

**- DO CONSTITUCIONALISMO AO NEOCONSTITUCIONALISMO:
APLICABILIDADE DA TEORIA AO ORDENAMENTO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO -**

*FROM THE CONSTITUTIONALISM TO THE NEOCONSTITUCIONALISMO:
APPLICABILITY OF THE THEORY TO THE BRAZILIAN CONSTITUTIONAL SYSTEM*

Clóvis Demarchi¹

Thaís Vandresen²

Resumo: O artigo tem por objeto identificar a trajetória histórica do constitucionalismo moderno ao que hoje a doutrina designa de neoconstitucionalismo ou direito constitucional pós-moderno, especificamente como essa doutrina é percebida e por vezes “aplicada” no Brasil. O neoconstitucionalismo surge na revisão do constitucionalismo efetuada pós-segunda guerra mundial e ao defender a força normativa da constituição pressupõe uma nova teoria do direito fundada numa concepção principialista das normas constitucionais. O artigo se divide em três momentos, inicialmente se propõe a analisar o desenvolvimento do constitucionalismo moderno e as bases do surgimento do neoconstitucionalismo, bem como suas principais teses a ao final avaliar a sua compatibilidade com o ordenamento constitucional brasileiro e as motivações e consequências de sua aplicação. Para o relato utilizou-se a base lógica indutiva.

Palavras-chaves: Constitucionalismo. Neoconstitucionalismo. Ordenamento constitucional brasileiro.

Abstrat: This article aims to identify the historical trajectory of the modern constitutionalism which today the doctrine designates as neoconstitutionalism or postmodern constitutional law, specifically, how this doctrine is perceived and several times "applied" in Brazil. The neoconstitutionalism arises in the review of constitutionalism made after World War II and advocating the normative force of the constitution requires a new theory of law founded on a principialist conception of constitutional laws. The article is divided into three stages, initially intended to analyze the development of modern constitutionalism and the foundations of the emergence of neoconstitutionalism as well as its main theses and in the end evaluates their compatibility with the Brazilian constitutional system and the motivations and consequences of their implementation. For the report, we used the basic inductive logic.

Keywords: Constitutionalism. Neoconstitutionalism. Brazilian constitutional system.

Considerações iniciais

O valor normativo da Constituição não é a marca inicial do constitucionalismo moderno, mas se consagra na perspectiva do Estado Constitucional de Direito, que se desenvolve a partir da segunda guerra mundial e ao longo de todo o século XX. O momento atual é marcado pela supremacia constitucional, a que se subordinam todos os

¹ Doutor e Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí. Professor na graduação em Direito e no Mestrado em Ciência Jurídica da Univali. Líder do grupo de pesquisa em Direito Educacional e Normas Técnicas e membro do grupo de pesquisa em Direito, Constituição e Jurisdição. Endereço eletrônico: demarchi@univali.br.

² Doutoranda em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Professora de Direito Constitucional e Direitos Humanos da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Endereço eletrônico: thais.sc@terra.com.br

poderes por ela constituídos e que está garantida por mecanismos de controle de constitucionalidade.³

A questão central da discussão em torno do constitucionalismo contemporâneo ganha relevo diante da necessidade em compatibilizar a forte carga valorativa dos direitos fundamentais recepcionados pelas constituições modernas, especialmente após a segunda guerra mundial, com a concepção de Direito proposta pelo juspositivismo.

Assiste-se atualmente a um intenso debate entre Estado e Direito e a defesa, inclusive no Brasil, da existência de um constitucionalismo pós-moderno ou neoconstitucionalismo, que implicaria na discussão acerca da superação do positivismo pelo pós-positivismo. O reconhecimento da força normativa da constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática constitucional representam o marco teórico de expansão de uma nova interpretação constitucional.⁴

O termo *neoconstitucionalismo* foi recentemente incorporado ao léxico acadêmico e tanto pode se referir ao constitucionalismo que adveio pós-segunda guerra, como significar uma nova leitura acerca da teoria do direito, sendo que nesse último caso suas teses ainda não são claras e até mesmo, por vezes, contraditórias. Para Barroso, um dos defensores dessa teoria no Brasil, o pós-positivismo, que ele define como um “ideário difuso”, seria o marco filosófico do neoconstitucionalismo.⁵

Após a segunda guerra a emergência do novo paradigma constitucional opera grande mudança na atividade jurisdicional decorrente da configuração da norma jurídica, não apenas como regra de observância e aplicação, mas segundo os defensores do neoconstitucionalismo, como princípios suscetíveis de ponderações e balanceamentos, sendo irrenunciável uma teoria da argumentação.⁶

O objetivo desse artigo é analisar as principais teses aventadas pelos defensores do neoconstitucionalismo e sua adequação ou compatibilidade com o ordenamento

³ MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 53.

⁴ BARROSO, Luiz Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil). **Themis: Revista da ESMEC** / Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará. Fortaleza, v. 4, n. 2, julho/dezembro, 2006, p. 20.

⁵ Nesse sentido, esclarece: “O pós-positivismo é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica constitucional, e a teoria dos direitos fundamentais, edificada sobre o fundamento da dignidade humana. A valorização dos princípios, sua incorporação, explícita ou implícita, pelos textos constitucionais e o reconhecimento pela ordem jurídica de sua normatividade fazem parte desse ambiente de reaproximação entre Direito e Ética”. Ressalta o autor que “o reconhecimento de normatividade dos princípios e sua distinção qualitativa em relação às regras é um dos símbolos do pós-positivismo” (BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. Começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 232, p.141-176, abr./jun. 2003. p.147).

⁶ Nesse sentido: “El Derecho – afirma Atienza – no puede entenderse exclusivamente como un sistema de normas, sino también como una práctica jurídica. El presupuesto de esta tesis es para Atienza, como es sabido, la convicción de que el Derecho tiene alguna conexión con la moral y que, en particular, los derechos fundamentales son valores; de suerte que una teoría de Derecho no puede no incluir una teoría da argumentación, sobre todo si quiere ser un instrumento para la solución de casos difíciles”. (FERRAJOLI, Luigi. **Principia Iuris**. Una Discusión Teórica. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante, Espanha, n. 31, 2008, p. 402-403).

constitucional brasileiro. A questão que se apresenta, portanto, é analisar se há que se falar em pós-positivismo e, portanto, em neoconstitucionalismo⁷ (ou constitucionalismo pós-moderno) e quais seriam as motivações e consequências de sua aplicação.

