



COORDENAÇÃO GERAL

Celso Fernandes Campilongo

Alvaro de Azevedo Gonzaga

André Luiz Freire

ENCICLOPÉDIA JURÍDICA DA PUCSP

TOMO 2

DIREITO ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL

2ª Edição

COORDENAÇÃO DO TOMO 2

Vidal Serrano Nunes Júnior

Maurício Zockun

Carolina Zancaner Zockun

André Luiz Freire

Editora PUCSP

São Paulo

2022

ENCICLOPÉDIA JURÍDICA DA PUCSP
DIREITO ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO

DIRETOR
Vidal Serrano Nunes Júnior
DIRETORA ADJUNTA
Julcira Maria de Mello Vianna
Lisboa

ENCICLOPÉDIA JURÍDICA DA PUCSP | ISBN 978-85-60453-35-1

<https://enciclopediajuridica.pucsp.br>

CONSELHO EDITORIAL

Celso Antônio Bandeira de Mello
Elizabeth Nazar Carrazza
Fábio Ulhoa Coelho
Fernando Menezes de Almeida
Guilherme Nucci
Luiz Alberto David Araújo
Luiz Edson Fachin
Marco Antonio Marques da Silva
Maria Helena Diniz
Nelson Nery Júnior

Oswaldo Duek Marques
Paulo de Barros Carvalho
Raffaele De Giorgi
Ronaldo Porto Macedo Júnior
Roque Antonio Carrazza
Rosa Maria de Andrade Nery
Rui da Cunha Martins
Tercio Sampaio Ferraz Junior
Teresa Celina de Arruda Alvim
Wagner Balera

TOMO DE DIREITO ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL | ISBN 978-85-60453-62-7

A Enciclopédia Jurídica é editada pela PUCSP

Enciclopédia Jurídica da PUCSP, tomo II (recurso eletrônico)

: direito administrativo e constitucional / coords. Vidal Serrano Nunes Júnior, Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire – 2. ed. – São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2022

Recurso eletrônico World Wide Web

Bibliografia.

O Projeto Enciclopédia Jurídica da PUCSP propõe a elaboração de doze tomos.

1. Direito - Enciclopédia. I. Campilongo, Celso Fernandes. II. Gonzaga, Alvaro. III. Freire, André Luiz. IV. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

NEOCONSTITUCIONALISMO

Ricardo Marcondes Martins

INTRODUÇÃO

O neoconstitucionalismo é, como o prefixo indica, uma nova leitura do constitucionalismo. O tema é, por várias razões, bastante controverso. Tanto o rótulo em si, como o significado a ele atribuído são assuntos polêmicos. Como será aqui explicado, o nome foi proposto para identificar um conjunto de teorias bastante heterogêneas, e o foi por autores contrários a elas. Quer dizer: a proposta da denominação partiu de uma crítica à teoria denominada. Ademais, boa parte dos autores das várias teorias associadas ao rótulo não o utilizou, de modo que o próprio “nome” tornou-se bastante problemático. Muitos que aceitam as premissas neoconstitucionais rejeitam a denominação “neoconstitucional”. As divergências não se restringem ao rótulo. Muitos teóricos consideram equivocadas as premissas teóricas a ele associadas, e outros as consideram um avanço definitivo da Ciência do Direito. Assim, pode-se dizer que há quem ame e há quem odeie as premissas neoconstitucionais; e dentre uns e outros há quem ame e quem odeie o rótulo “neoconstitucional”. Apesar de tudo, é inegável que a denominação se incorporou ao léxico da Ciência do Direito, de modo que é fundamental conhecer seu significado. Daí a proposta: pretende-se aqui, da forma mais didática possível, explicitar o significado do neoconstitucionalismo e apresentar um panorama das controvérsias que o envolvem. Não se pretende, porém, realizar um estudo meramente *descritivo*: como o autor não é jornalista, mas jurista, está além de sua capacidade descrever o debate sem se posicionar sobre ele.

SUMÁRIO

Introdução.....	2
1. Constitucionalismo.....	3
2. Neoconstitucionalismo: origem do rótulo.....	7
3. Neoconstitucionalismo: pertinência do rótulo	8

4.	Neoconstitucionalismo: conteúdo do rótulo.....	11
4.1.	Regras e princípios	16
4.2.	Subsunção e ponderação	19
4.3.	Direito e moral	23
5.	Críticas ao neoconstitucionalismo	26
	Referências	29

1. CONSTITUCIONALISMO

Para saber o que significa o “neoconstitucionalismo” faz-se necessário examinar, ainda que perfunctoriamente, o significado de “constitucionalismo”.¹ Nas palavras de José Joaquim Gomes Canotilho, trata-se de uma “técnica específica de limitação do poder”,² originada a partir de duas Revoluções, a Norte-americana e a Francesa. A independência dos Estados Unidos da América desembocou na Constituição Norte-americana de 28.09.1787, e a Revolução Francesa desembocou na Constituição Francesa de 03.09.1971. Os dois textos marcaram a origem do movimento político-jurídico denominado *constitucionalismo*.³

Do ponto de vista ideológico, ao contrário do que se costuma pensar, o movimento não partiu de razões laudatórias. Conforme bem revela o estudo de Issac Kramnick, a Constituição norte-americana – elaborada no Congresso de Filadélfia em 28.09.1787 e vigente a partir de 21.06.1788⁴ –, foi redigida em reação aos avanços da democracia nos Estados Unidos.⁵ Após a independência, a universalização do sufrágio e

¹ Sobre o tema, vide: MARTINS, Ricardo Marcondes. *Regulação administrativa à luz da constituição federal*, pp. 27-32.

² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*, p. 51.

³ Sobre a gênese do constitucionalismo a partir das duas referidas revoluções vide, por todos: BLANCO VALDÉS, Roberto L. *El valor de la constitución*.

⁴ O art. VII da Constituição Norte-americana dispõe que ela entrou em vigor quando foi ratificada pelo 7º Estado Norte-Americano, o que ocorreu com a ratificação de New Hampshire em 28.09.1787. Rhode Island foi o último dos então 13 Estados a ratificá-la, em 28.05.1790.

⁵ Cf. KRAMNICK, Isaac. Apresentação. *Os artigos federalistas*, pp. 1-86. Kramnick baseia suas conclusões na obra “O federalista”, fruto da reunião de 85 artigos publicados em quatro jornais – *Independent Journal*, *New York Packet*, *Daily Advertiser* e *New York Journal* – por James Madison, Alexander Hamilton e John Jay, em prol da ratificação da Constituição por Nova York. Os três assinaram os artigos com o pseudônimo “Publius”; sendo que o primeiro artigo foi publicado em 27.10.1787 e o último em 15.08.1788, ambos

a valorização do Legislativo culminaram em uma maior representação dos mais pobres no parlamento e, conseqüentemente, na aprovação de leis que interessavam à maioria, período denominado “política da liberdade”.⁶ A Constituição norte-americana – a criação de uma Federação, a adoção do presidencialismo, de um legislativo bicameral, composto por Câmara e Senado, dentre outras propostas –, foi uma direta reação a essa política. Como sustentou James Madison, o Legislativo deveria filtrar os anseios da sociedade – “teoria do filtro” – e não a espelhar – “teoria do espelho”.⁷

As reais razões explicam o fato de que os textos pioneiros não foram ricos em direitos fundamentais. A Constituição Norte-Americana foi antecedida pela Declaração dos Direitos do Bom Povo da Virgínia, de 12.06.1776, mas só em 1791 incorporou direitos em seu texto, com a ratificação de 10 Emendas. A Constituição Francesa foi antecedida pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26.08.1789, e reportou-se a ela em seu preâmbulo.

Independe das razões ideológicas subjacentes, do ponto de vista dogmático, ambas consagraram um modelo em que o poder estatal deve ser disciplinado por um conjunto de normas extraídas de um texto escrito, único, produzido em determinado momento histórico, por um órgão designado para tanto. O texto é chamado de *Constituição* e o órgão produtor de *Poder Constituinte*. Assim, a Constituição consubstancia-se em um e apenas um texto escrito: trata-se de uma *Constituição codificada*.⁸ É elaborada em um momento histórico certo, determinado, pontual, ainda que posteriormente revista ou modificada por emendas: trata-se de uma *Constituição dogmática*.⁹ As normas extraídas do texto constitucional possuem duas características

escritos por Hamilton. A obra tornou-se a principal referência sobre os institutos consagrados pela Constituição Norte-Americana, como o presidencialismo e a federação.

⁶ Cf. KRAMNICK, Isaac. Apresentação. *Os artigos federalistas*, pp. 06 e ss.

⁷ É o que consta do Federalista X. MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. *Os artigos federalistas*, p. 137.

⁸ A doutrina divide as Constituições escritas em *legais*, que se apresentam esparsas ou fragmentadas em vários textos escritos, e *codificadas*, contidas integralmente num só texto. Por todos: BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, pp. 87-88; TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*, pp. 61-63. O *constitucionalismo* consagra a Constituição codificada.

⁹ A doutrina divide, em relação à forma de elaboração, as Constituições em *dogmáticas* ou *sistemáticas*, elaboradas de um só jato por uma Assembleia Constituinte eleita pelo povo para elaborá-la (Constituições promulgadas, populares ou democráticas) ou pelo Chefe de Estado ou órgão por ele designado (Constituições outorgadas ou Cartas constitucionais). Sobre a classificação, por todos: MEIRELLES TEIXERA, José Horácio. *Curso de direito constitucional*, pp. 105-106; ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*, pp. 35-36; BONAVIDES, Paulo. *Op. cit.*, p. 89-90; TAVARES, André Ramos. *Op. cit.*, pp. 63-64. O *constitucionalismo* consagra a Constituição

fundamentais: são *supremas* – de modo que todas as normas anteriores que forem materialmente contrárias a elas são consideradas revogadas, e todas as normas posteriores, que forem formal ou materialmente contrárias a elas são consideradas inválidas¹⁰ – e *rígidas* – de modo que a sua alteração dá-se por um procedimento específico, mais complexo do que o previsto para alteração das leis. O *constitucionalismo*, então, consagra a *supremacia* e a *rigidez constitucionais*. O modelo consagra a Constituição Formal: todas as normas introduzidas no texto, independente de seu conteúdo, são consideradas constitucionais e, pois, dotadas de supremacia e rigidez. O art. 16 da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão impôs duas exceções: nega-se a existência de Constituição quando não assegurada a garantia de direitos ou não estabelecida a separação de poderes.

