

CONSIDERAÇÕES TEÓRICAS SOBRE A NOÇÃO DE NEOCONSTITUCIONALISMO

THEORETICAL CONSIDERATIONS ON THE CONCEPT OF
NEOCONSTITUTIONALISM

CONSIDERACIONES TEÓRICAS SOBRE EL CONCEPTO DE
NEOCONSTITUCIONALISMO

Renê Chiquetti RODRIGUES¹

José Renato Gaziero CELLA²

SUMÁRIO: Introdução. 1.Neoconstitucionalismo como novo paradigma do direito. 2. Novo direito constitucional ou paleoconstitucionalismo? Conclusão. Referências.

RESUMO: A expressão *neoconstitucionalismo* ingressou definitivamente em nosso léxico jurídico como modo de explicar as recentes mudanças experienciadas com o advento de uma nova constituição no Brasil. Partindo de uma rigorosa análise de dois relevantes estudos empreendidos por Luís Roberto Barroso e Dimitri Dimoulis, o presente estudo investiga a questão do significado do termo *neoconstitucionalismo* tendo por objetivo demonstrar que, em que pese as inegáveis mudanças e significativas contribuições sociais e políticas proporcionadas pela Constituição de 1988, o fenômeno amplamente denominado com o referido termo sustenta-se em premissas fortemente questionáveis do ponto de vista histórico, teórico e filosófico, sendo uma expressão demasiadamente imprecisa.

PALAVRAS-CHAVE: Constituição, positivismo jurídico, moralismo, hermenêutica.

ABSTRACT: The expression neoconstitutionalism definitely joined in our legal lexicon as a way to explain the recent changes experienced with the advent of a new constitution in Brazil. Based on a rigorous analysis of two relevant studies undertaken by Luís Roberto Barroso and Dimitri Dimoulis, this study investigates the question of

¹ Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Pós-graduando em Filosofia Moderna e Contemporânea pela mesma Instituição e em Direito Constitucional Contemporâneo pelo Instituto de Direito Constitucional e Cidadania (IDCC). Advogado. E-mail: rene.rodrigues@outlook.com

² Doutor em Filosofia e Teoria do Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), Mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Professor do Programa de Pós-graduação (Mestrado acadêmico) em Direito da Faculdade Meridional (IMED) e do curso de Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR)

Artigo submetido em 08/12/2013 e aprovado em 09/05/2014.

the meaning of the term *neoconstitutionalism* with the objective to demonstrate that, in spite of the undeniable changes and significant contributions and policies provided by the 1988 Constitution, the phenomenon widely referred to that term is based on assumptions highly questionable from a historical perspective, theoretical and philosophical, being an expression too vague.

KEYWORDS: Constitution, legal positivism, morality, hermeneutics.

INTRODUÇÃO

Nas últimas décadas, o direito brasileiro sofreu significativas mudanças que podem ser facilmente observadas tanto na prática forense como no âmbito da dogmática jurídica, alterando-se a tradicional relação entre a práxis e a teoria jurídica e modificando nossa própria percepção do fenômeno jurídico. Tais mudanças têm sido atribuídas ao advento do texto constitucional promulgado em 1988, responsável pela transição de uma sociedade controlada por um regime ditatorial e autoritário para um Estado democrático de direito, proporcionando, conjuntamente, o mais longo período de estabilidade institucional da história republicana do país.

Em que pese tais contribuições substanciais operadas pela nova Carta Constitucional, é possível afirmar que o “Direito vive uma grave crise existencial” (BARROSO, 2007, p. 2) tendo em vista não mais conseguir entregar os dois produtos que fizeram sua reputação ao longo dos séculos: a justiça e a segurança. Por tais motivos, a doutrina brasileira sustentou amplamente o surgimento de um novo direito constitucional que criou uma nova percepção da Constituição e de seu papel na interpretação jurídica em geral. Tal quebra de paradigma operou uma revolução copernicana que pode ser sintetizada na célebre frase de Bonavides pronunciada em 1998 ao receber a medalha Teixeira de Freitas, no Instituto dos Advogados Brasileiros: “Ontem os Códigos; hoje as Constituições”.

O presente estudo visa demonstrar que, em que pese as inegáveis mudanças e significativas contribuições sociais e políticas proporcionadas pela Constituição de 1988, o fenômeno amplamente denominado de “neoconstitucionalismo” sustenta-se em premissas fortemente questionáveis do ponto de vista histórico, teórico e filosófico, sendo uma expressão demasiadamente imprecisa.

Para isso, nos valem de uma reconstrução dos argumentos expostos em dois específicos e relevantes artigos sobre o assunto em questão: o primeiro deles, de autoria de Luís Roberto Barroso, denominado “Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil”, é um dos primeiros e principais estudos feitos sobre o tema, sendo amplamente citado pela doutrina nacional; o segundo, por sua vez, é intitulado “Neoconstitucionalismo e Moralismo Jurídico”, redigido por Dimitri Dimoulis a fim de questionar os fundamentos de existência deste novo paradigma constitucional. Com base nesses dois estudos, procura-se nesta pesquisa investigar o seguinte questionamento: *o que significa isso, o neoconstitucionalismo?*

1. NEOCONSTITUCIONALISMO COMO NOVO PARADIGMA DO DIREITO

O termo “neoconstitucionalismo” não é corrente nos debates constitucionais travados nos Estados Unidos e na Alemanha, sendo comum nos estudos desenvolvidos, sobretudo na Espanha e na Itália, sendo aceito e tornado popular pela doutrina brasileira apenas nos últimos anos. Mais precisamente, a expressão passou a ser utilizada no final da década de 1990, sendo empregada pela primeira vez por Susanna Pozzolo no *XVIII Congreso Mundial de Filosofía Jurídica y Social*, realizado em Buenos Aires e La Plata, entre os dias 10 e 15 de agosto de 1997.

