

NEOCONSTITUCIONALISMO E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO¹

NEOCONSTITUTIONALISM AND DEMOCRATIC STATE OF LAW

NEOCONSTITUCIONALISMO Y ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO

Eduardo Alvares de Oliveira²

Stefania Becattini Vaccaro³

ÁREA(S) DO DIREITO: Direito Constitucional. Direito Processual.

Resumo

Neste ensaio é analisado o desenvolvimento do neoconstitucionalismo no sistema jurídico brasileiro, suas consequências imediatas e objeções mais comuns. Após discorrer sobre os fundamentos que sustentam o fenômeno no Brasil, se minudencia a tendência de posicionar o neoconstitucionalismo em confronto com o Estado Democrático de Direito. Em sentido oposto, também se apresentam argumentos que sustentam a compatibilidade desta nova concepção do Direito Constitucional com o Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Neoconstitucionalismo. Estado Democrático de Direito. Sistema Jurídico Brasileiro.

Abstract

This paper analyzes the development of neoconstitutionalism in the Brazilian legal system, its immediate consequences and most common objections. After discussing the fundamentals that underpin the phenomenon in Brazil, it shows that there is a tendency to place the neoconstitutionalism in confrontation with the Democratic State of Law. On the other hand, arguments are also presented that support the compatibility of this new conception of Constitutional Law with the Democratic State of Law.

Keywords: Neoconstitutionalism. Democratic State of Law. Brazilian Legal System.

Resumen

En este ensayo se analiza el desarrollo del neoconstitucionalismo en el sistema jurídico brasileño, sus consecuencias inmediatas y objeciones más comunes. Después de hablar sobre los fundamentos que sostienen el fenómeno en Brasil, se menudencia la tendencia de

¹ Recebido em 09 de dezembro de 2017. Aceito para publicação em 15 de março de 2018.

² Juiz de Direito, titular da 1ª Vara Criminal de Rio Verde/Go. Professor convidado na Universidade de Rio Verde – UniRV. Pós-graduado em Ciências Criminais pela Universidade Anhanguera – UNIDERP. Mestrando em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

³ Advogada, Coordenadora do Grupo de Pesquisa, registrado no CNPQ, Núcleo de Estudo em Políticas Públicas e Professora de Instituições de Direito Público na Faculdade de Políticas Públicas da Universidade Estadual de Minas Gerais (UEMG). Doutora em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense (UFF), com ênfase em Teoria Social Contemporânea. Mestre em Política Social pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Especialista em *Trabajo Decente y Globalización* pela *Universidad Castilla de La-Mancha*. Especialista em Bioética e Direitos Humanos pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC). Graduada em Direito pela PUC/MG. E-mail: fanivaccaro@gmail.com

posicionar el neoconstitucionalismo en confrontación con el Estado Democrático de Derecho. En sentido opuesto, también se presentan argumentos que sostienen la compatibilidad de esta nueva concepción del Derecho Constitucional con el Estado Democrático de Derecho.

Palabras clave: *Neoconstitucionalismo. Estado Democrático de derecho. Sistema Jurídico Brasileño.*

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Contexto histórico, teórico, filosófico e sociológico. 3. Fundamentos essenciais do neoconstitucionalismo. 4. Algumas consequências do neoconstitucionalismo no Brasil. 5. Algumas objeções à concepção neoconstitucionalista. 6. Superando as objeções. 7. Conclusão. 8. Referências

SUMMARY: 1. Introduction. 2. Historical, theoretical, philosophical and sociological context. 3. Essential foundations of neoconstitutionalism. 4. Some consequences of neo-constitutionalism in Brazil. 5. Some objections to the neoconstitutionalist conception. Overcoming Objections. 7. Conclusion. 8. References

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Contexto histórico, teórico, filosófico y sociológico. 3. Fundamentos esenciales del neoconstitucionalismo. 4. Algunas consecuencias del neoconstitucionalismo en Brasil. 5. Algunas objeciones a la concepción neoconstitucionalista. 6. Superando las objeciones. 7. Conclusión. 8. Referencias

1. INTRODUÇÃO

Este ensaio aborda o fenômeno denominado neoconstitucionalismo, seu desenvolvimento no sistema jurídico brasileiro, suas consequências e algumas objeções. Como forma de propiciar uma visão geral do tema, o ensaio também apresenta argumentos de compatibilidade entre esta nova concepção do Direito Constitucional e o Estado Democrático de Direito.