Pouquíssimos Estados não adotaram o modelo constitucionalista. Segundo Horst Dippel, apenas três: Reino Unido, Nova Zelândia e Israel.¹¹ A partir da análise do Direito dos refratários, foram propostos conceitos contrapostos ao modelo constitucionalista: *Constituição material*, em que as normas constitucionais são identificadas pelo conteúdo e não por estarem inseridas num texto específico; *Constituição parcialmente não escrita*, em que as normas são extraídas de fontes escritas, como tratados internacionais e leis do Parlamento, e não escritas, como os costumes; *Constituição histórica*, não elaborada em um momento específico, mas ao longo da história; e *Constituição flexível*, que pode ser alterada pelo mesmo processo previsto para a elaboração de leis. Em resumo: o modelo do *constitucionalismo* adota a Constituição escrita, codificada, dogmática, rígida, suprema e formal, em contraposição à Constituição parcialmente escrita, histórica, flexível e material.

O *neoconstitucionalismo* desenvolve-se a partir de um elemento-chave do modelo constitucionalista: a *supremacia constitucional*. A ideia foi pioneiramente apresentada por Alexander Hamilton: a Constituição é uma *Lei Fundamental*, superior a todas as demais normas.¹² A partir dessa premissa, Hamilton propõe a *judicial review*,

codificada ou sistemática, sendo indiferente, para o modelo, se o Poder Constituinte possui ou não legitimidade democrática.

¹⁰ Por todos: BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*, pp. 57-102.

¹¹ DIPPEL, Horst. *História do constitucionalismo moderno: novas perspectivas*, p. 1.

¹² Hamilton apresenta a teoria no “Federalista 78”. MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. *Os artigos federalistas*, pp. 480-481.

assentada num silogismo: se a Constituição é uma lei suprema, e cabe ao Judiciário interpretar as leis e resolver conflitos entre uma lei superior e outra inferior, cabe ao Judiciário invalidar as normas contrárias à Constituição. John Marshall acolheu essa teoria no voto proferido no caso *Marbury versus Madison*, em 1803, consagrando o chamado *modelo difuso* de controle de constitucionalidade, em que cada juiz é competente para invalidar uma norma contrária à Constituição.

Por influência de Hans Kelsen, vários Estados da Europa Ocidental adotaram o modelo de controle concentrado de constitucionalidade, em que a competência para invalidação de uma norma contrária à Constituição é atribuída a um único órgão jurisdicional. Ao lado desses dois modelos fundamentais – o *difuso* e o *concentrado* – surgiram outros, como o modelo político-preventivo, vigente na França, e modelos mistos, que incorporam o controle difuso e técnicas de controle concentrado, como o sistema brasileiro.¹³ Independentemente do modelo adotado, o constitucionalismo foi, com o tempo, sofrendo uma *inversão de valores*: se, de início, foi erigido em oposição à política da liberdade, os textos constitucionais passaram, principalmente após a Segunda Guerra Mundial, a apresentar um extenso rol de garantias e direitos fundamentais, e tornaram-se um importante instrumento contra o uso abusivo do poder estatal. Hoje, muitas Constituições consagram não apenas direitos individuais e políticos, mas também direitos sociais, o que lhes dá um caráter dirigente. Tornaram-se não apenas uma garantia do povo contra o uso abusivo do poder, mas também uma garantia contra o não exercício do poder, um instrumento impeditivo de retrocessos e garantidor de avanços, um obstáculo contra o uso descomedido do poder estatal e um direcionamento ao uso comedido. Reconheceu-se ao órgão de controle jurisdicional – juízes em geral, no controle difuso, ou o Tribunal Constitucional, no controle concentrado – não apenas a competência para invalidar os atos contrários à Constituição, mas também para invalidar a *omissão estatal*, o não cumprimento do programa constitucional. É nesse contexto que surge o *neoconstitucionalismo*.¹⁴

¹³ O modelo concentrado foi difundido a partir da clássica obra de KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. Para um ótimo panorama sobre os vários sistemas de controle de constitucionalidade, vide, por todos: CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*.

¹⁴ Cf. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Juízo de ponderação na jurisdição constitucional*, pp. 11-56.

2. NEOCONSTITUCIONALISMO: ORIGEM DO RÓTULO

O termo “neoconstitucionalismo” foi proposto pela *Escola de Gênova*, mas se consagrou graças a constitucionalistas espanhóis e latino-americanos. Susanna Pozzolo utilizou-se do rótulo, pela primeira vez, na conferência ministrada no XVIII Congresso Mundial de Filosofia Jurídica e Social, em 1997, na cidade de Buenos Aires, para referir-se a um “grupo de iusfilósofos que comparten un peculiar modo de acercarse al derecho”, em particular, “Ronald Dworkin, Robert Alexy, Gustavo Zagrebelsky e Carlos Santiago Nino”.¹⁵ Enunciada a palavra, Mauro Barberis se considera o primeiro a propor-lhe um *conceito*: trata-se, segundo ele, de uma teoria do direito intermediária ao jusnaturalismo e ao positivismo jurídico, segundo a qual haveria uma conexão necessária entre o direito e a moral no Estado Constitucional.¹⁶ Posteriormente, Barberis critica sua própria proposta, considerando-a defeituosa em dois sentidos: somente Alexy e Nino falam expressamente da conexão necessária; e ambos não a restringem ao Estado Constitucional.¹⁷ Conclui, então, que o rótulo é uma “etiqueta para indicar teses com nomes diferentes sustentadas por autores diversos”.¹⁸

Segundo Barberis, Paolo Comanducci foi quem efetuou a primeira problematização do tema.¹⁹ A partir da classificação proposta por Norberto Bobbio para o positivismo,²⁰ Comanducci classifica o neoconstitucionalismo em: a) *teórico*, caracterizado por uma “Constituição invasora”, em que há um catálogo de direitos fundamentais do qual se extraem regras e princípios, submetidos a uma peculiar

¹⁵ POZZOLO, Susanna. Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional. *Doxa*, vol. 21, nº II, p. 339.

¹⁶ BARBERIS, Mauro. Neoconstitucionalismo. *Revista brasileira de direito constitucional*, vol. 01, nº 7, pp. 19. Nesse texto, o autor informa que propôs o conceito em seu *Filosofia del diritto: un'introduzione storica*, publicado em 2000.

¹⁷ BARBERIS, Mauro. Existe il neoconstituzionalismo? *Analisi e diritto*, pp. 17.

¹⁸ *Idem*, p. 18.

¹⁹ *Idem*, p. 12, rodapé 2. Segundo Barberis, a problematização foi pioneiramente publicada por Comanducci em 2007, in *Constitución y teoría del derecho*, nº pp. 74. Para uma versão mais recente: COMANDUCCI, Paolo. *Democracia, derechos e interpretación jurídica: ensayos de teoría analítica del derecho*, pp. 245-261.

²⁰ Segundo Bobbio, o positivismo jurídico como “modo de aproximar-se do direito” caracteriza-se pela distinção clara entre o direito real e o direito ideal, o direito como é e o direito como deve ser e considera que a preocupação do jurista deve recair sobre o primeiro e não sobre o segundo; o positivismo como “teoria do direito” consiste numa concepção peculiar do direito em que ele é associado a um poder soberano capaz de exercer coação, referindo-se a uma concepção estatalista do direito; o positivismo como “ideologia” atribui um valor positivo ao direito existente e considera que a lei deve ser cumprida porque é a lei. Cf. BOBBIO, Norberto. *Jusnaturalismo e positivismo jurídico*, pp. 127-154.

interpretação e aplicação, tendo em vista a interpretação e aplicação das leis; b) *ideológico*, caracterizado pela assunção da garantia dos direitos fundamentais como objetivo principal, sendo que a obediência ao Direito só é justificada na medida em que concretiza os valores associados aos referidos direitos, colocando em segundo plano o objetivo, próprio do constitucionalismo, de limitação do poder; e c) *metodológico*, caracterizado pela conexão necessária entre o Direito e a moral.²¹

Susanna Pozzolo, Mauro Barberis e Paolo Comanducci, representantes da escola genovesa, e responsáveis, respectivamente, pela apresentação do rótulo, pela propositura do conceito e pela problematização do tema, são severos críticos das teorias associadas ao *neoconstitucionalismo*. Para os três, porém, a denominação possui sentido e utilidade científica. Ao revés, para Riccardo Guastini, outro ilustre representante da escola genovesa, o conceito não possui préstimo científico.²² Sem desprestigiá-lo, discorda-se. O próprio Guastini, aliás, associa duas teses ao conceito: a) a conexão necessária entre direito e moral; b) a aplicação do direito pela ponderação.²³ A segunda tese pressupõe uma terceira: c) a diferenciação qualitativa entre regras e princípios. Segundo Barberis, a maior parte das teses neoconstitucionalistas “não é somente errada, mas desastrosamente errada”,²⁴ opinião que, em linhas gerais, é compartilhada pelos demais. Antes de examinar as três teses, é mister enfrentar a crítica apresentada ao próprio rótulo.

3. NEOCONSTITUCIONALISMO: PERTINÊNCIA DO RÓTULO

A denominação “neoconstitucionalismo” seria, segundo alguns, inapropriada, independentemente do acerto ou desacerto das premissas teóricas a ele associadas. Dois principais argumentos são apresentados. Pelo primeiro, o termo evocaria teorias díspares, não suscetíveis de serem inseridas numa classe comum, de modo que sua *denotação* seria

²¹ Cf. COMANDUCCI, Paolo. *Democracia, derechos e interpretación jurídica: ensayos de teoría analítica del derecho*, pp. 249-257.

²² Nas palavras dele: “tenho a impressão, pelo contrário, de que o neoconstitucionalismo consiste em um acúmulo (de confins indeterminados) de posturas axiológicas e de teses normativas, entre as quais é difícil identificar alguma tese propriamente teórica suscetível de discussão”. (GUASTINI, Riccardo. *Otras distinciones*, p. 149).

²³ GUASTINI, Riccardo. *Op. cit.*, p. 155.

²⁴ BARBERIS, Mauro. Neoconstitucionalismo. *Revista brasileira de direito constitucional*, vol. 01, nº 7, p. 24.

incompatível com sua *conotação*.²⁵ Todo conceito é uma *classe* e, como tal, serve para identificar um número “n” de objetos; os objetos pertencentes à classe são sua denotação ou sua extensão e o critério para inserção na classe é sua conotação ou sua intensão. O “neoconstitucionalismo” evoca, segundo alguns, elementos não suscetíveis de serem reunidos num critério comum ou, noutras palavras, a conotação atribuída não serve para identificar a respectiva denotação. Quer dizer: as teorias supostamente abrangidas pelo rótulo seriam tão heterogêneas, tão incompatíveis entre si, que não teriam pontos em comum suficientes para serem reunidas.