Conforme declara a autora genovesa:

embora seja certo que a tese sobre a especificidade da interpretação constitucional possa encontrar partidários em diversas dessas disciplinas, no âmbito da Filosofia do Direito ela vem defendida, de modo especial, por um grupo de jusfilósofos que compartilham um modo singular de conceber o Direito. Chamei tal corrente de pensamento de *neoconstitucionalismo*. Refiro-me, particularmente, a autores como Ronald Dworkin, Robert Alexy, Gustav Zagrebelsky e, em parte, Carlos Santiago Nino. (POZZOLO, 1998, p. 339. tradução nossa).

De tal modo, a expressão foi cunhada no debate acerca do *conceito de direito* e da existência de uma possível especificidade da interpretação constitucional – para isso, basta observar o título do estudo de Pozzolo: *Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional*. O termo foi amplamente divulgado pela importante coletânea organizada pelo jurista mexicano Miguel Carbonell, intitulada *Neoconstitucionalismo(s)*, publicada na Espanha em 2003. Mais recentemente o mesmo autor publicou uma nova coletânea de estudos, também dedicada ao neoconstitucionalismo, denominada *Teoría del Neoconstitucionalismo: Ensayos escogidos*. Desde então, muito se escreveu e se debateu a respeito do denominado *neoconstitucionalismo*.

Não obstante o fato de a expressão ter ingressado definitivamente em nosso léxico jurídico, André Karam Trindade adverte que

a crescente produção bibliográfica, resultante das discussões que vêm sendo realizadas no campo da Teoria e da Filosofia do Direito, ainda se verificam incontáveis imprecisões terminológicas e inúmeras divergências sobre o tema. Um exemplo disso é o fato de nenhum dos autores tradicionalmente rotulados de *neoconstitucionalistas* assumirem uma mesma posição e tampouco adotarem o uso da expressão *neoconstitucionalismo*.

Neste contexto, aliás, parece adequada e recomendável a cautela adotada por Prieto Sanchís, para quem não existe uma corrente unitária de pensamento, mas apenas uma série de coincidências e tendências comuns que, de um modo geral, apontam para a formação de uma *nova cultura jurídica*. (TRINDADE, 2013).

No artigo “Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil”, publicado inicialmente em 2005, Luís Roberto Barroso (2007, p. 2) visa “reconstituir, de maneira objetiva, a trajetória percorrida pelo direito constitucional nas últimas décadas, na Europa e no Brasil, levando em conta três marcos fundamentais: o histórico, o teórico e o filosófico”. Segundo o autor, o estudo de tais marcos fundamentais clarificariam as ideias e as concepções que mobilizaram a doutrina e a jurisprudência a criar uma nova percepção da Constituição no Brasil e de seu papel na interpretação jurídica em geral.

Para Barroso, o *marco histórico* do novo direito constitucional foi o constitucionalismo do pós-guerra; o *marco filosófico*, o *pós-positivismo*; como *marco teórico*, aponta a existência de três grandes transformações que alteraram o modo de aplicação do direito constitucional: a) o reconhecimento de força normativa à Constituição; b) a expansão da jurisdição constitucional; c) o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional.

O *marco histórico* do direito constitucional contemporâneo consiste na reconstitucionalização da Europa, produzindo-se uma nova forma de organização política: o Estado democrático de direito. Tal fenômeno, para o autor, redefiniu o lugar da Constituição e a influência do direito constitucional sobre as instituições contemporâneas, sendo realizado em um lapso temporal que vai do período imediatamente após a 2ª Guerra Mundial até a segunda metade do século XX. As principais referências desta reconstitucionalização europeia são a Lei Fundamental de Bonn (1949) e a Constituição da Itália (1947). Entretanto, Barroso (2007, p. 3) ressalta que ao “longo da década de 70, a redemocratização e a reconstitucionalização de Portugal (1976) e da Espanha (1978) agregaram valor e volume ao debate sobre o novo direito constitucional”.

No Brasil, o direito constitucional “passou da desimportância ao apogeu em menos de uma geração” (BARROSO, 2007, p. 4) com a promulgação da Constituição de 1988. O texto constitucional, segundo o professor carioca, teria sido capaz de simbolizar conquistas e de mobilizar o imaginário das pessoas para novos avanços, propiciando o nascimento de um *sentimento constitucional* no País, ainda tímido, mas real e sincero, possibilitando também a superação da crônica indiferença que historicamente se manteve em relação à Constituição.

Quanto ao *marco filosófico*, diante da “superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo” o direito constitucional contemporâneo seria marcado pela “superação – ou, talvez, sublimação – dos modelos puros por um conjunto difuso e abrangente de ideias, agrupadas sob o rótulo genérico de pós-positivismo”, albergando-se um conjunto de ideias ricas e heterogêneas (BARROSO, 2007, p. 4). Esta nova perspectiva filosófica busca realizar uma reaproximação entre o Direito e a filosofia, defendendo as seguintes teses: a atribuição de normatividade aos princípios; a definição de suas relações com valores e regras; 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. Nas palavras do autor, 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” (BARROSO, 2007, p. 4, 5).

Por sua vez, o *marco teórico* é apontado como resultado de três grandes transformações que “subverteram o conhecimento convencional relativamente à aplicação do direito constitucional” (BARROSO, 2007, p. 5). Quais sejam: a) o reconhecimento de força normativa à Constituição; b) a expansão da jurisdição constitucional; c) o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional.