Primeiramente, será realizada uma contextualização histórica, teórica, filosófica e sociológica do neoconstitucionalismo, inclusive com as peculiaridades da doutrina no Direito Constitucional brasileiro, sobretudo com a promulgação da Constituição de 1988.

Na sequência, serão fixados os fundamentos essenciais que dão sustentação ao fenômeno neoconstitucional, descrevendo a importância da força normativa dos princípios, da reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica, da construção de uma nova hermenêutica constitucional e do desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais moldada no princípio da dignidade da pessoa humana, o qual passa a ser o centro axiológico de todo o sistema normativo.

O desenvolvimento desses fundamentos necessariamente acarreta diversas consequências no sistema jurídico nacional. Neste ensaio, serão tratados alguns deles, em especial: a) o reconhecimento e a valorização dos princípios em

detrimento das regras; b) a adoção de métodos ou estilos abertos e flexíveis na hermenêutica jurídica; c) o reconhecimento e a defesa incondicional da constitucionalização do Direito; d) a ascensão do Poder Judiciário com destaque para o fortalecimento da jurisdição constitucional (a crise de representatividade do Legislativo; a função contramajoritária do Poder Judiciário; a judicialização de políticas sociais e o controle de políticas públicas); e) a necessidade da releitura da teoria da separação dos poderes; f) a tendência a se adotar correntes substancialistas.

Nesta esteira, serão apresentadas algumas objeções levantadas pela doutrina especializada, as quais serão expostas e sintetizadas, basicamente, em quatro vertentes: a) o neoconstitucionalismo prefere princípios a regras; b) a hermenêutica jurídica caminha para métodos muito abertos e flexíveis de aplicação dos princípios, gerando insegurança jurídica; c) a constitucionalização do Direito é incondicional e irrestrita; e, d) a sobreposição do Poder Judiciário aos demais poderes. Consequências que, segundo os detratores do neoconstitucionalismo, levariam ao enfraquecimento do Estado Democrático de Direito.

Por fim, se apresenta argumentos que buscam superar as objeções e as críticas ao neoconstitucionalismo, propondo a correta aplicação e desenvolvimento de suas bases fundamentais para impulsionar o fortalecimento do Estado Democrático de Direito.

2. CONTEXTO HISTÓRICO, TEÓRICO, FILOSÓFICO E SOCIOLÓGICO

Primeiramente, insta pontuar que o termo *neoconstitucionalismo* foi pronunciado pela primeira vez no ano de 1998, por Susanna Pozzolo, em artigo veiculado sob o título “*Neoconstitucionalismo y Especificidad de la Interpretación Constitucional*”, no contexto de uma corrente de pensamento no âmbito da filosofia do direito que adota um modelo axiológico de Constituição. A jurista italiana cita em seu trabalho autores da envergadura de Ronald Dworkin, Robert Alexy, Gustavo Zagrebelsky e Carlos Santiago Nino, como os precursores desse pensamento (GALVÃO, 2014, p. 60). Posteriormente, Miguel Carbonell na coletânea intitulada “*Neoconstitucionalismo(s)*”, publicada em 2003 na Espanha, volta a tratar do assunto.

Segundo Luís Roberto Barroso, o neoconstitucionalismo se assenta em três marcos fundamentais: o histórico, o teórico e o filosófico. O primeiro apresenta suas

raízes na Europa continental, especialmente no constitucionalismo posterior à II Guerra Mundial, sobretudo na Alemanha e na Itália. Neste sentido, “[a] *principal referência no desenvolvimento do novo direito constitucional é a Lei Fundamental de Bonn (Constituição alemã), de 1949, e, especialmente, a criação do Tribunal Constitucional Federal, instalado em 1951*”⁴ (Ibid, 2005, p. 14-15).

No Brasil, as raízes históricas estariam no seio da Constituição de 1988 e do processo de redemocratização porquanto esses processos teriam cunhado novos métodos e instrumentos de estudo e análise do direito constitucional (BARROSO, 2005, p. 14-15).