A segunda crítica é que o rótulo referir-se-ia à fase atual do constitucionalismo, mas, como a história não cessa, e o constitucionalismo está fadado a evoluir, é inexorável que ele passe por outras fases. Ao qualificar como “nova” a fase atual, segundo alguns, a palavra entra em conflito com as fases futuras. Estas também serão novas, mas não poderão ser associadas à fase anterior. Como não é viável a repetição do prefixo (neo(neo)... neoconstitucionalismo), o nome é considerado inapropriado. É o que afirma, dentre outros, José Afonso da Silva: “o prefixo ‘neo’, que pretende sinalizar para o novo, não raro retrocede para o velho e superado”.²⁶ O aclamado constitucionalista brasileiro, considera, por isso, mais apropriado falar de “*fase atual do constitucionalismo*”, pois sendo ele histórico, e não estático, ou seja, um verdadeiro “processo enriquecedor”, a fase subsequente não importa na superação da fase anterior.²⁷

Essa problemática, enfatiza-se, é autônoma em relação ao acerto ou desacerto das teses neoconstitucionais. É perfeitamente possível defender o acerto da teoria de Alexy ou de Dworkin, por exemplo, sem aceitar a possibilidade de abarcá-las num mesmo grupo. Feita a ressalva, pontua-se: os dois argumentos apresentados não são suficientes para deslegitimar o uso do rótulo. Pela ordem: praticamente todas as teorias abarcadas por certo movimento possuem especificidades que as particularizam. Um bom exemplo são os movimentos literários: a teoria literária qualifica certos autores como românticos, outros como realistas, outros como simbolistas, outros como modernistas etc.; o exame atento da obra de cada autor revela particularidades que o afasta do respectivo

²⁵ Sobre os conceitos de conotação e denotação vide, por todos: COPI, Irving M. *Introdução à lógica*, p. 119; ALVES, Alaôr Caffé. *Lógica: pensamento formal e argumentação*, pp. 84-88.

²⁶ SILVA, José Afonso. *Teoria do conhecimento constitucional*, p. 72.

²⁷ *Idem*, p. 74.

movimento. O que se exige é a presença de certos traços comuns, indicativos de que um autor se aproxima em maior ou menor medida de certo movimento e, a partir disso, sua qualificação dá-se tendencialmente, paradigmaticamente. Esse traço, conforme bem observa Barberis, é próprio de todos os termos similares formados por “ismo”: há uma “vagueza combinatória” que permite apenas “definições por casos paradigmáticos”.²⁸ Dito isso, se, por um lado, é absolutamente inegável que todas as teorias qualificadas como neoconstitucionais possuem particularidades significativas, por outro, também é certo que elas se aproximam em maior ou menor medida do paradigma “neoconstitucional”.²⁹ O que o rótulo “neoconstitucionalismo” identifica é um paradigma, um modelo: quanto mais uma teoria se aproximar do modelo, mais adequada será sua qualificação. Os traços essenciais desse modelo serão examinados adiante.

Antes, porém, resta enfrentar o segundo argumento. Conforme bem assentado por Ferdinand Saussure, a associação do signo a seu significado é arbitrária, e sua manutenção é ditada, não em decorrência de uma suposta verdade ou essência, mas tão somente pela *tradição*: muitas pessoas durante muito tempo passaram a utilizar a palavra para se referir a determinado objeto.³⁰ Disto isso, o que importa, para aceitação de um termo científico, é se ele possui *utilidade científica* e se houve *consagração* na comunicação científica. Se ele é inútil ou até mesmo impertinente, há fortes razões para contrariar a tradição, a reiteração do uso. Como antecipado, a palavra refere-se a um modelo, a um paradigma, e a identificação por meio de um rótulo de tudo que se aproxima desse modelo possui inequívoca utilidade científica. Pode-se até discordar da veracidade das teses a ele associadas, mas é difícil negar a utilidade de sua identificação. Havendo pertinência científica, inexistente motivo para contrariar a tradição e é fato inconteste: o rótulo “neoconstitucionalismo” já se consagrou na terminologia da Ciência do Direito.

Resta examinar a suposta inconveniência na identificação de novas fases do constitucionalismo e a impossibilidade de também as qualificar como “novas”. Esse inconveniente nunca foi um problema na Ciência. Retoma-se o exemplo da teoria literária: qualifica-se certo movimento literário como “modernismo”, rótulo já

²⁸ BARBERIS, Mauro. Neoconstitucionalismo. *Revista brasileira de direito constitucional*, vol. 01, n° 7, pp. 16-17.

²⁹ Os termos formados pelo sufixo “ismo” configuram *tipo ideais*. Sobre o conceito de “tipo ideal” vide, por todos: WEBER, Max. *Economia e sociedade*, vol. 1, pp. 12-13

³⁰ SAUSSURE, Ferdinand. *Curso de linguística geral*, pp. 81-84 e 88.

consagrado na teoria literária;³¹ ninguém nunca supôs que com esse movimento cessou a história da literatura. Outros movimentos subsequentes serão, por óbvio, mais modernos que o “modernismo”, fato que em nada prejudica o uso e a compreensão do termo. Da mesma forma que seria ridículo pretender suprimir a denominação “modernismo” dos movimentos literários sob o argumento de que o referido movimento não pôs fim à história da literatura e, pois, não impediu que haja uma fase mais moderna do que a que se convencionou chamar de “modernismo”, é estapafúrdio negar o “neoconstitucionalismo” sob o argumento de que ele não impede a evolução do constitucionalismo.

4. NEOCONSTITUCIONALISMO: CONTEÚDO DO RÓTULO

Enfrentada a primeira polêmica – a pertinência científica do próprio rótulo – passa-se à segunda: seu significado. Das exposições de Barberis e de Guastini, aqui referidas, extraem-se os traços essenciais do *paradigma neoconstitucional*. Antes de examiná-los, é pertinente uma referência histórica. O neoconstitucionalismo consiste numa reação ao *positivismo*. Segundo este, o Direito restringe-se ao que está *positivado*, vale dizer, ao que foi estabelecido pelo *agente competente*. Dentre os positivistas, destacam-se dois paradigmáticos: Hans Kelsen e Herbert Lionel Adolphus Hart.³² Para ambos, há uma separação entre o ser e o dever-ser e entre o Direito e a Moral. A teoria de Hans Kelsen pode ser assim resumida: o Direito corresponde às normas jurídicas válidas e a validade decorre da compatibilidade com a norma superior, sendo que a norma constitucional, no ápice da pirâmide normativa, tem sua validade decorrente da norma fundamental, cuja validade é pressuposta em decorrência de sua efetividade.³³ Para Hart

³¹ Sobre o modernismo, afirma com absoluta propriedade Alfredo Bosi: “O que a crítica nacional chama de *Modernismo* está condicionado por um *acontecimento*, isto é, por algo datado, público e clamoroso, que se impôs à atenção de nossa inteligência como um divisor de águas: a Semana de Arte Moderna, realizada em fevereiro de 1922, na cidade de São Paulo. Como os promotores da *Semana* traziam, de fato, ideias estéticas originais em relação às nossas últimas correntes literárias, já em agonia, o Parnasianismo e o Simbolismo, pareceu aos historiadores da cultura brasileira que *modernista* fosse adjetivo bastante para definir o estilo dos novos, e *Modernismo* tudo que se viesse a escrever sob o signo de 22”. (BOSI, Alfredo. *História concisa da literatura brasileira*, p. 323).

³² Cujas principais obras são, respectivamente: *Teoria pura do direito*; *O conceito de direito*.

³³ Para Kelsen, o “mínimo de eficácia social”, no sentido do reconhecimento do caráter normativo pela comunidade, é um pressuposto da validade não apenas da norma fundamental, mas de toda norma jurídica (*Teoria pura do direito*, pp. 30 e 297).

o Direito corresponde a normas primárias e secundárias, sendo que as últimas se dividem em: a) regras de reconhecimento, segundo as quais é possível reconhecer quais são as regras jurídicas; b) de alteração, segundo as quais é possível alterar as regras jurídicas; c) de julgamento, segundo as quais é possível resolver controvérsias sobre a existência e sobre os conflitos entre as regras jurídicas. A validade das regras de reconhecimento, de modo similar à validade da norma fundamental kelseniana, também é ditada pela efetividade. O mundo jurídico, do *dever-ser*, tem apenas contato com o mundo do *ser* na efetividade exigida para a validade da norma fundamental e da norma de reconhecimento. Para Kelsen, questões morais só serão juridicamente relevantes se incorporadas nas normas ditadas pelos agentes competentes. Para Hart, é possível – e não necessário – que dentre as normas de reconhecimento haja uma que vincule as normas jurídicas às morais. Para ambos, enfim, não há vinculação necessária entre Direito e Moral.

O neoconstitucionalismo voltou-se principalmente contra a *teoria hermenêutica* própria do positivismo jurídico. Kelsen apresenta sua teoria hermenêutica no Capítulo VIII da “Teoria Pura do Direito”, podendo ser assim resumida: toda norma jurídica é uma “moldura” dentro da qual cabem diversas interpretações; a escolha de qual interpretação deve prevalecer não é ditada pela Ciência do Direito, é uma decisão política. Assim, quando um juiz diz qual é a interpretação a ser dada a uma norma, ele profere uma decisão política. Inexiste, pois, “interpretação correta”: a interpretação prevalente é sempre fruto de uma escolha volitiva do agente competente.³⁴ Hart apresenta sua teoria hermenêutica no Capítulo VII de seu “O Conceito de Direito” e é menos radical: é inerente à linguagem uma “textura aberta”, sendo, por isso, possível diferenciar “casos claros”, em que os conceitos estão inequivocamente presentes, e “casos obscuros”, em que a presença ou ausência do conceito é controversa; diante disso, conclui, quanto maior for a controvérsia, maior será a “discrecionalidade” do julgador. Noutras palavras, para Hart, em decorrência da textura aberta da linguagem jurídica, muitas questões interpretativas não possuem uma interpretação correta, a decisão sobre a interpretação é ditada pela vontade do magistrado. Em síntese: para Kelsen a interpretação é sempre um ato político, para Hart a interpretação dos casos obscuros é um ato político e a dos casos simples um ato

³⁴ A teoria kelseniana da interpretação e aplicação do direito é magistralmente resumida por COELHO, Fábio Ulhoa. Do desafio kelseniano à ruptura anticientificista. OLIVEIRA, Júlio Aguiar de; TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes. *Hans Kelsen: teoria jurídica e política*, pp. 235-252.

cognitivo. Ambos, porém, dão ao magistrado um amplo “poder discricionário”, entendido como um espaço de decisão alicerçado numa escolha volitiva do julgador e não na compreensão das normas vigentes, num ato, enfim, volitivo e não cognitivo. Ambos admitem a possibilidade da imputação arbitrária, quer dizer, que a consequência normativa se assente apenas e tão somente na “vontade” do agente competente.

