo com essa tese, regras expressam direitos ou deveres definitivos, sendo que o conflito entre elas é resolvido no plano da validade. Já os princípios, por outro lado, indicam direitos ou deveres *prima facie*, traduzidos na previsão de algo que deve ser realizado na maior medida possível, diante das possibilidades fáticas e jurídicas presentes. Apenas no caso de colisão entre princípios, deve ser feita uma ponderação, estabelecendo uma relação de precedência condicionada entre eles.⁹¹

A tese de Barroso não apresenta a distinção entre as funções desempenhadas pelos princípios e pelas regras no ordenamento brasileiro, na medida em que universaliza a aplicação dos princípios, daí se dizer em “hegemonia dos princípios”. Por isso, é de se concluir que a tese neoconstitucionalista apresenta duas falhas argumentativas: (i) a falha científica consiste na insustentabilidade da afirmação de que a Constituição é formada, quantitativamente, mais por princípios que regras; (ii) a falha metodológica diz respeito ao fato de que uma Constituição regulatória, como a brasileira, não exige, via de regra, que se recorra a outros métodos de interpretação que

91

Cf. Capítulo 3. 3.2.1.

não a mera subsunção silogística com eventual correspondência conceitual vinculada às finalidades constitucionais.⁹²

Ademais, a defesa da universalização da ponderação como método de interpretação e aplicação jurídica deve ser rechaçada em virtude das seguintes implicações a ela associadas: i) enseja a supressão ou infirmação dos níveis normativos hierarquicamente inferiores, gerando o chamado “anti-escalonamento” da ordem jurídica; ii) implica em ofensa ao princípio democrático e da separação de poderes, uma vez que tende a afastar a aplicação das regras democraticamente produzidas, com o fim de enaltecer a palavra judicial contra majoritária; iii) a ponderação irrefletida leva a um subjetivismo e à conseqüente eliminação do caráter heterolimitador do direito.⁹³

É de se enfatizar que a objeção aqui apresentada volta-se exclusivamente ao uso desarrazoado do método da ponderação. Em outras palavras, a ponderação pode se mostrar apropriada no caso da inexistência de uma regra aplicável ao caso, seja esta constitucional ou infraconstitucional. A solução para a colisão consiste no estabelecimento de uma relação de precedência condicionada entre os princípios, com base nas circunstâncias do caso concreto.

Isso não significa, todavia, que a ponderação implica em plena liberdade de decisão discricionária ao aplicador, sem qualquer fundamentação. É dizer, o recurso a esta técnica há de ser insubjetivamente controlável e adequada ao arranjo institucional estabelecido entre os Poderes na Constituição. Para isso que isso seja possível, apresentei duas propostas: i) a de Humberto Ávila, que consiste na observância de três etapas, em primeiro lugar, deve haver indicação expressa dos princípios colidentes no caso concreto; depois se procede à ponderação propriamente dita; enfim, e não menos importante, o aplicador deve fundamentar a decisão obtida, a partir da explicitação de alguns tópicos sugeridos pelo autor; ii) a de Virgílio Afonso da Silva, que tem como eixo a busca de dois objetivos claros, o controle intersubjetivo e a previsibilidade da decisão oriundo de uma ponderação. Nesse contexto, o autor sugere que a abordagem seja feita por três enfoques diferentes, o metodológico, o qual exige que as relações de preferência estabelecidas entre os princípios eventualmente colidentes devam ser bem

92

Cf. Capítulo 3. 3.2.2.

93

Cf. Capítulo 3. 3.2.3.

fundamentadas, o teórico, consistente na imposição ao aplicador de apresentar expressa e claramente os pontos de partida teóricos que foram escolhidos, e o institucional, que se desdobra na obrigatoriedade do respeito aos precedente e no controle social das decisões.⁹⁴

5. Bibliografia Citada

- Alexy, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais* (trad. Virgílio Afonso da Silva), São Paulo: Malheiros, 2008.
- Atienza, Manuel. *El Sentido del derecho*, Barcelona: Ariel, 2004: 309.
- Ávila, Humberto. “A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade”, *Revista de Direito Administrativo* 215 (1999): 167.
- Ávila, Humberto. “Neoconstitucionalismo: entre a ciência do direito e o direito da ciência.”, *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)* 17 (2009) <disponível em <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-17-JANEIRO-2009-HUMBERTO%20AVILA.pdf>, último acesso em 10.07.2011>.
- Bandeira de Mello, Celso Antonio. *Curso de Direito Administrativo*, 4. ed., São Paulo: Malheiros, 1993: 408.
- Barberis, Mauro. “Neoconstitucionalismo, democracia e imperialismo de la moral”, in: Miguel Carbonell (org.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid: Trotta, 2003: 259-278.
- Barroso, Luís Roberto. “Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)”, *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)* 9 (2007) <disponível em <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-9-MAR%20C7O-2007-LUIZ%20ROBERTO%20BARROSO.pdf>, último acesso em 10.07.2011>.
- Bastid, Paul. “Les discours de Sieyès dans les débats constitutionnels de l’an III (2 et 18 thermidor)”, Paris : Hachette, 1939.
- Cabral, José Bernardo. “Os 20 anos da Constituição Federal de 1988: avanços e retrocessos”, in Cláudio Pereira de Souza Neto, Daniel Sarmiento e Gustavo Binenbojm (orgs.), *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009: 3-10.
- Carbonell, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid: Trotta, 2003.
- Comanducci, Paolo. “Formas de (neo)constitucionalismo: um análisis metateórico”, in Miguel Carbonell (org.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid: Trotta, 2003: 75-98.
- Coutinho, Diogo Rosenthal. “A universalização do serviço público para o desenvolvimento como uma tarefa da regulação”, in: Calixto Salomão Filho. (org.), *Regulação e Desenvolvimento*, São Paulo: Malheiros, 2002: 78-79.
- Dallari, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*, São Paulo: Saraiva, 1994.
- Dimoulis, Dimitri. “Neoconstitucionalismo e moralismo jurídico”, in Daniel Sarmiento (org.), *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009: 213-226.