No tocante ao marco teórico, Barroso aponta três grandes transformações no plano do Direito Constitucional: a) o reconhecimento da força normativa à Constituição; b) a expansão da jurisdição constitucional; c) o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional (BARROSO, 2005, p. 17-25)⁵.

Já o marco filosófico estaria no pós-positivismo, o qual decorreria da “*superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo*” (BARROSO, 2005, p. 16-17). Tal movimento, abriria “*caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação*” (Ibid, 2005, p. 16-17), uma vez que o pós-positivismo supera o campo da legalidade estrita, sem desprezar o direito posto, à procura de uma leitura moral do Direito, sem, contudo se apoderar de argumentos da metafísica⁶.

Com efeito, pode-se afirmar que o neoconstitucionalismo, ou o novo direito constitucional, é identificado pelo conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no Direito Constitucional, especialmente: a) como marco histórico, a formação do Estado Constitucional de Direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do Século XX; b) como marco filosófico, o pós-positivismo, com a

⁴ Ainda segundo o autor, “[a] segunda referência de destaque é a da Constituição da Itália, de 1947, e a subsequente instalação da Corte Constitucional, em 1956. 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” (BARROSO, 2005, p. 15).

⁵ Esse fenômeno é apontado por Daniel Sarmiento como a rejeição ao formalismo e recurso mais frequente a métodos ou “estilos” mais abertos de raciocínio jurídico, ponderação, tópica, teorias da argumentação etc. (2015, p. 1).

⁶ Ainda segundo Barroso (2005, p. 16), “Considerado metafísico e anticientífico, o direito natural foi empurrado para a margem da história pela ascensão do positivismo jurídico, no final do Século XIX. Em busca de objetividade científica, o positivismo equiparou o Direito à lei, afastou-o da filosofia e de discussões como legitimidade e justiça e dominou o pensamento jurídico da primeira metade do Século XX. Sua decadência é emblematicamente associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha, regimes que promoveram a barbárie sob a proteção da legalidade. Ao fim da II Guerra, a ética e os valores começam a retornar ao Direito”.

centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e moral⁷; c) como marco teórico, o 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 (BARROSO, 2005, p. 23-24).

Em suma, pode-se afirmar serem o reconhecimento da normatividade dos princípios (fenômeno do pós-positivismo) e a força normativa da Constituição (oriundo do constitucionalismo norte-americano) as principais marcas do neoconstitucionalismo.

Humberto Ávila (2009, p. 1), por outro lado, ressalta que “*o fortalecimento do que se convencionou chamar de ‘neoconstitucionalismo’ foi um dos fenômenos mais visíveis da teorização e aplicação do Direito Constitucional nos últimos 20 anos no Brasil*”. A força desse fenômeno em solo nacional pode ser atribuída a algumas características sociológicas que marcam o país. O fato histórico da altíssima concentração de renda no Brasil, da condução econômica por uma elite oligárquica e patrimonialista, fundada em privilégios e apropriação dos espaços públicos, produziu níveis de iniquidades abissais. Assim, se cunhou uma sociedade formada na sua grande maioria por pessoas “*sem direitos*”. Nega(va)-se educação, saúde, saneamento básico, segurança pública, habitação, lazer e oportunidades de uma vida digna. Daí o esforço do constituinte de 88 de suplantar essa fratura social e construir uma *sociedade justa, livre e igualitária*.

A promulgação da Constituição de 1988 serviu, portanto, de alento aos desassistidos⁸ pelo Poder Público, como uma esperança de melhor distribuição de rendas, de acesso a uma educação básica de qualidade, a um sistema de saúde pública eficiente e, sobretudo, de uma vida digna e civilizada.

Noutros termos, a Carta Magna de 88 rompeu com o sistema autoritário que vigorou até o ano de 1987 e estabeleceu um novo pacto social fundado na promessa de construir um país para todos. A Constituição, que proporcionou a redemocratização do país, acolheu uma diversidade imensa de interesses e anseios,

⁷ No constitucionalismo brasileiro é possível perceber o fenômeno com a elevação da dignidade da pessoa humana a fundamento da república (art. 1º, III, CF). No âmbito internacional a Declaração Universal dos Direitos Humanos é inaugurada com a seguinte afirmativa: “Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo”, apregoando em seu art. 1º que “Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade”.