1 Do Constitucionalismo ao Neoconstitucionalismo

O constitucionalismo moderno surge nos séculos XVII e XVIII, marcado pelas Revoluções Inglesas (1649 e 1689), Americana (1776) e Francesa (1789), e sua trajetória está intrinsecamente ligada à limitação do poder do político.⁸ Essas revoluções formaram três modelos constitucionais que representariam a base do constitucionalismo: o modelo inglês, o norte-americano e o francês, sendo os dois últimos os definidores do constitucionalismo moderno.⁹

O Estado Constitucional de Direito, que decorre da consolidação do constitucionalismo, pressupõe dois momentos: o primeiro se deu com a elaboração do Estado Liberal, que inaugura a modernidade,¹⁰ representado pelas Cartas de boas intenções (proteção da liberdade do indivíduo frente ao Estado, com forte tendência individualista), mas de baixa normatividade o que revelou um hiato entre dogmática e a efetividade da constituição.¹¹

⁷ Neste trabalho utilizar-se-á o termo “neoconstitucionalismo” para designar a vertente de inspiração pós-positivista, que não se confunde com a expressão “novo constitucionalismo”, que se refere ao processo de redemocratização evidenciado em alguns países da América Latina, fruto de reivindicações sociais, que culminou na promulgação das constituições do Equador (2008) e da Bolívia (2009) e que tem sido designado por alguns estudiosos como o “novo constitucionalismo latino-americano”. Nesse sentido, recomenda-se a coletânea de textos reunidos na obra: (WOLKMER, Antônio Carlos; PETERS MELO, Milena (org). **Constitucionalismo Latino-Americano: tendências contemporâneas**. Curitiba: Juruá, 2013).

⁸ Nesse sentido, Ingo Wolfgang Sarlet adverte que “o fato é que as vertentes do constitucionalismo (...) são mais remotas, podendo ser encontradas já no período medieval, embora com amplo destaque para o constitucionalismo histórico e pensamento político e filosófico inglês”. Acerca do constitucionalismo, o mesmo autor esclarece que o modelo inglês segue marcando o constitucionalismo contemporâneo, que está em constante reconstrução, sendo que “a história do constitucionalismo moderno ainda está sendo escrita, e, portanto, está por ser escrita.” (SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 36-37).

⁹ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. p. 37).

¹⁰ OLIVEIRA NETO, José Francisco. **Estrita Legalidade e Atividade Jurisdicional**. [recurso eletrônico]. Itajaí: UNIVALI, 2012. Acesso: <http://www.univali.br/ppcj/ebook>. p. 51-52).

¹¹ O Constitucionalismo, nesse primeiro momento, passa a criar condições para que se pudesse pensar os direitos individuais. Nesse sentido, retrata Fioranti: “El constitucionalismo es concebido con el conjunto de doctrinas que aproximadamente a partir de la mitad del siglo XVII se han dedicado a recuperar en el horizonte de la constitución de los modernos el aspecto del límite y de la garantía. Obviamente, es cierto que no se puede sostener que el poder soberano que Hobbes y Rousseau habían situado en el centro de la constitución de los modernos fuese por ellos configurado como un poder arbitrario. Al contrario, era entendido por ellos como un poder llamado por los mismos individuos – a través del pacto social – a instituir una ley cierta, a través de la cual fuese posible estabilizar la vida y las posesiones de esos mismos individuos y, entonces, crear las condiciones para que se pudiesen comenzar a tomar forma los derechos individuales”. (FIORANTE, Maurizio. **Constitución**. De la antigüedad a nuestros días. Trad. Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 2001. p. 85-86).

O segundo momento foi no século XX quando ocorre uma virada social e se passa a pensar em outro conceito de Estado, não mais calcado no liberalismo clássico, mas em um Estado Social, atuante e voltado à satisfação do bem-estar coletivo, resultado dos movimentos totalitaristas, que significam acima de tudo a morte do sujeito de direitos. Estrutura essa também não adequada ao constitucionalismo contemporâneo.

Dessa forma, a união das liberdades do Estado Liberal com o caráter intervencionista e ativo do Estado Social marcou a ideia de um Estado Constitucional Democrático de Direito, que tem o seu momento concretizador nas constituições que emergiram do pós-guerra e que buscam proteger a própria democracia e prevenir novas experiências totalitárias (Italiana, 1947; Alemã 1949; Portuguesa 1976; Espanhola 1978).¹²

Antes da segunda guerra mundial não existia, de maneira tão evidente, a noção de supremacia constitucional em relação aos demais poderes instituídos,¹³ sendo a que a fonte do direito, por excelência, era a lei editada pelo parlamento. Os direitos fundamentais estariam protegidos na medida em que estivessem regulados pela legislação infraconstitucional. Depois da segunda guerra esse quadro foi alterado, o que levou as novas constituições dos países europeus a fortalecerem a jurisdição constitucional, instituindo mecanismos de proteção dos direitos fundamentais, mesmo em face do legislador ordinário.¹⁴

O Estado Democrático de Direito emergiu como o novo paradigma com a subordinação da própria lei, garantida por uma espécie de instância de legitimidade à Constituição. Isso porque todas essas constituições são fortemente marcadas por um amplo catálogo de Direitos Fundamentais, portanto, são constituições fortemente materializadas, que não se limitam a estabelecer a divisão dos poderes e a distribuição das competências, mas que incidem fortemente no desenho social, no plano da validade da própria democracia, na ciência jurídica e, principalmente, na atividade jurisdicional.

No eixo especificamente jurídico, o movimento constitucionalista do pós- guerra impôs uma revisão na teoria da norma (agora pensada em termos de normas-princípios

¹² AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. O constitucionalismo. In: FRANCISCO, José Carlos (coord.). **Neoconstitucionalismo e atividade jurisdicional**: do passivismo ao ativismo judicial. Belo Horizonte: Del Rey, 2012. p. 12.

¹³ Importante frisar que, diferentemente do que ocorreu nos Estados Unidos e na França, em alguns países da Europa, especificamente na Itália e na Alemanha, perdurou por muito tempo a ideia de uma constituição sem proteção efetiva, sendo que a ideia de supremacia constitucional ficou em estado de latência até a crise do Estado Liberal no final do séc. XIX e início do séc. XX, tendo o desenvolvimento dessa proteção só se dado a partir das Constituição Italiana de 1947 e da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha de 1949. Nos Estados Unidos e até mesmo no Brasil a força normativa da constituição já estava reconhecida desde as primeiras constituições. Nesse sentido: (MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 39-54).