94

Cf. Capítulo 3. 3.2.4.

- Duarte, Écio Oto Ramos e Susana Pozzolo, *Neoconstitucionalismo e Positivismo Jurídico. As faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da Constituição*, São Paulo: Landy, 2006.
- Ferraz Júnior, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 5. ed., São Paulo: Atlas, 2007.
- Ferreira Filho, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 29. ed., São Paulo: Saraiva, 2002: 34.
- Garcia Figueroa, Alfonso. “Princípios e direitos fundamentais”, in: Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento (orgs.), *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007: 3-34.
- Guastini, Riccardo. “La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano, in Miguel Carbonell (org.), *“Neoconstitucionalismo(s)”*, Madrid: Trotta, 2003: 49-73.
- Hart, Herbert. *O conceito de direito (Pós-escrito)*. (tradução de A. Ribeiro Mendes). 5. ed., Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2007: 299-339.
- Komatsu, Marcos Paulo Salavracos. *O papel dos precedentes em casos de conflitos de direitos fundamentais*, São Paulo: monografia de conclusão de curso (Sociedade Brasileira de Direito Público), 2008, <disponível em http://www.sbdp.org.br/monografias_ver.php?idConteudo=124, último acesso em 10.09.2011>.
- Maia, Antonio Cavalcanti. “Nos vinte anos da carta cidadã: do pós-positivismo ao neoconstitucionalismo”, in Cláudio Pereira de Souza Neto, Daniel Sarmento e Gustavo Binenbojm (orgs.), *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009: 117-168.
- Moreira, Eduardo Ribeiro. *Neoconstitucionalismo: a invasão da Constituição*, São Paulo: Método, 2008.
- _____. “O momento do positivismo”, in Dimitri Dimoulis e Écio Oto Ramos Duarte (orgs.), *Teoria do direito neoconstitucional*, São Paulo: Método, 2008: 233-245.
- Müller, Friedrich. *Strukturierende Rechtstheorie*. 2. Aufl., Berlin: Duncker & Humblot, 1994 (1. Aufl., 1984).
- Perry, Michael. “Direitos humanos constitucionalmente institucionalizados e a Suprema Corte Americana: da deferência Thayeriana”, *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais* 2 (2007): 113-126
- Pietro Sanchís, Luís. *Justicia Constitucional y Derechos. Fundamentales*, Madrid: Trotta, 2003.
- _____. Luís. “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”, in Miguel Carbonell (org.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid: Trotta, 2003: 123-158.
- Sarmiento, Daniel. “O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades”, in: George Salomão Leite; Ingo Wolfgang Sarlet. (orgs.), *Direitos Fundamentais e Estado Constitucional - Estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho*, São Paulo; Coimbra: Editora Revista dos Tribunais; Coimbra Editora, 2009: 9-49.
- Schier, Paulo Ricardo. “Novos desafios à filtragem cosntitucional no momento do neoconstitucionalismo”, in: Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento (orgs.), *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007: 251-270.
- Silva, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 29. ed., São Paulo: Malheiros, 2007.

- Silva, Virgílio Afonso da. *A Constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*, São Paulo: Malheiros, 2005.
- _____. “Ponderação e objetividade na interpretação constitucional”, in: Ronaldo Porto Macedo Jr. & Catarina Helena Cortada Barbieri (orgs.), *Direito e interpretação: racionalidades e instituições*. São Paulo: Direito GV/Saraiva, 2011: 363-380.
- _____. “Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção”, *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais* 1.
- Streck, Lenio Luiz. “A crise paradigmática do direito no contexto da resistência positivista ao (neo)constitucionalismo”, in Cláudio Pereira de Souza Neto, Daniel Sarmiento e Gustavo Binenbojm (orgs.), *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009: 203-228.
- Tushnet, Mark. *Taking the constitutions away from the courts*, Princeton: Princeton University Press, 2000.
- Vale, André Rufino do. “Aspectos do neoconstitucionalismo”, *Revista Brasileira de Direito Constitucional* 9 (2007) <disponível em http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-09/RBDC-09-067-Andre_Rufino_do_Vale.pdf, último acesso em 10.07.2011>.
- Waldron, Jeremy. “The core of the case against Judicial Review”, *The Yale Law Journal* 115 (2006): 1346-1406.

Artigo recebido em 14 de agosto de 2012.

Artigo aceito para publicação em 17 de setembro de 2012.