

NEOCONSTITUCIONALISMO(S)¹

Guilherme Machado Casali²
Daniel Viccari³

Nesta obra Miguel Carbonell reúne uma coleção de onze ensaios sobre o tema do(s) neoconstitucionalismo(s). Destaca em seu prólogo dois pontos fundamentais, quais sejam: os fenômenos evolutivos do paradigma do Estado Constitucional e a referência a uma nova teoria do Direito. Afirma que o neoconstitucionalismo não apresenta um modelo consolidado, o que dificilmente irá ocorrer, pois em seu interior há uma série de equilíbrios que dificilmente podem chegar a conviver sem problemas.

Parte dos ensaios desta coletânea possui um conteúdo mais geral, como os trabalhos de Luigi Ferrajoli (Universidade de Camerino), Robert Alexy (Universidade de Kiel) e Riccardo Guastini (Universidade de Gênova).

Outros tratam de aspectos particulares do neoconstitucionalismo, dentre elas as contribuições de: Luis Prieto Sanchís (Universidade de Castilla-La Mancha), Juan Carlos Bayón (Universidade Autônoma de Madrid), José Juan Moreso (Universidade Pompeu Fabra) e Susanna Pozzolo (Universidade de Gênova).

Alguns autores se dedicam a fazer, no dizer de Miguel Carbonell, metateoria, destacando-se nesta empresa os principais teóricos das distintas correntes que conformam o neoconstitucionalismo, dentre eles: Santiago Sastre (Universidade de Castilla-La Mancha), Afonso García Figueroa (Universidade de Castilla-La Mancha), Paolo Comanducci (Universidade de Gênova) e Mauro Barberis (Universidades de Gênova e Trieste).

Inicialmente, Luigi Ferrajoli⁴ estuda o Estado de Direito, destacando dois diferentes modelos normativos: paleo-juspositivista (Estado legal) e neo-juspositivista (Estado Constitucional). Estes modelos refletem experiências históricas diferentes, frutos de uma tríplice mudança de paradigmas: a) na natureza e estrutura do Direito; b) na natureza da ciência jurídica, e; c) na natureza da jurisdição.

Entende que a crise do Estado de Direito se manifesta como regresso a um Direito jurisprudencial de tipo pré-moderno. Por um lado ocorre o colapso da capacidade reguladora da lei e o retorno ao papel criativo da jurisdição, por outro, a perda da unidade e coerência das fontes e a convivência e superposição de diversos ordenamentos concorrentes. A saída da crise dependerá do papel que a razão jurídico-política puder desempenhar.

Um desafio é dirigido ao Estado legislativo de Direito (pela crise do princípio da legalidade), possuindo duas possíveis linhas de reforma, uma relativa à dimensão liberal do Estado de Direito e a outra relativa à dimensão social. Outro desafio é dirigido à dimensão constitucional do Estado de Direito, decorrente justamente da perda da soberania dos Estados pelo deslocamento das fontes de Direito fora de suas fronteiras, propondo uma integração jurídica e institucional que complemente a integração econômica e política a altura dos novos espaços supraestatais. A perspectiva de existência de um constitucionalismo internacional poderia representar uma nova mudança de paradigma. Em suma, Ferrajoli afirma que Constituição não serve para representar a vontade comum de um povo, mas para garantir os direitos de todos, inclusive frente à vontade popular. O fundamento de sua legitimidade não reside no consenso da maioria, mas em um valor muito mais importante e prévio: a igualdade de todos nas liberdades funda-

mentais e nos direitos sociais, ou seja, em direitos vitais conferidos a todos, como limites e vínculos, precisamente, frente às leis e aos atos de governo expressos nas contingentes maiorias.

Na esteira da temática dos direitos fundamentais Robert Alexy⁵ faz uma reflexão sobre estes direitos no sistema jurídico alemão. Realça que, significando uma ruptura com a tradição constitucionalista do Império e mesmo da República de Weimar, na República Federal, a observância de todos os direitos fundamentais se encontra plenamente controlada pelos tribunais, se estendendo sobre os três poderes. Afirma que, "La posición de los derechos fundamentales en el sistema jurídico de Alemania se caracteriza por cuatro extremos: primero, los derechos fundamentales regulan con rango máximo y, segundo, con máxima fuerza jurídica, objetos, tercero, de la máxima importancia con, en cuarto lugar, máxima indeterminación"⁶. A partir da constatação de que a relação entre direito e democracia pode ser contemplada de três modos diferentes - ingênuo, idealista e realista - destaca que este último se caracteriza por duas contradições opostas: os direitos fundamentais são profundamente democráticos (porque asseguram o desenvolvimento e a existência das pessoas, via de consequência as condições para o funcionamento da democracia), e os direitos fundamentais são profundamente antidemocráticos (porque desconfiam do processo democrático, já que submetem o Legislativo privando a maioria do poder de decisão).