¹⁴ SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais** – RBEC, n. 9, Belo Horizonte: Ed. Fórum – Instituto Brasileiro de Estudos Constitucionais – IBEC, janeiro/março 2009. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=56993>. Acesso: 25 de julho de 2014. p. 2.

e normas-regras) e do ordenamento (com a prevalência da ideia de que o direito se realiza na forma de um sistema aberto, dialógico).¹⁵

Diante dessa problemática e desafiada pela exigência de uma revisão teórica abrangente que consolide a superação do positivismo legalista, a doutrina jurídica contemporânea tem produzido uma fecunda discussão acerca do papel da Constituição e sua força normativa na ordem jurídica, tentando dimensionar seus efeitos na atividade jurisdicional e no desenvolvimento da democracia.¹⁶

Nesse contexto surge na doutrina o movimento denominado de neoconstitucionalismo. Os defensores do neoconstitucionalismo,¹⁷ inspirados na interpretação das obras de autores como Ronald Dworkin e Robert Alexy¹⁸ defendem que o constitucionalismo que adveio do pós-Guerra seria inovador por prever nos textos constitucionais mais princípios do que regras, o que revolucionaria o modo de aplicação das normas constitucionais, que agora deveriam ser feitas através da ponderação e não apenas por mera subsunção. Defendem ainda que essa ponderação deveria ser feita na avaliação do caso concreto, o que demandaria uma atuação mais efetiva do Poder Judiciário em relação à função Legislativa e Executiva. Assim, o modo de aplicação do direito deveria agora se basear precipuamente na constituição em detrimento da

¹⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1159.

¹⁶ Nesse sentido, Guastini defende a constitucionalização do direito e apresenta uma lista de sete condições que um ordenamento deve satisfazer para ser “impregnado” por normas constitucionais, a saber: 1) a existência de uma constituição rígida; 2) a garantia jurisdicional da constituição; 3) a força vinculante da constituição; 4) a “sobreinterpretação da constituição”; 5) a aplicação direta das normas constitucionais; 6) a interpretação da lei conforme à constituição; e 7) a influência da constituição sobre as relações políticas. (GUASTINI, Ricardo. La “constitucionalización” del ordenamiento jurídico: el caso italiano. In: CARBONELL, Miguel (org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Editorial Trotta, 2005. p. 50-57).

¹⁷ O termo “Neoconstitucionalismo” foi empregado por Suzanna Pozzolo “para determinar um certo modo antijuspositivista de se aproximar do direito”. (DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Suzanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição. São Paulo: Landy, 2006. p. 77). Após a publicação da coletânea intitulada **Neoliberalismo(s)**, organizada pelo jurista mexicano Miguel Carbonell e publicada na Espanha em 2003, a doutrina encontrou adeptos no Brasil, sendo seus principais defensores: Luiz Roberto Barroso, Antônio Cavalcanti Maia, Ana Paula de Barcellos, Écio Oto Ramos Duarte e Lênio Luiz Streck (sendo que este último passou a efetuar críticas contundentes à teoria, como se observa em recente publicação no site *conjur*, intitulada: **Eis porque abandonei o “neoconstitucionalismo”**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-mar-13/senso-incomum-eis-porque-abandonei-neoconstitucionalismo>. Acesso: 24 de julho de 2014).

¹⁸ Daniel Sarmiento distingue uma mudança de paradigma do direito constitucional brasileiro, que designa de pós-positivismo constitucional, com a chegada ao Brasil das teorias jurídicas pós-modernas, com a divulgação da teoria de autores como Ronald Dorkin e Robert Alexy, quando da publicação da 5ª edição da obra de Paulo Bonavides (Curso de Direito Constitucional) e de Eros Roberto Grau (A A Ordem Econômica na Constituição de 1988). O autor destaca também a importância da divulgação, em meados dos anos 90, das obras de John Rawls e Jurgen Habermas, filósofos que se voltaram para o estudo da relação entre Direito, Moral e Política. (SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC**, n. 9, Belo Horizonte: Ed. Fórum – Instituto Brasileiro de Estudos Constitucionais – IBEC, janeiro/março 2009, disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCnd=56993>. Acesso: 25 de julho de 2014. p. 9).

legislação, e tendo em vista sua carga valorativa e principiológica, deveria ser concretizada em última instância pelo Poder Judiciário.

Na esteira desse pensamento, os neoconstitucionalistas passam a alegar a necessidade de superação do positivismo jurídico pelo pós-positivismo ou, ainda, do constitucionalismo pelo advento do pós-constitucionalismo.¹⁹

2 Neoconstitucionalismo: Principais Teses

Segundo Sarmento,²⁰ a categoria neoconstitucionalismo não é utilizada no debate norte-americano ou alemão, tendo sido o termo cunhado na Espanha e na Itália e encontrado eco na doutrina brasileira após a publicação da coletânea intitulada *Neoconstitucionalismo(s)*, organizada pelo jurista mexicano Miguel Carbonell e publicada na Espanha em 2003.

Cumprе ressaltar que não existe ainda um conceito inequívoco para essa categoria, o que existe é uma pluralidade de autores, concepções e perspectivas acerca do termo. Miguel Carbonell²¹ esclarece que existe um ponto comum entre os autores: o de que se está a falar de um novo modelo de Estado Constitucional, ou no caso da indeterminação do conceito, de vários (neo)constitucionalismos. Luis Prieto Sanchís²² elenca três notas distintivas acerca do termo, a saber:

Primera, una tesis que pudiéramos llamar metodológica o conceptual dirigida al corazón mismo del positivismo y que viene a sostener la relación necesaria entre Derecho y moral y la primacía de llamado punto de vista interno, si no en todo sistema jurídico (que a veces esto también), sí al menos en los sistemas constitucionales. Segunda, una

¹⁹ Nesse sentido, BARROSO, Luiz Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 349, pontua que a ultrapassagem histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo, que ensejou o conjunto de reflexões intitulado genericamente de pós-positivismo. E ainda: “A superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação. O pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas. A interpretação e aplicação do ordenamento jurídico devem ser inspiradas por uma teoria da justiça, mas não podem comportar voluntarismos ou personalismos, sobretudo os judiciais. No conjunto de ideias ricas e heterogêneas que procuram abrigar em esse paradigma em construção, incluem-se a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regra; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica constitucional; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana. Nesse ambiente, promove-se uma reaproximação entre o Direito e a Filosofia”. BARROSO, Luiz Roberto. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil)*. **Themis: Revista da ESMEC / Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará**. Fortaleza, v. 4, n. 2, julho/dezembro, 2006. p. 20.