O reconhecimento da *força normativa da constituição*, com a consequente atribuição do status de norma jurídica às normas constitucionais, teria sido uma das grandes mudanças de paradigma ocorridas ao longo do século XX. Salienta o autor (BARROSO, 2007, p. 4) que “até então a Constituição era vista como um documento essencialmente político, um convite à atuação dos Poderes Públicos”, onde a concretização de suas propostas ficava condicionada à liberdade do legislador ou à discricionariedade do administrador, não se reconhecendo ao Judiciário um qualquer papel relevante na realização do conteúdo do texto constitucional.

A concessão de força normativa ao texto constitucional, ou seja, do caráter vinculatório e obrigatório de suas disposições, implica na aceitação de que “as normas constitucionais são dotadas de imperatividade, que é atributo de todas as normas jurídicas, e sua inobservância há de deflagrar os mecanismos próprios de coação, de cumprimento forçado” (BARROSO, 2007, p. 6). Tal evento foi possibilitado pela reconstitucionalização ocorrida no pós-guerra, inicialmente na Alemanha e na Itália e, posteriormente, em Portugal e na Espanha. No Brasil, o debate sobre a força normativa da constituição inicia-se apenas ao longo da década de 1980, cabendo “à Constituição de 1988, bem como à doutrina e à jurisprudência que se produziram a partir de sua promulgação, o mérito elevado de romper com a posição mais retrógrada” (BARROSO, 2007, p. 6). Assim sendo, Barroso afirma não ser surpresa “que as Constituições tivessem sido, até então, repositórios de promessas vagas e de exortações ao legislador infraconstitucional, sem aplicabilidade direta e imediata” (BARROSO, 2007, p. 6).

A segunda mudança que caracteriza o marco teórico fundamental do novo constitucionalismo consubstancia-se na *expansão da jurisdição constitucional*, responsável por instaurar o modelo de supremacia da Constituição, inspirado na experiência americana. Tal modelo importa na constitucionalização dos direitos fundamentais, o que significa afirmar que os mesmos passam a ficar imunes às deliberações do processo político majoritário e a proteção dos mesmos passa a ser competência do Poder Judiciário.

Conforme assevera o professor carioca,

Antes de 1945, vigorava na maior parte da Europa um modelo de supremacia do Poder Legislativo, na linha da doutrina inglesa de soberania do Parlamento e da concepção francesa da lei como expressão da vontade geral. A partir do final da década de 40, todavia, a onda constitucional trouxe não apenas novas constituições, mas também um novo modelo, inspirado pela experiência americana: o da supremacia da Constituição. Inúmeros países europeus vieram a adotar um modelo próprio de controle de constitucionalidade, associado à criação de tribunais constitucionais. (BARROSO, 2007, p. 6).

Para o autor, apesar do controle de constitucionalidade existir desde a primeira Constituição republicana (1891), e do controle concentrado ter sido introduzido pela Emenda Constitucional n.º 16, de 1965, a jurisdição constitucional expandiu-se, verdadeiramente, apenas a partir da Constituição de 1988. Sustenta que a “causa determinante foi a ampliação do direito de propositura. A ela somou-se a criação de novos mecanismos de controle concentrado, como a ação declaratória de constitucionalidade e a regulamentação da arguição de descumprimento de preceito fundamental” (BARROSO, 2007, p. 7).

O último aspecto do marco teórico do *neoconstitucionalismo* – talvez o mais importante deles – consiste no advento de uma *nova interpretação constitucional* que objetivaria suprir uma reconhecida “situação de carência” hermenêutica. O professor ressalta, contudo, que a “interpretação constitucional é uma modalidade da interpretação jurídica” e que “a interpretação jurídica tradicional não está derrotada ou superada como um todo”. Em verdade, é no âmbito da hermenêutica clássica “que continua a ser resolvida boa parte das questões jurídicas, provavelmente a maioria delas” (BARROSO, 2007, p. 8).

O que se constatou, entretanto, é que, diante das especificidades das normas constitucionais e do fato das mesmas serem reconhecidamente normas jurídicas obrigatórias, as categorias tradicionais da interpretação jurídica “não eram inteiramente ajustadas para a solução de um conjunto de problemas ligados à realização da vontade constitucional” (BARROSO, 2007, p. 8). Assim, tanto a doutrina como a jurisprudência tiveram de desenvolver ou sistematizar um elenco próprio de princípios aplicáveis às especificidades da interpretação constitucional. Dentre tais princípios específicos de hermenêutica constitucional, apontam-se os seguintes: princípio da supremacia da Constituição, princípio da presunção de constitucionalidade das normas e atos do Poder Público, princípio da interpretação conforme a Constituição, princípio da unidade, princípio da razoabilidade e o princípio da efetividade da Constituição.

Barroso faz uma comparação entre o modelo tradicional de interpretação jurídica e a proposta teórica da nova interpretação constitucional:

A interpretação jurídica tradicional desenvolveu-se sobre duas grandes premissas: (i) quanto ao papel da norma, cabe a ela oferecer, no seu relato abstrato, a solução para os problemas jurídicos; (ii) quanto ao papel do juiz, cabe a ele identificar, no ordenamento jurídico, a norma aplicável ao problema a ser resolvido, revelando a solução nela contida. Vale dizer: a resposta para os problemas está integralmente no sistema jurídico e o intérprete desempenha uma função técnica de conhecimento, de formulação de juízos de fato. No modelo convencional, as normas são percebidas como regras, enunciados descritivos de condutas a serem seguidas, aplicáveis mediante subsunção.