Na seqüência, Riccardo Guastini⁷ trata da constitucionalização do ordenamento jurídico, um processo de transformação em que ocorre a *impregnação* das normas constitucionais no ordenamento jurídico. Este processo se caracteriza pela existência de uma Constituição invasora que condiciona tanto a legislação, a jurisprudência, a doutrina, a ação dos atores políticos, assim como as relações sociais. Buscando aperfeiçoar este conceito, o autor apresenta uma lista de "condições de constitucionalização" para, em seguida, observá-las no caso específico da Itália. São condições necessárias de constitucionalização, a existência de uma Constituição rígida e sua garantia constitucional. Já cada uma das seguintes condições, força vinculante e "sobreinterpretação" da Constituição, aplicação direta das normas constitucionais, interpretação conforme das leis, influência da Constituição sobre as relações políticas, é uma condição suficiente em grau distinto da constitucionalização.

Com o propósito de esboçar suas diferentes "formas" e seguindo a trilha metodológica de Bobbio, que especificou diferentes sentidos para o positivismo jurídico, Paolo Comanducci⁸ distingue os diferentes significados veiculados pelos termos "constitucionalismo" e "neoconstitucionalismo". Deste modo, podem eles designar uma teoria, uma ideologia e um método de análise do direito, assim como elementos estruturais de um sistema jurídico-político descritos pela teoria do neoconstitucionalismo ou mesmo que satisfazem os requisitos deste como ideologia.

Além de tecer críticas a variantes do neoconstitucionalismo representadas por Ferrajoli e Zagrebelsky, Comanducci contrapõe-se à tese de Dworkin, segundo a qual um Direito, formado, além de regras, por princípios fundamentais que têm sua origem em uma moral objetiva é, ou pode chegar a ser, totalmente determinado (a famosa tese da única solução justa ou correta). Conclui que a justificação de uma decisão judicial baseada sobre uma norma moral eleita pelo juiz comporta um grau maior de indeterminação de Direito em relação aos outros tipos de justificação (relativa e absoluta), e não vê razões para atribuir uma preferência generalizada à justificação "moral" frente aos outros tipos possíveis.

José Juan Moreso⁹ faz um estudo sobre o conflito de princípios constitucionais, demonstrando, em especial, que a operação de subsunção da norma ao caso concreto nem sempre é adequada, devendo ser substituída por outra operação, a ponderação. É ela um dos traços centrais da aplicação do Direito na cultura do constitucionalismo, apresentando três características: realizar-se entre dois princípios em conflito, consistir no estabelecimento de uma hierarquia axiológica entre os princípios em conflito, e no fato da hierarquia valorativa não ser estabelecida em abstrato, e sim na aplicação ao caso concreto. O autor ainda destaca duas consequências do enfoque de Guastini sobre a interpretação jurídica: que a ponderação é resultado de uma atividade radicalmente subjetiva do intérprete, e que a ponderação tem como consequência uma forma de particularismo jurídico, o que a converte em uma atividade não controlável racionalmente.

A única forma de fugir do particularismo consiste, segundo José Juan Moreso, em conceber uma reformulação ideal dos princípios que levem em conta todas as propriedades potencialmente relevantes. Propõe uma reconstrução dos princípios de maneira a se estabelecer uma hierarquia condicionada entre eles e que seja suscetível de universalização consistente, ou seja, que não produza conflitos em outros níveis.