²⁰ SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC**, n. 9, Belo Horizonte: Ed. Fórum – Instituto Brasileiro de Estudos Constitucionais – IBEC, janeiro/março 2009, disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=56993>. Acesso: 25 de julho de 2014. p. 1.

²¹ CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Editorial Trotta, 2003. p. 9.

²² SANCHÍS, Luis Prieto. Principia Iuris: una teoría del derecho no (neo)constitucionalista para el estado constitucional. **Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Alicante, n. 31 (2008). p. 329.

concepción muy vigorosa de la fuerza normativa de la Constitución que hace de ésta una norma directa e inmediatamente aplicable por los jueces, sin necesidad de interpositivo legislativo. Y tercera, una visión conflictualista de las normas sustantivas de la Constitución y en especial de los derechos fundamentales, que son concebidos al modo de los <principios> (y no de la <reglas>) y que reclaman el desarrollo de una depurada argumentación jurídica.

Da defesa comum da constitucionalização²³ do ordenamento e da teoria do direito, surge o neoconstitucionalismo como contraponto ideológico, teórico e metodológico ao positivismo jurídico.²⁴

Como contraponto **teórico** o neoconstitucionalismo defende um modelo de sistema jurídico que possui como características: i) a presença de uma Constituição invasora e rígida; ii) a positivação de um amplo catálogo de direitos fundamentais; iii) a Constituição como um conjunto de princípios e de regras; e iv) método peculiar de interpretação e aplicação das normas constitucionais. Tais características contrastam com o apego demasiado ao caráter legislativo e ao formalismo interpretativo do positivismo jurídico.²⁵

No plano **ideológico**, Comanducci²⁶ entende que o neoconstitucionalismo se distingue do constitucionalismo liberal da modernidade quando põe em segundo plano o objetivo de limitação das esferas do poder estatal e prioriza a garantia de direitos fundamentais. A Constituição seria o centro do ordenamento jurídico em torno do qual gravita toda a legislação e, sobretudo, as funções legislativas, administrativas e judiciais.

No plano **metodológico** sustentam os neoconstitucionalistas que a positivação dos direitos fundamentais representou a incorporação de valores morais ao ordenamento jurídico e que, dessa forma, se consolida a conexão entre Direito e Moral, sendo esta a justificativa daquele (COMANDUCCI, 2005, p. 87).²⁷ Diante disso, a interpretação jurídica não poderia mais se justificar na teoria da subsunção da norma ao caso concreto, sendo necessária a ponderação dos princípios constitucionais fundamentais.²⁸

²³ Nesse sentido, Guastini define a constitucionalização como “un proceso de transformación de un ordenamiento al término del cual el ordenamiento en cuestión resulta totalmente <impregnado> por las normas constitucionales”. (GUASTINI, Ricardo. La “constitucionalización” del ordenamiento jurídico: el caso italiano. In: CARBONELL, Miguel (org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. p. 49.

²⁴ FIGUEROA, Alfonso García. La teoría del derecho en tiempos de constitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel (org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Editorial Trotta, 2005. p. 170-172.

²⁵ COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. In: CARBONELL, Miguel (org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Editorial Trotta, 2005. p. 85.

²⁶ COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. In: CARBONELL, Miguel (org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. p. 85.

²⁷ Essa tese rompe com os postulados positivistas da separação entre Direito e Moral e que é possível distinguir e identificar o Direito como “ser” (aspecto descritivo) e o Direito como “dever ser” (aspecto valorativo e prescritivo). Ainda propugna o ressurgimento dos postulados jusnaturalistas, agora fundamentados em bases discursivo-argumentativas que, em grande medida, têm sido utilizadas na determinação dos direitos humanos.

²⁸ Na esclarecedora síntese de Atienza: “La diferencia entre la concepción positivista de Ferrajoli y una concepción no positivista como la que en los últimos tiempos han defendido autores como DWORKIN,

As mudanças propostas pelo neoconstitucionalismo, que no Brasil se manifestam após a Constituição de 1988, possuem uma relação de causa e efeito que podem ser encadeadas da seguinte forma: a) as constituições do pós-guerra são caracterizadas como principiológicas (mais instituição de princípios do que regras); b) o critério de interpretação e aplicação dos princípios seria da ponderação e não a mera subsunção; c) a atividade da ponderação exigiria uma maior atuação do Poder Judiciário; e, por fim d) a forte carga principiológica levaria a uma preferência pela aplicação da constituição ao caso concreto em detrimento da legislação.²⁹

Essa positivação de princípios, e não apenas de regras, e a necessidade de decisão quando do conflito entre princípios constitucionais abriram espaço para a atuação direta do Poder Judiciário, que passou a desenvolver outras técnicas de interpretação, substituindo a prática da subsunção pela da ponderação e ainda pela incorporação do princípio da proporcionalidade nas decisões.³⁰ Desse modo, a atividade jurisdicional acabou por incorporar ao direito elementos que o positivismo clássico costumava desprezar, como considerações acerca da natureza moral subjacente às normas.³¹

Essa nova prática judicial surge mais notadamente no Brasil, acredita-se, depois que alguns “casos difíceis”³² – para os quais não havia uma resposta legislativa eficiente

NINO o ALEXY no radica en que estos últimos ignoren la diferencia entre el Derecho y la moral o que su orientación sea <tendencialmente> iusnaturalista. Se sitúa en otro lugar. Estos últimos, en efecto, consideran que el Derecho tiene, además de un componente autoritativo (el único que FERRAJOLI parece tener en cuenta), otro de carácter valorativo. Eso es lo que le lleva a DWORKIN a considerar el Derecho como una práctica interpretativa en la que los fines y valores de la misma juega en un papel determinante; a ALEXY, a identificar en el concepto de Derecho un elemento de idealidad, una <pretensión de corrección; y a NINO, a defender la tesis de que las normas jurídicas no suponen por sí mismas razones justificativas autónomas, de manera que el razonamiento jurídico debe ser considerado como un razonamiento abierto hacia las razones morales. Lo que se sigue de ahí es que el Derecho no puede ser entendido exclusivamente como un sistema de normas, sino también como una práctica social”. (ATIENZA, Manuel. **Tesis Sobre Ferrajoli**. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante, n.31 (2008). p. 215.)