Com o avanço do direito constitucional, as premissas ideológicas sobre as quais se erigiu o sistema de interpretação tradicional deixaram de ser integralmente satisfatórias. Assim: (i) quanto ao papel da norma, verificou-se que a solução dos problemas jurídicos nem sempre se encontra no relato abstrato do texto normativo. Muitas vezes só é possível produzir a

resposta constitucionalmente adequada à luz do problema, dos fatos relevantes, analisados topicamente; (ii) quanto ao papel do juiz, já não lhe caberá apenas uma função de conhecimento técnico, voltado para revelar a solução contida no enunciado normativo. O intérprete torna-se co-participante do processo de criação do Direito, completando o trabalho do legislador, ao fazer valorações de sentido para as cláusulas abertas e ao realizar escolhas entre soluções possíveis. (BARROSO, 2007, p. 9).

Além de possuir princípios hermenêuticos específicos, a nova interpretação constitucional também opera com novas e diferentes categorias jurídicas. Dentre as quais é possível apontar as noções de “cláusula gerais”, “princípios”, “colisões de normas constitucionais”, “ponderação” e “argumentação”.

As cláusulas gerais são conceitos jurídicos indeterminados dotados de plasticidade por possuírem expressões de textura aberta. Tais categorias fornecem apenas um “início de significação a ser complementado pelo intérprete, levando em conta as circunstâncias do caso concreto” (BARROSO, 2007, p. 9). Os princípios jurídicos, diferentemente regras jurídicas – comandos descritivos de condutas específicas –, são “normas que consagram determinados valores ou indicam fins públicos a serem realizados por diferentes meios” (BARROSO, 2007, p. 10). Estas duas categorias jurídicas possuem uma menor densidade normativa, impedindo que delas se extraia *a priori*, no plano abstrato, a solução completa das questões sobre as quais incidem, transferindo, assim, para o intérprete uma significativa dose de discricionariedade. O reconhecimento da existência de cláusula gerais e princípios jurídicos como parte da realidade do Direito impõe, assim, uma atuação construtiva do intérprete na definição concreta de seu sentido e alcance.

Barroso ressalta, ainda, que as Constituições modernas são documentos dialéticos, que consagram bens jurídicos que se contrapõem e, por isso, o constitucionalismo contemporâneo constatou a existência de *colisões de normas constitucionais* - tanto as de princípios como as de direitos fundamentais –, ou seja, choques potenciais de prescrições constitucionais consideradas *in abstracto*. Para o autor, quando “duas normas de igual hierarquia colidem em abstrato, é intuitivo que não possam fornecer, pelo seu relato, a solução do problema. Nestes casos, a atuação do intérprete criará o Direito aplicável ao caso concreto” (BARROSO, 2007, p. 10). Diante da impossibilidade de se efetivar o processo hermenêutico clássico de subsunção e de resolver a antinomia com fundamento nos critérios tradicionais (hierarquia, cronologia, especialidade), surge a necessidade da técnica de *ponderação* de normas, bens ou valores, onde o intérprete

por via da qual ele (i) fará *concessões recíprocas*, procurando preservar o máximo possível de cada um dos interesses em disputa ou, no limite, (ii) procederá à *escolha* do direito que irá prevalecer, em concreto, por realizar mais adequadamente a vontade constitucional. Conceito-chave na matéria é o princípio instrumental da *razoabilidade*. (BARROSO, 2007, p. 11).

Se as decisões judiciais que envolvem a ponderação implicam uma participação do intérprete na criação da norma jurídica aplicável ao caso a ser resolvido, indo muito além de uma simples aplicação de uma prescrição abstrata

estipulada pelo legislador, é necessário que o intérprete assegure a legitimidade e a racionalidade de sua interpretação, devendo fundamentar juridicamente a decisão escolhida.

Para isso, será necessário recorrer à *argumentação*, à razão prática, devendo

(i) reconduzi-la sempre ao sistema jurídico, a uma norma constitucional ou legal que lhe sirva de fundamento - a legitimidade de uma decisão judicial decorre de sua vinculação a uma deliberação majoritária, seja do constituinte ou do legislador; (ii) utilizar-se de um fundamento jurídico que possa ser generalizado aos casos equiparáveis, que tenha pretensão de universalidade: decisões judiciais não devem ser casuísticas; (iii) levar em conta as conseqüências práticas que sua decisão produzirá no mundo dos fatos. (BARROSO, 2007, p. 11).

Assim sendo, o professor Luís Roberto Barroso identifica o *neoconstitucionalismo* a um conjunto amplo de transformações ocorridas tanto no Estado como no direito constitucional, as quais assinala três marcos fundamentais: (i) a formação do Estado democrático de direito ao longo das décadas finais do século XX como *marco histórico*; (ii) o pós-positivismo, como reaproximação entre Direito e ética tendo os direitos fundamentais como elo normativo enquanto *marco filosófico*; e (iii) um conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional como *marco teórico*. Para o autor, o resultado desse conjunto de fenômenos é “um processo extenso e profundo de constitucionalização do Direito” (BARROSO, 2007, p. 12).

1. NOVO DIREITO CONSTITUCIONAL OU PALEOCONSTITUCIONALISMO?

O artigo “Neoconstitucionalismo e a constitucionalização do direito” do professor Luís Roberto Barroso obteve ampla divulgação editorial, tornando-se referência básica no debate nacional ao ser citado em praticamente todos os posteriores trabalhos sobre a temática na doutrina brasileira. Em razão disso, o estudo foi tomado como principal objeto de uma pesquisa desenvolvida pelo professor Dimitri Dimoulis. A pesquisa tinha objetivo “analisar algumas recentes referências da doutrina constitucional ao denominado neoconstitucionalismo, avaliando seu conteúdo de maneira crítica e apresentando um posicionamento pessoal sobre a sua função e necessidade no âmbito da teoria da Constituição moderna” (DIMOULIS, 2009, p. 1), tendo sido publicada sob o título “Neoconstitucionalismo e Moralismo Jurídico”. No referido artigo, Dimoulis elege as mudanças que caracterizam o marco teórico como objeto específico de sua análise, apresentando aguçada crítica a um dos principais fundamentos do *neoconstitucionalismo*. A partir desse momento, o presente estudo buscará reconstruir rigorosamente as críticas opostas pelo professor Dimitri Dimoulis ao uso e aos pressupostos da nova expressão.