Finalizando, para Moreso, a idéia de ponderação passa pela compreensão da Constituição, em um

nível intuitivo, situação em que os princípios *prima facie* entram em conflito entre si quando aparecem em um contexto inarticulado, já no nível crítico a Constituição é um sistema normativo capaz de oferecer respostas consistentes e completas para todos os casos. Entretanto, admite que ocorre apenas uma idealização, já que a Constituição pode expressar não apenas uma, mas várias idealizações possíveis. Ainda que alguns resultados sejam indeterminados, esta indeterminação afetará apenas alguns casos, enquanto outros casos estarão univocamente determinados. A indeterminação seria decorrente das diversas hierarquias possíveis. A mobilidade das hierarquias não supõe a incapacidade de converter a ponderação em uma operação de subsunção – que é, para Moreso, um pressuposto necessário para a justificação de todas as decisões. Na medida em que seja possível isolar um conjunto de propriedades relevantes é possível oferecer soluções para todos os casos, ainda que estas soluções possam ser desafiadas quando se questiona a adequação do critério pelo qual se selecionou as propriedades relevantes. A ponderação consiste, assim, na articulação desse conjunto de propriedades relevantes, na explicação das condições de aplicação que previamente eram apenas implícitas. Após realizada esta tarefa a aplicação dos princípios consiste na subsunção de casos individuais em casos genéricos.

Adotando a divisão estabelecida por Comanducci de constitucionalismo como um tipo determinado de Estado de direito, uma certa teoria do direito e uma ideologia, Luis Prieto Sanchis¹⁰ resume o neoconstitucionalismo como: uma Constituição transformadora que pretende condicionar de modo importante as decisões da maioria, mas cujo protagonismo fundamental não corresponde ao legislador, mas aos juízes.

Se, por um lado, o Estado constitucional de Direito reclama uma nova teoria do direito, por outro, o Constitucionalismo impulsiona uma nova teoria do direito, cujos traços principais são cinco: mais princípios que regras; mais ponderação que subsunção; onipresença da Constituição em todas as áreas jurídicas e em todos os conflitos minimamente relevantes, em lugar de espaços externos em favor da opção legislativa ou regulamentaria; onipresença judicial em lugar de autonomia do legislador ordinário; e, por último, coexistência de uma constelação plural de valores, às vezes tendencialmente contraditórios, em lugar de homogeneidade ideológica em torno de um punhado de princípios coerentes entre si e em torno, sobretudo, das sucessivas opções legislativas. Exige-se uma revisão da teoria das fontes do Direito e da teoria da interpretação – que, para o autor, tampouco conduzirá a conclusões muito diferentes das que propiciou o positivismo maduro.

O conflito resulta irremediável, pois sempre que desejamos construir igualdades *de facto* haveremos de aceitar desigualdades *de iure*; mas este conflito devemos resolvê-lo no discurso de aplicação ante o caso concreto. A ponderação conduz a uma exigência de proporcionalidade que implica estabelecer uma ordem de preferência relativa ao caso concreto, porém antes de ponderar é preciso “subsumir”, constatar que o caso se há incluído no campo de aplicação dos dois princípios.

Luis Prieto Sanchís afirma que o que a ponderação busca é a norma adequada ao caso, e não, como parece sugerir Habermas, a imposição mais ou menos arbitrária de um ponto médio; não se trata de negociar entre valores, mas de construir uma regra suscetível de universalização para todos os casos que apresentam propriedades análogas relevantes.

Como teoria o neoconstitucionalismo estimula uma profunda revisão do positivismo teórico e requer uma nova teoria das fontes afastada do legalismo, uma nova teoria da norma que dê entrada ao problema dos princípios, e um reforço da teoria da interpretação, nem puramente mecanicista nem puramente discricional, em que os riscos que comporta a interpretação constitucional possam ser conjurados por um esquema plausível de argumentação jurídica.

Na seguinte contribuição, Alfonso García Figueroa¹¹, aduz que no desenvolvimento do constitucionalismo se destacam três aspectos: um aspecto material, um aspecto estrutural e funcional e um político. Pelo primeiro, o Direito adquiriu uma forte carga axiológica, rematerializou-se, sendo contrário ao positivismo jurídico como método. Já o aspecto estrutural tem a ver com a estrutura das normas constitucionais (os princípios constitucionais, por sua particular estrutura, permitem expandir imensamente seu âmbito de influência e incitam uma forma distinta de aplicar o Direito através da ponderação). Em termos políticos, tanto o aspecto material como o estrutural e funcional do sistema jurídico constitucionalizado apresentam conseqüências importantes na relação de força dos poderes do Estado, em especial, o deslocamento do protagonismo do Legislativo ao Judiciário.