Ronald Dworkin propôs, no segundo capítulo de sua obra “Levando o Direito a Sério”, uma teoria contraposta à doutrina de Hart.³⁵ Afirmou, primeiro, que as normas jurídicas não são identificadas pelo seu *pedigree*, ou seja, a partir de uma regra de reconhecimento. Segundo, negou que o magistrado, no exercício da função jurisdicional, atue discricionariamente e escolha, por sua vontade, a interpretação a ser acolhida. Terceiro, negou que o direito seja formado apenas por regras, em que uma consequência é imputada a uma hipótese e aplicadas por subsunção. Propôs, então, uma diferenciação que representou verdadeiro divisor de águas na história do direito: as normas dividem-se em *regras*, aplicáveis por subsunção, e *princípios*, “razões para decisões”, que, ao contrário das regras, possuem diferentes pesos. Segundo ele, diferentemente das regras, que ou são aplicadas, porque vigentes e válidas, ou não aplicadas, porque revogadas ou inválidas, os princípios devem ser sopesados à luz do caso concreto.

A partir da teoria de Dworkin, Robert Alexy desenvolveu sua aclamada “Teoria dos Direitos Fundamentais”, diferenciando, no capítulo terceiro, as regras, determinações no âmbito das circunstâncias fáticas e jurídicas, aplicáveis por subsunção, dos princípios, mandados de otimização realizáveis de acordo com as circunstâncias fáticas ou jurídicas, aplicáveis por ponderação.³⁶ Alexy elucidou o caráter obscuro da “regra do tudo ou nada” proposta por Dworkin, segundo a qual ou os critérios de aplicação de uma regra estão presentes e ela deve ser aplicada (tudo) ou não estão e ela não deve ser aplicada (nada).³⁷ Como bem observa o aclamado constitucionalista alemão, como toda regra concretiza um princípio, a colisão deste com um princípio oposto pode exigir a enunciação de uma

³⁵ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, pp. 23-72.

³⁶ ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*, pp. 81 e ss.; *Teoria dos direitos fundamentais*, pp. 85 e ss. Enquanto Valdés prefere, ao traduzir o substantivo alemão *Abwägung*, “ponderação”, Virgílio prefere “sopesamento”. A palavra “ponderação” obteve consagração muito maior no repertório da Teoria do Direito, daí a preferência a ela neste estudo. É também a opção dos dicionários. Por todos: PORTO EDITORA. *Dicionário alemão-português*, p. 42.

³⁷ DWORKIN, Ronald. *Op. cit.*, p. 39.

exceção implícita à respectiva regra.³⁸ Nas palavras de Alexy: “sempre é possível que o caso dê ensejo à inclusão de uma nova exceção na forma de uma característica negativa no antecedente da regra”.³⁹ As discussões sobre a regra do “tudo ou nada” são apenas um exemplo do quanto a teoria dos princípios de Dworkin e de Alexy é envolta em controvérsias. Em praticamente nenhum aspecto a teoria obteve consenso. Sem embargo, é certo que o modelo “neoconstitucional” nasceu das propostas teóricas desses dois juristas. Todos que adotam o rótulo aceitam que, dentre os *neoconstitucionalistas*, encontram-se, paradigmaticamente, Dworkin e Alexy.

Tanto Dworkin como Alexy desenvolveram suas teorias após a Segunda Guerra Mundial. Enquanto Dworkin teve por norte a jurisprudência da Suprema Corte norte-americana, Alexy teve por base a jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão. O impacto que a teoria de Alexy, inspirada em Dworkin, teve na Alemanha e, a partir dela, na Europa Continental deve-se, sem dúvida alguma, às discussões motivadas pelo Estado Nazista. Em resumo, para o positivismo, teoria prevalente até então, a imputação normativa, regra geral, fundamentava-se em critérios formais e, dentre eles, principalmente, na vontade do agente competente. A decisão deste, estabelecida em abstrato, sem atenção para as particularidades do caso concreto, deveria prevalecer. O Estado Nazista foi um Estado Legal: as leis raciais foram formalmente aprovadas no Parlamento de Nuremberg – daí serem chamadas de leis de Nuremberg – foram consideradas válidas por boa parte da doutrina e, em várias oportunidades, pela jurisprudência alemã.⁴⁰ Com a derrocada do Nazismo, vários nazistas foram levados a julgamento e, em defesa, argumentaram terem se limitado a cumprir a lei, formalmente aprovada e aceita pela doutrina e jurisprudência da época.⁴¹ A comunidade jurídica passou, então, a não tolerar a fundamentação da imputação normativa apenas e tão somente na vontade do agente competente. Theodor Viehweg, em sua *Tópica e Jurisprudência*, cuja primeira edição data de 1953,⁴² defendeu o equívoco de se pensar a aplicação do direito pela *subsunção*, a partir do estabelecido no plano abstrato, sem

³⁸ ALEXY, Robert. Sobre o conceito de princípio jurídico. *Teoria discursiva do direito*, pp. 163-198.

³⁹ *Idem*, p. 175.

⁴⁰ É o que revela, por todos: RIGAUX, François. *A lei dos juízes*, pp. 107-130.

⁴¹ Um caso paradigmático é o de Eichmann, retratado por ARENDT, Hannah. *Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal*.

⁴² VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos*.

consideração das particularidades do caso. O Direito seria aplicado pelo método dialético, nos termos apresentados por Aristóteles, em seu *Tópicos*, obra que compõe o *Organon*.⁴³ O Direito, propõe Viehweg, seria aplicado mediante uma contraposição de pontos de vista (topois, por isso “tópica”), tendo como ponto de partida o problema, ou seja, o caso concreto.⁴⁴ Josef Esser, em obra originariamente publicada em 1956, afirmou que o Direito é formado por princípios enunciados pelos magistrados a partir dos casos concretos submetidos à sua análise.⁴⁵ Viehweg e Esser são os precursores das bases do modelo neoconstitucional.

A tópica de Viehweg, apesar de ser um verdadeiro marco na Ciência do Direito, foi considerada incompatível com a segurança jurídica, valor fundamental de todo sistema jurídico. Viehweg atentou para o problema da incerteza e diferenciou a *tópica de primeiro grau*, decorrente dos pontos de vista associados ao caso concreto, da *tópica de segundo grau*, decorrente dos pontos de vista previamente estabelecidos no plano abstrato.⁴⁶ Ainda assim, ao reduzir a lei a mero topoi, a tópica foi considerada incompatível com um nível de segurança mínimo exigido para a aplicação do Direito. Apesar de recusar a tópica, a comunidade jurídica não tinha mais como retornar ao positivismo. A aplicação proposta por Kelsen, como já explicado, resulta numa insegurança muitíssimo maior. Daí a elaboração dos chamados *métodos concretistas*, em que a solução jurídica é apresentada a partir da análise do caso concreto, sem, contudo, reduzir a lei a mero ponto de vista. Todos os métodos concretistas consideram o texto normativo o ponto de partida e o limite da interpretação.⁴⁷

Na doutrina alemã surgiram diversos métodos concretistas, destacando-se quatro. Friedrich Müller propôs a *metódica estruturante*, segundo a qual a norma jurídica seria integrada pelo programa normativo, definido pelo significado atribuído ao texto normativo a partir dos métodos clássicos de interpretação, e o âmbito normativo, decorrente da interferência dos aspectos da realidade sobre a compreensão do significado

⁴³ ARISTÓTELES. *Órganon*, pp. 347 e ss.

⁴⁴ VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos*, p. 33 e ss.

⁴⁵ ESSER, Josef. *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*, pp. 169-179.

⁴⁶ VIEHWEG, Theodor. *Op. cit.*, pp. 36-37.

⁴⁷ Por todos: HESSE, Konrad. *Temas fundamentais do direito constitucional*, pp. 117.

da norma.⁴⁸ Inspirado em Müller, Konrad Hesse propôs a *concretização constitucional*, em que as normas semanticamente abertas seriam concretizadas por normas semanticamente fechadas, num processo de concretização.⁴⁹ Peter Häberle propôs a *abertura constitucional*, em que a interpretação seria ditada por todos os partícipes da sociedade.⁵⁰ O *método da ponderação*, desenvolvido por Alexy, também é um método concretista e é o mais associado ao modelo neoconstitucional. Há uma razão de ser para o sucesso de sua proposta em relação às demais: trata-se, dentre as teorias concretistas, da mais compatível com uma concepção normativista do Direito. Alexy observa, ao criticar a teoria de Müller, que a realidade condiciona, sim, a interpretação da norma, mas não se confunde com ela.⁵¹

Apresentado esse breve panorama histórico, é possível examinar as principais características do neoconstitucionalismo. Nos termos antecipados, três teses são associadas a ele: a) a divisão entre regras e princípios; b) a aplicação do direito por ponderação; e c) e a vinculação necessária entre direito e moral. Há uma relação conceitual entre elas, ainda que seja possível a defesa das duas primeiras sem a assunção da terceira.

4.1. Regras e princípios

O modelo neoconstitucional apoia-se num conceito específico de princípio jurídico. Antes do neoconstitucionalismo, a palavra “princípio” já era utilizada na Ciência do Direito, mas com outros significados. Para fins didáticos, podem-se identificar três

⁴⁸ Para um resumo da teoria, vide: MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. Para uma introdução mais aprofundada, vide: MÜLLER, Friedrich. *O novo paradigma do direito: introdução à teoria metódica estruturante do direito*. A teoria é apresentada de forma completa e mais aprofundada em: MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*, vol. I; *Metódica jurídica e sistema político: elementos de teoria constitucional II*.

⁴⁹ HESSE, Konrad. *Temas fundamentais do direito constitucional*, pp. 108 e ss. A teoria é explicada de modo bem didático por CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*, pp. 1137-1139. Alicerça-se na teoria do círculo hermenêutico, pioneiramente desenvolvida por SCHLEIERMACHER, Friedrich D. E. *Hermenêutica: arte e técnica da interpretação*, p. 47. E estendida ao Direito por LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*, pp. 285-293, 452, 621 e ss. O sistema interno é obtido, na expressão de Canotilho, a partir de Larenz, mediante um *processo bi-unívoco de esclarecimento recíproco* (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Op. cit.*, p. 1139).

⁵⁰ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição*.

⁵¹ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, pp. 80-84.

fases.⁵² Na primeira, hoje superada, a palavra era utilizada no Direito a partir do significado que possui na linguagem comum ou natural: princípio é origem, início, e, por extensão, as matérias que devem ser estudadas por quem inicia os estudos de uma disciplina jurídica.⁵³ Na segunda, a palavra passa a ter significado técnico: refere-se aos elementos do sistema normativo que fazem com que o conjunto de normas seja um verdadeiro sistema, um ordenamento.⁵⁴ São juízos aglutinadores das normas, elementos racionalizadores do conjunto normativo, verdadeiros alicerces, vigas-mestras do respectivo regime jurídico. Na terceira fase, decorrente das já referidas obras de Dworkin e Alexy, a palavra passa a ser utilizada para identificar um tipo de norma, em contraposição às regras jurídicas. Como não houve a superação da segunda fase, a palavra tornou-se ambígua, é correntemente utilizada tanto no segundo significado como no terceiro. O modelo neoconstitucional não exige a negação da segunda fase, mas pressupõe a consolidação da terceira. Em suma: na perspectiva neoconstitucional, o sistema normativo é formado por dois tipos de normas, as regras e os princípios.