Após uma breve introdução apresentando o problema, Dimoulis (2009, p.2) afirma que a “definição do neoconstitucionalismo parece-nos despida de pertinência e

utilidade”, apresentando, em seguida, uma crítica a cada um dos seus três elementos teóricos de definição, quais sejam: o *reconhecimento da força normativa da Constituição*; a *expansão da jurisdição constitucional* e a *nova interpretação constitucional*. Ao final, conclui sua pesquisa com um tópico intitulado “*O neoconstitucionalismo como moralismo jurídico*”.

O professor inicia sua crítica partindo do problema por detrás da tese do *reconhecimento da força normativa da Constituição* no pós-guerra, tendo em vista que as Constituições escritas-instrumentais, ao contrário do que afirma Barroso, desde o início do século XIX “foram sempre e necessariamente vistas como superiores à legislação ordinária” (DIMOULIS, 2009, p. 3). Caso não se apresentasse com o elemento de superioridade em relação às demais fontes normativas, sem seu caráter jurídico-normativo-vinculante, a Constituição perderia seu sentido em qualquer momento histórico, tornando-se uma simples lei.

Nesse sentido, colaciona os importantes exemplos do abade Sieyès e do ministro François Guizot. Do primeiro, ressalta as famosas palavras pronunciadas em 1793: “uma Constituição é um corpo de leis obrigatórias ou não é nada” (*apud* DIMOULIS, 2009, p. 3); do segundo, lembra que o ministro redigiu o decreto que instituía a primeira cátedra de Direito Constitucional na Faculdade de Direito de Paris, acompanhada de uma exposição de motivos que determinava o objeto do ensino da nova disciplina:

Exposição da Carta constitucional e das garantias individuais, assim como das instituições políticas que a Carta consagra. Não se trata mais de um simples sistema filosófico entregue às disputas pessoais. É uma lei escrita, reconhecida que pode e deve ser explicada, comentada, da mesma maneira como a lei civil ou qualquer outra parte de nossa legislação. (DIMOULIS, 2009, p. 3).

Por conseguinte, indaga: “Sieyès (1748-1836) e Guizot (1787-1874), ambos nascidos no século XVIII, e partidários da supremacia e pura juridicidade da Constituição, paladinos de um neoconstitucionalismo *avant la lettre*?” (DIMOULIS, 2009, p. 3).

Contesta, também, a alegação *neoconstitucionalista* de que as constituições rígidas foram pensadas como simples repositórios de dispositivos formalmente superiores e que só tivemos a “materialização” das cartas constitucionais e a introdução de valores em seu texto após a Segunda Guerra Mundial, afirmando que a constituição sempre fora pensada como *projeto político* que objetivava garantir – na maioria dos casos – sistemas capitalistas em sua versão liberal e instaurando a democracia representativa. Assim sendo, “as Constituições sempre foram materiais e carregadas de valores (*wertgeladen*)”, desconhecendo qualquer carta constitucional que desmintia a regra de sua superioridade jurídica e do caráter material-valorativo-político de seus conteúdos (DIMOULIS, 2009, p. 3).

O autor não nega a possibilidade de se contestar o elemento puramente retórico do caráter jurídico e supremo da Constituição, em especial “quando havia, na realidade institucional, predominância absoluta do Poder Legislativo, sendo sua submissão aos mandamentos do texto constitucional mera ficção despida de garantias efetivas” (DIMOULIS, 2009, p. 4).

Contudo, o professor ressalta que não é possível ignorar o fato de que, desde o início do constitucionalismo, o Poder Judiciário assumiu uma postura ativa “em defesa da supremacia constitucional e da tutela dos direitos fundamentais, fiscalizando, contrariando e mesmo anulando as decisões do Poder Legislativo” (DIMOULIS, 2009, p. 4). Além do clássico caso *Marbury vs. Madison* (1803) julgado pela Suprema Corte norte-americana, Dimoulis afirma que o controle judicial de constitucionalidade já se realizava em alguns países europeus já no século XIX, citando a Grécia, a Noruega e a Suíça como exemplos de países europeus onde já observava a existência de um *judicial review*. Diante de tais casos, questiona, onde se constata a existência de uma tradição de fiscalização e afastamento de leis inconstitucionais por parte do Poder Judiciário ainda no século XIX, “como afirmar que a Constituição era, no mesmo período, um simples documento político à mercê da boa (ou má) vontade dos legisladores?” (DIMOULIS, 2009, p. 5).

Por tais motivos, não é correto – tanto no sentido cronológico como no sentido teórico – sustentar que fora Hans Kelsen o introdutor do controle de constitucionalidade na Europa, na Constituição da Áustria de 1920 ou de que o Estado constitucional de direito se desenvolve a partir do término da 2ª Guerra Mundial aprofundando-se no último quarto do século XX, como faz Barroso.