²⁹ ÁVILA, Humberto. Neoconstitucionalismo: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. **Revista Eletrônica de Direito do Estado** (REDE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 17, janeiro/fevereiro/março, 2009. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>. Acesso: 17 de julho de 2014. p. 2.

³⁰ Acerca do princípio da proporcionalidade e sua aplicação pelo Supremo Tribunal Federal, é pertinente a crítica de Virgílio Afonso da Silva, quando analisou o emblemático caso Ellwanger: “Em decisão recente, no muito comentado caso Ellwanger, alguns ministros recorreram à regra da proporcionalidade como se ela fosse uma espécie de ‘varinha mágica’, capaz de resolver problemas de colisão entre direitos, sem grandes considerações substanciais sobre os direitos envolvidos e, mais do que isso, sem grandes considerações substanciais sobre qual a concepção que o Supremo Tribunal Federal e seus ministros têm sobre o papel dos direitos fundamentais no sistema jurídico brasileiro.” (SILVA, Virgílio Afonso. **A constitucionalização do direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 108).

³¹ SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais** – RBEC, n. 9, Belo Horizonte: Ed. Fórum – Instituto Brasileiro de Estudos Constitucionais – IBEC, janeiro/março 2009, disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=56993>. Acesso: 25 de julho de 2014. p. 3.

³² Nesse sentido: DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de notas de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. Capítulo 4 e 5 e ainda ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Tradução de Luiz Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

ou imediata e nos quais restava flagrante a colisão entre princípios constitucionais – foram submetidos à análise do Poder Judiciário, especialmente ao STF, como o exercício do direito de greve pelos servidores públicos civis, a questão da união homoafetiva, a interrupção de gravidez de feto anencéfalo, a discussão acerca da validade das pesquisas em células troncos embrionárias, que, diante da omissão legislativa, o Poder Judiciário acabou por assumir uma prática ativista na resolução desses conflitos e em alguns casos, inclusive, fundamentando suas decisões em princípios constitucionais sem mediação legislativa.³³

Na práxis judicial, o drama da discricionariedade se materializa tanto por conta do solipsismo e arbitrariedade das decisões judiciais, quanto pela utilização retalhada das propostas de interpretação e aplicação presentes nas teorias contemporâneas da decisão judicial, que acaba por colocar em risco a autonomia do Direito, bem como a própria legitimidade do Estado Democrático de Direito.

Todas essas teses apontadas culminam no principal argumento dos doutrinadores que defendem o neoconstitucionalismo: a superação da dogmática jurídica tradicional, a necessidade de aprofundamento da teoria crítica do direito, a superação do positivismo jurídico e a identificação com o chamado direito pós-moderno.³⁴

3 Objeções ao Neoconstitucionalismo

Após apontar as principais características do neoconstitucionalismo, tal como é percebido especialmente no Brasil, cabe fazer algumas considerações críticas acerca das suas propostas.

Quanto ao plano teórico, ou normativo, acima elencado, o principal argumento seria que as constituições do pós-guerra instituíram em seu texto mais princípios do que regras e, ainda, que a Constituição Brasileira de 1988, de matriz principiológica, seria um exemplo de ruptura com o constitucionalismo tradicional.³⁵

Partindo da premissa que não é possível falar de um ordenamento jurídico composto exclusivamente de regras (o que inviabilizaria a interpretação) ou

³³ Outro exemplo dessa atuação seria o julgamento da Rcl. n. 4335-AC, em que os Ministros do Supremo Tribunal Federal (STF), Gilmar Mendes e Eros Graus, identificaram o que chamaram de mutação constitucional do art. 52, X, da Constituição de 1988.

³⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Notas sobre o direito constitucional pós-moderno, em particular sobre certo neoconstitucionalismo à brasileira. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 250, p. 151-167, jan/abr 2009. p. 157.

³⁵ Nesse sentido, adverte Antônio Cavalcante Maia: “A Constituição Federal de 1988, de matriz principiológica, nitidamente inspirada nas constituições Ibéricas – frutos dos vitoriosos movimentos democráticos da década de 70 –, introduziu uma nova configuração no âmbito do direito público: um texto que extravasa os limites do constitucionalismo tradicional, de corte liberal, albergando na Lei Maior um extenso elenco de direitos fundamentais, bem como incorporando, através dos princípios, opções valorativas e, por meio de diretrizes, compromissos políticos.” (MAIA, Antônio Cavalcanti. As transformações dos sistemas jurídicos contemporâneos: apontamentos acerca do neoconstitucionalismo. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, n. 16, maio-junho-julho-agosto, 2007. Disponível no site: <http://www.direitopublico.com.br> Acesso: 18 de julho de 2014. p. 5).

exclusivamente de princípios (o que desencadearia a falta de precisão normativa),³⁶ resta delimitar o campo de atuação de cada um deles. Enquanto os princípios possuem um menor grau de determinação e, portanto, maior margem de ponderação, as regras por possuírem maior grau de exatidão têm a função de eliminar ou reduzir problemas de coordenação, conhecimento e controle do poder.³⁷

O argumento utilizado pelos neoconstitucionalistas, que na Constituição Brasileira de 1988 o constituinte optou, primordialmente, pela instituição de princípios não se sustenta. Embora no seu Título I ela institua princípios, todo o restante do texto é composto de alguns princípios, mas fundamentalmente de regras, como se verifica nos Títulos seguintes quando cuida de instituir os Direitos e Garantias Fundamentais, a Organização do Estado e distribuição de competências, a Organização dos Poderes, Tributação e Orçamento e outros. A Constituição Brasileira de 1988 é praticamente composta por regras que instituem os poderes, atribuem competência, definem procedimentos e direitos.³⁸

Nesse sentido, a Constituição Brasileira de 1988 é classificada de analítica por revelar um texto longo, minucioso e que, mesmo dotada de normas de caráter principiológico, possui mais regras, o que demonstra a clara opção do legislador constituinte em limitar a atuação, liberdade de conformação e discricionariedade dos poderes constituídos.³⁹

³⁶ ROTHENBURG, Walter Claudius. As exigências de uma concepção jurídica baseada em princípios. In: FRANCISCO, José Carlos (coordenador e coautor). **Neoconstitucionalismo e atividade jurisdicional: do passivismo ao ativismo judicial**. Belo Horizonte: Del Rey, 2012. p. 90-92.