Podem-se diferenciar, entre aqueles que aceitam a classificação, duas concepções: os que defendem uma *distinção fraca* e os que defendem uma *distinção forte*.⁵⁵ Robert Alexy defende uma distinção forte entre regras e princípios: a distinção não é gradual, mas *qualitativa*, ou uma norma é uma regra ou uma norma é um princípio.⁵⁶ A distinção fraca ou débil é apenas quantitativa ou de grau, no sentido de que as todas as normas, em maior ou menor medida, possuem características de regra ou de princípio, a depender da interpretação dada ao respectivo enunciado normativo.⁵⁷ É a posição, por exemplo, de Luis Pietro Sanchís, segundo a qual a distinção nem se apoia na estrutura ou

⁵² Sobre as três fases vide: MARTINS, Ricardo Marcondes. *Abuso de direito e a constitucionalização do direito privado*, p. 21; Teoria dos princípios formais. *Revista colonistas de direito do estado*. Genaro Carrió discrimina onze significados para a expressão “princípio jurídico” (*Notas sobre derecho y lenguaje*, pp. 209-212). A divisão de três fases consiste numa evidente simplificação, para fins didáticos.

⁵³ Daí o nome de obras célebres da doutrina brasileira, como, por exemplo: BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios gerais de direito administrativo*, vol 1; CIRNE LIMA, Ruy. *Princípios de direito administrativo*.

⁵⁴ A segunda fase foi difundida no Brasil por Celso Antônio Bandeira de Mello (Criação de secretarias municipais: inconstitucionalidade do art. 43 da Lei Orgânica dos Municípios do Estado de São Paulo. *Revista de direito público*, vol. 15, pp. 284-288; *Curso de direito administrativo*, p. 54) e por Geraldo Ataliba (*Sistema constitucional tributário brasileiro*, pp. 4-21).

⁵⁵ Sobre as duas posições: PINO, Giorgio. *Derechos e interpretación: el razonamiento jurídico en el Estado constitucional*, pp. 106 e ss.

⁵⁶ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 90.

⁵⁷ *Idem*, p. 109.

morfologia da norma, nem na existência de *pedigree* ou, em outras palavras, na possibilidade ou impossibilidade de identificação a partir de uma regra de reconhecimento, mas, sim, na função desempenhada.⁵⁸ É a posição, dentre tantos outros, de Paolo Comanducci, para quem a qualificação de uma norma como regra ou como princípio dá-se também em termos funcionais.⁵⁹ Na doutrina brasileira, Humberto Ávila defende uma posição fraca, que denomina de “dissociação heurística”, baseada não em critérios conclusivos, mas em “modelos ou hipóteses de trabalho”, de modo que um mesmo dispositivo pode ser utilizado para construção de uma regra ou de um princípio.⁶⁰ Excetuados os discípulos de Alexy, vem prevalecendo a diferenciação fraca. O próprio Alexy contribuiu para isso, ao sustentar que as disposições de direitos fundamentais possuem dupla natureza: são regras e são princípios.⁶¹ Dito isso, pontua-se: o modelo neoconstitucional assume a diferenciação, não importando se forte ou fraca.

Para Alexy, princípios são valores positivados, quer dizer, integrantes do sistema normativo. A única diferença entre os princípios e os valores é o plano em que se encontram: enquanto os valores estão no plano axiológico, referem-se ao que é bom ou ruim, os princípios estão no plano dêontico, referem-se ao que é e ao que não é devido.⁶² Assim, as características dos valores podem ser estendidas aos princípios: ambos são relativos, sua importância (ou peso) depende das circunstâncias, são históricos, precários, insuscetíveis de uma enumeração exaustiva e de uma ordenação hierárquica rígida.⁶³ Nos termos antecipados, a teoria é coerente com a orientação do Tribunal Constitucional Alemão, que no caso Lüth (BVerfGE 7, 198), afirmou: “a Constituição, que não pretende ser uma ordenação axiologicamente neutra, (...) também estabeleceu, na seção de direitos fundamentais, uma ordem objetiva de valores”.⁶⁴ Pertence, pois, à Constituição uma

⁵⁸ PRIETO SANCHÍS, Luis. *Sobre principios y normas: problemas del razonamiento jurídico*, pp. 148-149.

⁵⁹ COMANDUCCI, Paolo. *Democracia, derechos e interpretación jurídica: ensayos de teoría analítica del derecho*, pp. 119-122.

⁶⁰ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, pp. 68-71.

⁶¹ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 141. Sobre o tema vide: MARTINS, Ricardo Marcondes. A norma *iusfundamental*. *Revista brasileira de direito constitucional* (RBDC), vol. 4, pp. 526-576.

⁶² ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, pp. 146-147.

⁶³ Sobre as características dos princípios a partir dos valores, vide: MARTINS, Ricardo Marcondes. *Abuso de direito e constitucionalização do direito privado*, pp. 35-38.

⁶⁴ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 154. Sobre o caso Lüth vide: SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta anos de jurisprudência do tribunal constitucional federal alemão*, pp. 381-394; MARTINS, Ricardo Marcondes. *Abuso de direito e a constitucionalização do direito privado*, pp. 75 e ss.

ordem de valores, que independe da opinião do agente competente, daí ser “objetiva”, vinculante para os agentes estatais e para os particulares.

Toda realização do Direito dá-se em prol da concretização dessa ordem de valores. Com efeito: há uma série de normas constitucionais que determinam a realização, na maior medida possível, de valores, como, por exemplo, proteja-se a liberdade na maior medida possível, proteja-se o meio ambiente na maior medida possível. As imputações normativas não se fundamentam apenas na vontade do agente competente, mas na realização desses valores. Apenas para dar um exemplo: se uma lei que restringe o direito de propriedade não se fundamenta na concretização de um valor constitucional, a lei é inválida. O ordenamento jurídico passa a ser visto como um todo linguística e axiologicamente coerente.

Suponha-se a tipificação legal de uma conduta como crime. Na concepção kelseniana, o fundamento da imputação seria apenas a vontade do agente competente, a pena privativa de liberdade seria imputada à realização de certa conduta porque o legislador assim o quis. Na concepção neoconstitucional, se a imputação se fundamentar apenas na vontade do legislador, a lei será inconstitucional e, pois, inválida. A conduta considerada criminosa, se comissiva, deve sê-lo porque sua realização restringe um valor constitucional (“P1”), como a vida, a liberdade, a proteção da propriedade etc. A proibição da conduta restringe o valor da liberdade (“P2”). Há, pois, uma imbricação entre ambos os valores, devendo o agente competente examinar o peso deles e apurar se a intervenção sobre um é justificada pela proteção do outro.⁶⁵ Regra geral, o Legislador realiza ponderações no plano abstrato, a Administração no plano concreto, o Judiciário verifica, quando provocado, se as ponderações do Legislador ou da Administração estão corretas.⁶⁶ Um sistema normativo integrado por princípios – no sentido de valores positivados – exige, pois, a aplicação do Direito pela ponderação.

4.2. Subsunção e ponderação

⁶⁵ Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. *Teoria jurídica da liberdade*, pp. 26-29.

⁶⁶ Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. *Efeitos dos vícios do ato administrativo*, pp. 64 e ss.

Antes do neoconstitucionalismo, considerava-se que a aplicação do direito dava-se pela subsunção, entendida como a identificação da ocorrência no mundo fenomênico da hipótese descrita no antecedente da norma jurídica e, tendo em vista essa identificação, a aplicação da norma, imputando-se as consequências previstas.⁶⁷ A subsunção consiste num juízo silogístico, em que a premissa maior é a norma abstrata, a premissa menor são os fatos do mundo fenomênico, e a conclusão é a norma concreta, decorrente da aplicação da norma abstrata. A insuficiência desse método para explicar a aplicação do Direito já havia sido percebida, muito antes das obras de Dworkin e Alexy. A lógica formal, concluiu o aclamado jusfilósofo mexicano Luis Recasens Siches, é incompatível com o Direito; este é uma questão de “lógica material”, não de “lógica do racional”, diz ele, mas de “lógica do razoável”.⁶⁸ Numa proposta muito próxima, Chaïm Perelman propôs a “nova retórica” para a aplicação do direito, em que se busca persuadir por meio do discurso, de modo a se obter a adesão de um auditório à tese defendida, e não, tal como faz a lógica formal, demonstrar sua veracidade.⁶⁹ Lógica do razoável ou nova retórica ou, nos termos dantes expostos, tópica são propostas que retomam o método dialético proposto por Aristóteles. O neoconstitucionalismo aceita-as, mas com ressalvas dogmáticas.

O método proposto pelo neoconstitucionalismo é o da *ponderação*.⁷⁰ Divide-se, basicamente, em três etapas: primeiro, a identificação dos valores (princípios) incidentes no caso concreto e a(s) pretensa(s) medida(s) de concretização; a apuração do peso dos respectivos valores (princípios), o balanceamento desses pesos, tendo em vista o grau de satisfação e não satisfação dos valores (princípios) caso a medida seja implementada, e a enunciação de uma regra, a partir da ponderação efetuada, que determine a implementação da medida.⁷¹ Toda norma jurídica é fruto de uma ponderação, ainda que implícita. Assim, uma norma abstrata decorre de uma ponderação abstrata e resulta na enunciação de uma medida de concretização no plano abstrato; uma norma concreta

⁶⁷ Sobre a subsunção, vide, por todos: ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*, pp. 75 e ss.

⁶⁸ SICHES, Luis Recasens. *Introducción al estudio del derecho*, pp. 199-200.

⁶⁹ PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica*, pp. 141 e ss.

⁷⁰ Sobre a estrutura da ponderação, em comparação com a estrutura da subsunção, vide: ALEXY, Robert. De la ponderación y la subsunción: una comparación estructural. LYNETT, Eduardo Montealegre; PIZARRO, Nathalia Bautista; PEÑA, Luis Felipe Vergara (comp.). *La ponderación en el derecho*, pp. 39-62.