A suposta primeira característica do marco teórico do *neoconstitucionalismo também* não corresponde à realidade dos fatos normativos quando nos atentamos para a história constitucional do Brasil, dado que o controle de difuso de constitucionalidade fora oficialmente institucionalizado desde a proclamação da República. Em outros termos, desde 1981 o Brasil firmou “o mais solene reconhecimento institucional da supremacia jurídica da Constituição, cabendo ao Judiciário sua garantia”. (DIMOULIS, 2009, p. 6).

Apesar de ter adquirido popularidade após a Segunda Guerra Mundial, o controle judicial de constitucionalidade “essa mudança *quantitativa* não permite alegar que a força jurídico-normativa da Constituição somente foi reconhecida a partir da Segunda Guerra Mundial” (DIMOULIS, 2009, p. 6). Em verdade, tal afirmação se baseia em uma suposta contraposição entre o Estado legal do século XIX e o Estado constitucional do século XX. Tal contraposição, contudo, decorria de uma confusão de dois diferentes planos de análise, aplicando-se equivocadamente os critérios de *hierarquia normativa* e de *natureza das garantias*.

Nas palavras do autor,

No primeiro plano de análise, usamos como critério a hierarquia normativa. É decisiva nesse âmbito a presença ou não de uma Constituição rígida em determinado ordenamento jurídico. Havendo tal diploma, o Estado é sempre e necessariamente constitucional, devendo todas as autoridades estatais, e em primeiro lugar o legislador ordinário, se submeter à Constituição. Não havendo tal diploma, o Estado será, no máximo, legal, pois a ausência de Constituição rígida confere, de iure, ao legislador o poder de modificar o ordenamento jurídico de acordo com a sua vontade. No segundo plano de análise, utilizamos como critério a natureza das garantias de preservação da supremacia constitucional. Nesse âmbito, pode-se diferenciar entre ordenamentos jurídicos que prevêm o controle judicial da constitucionalidade de determinados atos estatais e

ordenamentos nos quais há vedação desse controle.

Esse critério permite elaborar classificações dos ordenamentos jurídicos utilizando, pelo menos, três elementos.

Primeiro, o início do controle judicial de constitucionalidade (sendo, atualmente, pouquíssimos os países que proíbem explicitamente esse tipo de controle).

Segundo, o alcance do controle, levando em consideração suas limitações materiais ou temporais em cada país.

Terceiro, as formas de controle vigentes em cada país (preventivo ou repressivo; difuso ou concentrado; etc.).

Mas em todos esses casos estamos diante de Estados constitucionais que adotaram uma Constituição rígida e configuram de formas variadas sua garantia. (DIMOULIS, 2009, p. 6, 7).

Do fato de não haver previsão normativa autorizadora ou mesmo da existência de prescrição jurídica proibindo o controle judicial de constitucionalidade, não se pode concluir que o ordenamento jurídico permite a violação da Constituição. A não previsão ou a vedação do *judicial review* “não isenta o legislador ordinário do dever jurídico de respeitar a Constituição, nem afasta a supremacia constitucional e a possibilidade de sancionar, jurídica e politicamente, legisladores que violarem mandamentos constitucionais” (DIMOULIS, 2009, p. 7). O autor cita como exemplo a Constituição do Império no Brasil de 1824 que não previa o controle judicial de constitucionalidade, determinava em seu art. 15, inciso IX, a obrigação da Assembleia Geral (Poder Legislativo) respeitar e preservar a supremacia constitucional. Em virtude de tais considerações, questiona: se o legislador não pode fugir à tentação do arbítrio, por que o juiz poderia? Porque o ordenamento jurídico que instauraria o controle judicial de constitucionalidade seria um Estado constitucional e não seria um Estado judicial? “Assim sendo, a contraposição entre Estado legal e Estado constitucional não convence se for utilizado como critério o controle judicial de constitucionalidade e não a rigidez constitucional” (DIMOULIS, 2009, p. 8).

Portanto, se a força normativa suprema da Constituição se encontra presente desde o início do constitucionalismo no século XVII, seja no âmbito dos discursos constitucionais e seja na prática institucional, não seria possível caracterizar esse elemento como um dos fatores teóricos constituintes do *neoconstitucionalismo*, dado que não se verifica nenhuma inovação. “Caso contrário deveríamos alcunhar de neoconstitucionalistas o juiz Marshall e Ruy Barbosa”. (DIMOULIS, 2009, p. 8).

A segunda mudança característica do marco teórico do novo direito constitucional – a expansão da jurisdição constitucional –, é incontestável, pelo menos no que tange a uma ampliação quantitativa do controle judicial após a Segunda Guerra. Todavia o autor ressalta que a “atuação de uma Corte constitucional não se relaciona causalmente com a mais ampla ou mais efetiva tutela dos direitos fundamentais”. Não é possível “saber se a Corte constitucional será mais ou menos liberal e sensível aos direitos fundamentais do que os tribunais das instâncias inferiores ou o próprio legislador” (DIMOULIS, 2009, p. 9).

Dimoulis destaca que, do ponto de vista histórico,

muitos são os exemplos de Cortes constitucionais “dóceis” ao poder

político (em particular nos regimes autoritários), assim como constatamos importantes oscilações em sua jurisprudência, como indicam, por exemplo, as periodizações históricas da atuação da Supreme court de acordo com seus Presidentes. (DIMOULIS, 2009, p. 9).

Lembra também que a criação de uma Corte constitucional retira poder tanto dos tribunais inferiores tribunais, como ocorre em muitos ordenamentos jurídicos, onde os mesmos são privados da competência de declarar a inconstitucionalidade de leis e atos normativos, como, conjuntamente estabelece limitações formais e substanciais ao poder dos legisladores. Pondera que “se o reconhecimento do papel de quase exclusivo guardião da Constituição ao Legislativo pode causar abusos, o super-fortalecimento do Judiciário também pode acarretar abusos ou desequilíbrios”. (DIMOULIS, 2009, p. 9).