⁸ Cittadino traz um importante argumento para análise da junção entre Direito e Política ao identificar que a mobilização política da sociedade para assegurar direitos junto ao Judiciário fez com que este se constituísse como novo *lócus* da esfera pública, desvinculado das clássicas instituições político-representativas (CITTADINO, 2000).

desde um modelo de Estado Liberal (sustentado na livre iniciativa) até aspectos do Estado Social de Bem-Estar (com intervenção do Estado na economia e nas relações privadas, e na promoção do Bem-Estar Social), mas fincou o seu centro axiológico na promoção da dignidade humana.

3. FUNDAMENTOS ESSENCIAIS DO NEOCONSTITUCIONALISMO

A classificação dos elementos básicos componentes do neoconstitucionalismo varia segundo a doutrina. Luis Roberto Barroso (2005) elenca fundamentos teórico, filosófico e histórico. Humberto Ávila (2009), por sua vez, indica fundamentos normativo, metodológico e axiológico. Em síntese, os elementos essenciais deste movimento são: a) atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras⁹; b) reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica¹⁰; c) formação de uma nova hermenêutica constitucional¹¹; d) desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o postulado da dignidade humana¹².

Tais fundamentos são aqui denominados de básicos porque constituem os elementos de suporte para a presença e desenvolvimento do neoconstitucionalismo. No Brasil, é possível perceber a forte presença de todos esses elementos, sobretudo após a promulgação da Constituição de 1988, a qual marcou uma nova etapa do constitucionalismo brasileiro¹³.

Não que tenha sido o “começo da história constitucional no Brasil” como defende Barroso e Barcellos (2010). Porém, como o fundamento inaugural de construção de uma sociedade mais democrática e republicana. Afinal, a Constituição de 1988 trouxe o reconhecimento de um amplo rol de direitos fundamentais, do fortalecimento das instituições e, sobretudo, da fixação do princípio da dignidade da pessoa humana como o centro axiológico de todo o ordenamento jurídico.

⁹ Fundamentos normativo e metodológico, na concepção de Humberto Ávila (2009, p. 3-11).

¹⁰ Para Humberto Ávila, trata-se do fundamento axiológico (2009, p. 12-17).

¹¹ Fundamento metodológico, ainda segundo a concepção de Humberto Ávila (2009, p. 7-12).

¹² Segundo Daniel Sarmiento (2015) significa a reaproximação entre o Direito e a Moral, com a penetração cada vez maior da Filosofia nos debates jurídicos.

¹³ Segundo Daniel Sarmiento (2015, p. 6-12), o neoconstitucionalismo no Brasil iniciou-se após a Constituição de 1988, quando: a) foi atribuída força normativa à Constituição de 1988 transformando os princípios em normas jurídicas; b) o Poder Judiciário ascende institucionalmente e recebe importância política; c) a jurisdição constitucional é fortalecida; d) ocorre a constitucionalização do Direito. Além disso, esse Autor destaca a importância da doutrina em dois momentos: 1) constitucionalismo brasileiro da efetividade; 2) pós-positivismo constitucional. Por fim, ainda atribui importância à descrença geral da população em relação à política majoritária, com especial descrédito ao Poder Legislativo e aos partidos políticos.

Além disso, a Constituição redistribuiu as forças políticas e institucionais, ganhou força normativa, instituiu princípios fundamentais, gerais e setoriais com normatividade, fortaleceu a jurisdição constitucional, e com isso reabilitou a razão prática, impondo a necessidade de se desenvolver uma nova hermenêutica jurídica, não só constitucional, mas de todo o ordenamento jurídico. Esse desenvolvimento, todavia, não é imune a críticas. Mais adiante, serão apresentadas algumas das objeções a essa concepção neoconstitucionalista.

4. ALGUMAS CONSEQUÊNCIAS DO NEOCONSTITUCIONALISMO NO BRASIL

Este movimento de renovação do direito constitucional trouxe consequências de diferentes colorações ao ordenamento jurídico brasileiro. Algumas positivas, outras nem tanto. Ao que parece, essa disparidade de resultados está vinculada ao “agir neoconstitucional”; ou noutros termos, ao modo como os intérpretes da Constituição aplicam essa nova concepção.