³⁷ ÁVILA, Humberto. Neoconstitucionalismo: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 17, janeiro/fevereiro/março, 2009. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>. Acesso: 17 de julho de 2014. p. 4. Ainda, para uma distinção entre princípios e regras: “(...) pode-se definir os princípios como normas que estabelecem diretamente fins, para cuja concretização estabelecem com menor exatidão qual o comportamento devido (menor grau de determinação da ordem e maior generalidade dos destinatários), e por isso dependem mais intensamente da sua relação com outras normas e de atos institucionalmente legitimados de interpretação para a determinação da conduta devida. As regras podem ser definidas como normas que estabelecem indiretamente fins, para cuja concretização estabelecem com maior exatidão qual o comportamento devido (maior grau de determinação da ordem e maior especificação dos destinatários), e por isso dependem menos intensamente da sua relação com outras normas e de atos institucionalmente legitimados de interpretação para a determinação da conduta devida.” (ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº. 4, julho, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso: 27 de julho de 2014.)

³⁸ ÁVILA, Humberto. Neoconstitucionalismo: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 17, janeiro/fevereiro/março, 2009. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>. p. 4-6.

³⁹ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 57-58. Nesse sentido, reitera ainda Manoel Gonçalves Ferreira Filho o caráter dirigente da Constituição Brasileira de 1988: “Caso flagrante é o tratamento dado à Constituição de 1988. Esquecidos da tese de que seria uma constituição dirigente, que muitos dos neoconstitucionalistas até há pouco sustentavam, hoje veem nela o modelo de uma constituição pós-moderna, uma constituição de princípios que prevalecem sobre as regras, uma constituição principiológica. Ora, já foi demonstrado cabalmente que, no texto de 1988, predominam regras e não princípios. Seria ela, no máximo — e a observação é minha —, uma constituição aberta, no sentido que

Regras e princípios possuem funções diferentes no ordenamento constitucional brasileiro, nem há que se falar em primazia de um sobre o outro. Justamente pelo caráter analítico e dirigente da Constituição de 1988, o legislador constituinte tratou de oferecer soluções normativas diretamente aplicáveis a eventuais conflitos e ainda possibilitou a regulação através de normas infraconstitucionais, como função típica do Poder Legislativo.⁴⁰ Nesse sentido, não cabe ao intérprete afastar a incidência de uma regra (seja constitucional ou infraconstitucional) por meio de uma ponderação de princípios eventualmente aplicáveis. Se, por exemplo, a constituição proíbe o uso da prova obtida por meio ilícito, resta que não cabe ao intérprete deixar de aplicar a regra ou flexibilizar o que o constituinte, objetivamente, quis enrijecer.⁴¹

Ainda sobre o marco teórico do neoconstitucionalismo (a defesa da primazia dos princípios) e no campo ideológico (constitucionalização do direito e primazia da constituição e dos princípios fundamentais como norteador da atividade judicial), cumpre analisar a questão metodológica ou a chamada “nova” hermenêutica: da subsunção à ponderação.⁴²

A normatividade dos princípios não é novidade no ordenamento constitucional brasileiro, nem mesmo conquista que possa caracterizar o advento do pós-positivismo. O uso dos princípios está previsto no art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

O positivismo jurídico não é incompatível com o uso de princípios e recursos valorativos de interpretação. A questão pode ser verificada com a teoria da heterointegração das normas a partir de Norberto Bobbio,⁴³ que deve ser lida pela ideia

Canotilho (1998:1033) dá à expressão.” (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Notas sobre o direito constitucional pós-moderno, em particular sobre certo neoconstitucionalismo à brasileira. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 250, p. 151-167, jan/abr 2009. p. 156).

⁴⁰ Nesse sentido vale ressaltar a norma constitucional expressa no artigo 5º, inciso II, da CRFB/88: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Ainda o parágrafo único do artigo 1º: “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos, ou diretamente, nos termos dessa constituição.” (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 49. ed. São Paulo: Saraiva, 2014).

⁴¹ Nesse sentido: “Em recente decisão a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) considerou válida a prova consistente em gravação telefônica produzida por detetive particular, a pedido da mãe da vítima menor, em telefone de sua residência, utilizada para fundamentar a condenação do réu. O Tribunal de Justiça capixaba entendeu que a conduta atribuída ao réu feriu direitos fundamentais da vítima. E, existindo outras provas, como depoimentos de testemunhas, é possível a ponderação entre princípios jurídicos em colisão – no caso, o princípio da inviolabilidade do sigilo telefônico e o princípio da dignidade da pessoa humana. Afastou-se o primeiro porque o outro, de peso superior, foi violado”. O argumento utilizado pelo Ministro Rogério Schietti Cruz, ao afastar a vedação constitucional do uso de prova ilícita, foi o princípio da proporcionalidade. Notícia veiculada em: <http://boletimjuridico.publicacoesonline.com.br/stj-sexta-turma-admite-prova-gravada-pela-mae-de-menor-no-telefone-da-propria-casa/>

⁴² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O papel político do judiciário e suas implicações. In: FRANCISCO, José Carlos. (coord.) **Neoconstitucionalismo e atividade jurisdicional: do passivismo ao ativismo judicial**. Belo Horizonte: Del Rey, 2012. p. 223.

⁴³ Nesse sentido: “Para se completar um ordenamento jurídico pode-se recorrer a dois métodos diferentes que podemos chamar, segundo a terminologia de Carnelutti, de heterointegração e de autointegração. O primeiro método consiste na integração operada através de: a) recursos a ordenamentos diversos; b) recurso a fontes diversas daquela que é dominante (identificada, nos ordenamentos que temos sob os

de um direito constitucional aberto e uma estrutura constitucional que já garante essa possibilidade, como presente na cláusula de abertura (ou flexibilização das fontes) do parágrafo 2º do artigo 5º da CRFB/88, que amplia significativamente o rol dos direitos fundamentais.⁴⁴

Daí a sustentar que os princípios constitucionais devem ser ponderados, sempre que puderem servir de fundamento para uma decisão, em detrimento da regra gera alguns equívocos. Nesse sentido, Ávila⁴⁵ adverte para um “anti-escalonamento” da ordem jurídica em que níveis de concretização normativa relacionados hierarquicamente cederiam a um só nível normativo para a decisão, no caso, os princípios constitucionais, que dado o caráter de sua abrangência poderiam ser utilizados em todas as decisões, sendo as limitações legislativas aos direitos fundamentais esvaziadas, tendência essa nociva da excessiva constitucionalização do direito.