Para o autor, a teoria da argumentação jurídica constitui, assim, um elemento indispensável para a legitimação do discurso jurídico e político nas sociedades pós-metafísicas, mas, além disso, é um

elemento essencial para a reconciliação do princípio democrático e tutela dos direitos fundamentais na institucionalização dos direitos humanos do Estado constitucional democrático.

Alfonso García Figuerola afirma que não parece ser possível pensar uma teoria do Direito que não seja em alguma medida positivista. O positivista se concentrou no ser do Direito frente ao jusnaturalismo que o havia confundido com seu dever ser, e hoje o que interessa é estudar o que pode chegar a ser o Direito argumentativamente nos Estados constitucionais.

Ao debruçar-se sobre a determinação do tipo de moral conectado ao direito, Susanna Pozzolo¹² critica o caráter ideológico do neoconstitucionalismo, uma vez que acredita que a junção do Direito à moral acarreta um poder absoluto dos juízes sobre o próprio Direito. Rechaça a tese de que a metodologia juspositivista, por seu formalismo interpretativo e a separação conceitual entre Direito e moral, seria inadequada para dar conta do novo Estado de Direito constitucional. Acredita que o neoconstitucionalismo ainda não se decidiu se quer fazer teoria ou ideologia, e, de acordo com sua ótica, provavelmente quer fazer ambas as coisas.

Por seu turno, Juan Carlos Bayón¹³ considera que a “objeção contramajoritária” adota duas formas. A primeira afeta a própria idéia da primazia constitucional que implica restrições ao princípio democrático da maioria. Já a segunda forma, que afeta o controle de constitucionalidade, questiona sobre a legitimidade do Estado Constitucional, entendendo ser inadmissível que o controle jurisdicional da Constituição seja realizado por juízes não representativos nem politicamente responsáveis, para invalidar as decisões dos legisladores democráticos. Para o autor, o poder atribuído aos juízes acaba por ser, inclusive, maior do que o da própria Constituição.

Além disso, constata o autor com base nas réplicas de Jeremy Waldron, a ineficácia do constitucionalismo em limitar a imposição da vontade da maioria, corroborada pela exigência de uma maioria qualificada para que sejam efetuadas reformas na Constituição. Contesta, também, a idéia de que os preceitos constitucionais possuem maior qualidade em relação àqueles da legislação ordinária. Em sua opinião, essa relação é inteiramente contingente. Destaca que o grande problema do constitucionalismo advém do chamado procedimento de determinação, necessário quando as restrições substantivas da Constituição são formuladas em princípios. Em contrapartida, o autor sugere que os direitos fundamentais deveriam ser relacionados em forma de regras suficientemente precisas. Desse modo, não dependeriam da interpretação de juízes ou parlamentares, tornando-se meios mais seguros e menos falíveis.

Para Santiago Sastre Ariza¹⁴, as repercussões mais importantes do constitucionalismo aparecem na segunda metade do século XX relacionam-se com sua condição normativa garantida (o processo de normatização superou obstáculos comuns à noção de Constituição do liberalismo do século XIX, e esta deixou de ser considerada uma norma com valor meramente programático, operando como uma verdadeira norma jurídica), e com as características de seu conteúdo (se incorporam conteúdos materiais que adotam a forma de direitos, princípios, diretrizes e valores). A tensão entre eficácia imediata (que exige a atuação dos juízes) e mediata (que requer a intervenção do legislador) resume muito bem a principal dificuldade do modelo jurídico do neoconstitucionalismo que consiste em estabelecer os limites ou articular um desenho que permita conjugar o trabalho jurisdicional e a função do legislador.

Segundo este autor, a fórmula mais adequada deveria apontar mais ao equilíbrio entre a vontade democrática expressada no parlamento e a conquista dos direitos representada na atuação judicial, em vez de inclinar-se por uma ou outra opção.

A presença de princípios e direitos na Constituição supõe uma criação jurídica de pautas que tenham indubitavelmente um caráter moral, duvidando que se possa manter a tese positivista da separação entre Direito e moral. Frente ao distanciamento, a neutralidade e a função descritiva se opõe um modelo em que as principais características que se prega da ciência jurídica costumam ser o compromisso, a inegável intervenção dos juízes de valor na análise do Direito e a prioridade do caráter prático da ciência jurídica frente a sua apresentação como um estudo de caráter científico.

Não se tem dúvidas de que o interesse que tem a ciência jurídica pelo Direito não se esgota ou não se limita somente a seu conhecimento. A tarefa de determinar o que o Direito diz não pode ser concebida como uma atividade totalmente científica ou objetiva, já que podem entrar em jogo as opiniões ou as considerações morais.