⁷¹ Cf. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 594.

decorre de uma ponderação concreta e resulta na enunciação de uma medida de concretização no plano concreto.⁷²

A ponderação jurídica não pode desconsiderar as especificidades do discurso jurídico, dentre elas, em especial, o peso das competências normativas.⁷³ Se, por um lado, a norma jurídica não se alicerça na vontade do agente competente, por outro, essa vontade não é desprezada. Daí o papel dos chamados “princípios formais”: eles atribuem um peso adicional aos princípios materiais, tendo em vista a competência normativa assegurada no sistema.⁷⁴ Suponha-se, a título de exemplo, que o Legislador edite uma lei visando à proteção do meio ambiente (P1), mais especificamente, determine a instalação de um filtro nos veículos automotores (M1), sob pena de apreensão do veículo.⁷⁵ Nos termos expostos, a regra abstrata introduzida pela lei (R1) decorre de uma ponderação efetuada pelo Legislador no plano abstrato entre o princípio da proteção do meio ambiente (P1) e outros princípios colidentes, como a proteção da liberdade, da propriedade etc. (P2... Pn). A regra legislativa abstrata, no caso, concretiza o princípio de proteção ao meio ambiente (P1), pelo meio de realização “inserção de filtro em veículo automotor sob pena de apreensão do veículo” (M1). No caso concreto, a Administração Pública deverá executar essa lei. Suponha-se que um veículo automotivo seja identificado sem a instalação do filtro. O agente administrativo não fará a mesma ponderação feita pelo Legislador, entre P1 e P2... Pn. Ele deverá levar em consideração o peso adicional, atribuído pelo princípio formal que dá primazia às ponderações do Legislador (PF1). Regra geral, por força desse princípio formal, executará a imputação legislativa (P1 + PF1 > P2). Suponha-se que, no caso concreto, o veículo sem o filtro seja uma ambulância, que esteja levando um cardíaco ao hospital. Nesse caso, a ponderação concreta exigirá o afastamento da imputação legislativa, pois o princípio de proteção à vida, no caso, tem peso maior do que a proteção

⁷² Sobre a ponderação abstrata e concreta vide, por todos: CLÉRICO, Laura. *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*, pp. 206-207.

⁷³ Sobre as especificidades do discurso jurídico, vide, por todos: ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*, pp. 315 e ss.

⁷⁴ A teoria dos princípios formais, formulada por Alexy na nota 24 do Capítulo 3 e no Posfácio de seu *Teoria dos direitos fundamentais* (pp. 90-91 e 575 e ss.), é envolta em uma série de controvérsias. O próprio autor reformulou sua posição inicial, restringindo a aplicação da teoria (Princípios formais. TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes et al. (org.). *Princípios formais e outros aspectos da teoria discursiva do direito*, pp. 3-36). Sobre o tema, vide: MARTINS, Ricardo Marcondes. *Teoria dos princípios formais. Interesse público* (IP), n° 98, pp. 65-94.

⁷⁵ Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. *Efeitos dos vícios do ato administrativo*, p. 118.

do meio ambiente, mesmo considerando o peso do referido princípio formal ($P2 > PF1 + PFI$). A ponderação no plano concreto, nesse caso, exige o afastamento da solução estabelecida no plano abstrato: a ambulância não deve ser apreendida.

Toda ponderação resulta na enunciação de uma regra abstrata. Mesmo a ponderação em concreto resulta na enunciação de uma regra abstrata, chamada por Alexy de “regra de precedência condicionada”,⁷⁶ pois a solução deve ser seguida nos casos futuros similares, ressalvadas especificidades do caso que justifiquem outro resultado, ou a conclusão de que houve equívoco na ponderação anterior (não consideração de todos os princípios incidentes ou de todas as medidas de concretização disponíveis, ou não atribuição correta dos respectivos pesos, considerados também os princípios formais). O Judiciário, quando provocado, deve verificar se a ponderação legislativa, administrativa ou privada⁷⁷ foi correta e, caso tenha ocorrido um déficit – não consideração dos princípios e meios de concretização relevantes – ou desproporção – atribuição equivocada de pesos –⁷⁸ na ponderação, deverá invalidar a norma abstrata ou concreta editadas.

A breve exposição indica um dos desdobramentos mais importantes do modelo neoconstitucional: o caráter *derrotável* das regras jurídicas, decorrente do fato de ela estar vigente (não ser revogada), ser válida (não incompatível com uma norma de superior hierarquia), não excetuada por outra regra expressamente enunciada pelos agentes competentes, e, ainda assim, não ser aplicada no caso concreto, por força da prevalência de princípios opostos.⁷⁹ Quer dizer: a regra do tudo ou nada, formulada por Dworkin, é válida apenas *prima facie* (no plano abstrato), quer dizer, ressalvada a possibilidade de razões contrárias, à luz do caso concreto, justificarem seu afastamento.

⁷⁶ Cf. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, pp. 94-99; CLÉRICO, Laura. *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*, pp. 175 e ss.

⁷⁷ Sobre a ponderação privada, vide: MARTINS, Ricardo Marcondes. *Teoria jurídica da liberdade*, pp. 81 e ss.

⁷⁸ Sobre os conceitos de déficit e desproporção na ponderação vide: ALEXY, Robert. Vícios no exercício do poder discricionário. *Revista dos tribunais*, vol. 779, pp. 11-46; MARTINS, Ricardo Marcondes. *Efeitos dos vícios do ato administrativo*, pp. 197-198.

⁷⁹ Sobre o caráter derrotável das regras jurídicas vide: PINO, Giorgio. *Derechos e interpretación: el razonamiento jurídico en el Estado constitucional*, pp. 68 e ss. Para uma análise lógica da derrotabilidade: ALCHOURRÓN, Carlos E. *Fundamentos para una teoría general de los deberes*, pp. 145 e ss. Na doutrina brasileira, vide, por todos: BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Argumentação contra legem: a teoria do discurso e a justificação jurídica nos casos mais difíceis*.

4.3. Direito e moral

O entendimento de que o sistema normativo é integrado por valores e de que a aplicação das normas depende da ponderação pressupõe uma vinculação do Direito com a Moral ou, mais precisamente, com a Justiça.⁸⁰ Como já examinado, o positivismo pressupõe uma desvinculação entre o Direito e as valorações morais. Mesmo para o positivismo inclusivo,⁸¹ as exigências éticas só são juridicamente vinculantes se estiverem positivadas no ordenamento ou, mais precisamente, se forem acolhidas pelos agentes competentes. Para Kelsen, como as valorações morais são sempre relativas, sua imperatividade jurídica depende sempre de uma decisão política.⁸² Por conseguinte, uma norma jurídica jamais será inválida por atentar apenas contra preceitos morais. A premissa filosófica subjacente ao neconstitucionalismo é que nem toda valoração é subjetiva, própria do pluralismo político; muitas valorações são objetivas, no sentido de que devem prevalecer ainda que a maioria discorde. Para o neoconstitucionalismo, a vontade do agente competente possui um alargado âmbito de decisão, mas esse âmbito é limitado por uma série de restrições valorativas. Ele pode fazer muitas escolhas, mas não pode fazer qualquer escolha, deve respeitar as valorações objetivas. Há, em consequência dessa premissa, uma vinculação necessária entre o Direito e a Moral.

Essa vinculação, porém, não assimila o neoconstitucionalismo ao jusnaturalismo. Para este, a vinculação decorre de uma subordinação do Direito a outro campo normativo: o campo moral. Consequentemente, as normas jurídicas que contrariam as normas morais são inválidas.⁸³ Para o neoconstitucionalismo, inexistem

⁸⁰ Sobre a diferença entre Justiça e Moral vide: MARTINS, Ricardo Marcondes. *Estudos de direito administrativo neoconstitucional*, pp. 29-62. Na Teoria do Direito, costuma-se usar a palavra “Moral” como sinônima de “Justiça”.

⁸¹ Sobre o positivismo inclusivo e exclusivo vide, por todos: ALEXY, Robert. Não positivismo inclusivo. *Dignidade humana, direitos sociais e não positivismo inclusivo*, pp. 303-317.

⁸² KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, p. 106.

⁸³ A maioria dos teóricos do Direito não dissocia claramente o plano da existência normativa do plano da validade. Alexy, por exemplo, afirma que só uma norma intoleravelmente injusta leva à invalidade da norma jurídica; sendo que a norma injusta é “defeituosa, mas válida” (Não positivismo inclusivo, op. cit., p. 307). Tudo fica menos obscuro quando se aceita a teoria dos três planos (existência, validade e eficácia): a norma intoleravelmente injusta leva à inexistência (chamada por Alexy de invalidade) normativa, a norma injusta leva à invalidade (chamada por Alexy de defeito) normativa. Sobre os três planos, vide: MARTINS, Ricardo Marcondes. *Efeitos dos vícios do ato administrativo*, pp. 121 e ss. Para um resumo da teoria: MARTINS, Ricardo Marcondes. Três planos da norma jurídica. *Revista colonistas de direito do estado*, nº 238. Para o exame dogmático da justiça a partir da referida diferenciação de planos, vide: MARTINS, Ricardo Marcondes. Justiça deontica. *Um diálogo sobre a justiça*, pp. 149-244.

subordinação: as exigências morais, que restringem a competência dos agentes normativos, integram o próprio sistema normativo vigente, são, portanto, jurídicas. Nos termos expostos, os princípios são assumidos pelo neoconstitucionalismo como positivados, expressa ou implicitamente, no texto constitucional. Há, pois, uma pressuposição de que o texto constitucional, por definição, incorpora uma ordem objetiva de valores. Hart distinguiu a “moral positiva”, aceita e compartilhada por um grupo, da “moral crítica”, geral, utilizada para crítica das instituições sociais.⁸⁴ Para o neoconstitucionalismo, a moral crítica não é externa ao Direito, apenas um parâmetro para criticá-lo, mas algo inerente a ele, um parâmetro para avaliar a validade ou invalidade das normas editadas, para ditar a elaboração e a aplicação de normas abstratas e a edição de normas concretas.

Robert Alexy defende que a edição de uma norma jurídica é um ato linguístico, ou melhor, uma ação que se realiza por meio de um ato linguístico e, por isso, nos termos da teoria de John Austin,⁸⁵ é um ato performativo. Para que este se realize, é necessário que seja enunciado sob certas circunstâncias. Um exemplo didático é a promessa: se a pessoa que promete disser, ao realizar a promessa, que está mentindo, a ação de prometer não se realiza. Alexy supõe uma Constituição cujo artigo 1º estabeleça que o Estado por ela instituído será injusto.⁸⁶ O dispositivo gera um grande desconforto, explicado pela contrariedade à pretensão de justiça inerente ao Direito.⁸⁷ A promulgação de uma Constituição pressupõe a pretensão de justiça; e ao negar essa pretensão, incorre-se numa contradição performativa. Diante do artigo invocado por Alexy, de duas, uma: ou o intérprete considera-o não escrito e subsiste uma Constituição, ou não se tem Constituição. Assim como quem promete e, ao mesmo tempo, diz que está mentindo, não promete, quem edita uma Constituição e afirma que pretende a injustiça, não edita uma Constituição. Quer dizer: ainda que a Constituição negue valores indispensáveis para uma decisão pretensamente justa, a negativa não deve surtir efeitos. Há, pois, conceitualmente, uma imbricação necessária entre o Direito e a Moral; não qualquer moral, mas, seguindo

⁸⁴ HART, H. L. A. *Direito, liberdade, moralidade*, p. 46.