Essa opção do intérprete pela primazia dos princípios constitucionais na fundamentação da decisão leva o Poder Judiciário a exercer um papel político que afeta diretamente a própria definição da democracia moderna, baseada na separação dos poderes, e que institui o Poder Legislativo com a função de legislar e, se assim achar conveniente aos propósitos coletivos, limitar a abrangência dos direitos fundamentais.⁴⁶

A opção pela ponderação dos princípios como norteadora da interpretação pode

olhos, com a Lei). O segundo método consiste na integração cumprida através do mesmo ordenamento, no âmbito da mesma fonte dominante, sem recorrência a outros ordenamentos e com o mínimo recurso a fontes diversas da dominante”. BOBBIO. Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 6. ed. Brasília: UNB, 1995. p. 146-147.

⁴⁴ O STF já considerou nesse sentido, especificamente, no voto do ministro Gilmar Mendes no Recurso Extraordinário 466.343/SP, interposto pelo banco Bradesco contra acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, que deixou de impor a prisão civil do depositário infiel, por entendê-la inconstitucional. O Ministro, ao defender a supralegalidade dos tratados de Direitos Humanos, primeiro faz uma crítica à jurisprudência do STF e aponta para a necessidade de dar efetividade à proteção dos Direitos Humanos. Em sua exposição o ministro afirma que os tratados de Direito Humanos têm o condão de paralisar a eficácia de toda e qualquer norma infraconstitucional. Tratando-se do caso específico, afirmou que a previsão constitucional do depositário infiel não foi revogada, mas deixou de ter aplicabilidade diante do efeito paralisante desses tratados em relação à legislação infraconstitucional que disciplina a matéria. Nesse sentido, aponta o deslinde da Ação Penal 470 (conhecida por “mensalão”), sendo que um dos argumentos da defesa é que lhes seja oportunizado *novo julgamento* em razão de ter o STF afrontado a regra do duplo grau de jurisdição, prevista no artigo 8º, inciso 2, letra h, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. De fato, ainda que o tribunal interamericano não revise “penas”, pode perfeitamente condenar o Estado brasileiro a dar a oportunidade de novo julgamento a todos os réus que não detinham foro por prerrogativa de função à época do julgamento. Existe inclusive um precedente, já julgado pela Corte Interamericana sobre o assunto. Trata-se do *Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela*, julgado pela Corte em 17 de novembro de 2009, ocasião em que o tribunal da OEA entendeu que a Venezuela violou o direito ao duplo grau de jurisdição ao não oportunizar ao Sr. Barreto Leiva o direito de apelar para um tribunal superior.

⁴⁵ ÁVILA, Humberto. Neoconstitucionalismo: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 17, janeiro/fevereiro/março, 2009. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>. Acesso: 17 de julho de 2014. p. 8.

⁴⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O papel político do judiciário e suas implicações. In: FRANCISCO, José Carlos. (coord.) **Neoconstitucionalismo e atividade jurisdicional: do passivismo ao ativismo judicial**. Belo Horizonte: Del Rey, 2012. p. 231.

ocasionar a desvalorização da força normativa da regra e abre espaço para uma atuação ativista⁴⁷ do Poder Judiciário, que afronta o exercício regular do princípio democrático na medida em que desvaloriza a função legislativa de produção do direito.⁴⁸ Se existe uma regra (constitucional ou infraconstitucional) aplicável à solução do caso concreto, essa só pode ser afastada quando incompatível com a constituição e não para “adequar” a decisão ao que o intérprete julga adequado. O uso indiscriminado da técnica da ponderação acaba por conduzir a um excessivo subjetivismo da decisão judicial e perda substancial da normatividade do direito.⁴⁹

Essa tendência neoconstitucionalista tomou força no Brasil, especialmente pelo seu uso nos Tribunais Superiores, quando esses foram confrontados com temas impregnados de conteúdos morais e passaram a intervir de forma mais ativa no processo político, sendo que suas decisões refletiram de forma direta na atuação dos demais poderes. Uma das razões que se pode apontar para esse fenômeno é a crise de representatividade e a descrença da população em relação aos demais poderes no que se refere à efetivação de direitos constitucionais e das políticas públicas.⁵⁰

Em síntese, poder-se-ia levantar três objeções ao neoconstitucionalismo: a) que a ênfase na atuação do Poder Judiciário é antidemocrática; b) a supervalorização da técnica da ponderação de princípios em detrimento das regras e subsunção não é adequada ao ordenamento constitucional brasileiro, que se caracteriza precipuamente pela instituição de regras (constitucionais e infraconstitucionais); c) a tendência excessiva de “constitucionalização do direito” conduz a um menosprezo da lei (sem que ocorra a declaração de inconstitucionalidade dela), que contraria o princípio da separação dos poderes e a própria essência da democracia.⁵¹

⁴⁷ Nesse sentido, adverte Ronald Dworkin que “o ativismo é uma forma virulenta de pragmatismo jurídico. Um juiz ativista ignoraria o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpretá-la e as duradouras tradições de nossa cultura política. O ativista ignoraria tudo isso para impor a outros poderes do Estado seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige. O direito como integridade condena o ativismo e qualquer prática de jurisdição constitucional que lhe esteja próxima.” (DWORKIN, 1999, p. 452).

⁴⁸ ÁVILA, Humberto. Neoconstitucionalismo: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 17, janeiro/fevereiro/março, 2009. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>. Acesso: 17 de julho de 2014. p. 8.

⁴⁹ ÁVILA, Humberto. Neoconstitucionalismo: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 17, janeiro/fevereiro/março, 2009. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>. Acesso: 17 de julho de 2014. p. 9.

⁵⁰ SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. *In: Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*, n. 9, Belo Horizonte: Ed. Fórum – Instituto Brasileiro de Estudos Constitucionais – IBEC, janeiro/março 2009, disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=56993>. Acesso: 25 de julho de 2014. p. 10-11.