O neoconstitucionalismo, além de evidenciar que algumas descrições possam apresentar uma significação política, tem tido a virtude de destacar o fato de que não se devem colocar todos os juízos

de valor no mesmo plano e que nem todos eles levam ao âmbito incontrolável da subjetividade. O perigo da aceitação moral é que pode conduzir a uma espécie de constitucionalismo ético ou, com outras palavras, a identificar a justiça com a Constituição. A ciência jurídica deve desempenhar uma função prática. Seu interesse pelo direito não pode ver-se limitado ao seu conhecimento, mas que deve desempenhar uma função mais ativa, sugere Sastre Ariza.

Mauro Barberis¹⁵ afirma que a aparição do neoconstitucionalismo pode coincidir com o ataque ao positivismo jurídico capitaneado por Ronald Dworkin, Giovanni Sartori e Nicola Matteucci nos anos setenta. O positivismo do século XIX – partidário do Estado (de Direito) legislativo e oposto ao Estado (de Direito) constitucional – tenderia a reduzir a Constituição a simples limite à legislação ordinária.

Estudando Carlos Nino (representante da segunda geração da Escola de Buenos Aires), afirma que se pode considerá-lo como um representante do neoconstitucionalismo, pois pretende haver superado a tese juspositivista da separação entre Direito e moral e sustenta que se produz uma conexão necessária entre ambos. Entretanto o jurista argentino se distingue ao mesmo tempo dos outros constitucionalistas enquanto concebe de maneira diferente esta conexão. Nino afirma que o controle de constitucionalidade é a conseqüência mais importante do constitucionalismo do século XIX e, além disso, um dos pontos de não retorno do processo de constitucionalização e, portanto, deveria constituir um dos elementos centrais de uma doutrina neoconstitucionalista. Além disso, este autor, no dizer de Barberis, não só coloca em relevo o conflito entre democracia e controle de constitucionalidade, mas que, devendo eleger entre um e outro, sem dúvida toma partido pela democracia, ainda que admita a primazia histórica do constitucionalismo sobre a democracia.

Para Barberis, o calcanhar de Aquiles do neoconstitucionalismo reside, sobretudo, na tendente redução do ponto de vista normativo ao ponto de vista moral; nisto consiste, em outros termos, o “imperialismo da moral”, pois admitir a recíproca autonomia e o possível conflito entre valores jurídicos e morais permite não apenas perseguir o objetivo de uma relação equilibrada entre os diversos âmbitos da prática, mas, também, evitar o perigo da tirania dos valores.

Notas

- ¹ CARBONELL, Miguel (org.). **Neoconstitucionalismo (s)**. Madrid: Trotta, 2003.
- ² Mestrando em Direito pelo Programa de Mestrado em Direito da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI (SC), linha de pesquisa: Hermenêutica e Princiologia Constitucional, Professora Orientadora: Dra. Daniela Mesquita Leutchuk de Cademartori. Gerente Jurídico do Instituto de Previdência Social dos Servidores Públicos do Município de Joinville
- IPREVILLE (SC), professor do Instituto de Ensino Superior de Joinville – IESVILLE (SC). **E MAIL:** casali@netvision.com.br
- ³ Graduando em Direito e Jornalismo pela Universidade do Vale do Itajaí – Univali (SC). Estagiário da 2ª Promotoria de Justiça da Comarca de Balneário Camboriú. **E MAIL:** sem1dedo@yahoo.com.br
- ⁴ Pasado y futuro del Estado de derecho.
- ⁵ Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático.
- ⁶ ALEXY, Robert. Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático. Traducción de... In: CARBONELL, Miguel (org.). **Neoconstitucionalismo (s)**. Madrid: Trotta, 2003, p. 33
- ⁷ La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano.
- ⁸ Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico.
- ⁹ Conflictos entre principios constitucionales.
- ¹⁰ Neoconstitucionalismo y ponderación judicial.
- ¹¹ La teoría del derecho en tiempos de constitucionalismo.
- ¹² Un constitucionalismo ambiguo.
- ¹³ Derechos, democracia y constitución.
- ¹⁴ La ciencia juridical ante el neoconstitucionalismo.
- ¹⁵ Neoconstitucionalismo, democracia y imperialismo de la moral.