⁸⁵ AUSTIN, John L. *Cómo hacer cosas con palabras*, pp. 48 e ss. Apesar de os tradutores preferirem a palavra “realizativo” para “*performative*”, prevalece a tradução “performativo”.

⁸⁶ ALEXY, Robert. *La institucionalización de la justicia*, p. 37.

⁸⁷ *Idem*, pp. 38-40.

a terminologia de Hart, a moral crítica, passível de ser generalizada, considerada objetivamente impositiva para todos.

Ronald Dworkin também vincula o Direito à Moral. Em sua obra “*Law’s Empire*” ele considera que o Direito é regido, necessariamente, por dois princípios de integridade política: um dirigido ao Legislador, sinédoque de editor normativo, outro dirigido ao magistrado, sinédoque de aplicador normativo.⁸⁸ Nas palavras dele: “a integridade exige que as normas públicas da comunidade sejam criadas e vistas, na medida do possível, de modo a expressar um sistema único e coerente de justiça e equidade na correta proporção”.⁸⁹ Esses princípios da integridade são considerados por Dworkin como ínsitos ao sistema constitucional, verdadeiros pressupostos epistemológicos, que independem da vontade dos agentes competentes. A proposta é muito similar à teoria do legislador racional, formulada pelo aclamado jurista argentino Carlos Santiago Nino, segundo a qual o Direito pressupõe que o legislador seja único, imperecível, consciente, onisciente, operante, coerente, onicompreensivo, preciso e justo.⁹⁰ Dessa pressuposição, portanto, extrai-se uma vinculação conceitual, necessária, entre o Direito e a Justiça.

Nesses termos, o Direito pretende, por definição, realizar a justiça. A partir desse desiderato, há valorações subjetivas, próprias do pluralismo político, que dependem da deliberação do agente competente, e há valorações objetivas, vinculantes, independentes dessa vontade. Sendo a edição normativa fruto de uma ponderação de valores (v. g., P1 e P2), há duas alternativas: ou há um empate valorativo ($P1 \approx P2$), ou inexistente empate ($P1 > P2$ ou $P2 > P1$). No primeiro caso, a decisão depende da vontade do agente competente, é própria da competência discricionária; no segundo, a decisão independe da vontade do agente competente, é própria da competência vinculada. Quando os pesos dos princípios materiais são equivalentes, a questão é definida pelo peso do princípio formal ($P1 \approx P2$ mas $P1 + Pf > P2$ ou $P1 < P2 + Pf$). A decisão “justa”, nessa concepção, é a que realiza a ponderação perfeita entre os valores incidentes, levando-se em consideração o peso dos princípios materiais e dos princípios formais.⁹¹

⁸⁸ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, p. 213.

⁸⁹ *Idem*, p. 264.

⁹⁰ SANTIAGO NINO, Carlos. *Introdução à análise do direito*, pp. 386-387.

⁹¹ Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. *Direito e justiça. Um diálogo sobre a justiça* pp. 68-69.

5. CRÍTICAS AO NEOCONSTITUCIONALISMO

O neoconstitucionalismo vem sendo bastante criticado por significativa parcela da doutrina. Pode-se dizer que as críticas a ele formuladas são as mesmas críticas formuladas à ponderação. E há uma relação conceitual entre elas: a) trata-se de um método irracional e, por força disso, a decisão jurídica é ditada pelo aplicador do Direito, de acordo com a vontade do intérprete; b) há substituição da vontade do Legislador, eleito democraticamente, pela vontade do Juiz, cuja nomeação, regra geral, não se dá por eleição; c) há substituição do Governo das Leis pelo Governo dos Juízes. Essas críticas são, em geral, subscritas por quase todos os integrantes da escola genovesa, destacando-se, dentre tantos outros, Susanna Pozzolo,⁹² Paolo Comanducci,⁹³ Mauro Barberis⁹⁴ e Riccardo Guastini,⁹⁵ mas não se restringem a essa escola.⁹⁶

Dentre os críticos mais aclamados está Jürgen Habermas, para quem a racionalidade, exigida pelo Direito, deve ser obtida no processo legislativo.⁹⁷ Em oposição a Alexy, o filósofo vislumbra várias diferenças entre as normas e os valores e conclui que a aplicação de ambos não pode dar-se da mesma maneira.⁹⁸ As críticas obtiveram resposta específica de Alexy.⁹⁹

Sem desprestigiar todos os críticos, há bons contra-argumentos.¹⁰⁰ Preconizar a irracionalidade da ponderação importa em negar que, à luz de certas circunstâncias, um valor seja racionalmente mais importante que outro. Ao revés, é perfeitamente possível

⁹² POZZOLO, Susana. Constitucionalismo: um modelo constitucional ou uma concepção de constituição. *revista brasileira de direito constitucional*, vol. 01, nº 07, pp. 231-253; O Neoconstitucionalismo como último desafio ao positivismo jurídico. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico*, pp. 77-183.

⁹³ COMANDUCCI, Paolo *Democracia, derechos e interpretación jurídica: ensayos de teoría analítica del derecho*, pp. 258-161; COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. *Neoconstitucionalismo(s)*, pp. 75-98.

⁹⁴ BARBERIS, Mauro. *Neoconstitucionalismo*, pp. 24-28; Existe il neoconstituzionalismo? *Analisi e diritto*, pp. 23-30.

⁹⁵ GUASTINI, Riccardo. *Otras distinciones*, p. 156-173.

⁹⁶ Diversos estudos críticos foram reunidos por CAMPOS, Ricardo (org.). *Crítica da ponderação: método constitucional entre a dogmática jurídica e a teoria social*.

⁹⁷ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, vol. I, p. 297.

⁹⁸ *Idem*, p. 317.

⁹⁹ ALEXY, Robert. *Direito, razão, discurso: estudos para a filosofia do direito*, pp. 128-135; *Constitucionalismo discursivo*, pp. 108-116.

¹⁰⁰ Para uma excelente resposta às críticas, vide, por todos; BERNAL PULIDO, Carlos. *El neoconstitucionalismo a debate*.

dizer que uma certa medida atinge um valor jurídico de modo leve ou grave e concretiza outro valor jurídico de modo acentuado ou pouco acentuado. Verdade seja, o grau de realização ou de restrição de um valor é racionalmente aferível.¹⁰¹ A desproporcionalidade, por exemplo, da admissão do sacrifício da vida humana, tendo em vista a liberdade religiosa, não se assenta apenas num ato de vontade, mas num ato cognitivo, alicerçado na razão. Ainda que se discorde, a alternativa proposta pelo positivismo é muito mais irracional. Basta lembrar que no Capítulo VIII da Teoria Pura de Kelsen toda decisão sobre a interpretação de uma norma é considerada um ato político, alicerçado apenas na vontade do agente competente. O neoconstitucionalismo, ao contrário do que clamam os críticos, busca dar racionalidade à produção e à aplicação do Direito. Se não consegue, é praticamente indiscutível que avança mais do que as alternativas até então propostas.

O segundo argumento, bastante repetido pelos críticos, é ainda mais frágil. A democracia é um valor fundamental dos sistemas constitucionais contemporâneos, mas não é um valor absoluto. Ainda que os Legisladores estejam autorizados e apoiados pela maioria da população a atentar contra a dignidade da minoria, não é legítimo que o façam. Ao reduzir o Direito à vontade da maioria, o positivismo faz com o que o Direito perca, muitas vezes, o sentido.¹⁰² O apoio da maioria legitima decisões inerentes às valorações subjetivas, ínsitas ao pluralismo político. Contudo, pela premissa neoconstitucional, difícil de ser contrariada, há questões éticas que nada têm a ver com o pluralismo e, pois, não devem ficar ao crivo da maioria. Logo, o neoconstitucionalismo não desrespeita a democracia, mas dá a ela seu devido valor, restringindo o âmbito de decisão do Legislador às questões discricionárias, em que as valorações, de fato, dependem da opinião de cada um.

Caso se aceite a premissa de que há valorações que independem do pluralismo político e, pois, de que nem toda decisão deve ficar ao crivo do Parlamento, torna-se fácil enfrentar a terceira crítica recorrente ao neoconstitucionalismo: a suposta substituição de um governo de leis por um arbitrário governo de juízes. Por um lado, adotadas as premissas neoconstitucionais, o âmbito decisório do Poder Judiciário aumenta

¹⁰¹ ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*, p. 110 e ss.

¹⁰² Sobre a Justiça como legitimidade do Direito vide: MARTINS, Ricardo Marcondes. *Justiça deôntica. Um diálogo sobre a justiça*, pp. 231 e ss.

sensivelmente. Quanto mais se reduz a esfera da discricionariedade do Legislador e do Administrador e a esfera da liberdade dos particulares,¹⁰³ mais se aumenta a esfera decisória do Poder Judiciário. Para que fique mais claro, antes do neoconstitucionalismo, a escolha, por exemplo, entre a medida “M1” e a medida “M2” era discricionária e, efetuada a escolha, esta deveria ser respeitada pelo Judiciário sob pena de ofensa à separação de poderes. Impondo-se aos agentes normativos o dever de atentar para os valores do sistema, e para o resultado da ponderação, é bem possível que a escolha de “M1” ou de “M2” não seja mais considerada discricionária. A restrição da esfera de discricionariedade importa num proporcional aumento da esfera decisória do magistrado.

Paradoxalmente, por outro lado, o neoconstitucionalismo importa numa sensível redução do âmbito decisório do Poder Judiciário. Segundo as premissas do positivismo jurídico, muitas vezes a escolha, pelo magistrado, entre uma interpretação “X” ou uma interpretação “Y” apoia-se apenas na vontade do julgador. Quer dizer, para o positivismo é inerente à função jurisdicional uma esfera de atuação discricionária. Segundo as premissas neoconstitucionais, o magistrado não possui margem de decisão volitiva. Deve buscar a interpretação correta, a partir das pressuposições próprias da Ciência do Direito (pretensão de justiça, coerência etc.).

Compreendida a teoria, torna-se evidente que não há uma substituição do governo das leis pelo governo dos juízes, mas a percepção de que o Direito não se restringe às leis, à vontade do legislador. Há, sim, a substituição do governo das leis pelo governo do Direito. O sistema jurídico é fruto de valorações inerentes ao pluralismo político e, pois, de escolhas dos representantes escolhidos democraticamente por eleições, e é fruto de valorações objetivas, estranhas ao pluralismo, identificadas a partir de uma análise técnica. Os juristas devem ser nomeados, não em decorrência do apoio popular, mas por apresentarem profundo conhecimento técnico. Daí a pertinente diferenciação proposta por Alexy entre *representação política* e *representação argumentativa*: os legisladores representam o povo na política, no debate próprio das questões do

¹⁰³ A ponderação é um dever para o Legislador, para o Administrador e para os particulares e, por isso, limita o exercício, respectivamente, da função legislativa, da função administrativa e da liberdade. Sobre o tema, vide nosso *Teoria jurídica da liberdade*, p. 81 e ss.

pluralismo, os magistrados representam o povo na análise jurídica, nos debates sobre a correta interpretação.¹⁰⁴

Feitas essas considerações, é possível entender a razão pela qual o neoconstitucionalismo encontrou muitíssimo apoio na América Latina. Quanto maior a desconfiança da sociedade no funcionamento de seu regime democrático e, pois, em seu Parlamento, mais legítimas são as teorias restringentes da competência parlamentar e dos âmbitos decisórios inerentes ao pluralismo político. O discurso em prol de mais confiança na maioria parlamentar, em prol de um maior espaço para valorações subjetivas, é, em países como o Brasil – assolado por fortes índices de corrupção, elevados índices de analfabetismo, e assombrado por uma história de graves fraudes eleitorais,¹⁰⁵ –, praticamente indefensável.