Dentre as consequências desse fenômeno no Brasil, destaca-se: a) o reconhecimento e a valorização dos princípios em detrimento das regras¹⁴; b) a adoção de métodos ou estilos abertos e flexíveis na hermenêutica jurídica¹⁵; c) o reconhecimento e defesa incondicional da constitucionalização do Direito; d) ascensão do Poder Judiciário; e) necessidade da releitura da teoria da separação dos poderes; f) tendência a se adotar correntes substancialistas¹⁶.

A força normativa atribuída aos princípios na segunda metade do século XX (após a Segunda Guerra Mundial), e no Brasil especialmente após a promulgação da Constituição Federal de 1988, acabou por propiciar uma tendência de valorização das normas-princípios em detrimento das normas-regras. Isso ocorreu por vários motivos. Primeiro, porque os princípios são normas com conteúdo abstratos e com elevada carga de valores, capazes de proporcionar a denominada “justiça no caso concreto”¹⁷. Segundo, pela falsa ideia de que a Constituição Federal é formada

¹⁴ Humberto Ávila aponta esse fato como sendo o fundamento normativo (2009, p. 3).

¹⁵ Ávila sustenta ser o fundamento metodológico (2009, p. 7-12).

¹⁶ Correntes substancialistas trabalham com uma jurisdição constitucional como instrumento de defesa dos direitos fundamentais. Além disso, as teorias substancialistas sustentam a função da Constituição em adotar valores relevantes para a sociedade com sua retirada do âmbito decisório popular; valoriza a Constituição como instrumento vinculante e programático, sendo ela o meio de realizar os valores superiores e fundamentais reconhecidos pelo ordenamento. Interessante, neste ponto, recorrer a *Conrado Hübner Mendes* que sistematiza os argumentos utilizados pelos teóricos a favor de juízes e Cortes (2011, p. 69-82).

¹⁷ Humberto Ávila sustenta fortes críticas a esse pensamento, o qual denomina “da justiça geral à justiça particular (2009, p. 12-15).

majoritariamente por princípios¹⁸. Terceiro, pela ascensão do Poder Judiciário e pela crise de legitimidade que afeta os Poderes Legislativo - que historicamente representa um ordenamento jurídico fundado em regras (princípio da legalidade) - e Executivo, que na prática se constitui muitas vezes como violador de direitos fundamentais do cidadão.

Essa ampliação na utilização dos princípios como normas jurídicas dotadas de eficácia direta e imediata, por sua vez, acarretou a criação de *métodos abertos e flexíveis de hermenêutica jurídica*, dentre os quais se destaca a técnica de ponderação criada por Robert Alexy (2011). Nesta *nova hermenêutica*, os sentidos normativos podem ser variados, conforme prelecionam:

A grande virada na interpretação constitucional deu-se a partir da difusão de uma constatação que, além de singela, sequer era original: não é verdadeira a crença de que as normas jurídicas em geral – e as normas constitucionais em particular – tragam sempre em si um sentido único, objetivo, válido para todas as situações sobre as quais incidem.

[...].

A nova interpretação constitucional assenta-se no exato oposto de tal proposição: as cláusulas constitucionais, por seu conteúdo aberto, principiológico e extremamente dependente da realidade subjacente, não se prestam ao sentido unívoco e objetivo que uma certa tradição exegética lhes pretende dar. O relato da norma, muitas vezes, demarca apenas uma moldura dentro da qual se desenham diferentes possibilidades interpretativas (BARROSO; BARCELLOS, 2010, p. 27-275).

Além disso, esses Autores afirmam que a Constituição passa a constituir um “*sistema aberto de princípios e regras, permeável a valores jurídicos suprapositivos, no qual as ideias de justiça e de realização dos direitos fundamentais desempenham um papel central*” (2010, p. 280). Daí apontarem para a existência de princípios instrumentais próprios da interpretação constitucional (2010, p. 298-303).

A *práxis*, no entanto, tem revelado muitos problemas. Hodiernamente, é comum encontrar julgados em que evidenciam a preferência em aplicar princípios constitucionais e afastar regras constitucionais ou infraconstitucionais, em clara preponderância dos princípios sobre as regras. O que se percebe, portanto, é que muitas vezes o intérprete do Direito despreza norma-regra específica aplicável à hipótese para sustentar sua hermenêutica, tão somente, em princípios amplos, abstratos e, na maioria das vezes, esculpidos de normas-fins alcançáveis por inúmeros meios.