Tais considerações indicam que, pelo menos do ponto de vista histórico-cronológico, o que se verifica na contemporaneidade é “tão somente a tendência quantitativa de fortalecimento do controle judicial concentrado à custa do controle difuso e diminuindo o espaço reservado ao legislador” não havendo rupturas na realização do controle de constitucionalidade nos Estados constitucionais modernos (DIMOULIS, 2009, p. 10). Assim sendo, o professor conclui a crítica à segunda característica do marco teórico do neoconstitucionalismo afirmando que “nem o controle judicial concentrado nem a maior tutela dos direitos fundamentais (e muito menos a conexão causal desses dois elementos) podem ser vistos como traços característicos do neoconstitucionalismo”. (DIMOULIS, 2009, p. 10).

Por sua vez, Dimoulis reconhece que miríades de doutrinadores e aplicadores que utilizam as técnicas de ponderação e concretização de cláusulas gerais e princípios jurídicos, em suas interpretações acadêmicas ou oficiais, sendo, também, são incontáveis os juristas que afirmam o poder criativo dos aplicadores do direito.

Não obstante, o autor adverte que, ao contrário do afirmado pelo professor Barroso, tal opção metodológica não tem o menor traço de inovação teórica, não havendo nenhuma novidade na importância dada aos princípios jurídicos e ao papel-poder criativo do intérprete judicial. Ressalta que no século XIX já era possível encontrar na doutrina jurídica fortes críticas contra a aplicação à mecânica, literal, automática, subsuntiva de leis supostamente claras, bem como a afirmação do papel criativo dos aplicadores e, particularmente, dos juízes.

Nas palavras do autor:

Basta pensar nas notórias publicações de juristas como Oskar Bülow (1837-1907) na Alemanha, Eugen Ehrlich (1862-1922) na Áustria ou François Gény (1861-1959) na França, para entender que não há a menor novidade na interpretação “aberta” e “principiológica” da Constituição. (DIMOULIS, 2009, p. 10, 11).

Contra a afirmação de que as “cláusulas gerais”, “princípios jurídicos” e a “ponderação” seriam categorias próprias e específicas da nova interpretação constitucional, Dimoulis (2009, p. 11) aponta que “essa visão não tem origem nem aplicação especificamente constitucional, pois é endossada por autores das mais variadas áreas do direito”. Lembra que a bibliografia jusprivatista sobre a temática é

riquíssima e inclinada a valorizar as cláusulas gerais e o poder do aplicador, sendo possível, conjuntamente citar o pensamento de um dos mais conhecidos penalistas do século XIX, o alemão Karl Binding (1841-1920), que “afirmava que o julgador tem o poder de ordenar aquilo que o legislador *não* quis, sendo a sentença judicial um ato que combina elementos de conhecimento científico com elementos de pura criação normativa”. Após tais considerações, o professor indaga: “como associar o neoconstitucionalismo com semelhantes opiniões de abertura da interpretação?” (DIMOULIS, 2009, p. 11).

Todavia, o talvez maior exemplo “abertura da interpretação” seja o do mais celebre juspositivista, Hans Kelsen, que na primeira edição da *Teoria pura do direito* em 1934, já afirmava expressamente:

A interpretação da lei não leva necessariamente a uma única decisão como a única correta, porém pode levar a várias, todas de igual valor (...), mesmo se uma só entre elas se tornará direito positivo através da decisão judicial (...). A criação de uma norma individual mediante execução da lei é, na medida em que preenche o quadro da norma geral, uma função de vontade (Willensfunktion). (Apud DIMOULIS, 2009, p. 11).

Ora se a *nova interpretação constitucional* sustenta que o interprete é co-participante do processo de criação do Direito, completando o trabalho do legislador, fazendo valorações de sentido para as cláusulas abertas e ao realizar escolhas entre soluções possíveis, não seria “Kelsen também um neoconstitucionalista por ter afirmado o papel criativo do juiz e criticado a 'ilusão da segurança jurídica'?” (DIMOULIS, 2009, p. 11).

Após analisar cada uma das mudanças que caracterizariam o marco teórico do direito constitucional contemporâneo, Dimitri Dimoulis conclui que “nenhum dos elementos apresentados pelo Prof. Barroso como peculiares do neoconstitucionalismo pode ser considerado indicativo de uma nova abordagem do direito constitucional” (DIMOULIS, 2009, p. 12). No último tópico de seu artigo (Neoconstitucionalismo como Moralismo Jurídico), o autor apresenta “a possibilidade de entender o neoconstitucionalismo como forma de definição e interpretação do direito constitucional relacionando-o com a controvérsia entre positivismo e moralismo jurídico.” (DIMOULIS, 2009, p. 12).

Estudos teoricamente rigorosos sobre o neoconstitucionalismo, realizados principalmente por teóricos do direito italiano, indicam a heterogeneidade dos autores e abordagens classificadas como tais e observam que não se trata de uma opção teórica clara, e sim de “ambiente cultural” cujo elemento preponderante é o distanciamento do positivismo jurídico.

Ressalta que, no âmbito do debate internacional, “não é considerada decisiva a (suposta) ruptura entre um antigo e um novo constitucionalismo”, mas sim “o posicionamento de cada intérprete da Constituição em relação à tese da conexão entre direito e moral” (DIMOULIS, 2009, p. 12). Nesse sentido, os “neoconstitucionalistas” seriam os pensadores moralistas que consideram a vinculação entre direito e moral como presente, necessária e efetiva nos Estados constitucionais modernos, formando um “ambiente cultural” cujo elemento preponderante é o distanciamento do positivismo jurídico.