REFERÊNCIAS

ALCHOURRÓN, Carlos E. *Fundamentos para una teoría general de los deberes*. Madri: Marcial Pons, 2010.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 3. reimpr. Trad. por Ernesto Garzón Valdés. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

_____. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. por Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. Sobre o conceito de princípio jurídico. ALEXY, Robert. *Teoria discursiva do direito*. Org., trad. e estudo introdutório por Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

_____. De la ponderación y la subsunción: una comparación estructural. LYNETT, Eduardo Montealegre; PIZARRO, Nathalia Bautista; PEÑA, Luis Felipe Vergara (comp.). *La ponderación en el derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014.

_____. *Teoria da argumentação jurídica*. Trad. por Zilda Hutchinson Schild Silva. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

¹⁰⁴ ALEXY, Robert. *Teoria discursiva do direito*, pp. 133 e ss.

¹⁰⁵ Sobre os problemas eleitorais brasileiros, vide, por todos: LEAL, Victor Nunes. *Coronelismo, enxada e voto*.

_____. Princípios formais. TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes et al. (org.). *Princípios formais* e outros aspectos da teoria discursiva do direito. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

_____. Vícios no exercício do poder discricionário. Trad. por Luís Afonso Heck. *Revista dos tribunais*, vol. 779, ano 89. São Paulo: set., 2000.

_____. Não positivismo inclusivo. ALEXY, Robert; BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SILVA, Rogério Luiz Nery da. *Dignidade humana, direitos sociais e não positivismo inclusivo*. Florianópolis: Qualis, 2015.

_____. *Direito, razão, discurso: estudos para a filosofia do direito*. Trad. por Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. *Constitucionalismo discursivo*. Trad. por Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

ALVES, Alaôr Caffé. *Lógica: pensamento formal e argumentação*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2002.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Verbatim, 2011.

ARENDT, Hannah. *Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal*. Trad. por José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

ARISTÓTELES. *Órganon*. Trad. por Edson Bini. 2. ed. Bauru: Edipro, 2010.

ATALIBA, Geraldo. *Sistema constitucional tributário brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

AUSTIN, John L. *Cómo hacer cosas con palabras*. Trad. por Genaro R. Carrió e Eduardo A. Rabossi. Barcelona: Paidós, 2004.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Criação de secretarias municipais: inconstitucionalidade do art. 43 da lei orgânica dos municípios do estado de São Paulo. *Revista de direito público*, vol. 15, ano IV. São Paulo: jan./mar. 1971.

_____. *Curso de direito administrativo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios gerais de direito administrativo*, vol. 1. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BARBERIS, Mauro. Neoconstitucionalismo. *Revista brasileira de direito Constitucional*, São Paulo, vol. 01, nº 7, jan./jun. 2006.

_____. *Esiste il neoconstituzionalismo? Analisi e diritto*, Madrid: 2011.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BERNAL PULIDO, Carlos. *El neoconstitucionalismo a debate*. 1. ed., 2. reimpr. Bogotá: Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, 2008.

BLANCO VALDÉS, Roberto L. *El valor de la constitución*. Madri: Alianza, 2010.

BOBBIO, Norberto. *Jusnaturalismo e positivismo jurídico*. Trad. por Jaim A. Clasen. São Paulo: Unesp, 2016.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BOSI, Alfredo. *História concisa da literatura brasileira*. 49. ed. São Paulo: Cultrix, 2013.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Juízo de ponderação na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Argumentação contra legem: a teoria do discurso e a justificação jurídica nos casos mais difíceis*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

CAMPOS, Ricardo (org.). *Crítica da ponderação: método constitucional entre a dogmática jurídica e a teoria social*. São Paulo: Saraiva, 2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 4 ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Trad. por Aroldo Plínio Gonçalves. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

CARRIÓ, Genaro R. *Notas sobre derecho y lenguaje*. 4. ed., 2. reimpr. Buenos Aires: Albeledo-Perrot, 1998. A divisão de três fases consiste numa evidente simplificação, para fins didáticos.

CIRNE LIMA, Ruy. *Princípios de direito administrativo*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

CLÉRICO, Laura. *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*. Buenos Aires: Eudeba, 2009.

COELHO, Fábio Ulhoa. Do desafio kelseniano à ruptura anticientificista. OLIVEIRA, Júlio Aguiar de; TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes. *Hans Kelsen: teoria jurídica e política*. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

COMANDUCCI, Paolo. *Democracia, derechos e interpretación jurídica: ensayos de teoría analítica del derecho*. Lima: Ara, 2010.

_____. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. (ed.). 4. ed. Madri: Trotta, 2009. COPI, Irving M. *Introdução à lógica*. Trad. por Álvaro Cabral. 2. ed. São Paulo: Mestre Jou, 1978.

DIPPEL, Horst. *História do constitucionalismo moderno: novas perspectivas*. Trad. por António Manuel Hespanha e Cristina Nogueira da Silva. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. por Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. *O império do direito*. Trad. por Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Trad. por J. Baptista Machado. 8. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001.

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

GUASTINI, Riccardo. *Otras distinciones*. Trad. por de Diego Dei Vecchi et al. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição*. Trad. por Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, vol. I. Trad. por Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HART, H. L. A. *O conceito de direito*. Trad. por Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

_____. *Direito, liberdade, moralidade*. Trad. por Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1987.

HESSE, Konrad. *Temas fundamentais do direito constitucional*. Trad. por Carlos dos Santos Almeida et al. São Paulo: Saraiva, 2009

KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. Trad. por Alexandre Krug, Eduardo Brandão e Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013.

_____. *Teoria pura do direito*. 6. ed. Trad. por João Baptista Machado. Coimbra: Arménio Amado, 1984.

KRAMNICK, Isaac. Apresentação. MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. *Os artigos federalistas*. Trad. por Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Trad. por José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LEAL, Victor Nunes. *Coronelismo, enxada e voto*. 3. ed., 6. reimpr. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2005.

MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. *Os artigos federalistas*. Trad. por Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

MARTINS, Ricardo Marcondes. *Regulação administrativa à luz da constituição federal*. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. *Abuso de direito e a constitucionalização do direito privado*. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. Teoria dos princípios formais. *Revista colonistas de direito do estado*, n°216, www.direitodoestado.com.br. Disponível em: <<http://goo.gl/77xgJn>>. Acesso em 27.02.17.

_____. A norma *iusfundamental*. *Revista brasileira de direito constitucional* (RBDC), vol. 4. São Paulo: jul./dez., 2004,.

_____. *Teoria jurídica da liberdade*. São Paulo: Contracorrente, 2015.

_____. *Efeitos dos vícios do ato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. Teoria dos princípios formais. *Interesse público (IP)*, Belo Horizonte, n° 98, ano 18, jul./ago. 2016.

_____. *Estudos de direito administrativo neoconstitucional*. São Paulo: Malheiros, 2015.

_____. Três planos da norma jurídica. *Revista colonistas de direito do estado*, n° 238, www.direitodoestado.com.br. Disponível em: <<http://goo.gl/HuK5bc>>. Acesso em 01.03.17.

_____. Justiça Deôntica. PIRES, Luis Manuel Fonseca; MARTINS, Ricardo Marcondes. *Um diálogo sobre a justiça*. Belo Horizonte, 2012.

_____. Direito e justiça. PIRES, Luis Manuel Fonseca; MARTINS, Ricardo Marcondes. *Um diálogo sobre a justiça*. Belo Horizonte, 2012.

MEIRELLES TEIXERA, José Horácio. *Curso de direito constitucional*. Org. e atual. por Maria Garcia. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. Trad. por Peter Naumann. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

_____. *O novo paradigma do direito: introdução à teoria metódica estruturante do direito*. Trad. por Peter Naumann et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. *Teoria estruturante do direito*, vol. I. Trad. por Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008

_____. *Metódia jurídica e sistema político: elementos de teoria constitucional II*. Trad. por Michael Kosubek. Joinville: Bildung, 2014.

PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica*. Trad. por Vergínia K. Pupi. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

PINO, Giorgio. *Derechos e interpretación: el razonamiento jurídico en el estado constitucional*. Trad. por Horacio Sánchez Pulido et al. 3. ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014.

PORTO EDITORA. *Dicionário alemão-português*. 2. ed. Porto: Porto, 2009.

POZZOLO, Susanna. Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional. *Doxa*, n° II, vol. 21, 1998.

_____. Constitucionalismo: um modelo constitucional ou uma concepção de Constituição. *Revista brasileira de direito constitucional*, vol. 01, nº 07. São Paulo, jan./jun, 2006.

_____. O Neoconstitucionalismo como último desafio ao positivismo jurídico. DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico*. São Paulo: Landy, 2006.

PRIETO SANCHÍS, Luis. *Sobre principios y normas: problemas del razonamiento jurídico*. Lima: Palestra; Bogotá: Temis, 2013.

RIGAUX, François. *A lei dos juízes*. Trad. por Edmir Missio. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

SANTIAGO NINO, Carlos. *Introdução à análise do direito*. Trad. por Elza Maria Gasparotto. São Paulo; Martins Fontes, 2015.

SAUSSURE, Ferdinand. *Curso de linguística geral*. Trad. por Antônio Chelini et al. 30. ed. São Paulo: Cultrix, 2008.

SCHLEIERMACHER, Friedrich D. E. *Hermenêutica: arte e técnica da interpretação*. Trad. por Celso Reni Braidá. Bragança Paulista: Universitária São Francisco, 2003.

SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta anos de jurisprudência do tribunal constitucional federal alemão*. Tradução Beatriz Hennig et al. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005.

SICHES, Luis Recasens. *Introducción al estudio del derecho*. 15. ed. México: Porrúa, 2006.

SILVA, José Afonso. *Teoria do conhecimento constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2014.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2002.

VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos*. Tradução da 5ª. edição alemã por Kelly Susane Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

WEBER, Max. *Economia e sociedade*, v. 1. Trad. por Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. 5. ed. Brasília: Universidade de Brasília. São Paulo: Imprensa Oficial, 2004.