¹⁸ Ávila crítica, também, essa conclusão (2009, p. 4-5).

Outra consequência desse fenômeno é o reconhecimento e *defesa incondicional* da constitucionalização do Direito. Nessa perspectiva, as normas de direito constitucional irradiam sempre, com força normativa, por todo o sistema jurídico, repercutindo na atuação dos três Poderes, inclusive nas relações estabelecidas entre particulares (eficácia horizontal dos direitos fundamentais) (BARROSO, 2005, p. 24-25). Nas palavras do Autor:

Relativamente ao legislativo, a constitucionalização I) limita sua discricionariedade ou liberdade de conformação na elaboração das leis em geral e II) impõe-lhe determinados deveres de atuação para realização de direitos e programas constitucionais. No tocante à Administração Pública, além de igualmente I) limitar-lhe a discricionariedade e II) impor a ela deveres de atuação, ainda III) fornece fundamento de validade para a prática de atos de aplicação direta e imediata da Constituição, independentemente da interposição do legislador ordinário. Quanto ao poder judiciário I) serve de parâmetro para o controle de constitucionalidade por ele desempenhado (incidental e por ação direta), bem como II) condiciona a interpretação de todas as normas do sistema. Por fim, para os particulares, estabelece limitações à sua autonomia da vontade, em domínios como a liberdade de contratar ou o uso da propriedade privada, subordinando-a a valores constitucionais ao respeito a direitos fundamentais (BARROSO, 2005, P. 25).

Segundo Sarmiento (2015, p. 03), essa constitucionalização do Direito está relacionada a uma interpretação extensiva e abrangente das normas constitucionais pelo Poder Judiciário, o qual vem realizando uma releitura das normas infraconstitucionais com base na Constituição.

Além disso, esse fenômeno permitiu a origem e desenvolvimento da denominada filtragem constitucional, onde *“a Constituição passa a ser não apenas um sistema em si – com a sua ordem, unidade e harmonia – mas também um modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do Direito”* (BARROSO, 2005, p. 33). Desta forma, *“a constitucionalização do direito infraconstitucional não tem como sua principal marca a inclusão na Lei Maior de normas próprias de outros domínios, mas, sobretudo, a reinterpretação de seus institutos sob uma óptica constitucional”* (BARROSO, 2005, p. 33).

Com efeito, todos esses movimentos levaram o Judiciário pós 88 a exercer uma função de grande destaque na solução de conflitos institucionais e interinstitucionais. De mediador dos conflitos privados e mera *“boca da lei”* a guardião da Constituição e de todas as suas promessas. O efeito mais imediato dessa mudança foi a ampliação da jurisdição constitucional exercida no Brasil.

Acerca das competências e procedimentos da Corte Constitucional, Gilmar Mendes preleciona:

A Corte Constitucional não se encontra inserida como uma nova instância no complexo das jurisdições ordinárias. Ao revés, desempenha uma função especial – a *jurisdição constitucional*. Ela não atua como uma instância de revisão ou como um *Tribunal* ou um *Supertribunal de revisão*, destinada a examinar a legitimidade dos julgados de Tribunais inferiores. Sua competência não resulta de uma *cláusula geral*, sendo definida precisamente na Lei Fundamental. Inexiste também *via processual própria* até o *Bundesverfassungsgericht* (MENDES, 2014, p. 43).

No tocante, ao papel desempenhado pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro, o mesmo Autor ensina:

A discussão na Constituinte sobre a instituição de uma Corte Constitucional, que deveria ocupar-se, fundamentalmente, do controle de constitucionalidade, acabou por permitir que o Supremo Tribunal Federal não só mantivesse a sua competência tradicional, com algumas restrições, bem como adquirisse novas e significativas atribuições.

A Constituição de 1988 ampliou significativamente a competência originária do Supremo Tribunal Federal, sobretudo em relação ao controle abstrato de normas e ao controle da omissão do legislador (MENDES, 2014, p. 70-71).