Dimitri Dimoulis sustenta que considerar o neoconstitucionalismo como sinônimo do (“verdadeiro”) constitucionalismo apresenta dois problemas fundamentais: “por um lado, torna o primeiro termo redundante, por outro lado, oculta o fato de que entre os constitucionalistas modernos há muitos que rejeitam os posicionamentos moralistas, criticando-os do ponto de vista do positivismo jurídico”. (DIMOULIS, 2009, p. 12).

Para o professor, seria “preferível abandonar o termo genérico e, por isso inexpressivo, de (neo)constitucionalismo, indicando o cerne da abordagem que se encontra na postura antipositivista”, onde o “elemento peculiar estaria na crença de que a moral desempenha um papel fundamental na definição e na interpretação do direito” (DIMOULIS, 2009, p. 13). Nesse sentido, “independentemente dos problemas de definição, o neoconstitucionalismo não tem nada de novo” (DIMOULIS, 2009, p. 12). A conclusão do autor quanto ao sentido da expressão em análise é de que “em todas as hipóteses devemos entender que o neoconstitucionalismo é um sinônimo vago e impreciso do moralismo jurídico e se faz necessário evitar análises que incorrem em simplificações e distorções” (DIMOULIS, 2009, p. 13). Segundo Dimoulis, não seria equivocado dizer que, “passados dois séculos, esse conjunto de ideologias e práticas institucionais deveria receber a denominação de paleoconstitucionalismo” (DIMOULIS, 2009, p. 13).

CONCLUSÃO

O direito brasileiro sofreu significativas mudanças tanto âmbito da prática judicial como no âmbito da dogmática jurídica, alterando-se a tradicional relação entre a práxis e a teoria jurídica e modificando nossa própria percepção do fenômeno jurídico. É inegável também tais mudanças se entrelaçam, de um modo ou de outro, ao advento do texto constitucional promulgado em 1988.

Luís Roberto Barroso, aceitando uma imprecisa expressão teórica *neoconstitucionalismo*, utiliza-a para compreender a realidade brasileira, interpretando-a a partir do papel que as Constituições desempenharam no período pós-guerra na formação dos Estados democráticos europeus. Para isso, destaca a existência de uma constitucionalização do direito a partir de uma nova percepção da Constituição embasada em três marcos fundamentais: a formação do Estado democrático de direito ao longo das décadas finais do século XX como *marco histórico*; o pós-positivismo, como reaproximação entre Direito e ética tendo os direitos fundamentais como elo normativo enquanto *marco filosófico*; e um conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional como *marco teórico*.

Dimitri Dimoulis, por outro lado, ao analisar detalhadamente as características componentes do *marco teórico* do neoconstitucionalismo, conclui que nenhum dos elementos apresentados como peculiares do neoconstitucionalismo pode ser considerado indicativo de uma nova abordagem do direito constitucional. Segundo ele, a expressão neoconstitucionalismo é genérica e inexpressível, indicando apenas uma certa postura antipositivista, reunindo autores de pensamentos e tradições diversas que concordam ao sustentarem conjuntamente a tese de que moral

desempenha um papel fundamental na definição e na interpretação do direito. Para Dimoulis, o termo neoconstitucionalismo é apenas um sinônimo vago e impreciso do moralismo jurídico.

Portanto, se podemos afirmar a existência de uma “grave crise existencial” relacionada à atual dificuldade do Estado em se distribuir justiça e se efetivar a garantia de segurança jurídica, como entende Luís Roberto Barroso, podemos estendê-la também ao nível da teoria contemporânea do direito, pois, a doutrina nacional tem encontrado sérias dificuldades para explicar esse “novo” que se apresenta diante dos nossos olhos sem que tenhamos palavras e conceitos adequados para expressá-lo. O termo *neoconstitucionalismo*, apesar de sua recente popularização na dogmática jurídica pátria, sofre de anemia significativa e se encontra fundamentado em pressupostos teóricos, históricos e filosóficos altamente questionáveis, sendo utilizado pela doutrina para albergar juristas que pertencem a tradições distintas e, por vezes, defendem teses antagônicas acerca do fenômeno jurídico.

REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luís Roberto. “Neoconstitucionalismo e a Constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil”. In: *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*. (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.º 9. março/abril/maio. Salvador, 2007. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-9-MAR%C7O-2007-LUIZ%20ROBERTO%20BARROSO.pdf>> Acesso em 09.10.2013;
- CARBONELL Miguel [Ed.]. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2003.
- CARBONELL Miguel [Ed.]. *Teoria del Neoconstitucionalismo: Ensayos escogidos*. Madrid: Editorial Trotta, 2007.
- DIMOULIS, Dimitri. “Neoconstitucionalismo e moralismo jurídico”. In: SARMENTO, Daniel. (Org.). *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. 1ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, v. 1, p. 213-226. Disponível na Internet: <http://www.academia.edu/1615334/Neoconstitucionalismo_e_moralismo_juridico> Acesso em 09.10.2013;
- POZZOLO, Susanna. “Neoconstitucionalismo y Especificidad de la Interpretación Constitucional”. In: *DOXA, Cuadernos del filosofia del derecho*. Espanha: Alicante. n.º 21 – II, 1998, p. 339-353;
- TRINDADE, André Karam. “Crítica à imprecisão da expressão neoconstitucionalismo”. In: *Conjur*. São Paulo, 19 de janeiro de 2013. Disponível na Internet: <<http://www.conjur.com.br/2013-jan-19/diario-classe-critica-impresicao-expressao-neoconstitucionalismo>> Acesso em 09.10.2013.