⁵¹ No sentido desse entendimento estão: SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. *In: Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*, n. 9, Belo Horizonte: Ed. Fórum – Instituto Brasileiro de Estudos Constitucionais – IBEC, janeiro/março 2009, disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=56993>. Acesso: 25 de julho de 2014. p. 11; FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Notas sobre o direito constitucional pós-moderno, em particular sobre certo neoconstitucionalismo à brasileira. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 250,

Considerações finais

Do exposto é possível concluir que não existem mudanças significativas que possam ser verificadas nas constituições mais recentes com o modelo de constitucionalismo moderno. O constitucionalismo do Estado Liberal adaptou-se ao modelo do Estado Social, muito embora não tenha ainda satisfeito suas propostas no plano da efetividade.

Os defensores da doutrina do neoconstitucionalismo advogam a superação do positivismo pelo pós-positivismo, com base no momento do constitucionalismo recente, que reconhece a força normativa da constituição, a expansão da jurisdição constitucional e, portanto, a necessidade do desenvolvimento de uma nova dogmática constitucional com reflexo direto na aplicação do direito.

Nesse sentido, as principais teses levantadas são a constitucionalização do ordenamento jurídico e a supremacia dos princípios sobre as regras na aplicação do direito. Assim, a decisão judicial deveria privilegiar a técnica da ponderação, sempre que eventual princípio constitucional pudesse ser aplicado ao caso concreto, em detrimento da mera subsunção, típica do formalismo legalista.

Ocorre que o uso dos princípios na interpretação e aplicação do direito não é incompatível com o positivismo jurídico. Nem se pode negar que, quando se trata de concretizar os direitos e garantias fundamentais, o Poder Judiciário está legitimado a atuar substancialmente para esse fim. Entretanto, o risco da doutrina chamada de neconstitucionalismo está no recorte enviesado que é feito de alguns autores, como Ronald Dworkin e Robert Alexy, que acabou por elevar a ponderação a um princípio que se manifesta como arbítrio e que dissemina o ativismo judicial em detrimento da segurança jurídica e da democracia representativa.

Por fim, cumpre observar que para se falar em uma nova dogmática constitucional, especificamente a partir da análise do sistema constitucional brasileiro, formado por um sistema misto de controle judicial (que combina a herança do sistema de *judicial review* com o controle abstrato concentrado), a investigação dos limites e possibilidades da jurisdição constitucional deve ser criteriosa e não apenas absorver teorias elaboradas para ordenamentos jurídicos distintos sem observar nossa singularidade.

p. 151-167, jan/abr 2009. p. 164; ÁVILA, Humberto. Neoconstitucionalismo: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 17, janeiro/fevereiro/março, 2009. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>. Acesso: 17 de julho de 2014. p. 10; FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O papel político do judiciário e suas implicações. In: FRANCISCO, José Carlos. (coord.) **Neoconstitucionalismo e atividade jurisdicional: do passivismo ao ativismo judicial**. Belo Horizonte: Del Rey, 2012. p. 231-241.

Referências

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Tradução de Luiz Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. O constitucionalismo. In: FRANCISCO, José Carlos (coord.). **Neoconstitucionalismo e atividade jurisdicional**: do passivismo ao ativismo judicial. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

ATIENZA, Manuel. **Tesis Sobre Ferrajoli**. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante, n.31 (2008).

ÁVILA, Humberto. Neoconstitucionalismo: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 17, janeiro/fevereiro/março, 2009. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>. Acesso: 17 de julho de 2014.

ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº. 4, julho, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso: 27 de julho de 2014.

BARROSO, Luiz Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil). **Themis: Revista da ESMEC / Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará**. Fortaleza, v. 4, n. 2, julho/dezembro, 2006.

_____. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____; BARCELLOS, Ana Paula de. Começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 232, p.141-176, abr./jun. 2003.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 6. ed. Brasília: UNB, 1995.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 49. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. In: CARBONELL, Miguel (org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Editorial Trotta, 2005.

DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Suzanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição. São Paulo: Landy, 2006.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de notas de Nelson Boeira. São Paulo. Martins Fontes, 2002.

_____. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FIGUEROA, Alfonso García. La teoría del derecho en tiempos de constitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel (org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Editorial Trotta, 2005.

FIORANTE, Maurizio. **Constitución. De la antigüedad a nuestros días**. Trad. Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. **Principia Iuris**. Una Discusión Teórica. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante, Espanha, n. 31, 2008.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Notas sobre o direito constitucional pós-moderno, em particular sobre certo neoconstitucionalismo à brasileira. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 250, p. 151-167, jan/abr 2009.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O papel político do judiciário e suas implicações. In: FRANCISCO, José Carlos. (coord.) **Neoconstitucionalismo e atividade jurisdicional: do passivismo ao ativismo judicial**. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

FRANCISCO, José Carlos (coordenador e coautor). **Neoconstitucionalismo e atividade jurisdicional: do passivismo ao ativismo judicial**. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

GUASTINI, Ricardo. La “constitucionalización” del ordenamiento jurídico: el caso italiano. In: CARBONELL, Miguel (org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Editorial Trotta, 2005.

MAIA, Antônio Cavalcanti. As transformações dos sistemas jurídicos contemporâneos: apontamentos acerca do neoconstitucionalismo. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, n. 16, maio-junho-julho-agosto, 2007. Disponível no site: <http://www.direitopublico.com.br> Acesso: 18 de julho de 2014.

MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

OLIVEIRA NETO, José Francisco. **Estrita Legalidade e Atividade Jurisdicional**. [recurso eletrônico]. Itajaí: UNIVALI, 2012. Acesso: <http://www.univali.br/ppcj/ebook>

ROTHENBURG, Walter Claudius. As exigências de uma concepção jurídica baseada em princípios. In: FRANCISCO, José Carlos (coordenador e coautor). **Neoconstitucionalismo e atividade jurisdicional: do passivismo ao ativismo judicial**. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

SANCHÍS, Luis Prieto. Principia Iuris: una teoría del derecho no (neo)constitucionalista para el estado constitucional. **Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Alicante, n. 31 (2008).

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC**, n. 9, Belo Horizonte: Ed. Fórum – Instituto Brasileiro de Estudos Constitucionais – IBEC, janeiro/março 2009, disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=56993>. Acesso: 25 de julho de 2014.

SILVA, Virgílio Afonso. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2011.

WOLKMER, Antônio Carlos; PETERS MELO, Milena (org.). **Constitucionalismo Latino-Americano**: tendências contemporâneas. Curitiba: Juruá, 2013.

Recebido em: 15 de outubro de 2014

Aceito em: 26 de janeiro de 2015