Assim, nesses quase 30 anos de redemocratização do Brasil se verificou o fortalecimento da jurisdição constitucional, com o incremento do controle de constitucionalidade brasileiro. Isso, por sua vez, proporcionou uma profunda mudança na distribuição das funções estatais, tendo conferido especial protagonismo ao Judiciário, que se robusteceu e passou a mediar não somente conflitos entre indivíduos particulares, mas também a solucionar os mais complexos conflitos entre poderes e instituições (v.g. ACO 2661 MC, Relator Min. Celso de Mello; ACO 2351 AgR, Relator Min. Luiz Fux; ACO 803 AgR, Relator Min. Celso de Mello)

A este movimento soma-se o fato do Poder Legislativo viver na atualidade uma profunda crise de representatividade. Aliás, a desconfiança do povo brasileiro neste Poder é explícita. No ano de 2009, o Instituto Brasileiro de Opinião Pública e Estatísticas - IBOPE realizou uma pesquisa de opinião sobre a confiança do povo nas instituições, sendo que em relação ao Congresso Nacional brasileiro, somente 36% (trinta e seis por cento) dos brasileiros conferem alguma confiabilidade ao Parlamento¹⁹.

¹⁹ Disponível em <http://www.ibope.com.br/pt-br/conhecimento/relatoriospesquisas/Paginas/default.aspx?start1=101> (acesso em 17/4/2015).

Dentro dessa crise de representatividade, o Poder Judiciário tem exercido um importante papel contramajoritário. Nesta função, os órgãos e agentes públicos não-eleitos têm o poder de afastar ou conformar leis elaboradas por representantes escolhidos pela vontade popular²⁰, criando uma *aparente* supremacia do Judiciário sobre o Legislativo (BARROSO, 2005, p. 47-53).

Contribuiu para este movimento, de ascensão do Poder Judiciário, a própria atribuição de força normativa à Constituição. A partir dessa interpretação as Constituições deixaram de ser cartas procedimentais para se tornarem documentos impregnados de teor axiológico, atribuindo sua concretização ao Poder Judiciário que não mais ficaria refém das decisões das majorias absolutas.

Outra perceptível consequência da ascensão do Poder Judiciário é o suposto controle das políticas públicas pelos juízes (BARROSO, 2005, p. 49). Isso tem ocorrido porque, por um lado, a Constituição reconhece e protege os direitos fundamentais, determinando a sua aplicabilidade imediata (art. 5º, §1º da CF/88) – cabendo ao Supremo Tribunal Federal zelar pelo respeito a esses direitos (art. 102, *caput*, da CF/88) - e, por outro lado, atribui a competência de regulamentação desses direitos aos Poderes Legislativo e Executivo.

Segundo Barroso (2005, p. 49-50):

A questão do controle das políticas públicas envolve, igualmente, a demarcação do limite adequado entre matéria constitucional e matéria a ser submetida ao processo político majoritário. Por um lado, a Constituição protege os direitos fundamentais e determina a adoção de políticas públicas aptas a realizá-los. Por outro, atribuiu as decisões sobre o investimento de recursos e as opções políticas a serem perseguidas a cada tempo aos Poderes Legislativo e Executivo. Para assegurar a supremacia da Constituição, mas não a hegemonia judicial, a doutrina começa a voltar sua atenção para o desenvolvimento de parâmetros objetivos de controle de políticas públicas.

Tudo isso torna mais dificultoso a conciliação e o equilíbrio entre a *supremacia da Constituição Federal e a interpretação constitucional pelo Judiciário e o respeito ao processo político majoritário*.

²⁰ Barroso esclarece que (2005, p. 47-53): “Ao longo dos últimos dois séculos, impuseram-se doutrinariamente duas grandes linhas de justificação desse papel das supremas cortes/tribunais constitucionais. A primeira, mais tradicional, assenta raízes na soberania popular e na separação dos Poderes: a Constituição, expressão maior da vontade do povo, deve prevalecer sobre as leis, manifestações das majorias parlamentares. [...]. A segunda, que lida com a realidade mais complexa da nova interpretação jurídica, procura legitimar o desempenho do controle de constitucionalidade em outro fundamento: a preservação das condições essenciais de funcionamento do Estado democrático”.

Por isso, Sarmento sustenta que o neoconstitucionalismo impõe uma releitura do princípio da separação de poderes, de forma que o fenômeno supera a leitura clássica do princípio, que impunha limites rígidos à atuação do Poder Judiciário, e cede espaço a outras visões mais favoráveis ao ativismo judicial e valorização da Constituição (2015, p. 4).

Assim, tem-se que o neoconstitucionalismo introduziu no sistema jurídico brasileiro uma concepção de restrições aos poderes do legislador em nome dos direitos fundamentais e da proteção das minorias, endossando teorias de democracia mais substantivas que ocupam espaço em detrimento de concepções estritamente majoritárias (SARMENTO, 2015, p. 4).

Por fim, é preciso registrar que a maior e mais visível consequência desse fenômeno está no reencontro do Direito com o debate moral.

5. ALGUMAS OBJEÇÕES À CONCEPÇÃO NEOCONSTITUCIONALISTA

Essas consequências registradas acima levantaram algumas objeções ao neoconstitucionalismo, as quais podem ser resumidas em quatro vertentes. A primeira acusa o neoconstitucionalismo de preferir os princípios e desprezar as regras. A segunda sustenta que a hermenêutica jurídica caminha para métodos muito abertos e flexíveis de aplicação dos princípios, gerando insegurança jurídica. A terceira que a constitucionalização do Direito é incondicional e irrestrita. A quarta e última salienta que o Poder Judiciário, com esse arsenal teórico, tem se sobreposto aos demais poderes fragilizando o Estado Democrático de Direito.

É, pois, o que defende Daniel Sarmento (2015, p. 12-20) quando aponta três graves objeções ao neoconstitucionalismo, quais sejam: a) a de que o seu pendor judicialista é antidemocrático; b) a de que a sua preferência por princípios e técnica de ponderação, em detrimento de regras e da técnica de subsunção, é perigosa, sobretudo no Brasil, em razão de singularidades da nossa cultura; c) a de que ele pode gerar uma panconstitucionalização do Direito, em detrimento da autonomia pública do cidadão e da autonomia privada do indivíduo.

Em suma, para Sarmento (2015, p. 13-16), o viés judicialista do neoconstitucionalismo é antidemocrático, já que os juízes não são eleitos como os integrantes do Executivo e do Legislativo. Ademais, esse viés permitiria que o Poder Judiciário se tornasse um poder constituinte permanente.

Sarmiento argumenta que a prática judiciária brasileira não vem tomando o necessário cuidado com a utilização dos princípios e da técnica de ponderação, restando um ambiente intelectual de supervalorização de princípios e ponderação em detrimento das regras e da subsunção. Argumenta, por conseguinte, que esse fato enfraquece o Estado Democrático de Direito e fragiliza a segurança jurídica. Ainda segundo Sarmiento, essa situação é agravada no Brasil devido a cultura de patrimonialismo que cerca nossa sociedade, o denominado “jeitinho brasileiro” (2015, p. 16-19).

Em direção próxima a esta se posiciona Jorge Octávio Lavocat Galvão. Segundo esse Autor, os neoconstitucionalistas para interferir na realidade social do país se utilizam da valorização dos princípios, da adoção de métodos mais abertos na hermenêutica jurídica, dos juízos de ponderação e da constitucionalização do Direito (2014, p. 61). Isso colocaria em xeque o ideal político do Estado de Direito dado que o respeito à legalidade também possui uma dimensão moral na medida em que vincula conceitos de dignidade da pessoa humana e Estado de Direito. Para este autor, o neoconstitucionalismo estaria inserido em um contexto de instrumentalização da jurisdição constitucional a partir de uma leitura abstrata dos princípios que permitiriam as alterações estruturais da sociedade, mesmo sem o devido engajamento político (2014, p. 103).

Além disso, Jorge Galvão ao suscitar que os neoconstitucionalistas dão primazia aos princípios em detrimento às regras afirma que “[a] preferência por princípios em detrimento das regras revela outro indício de que a dimensão da adequação é colocada em segundo plano pelo Neoconstitucionalismo” (GALVÃO, p. 164), e que “[o] Neoconstitucionalismo, entretanto, parece defender que as questões sejam preferencialmente decididas pela via judicial, minimizando a importância dos procedimentos políticos de tomada de decisão” (2014, p. 168).

Este autor, ainda critica a possibilidade do Poder Judiciário analisar o mérito das políticas públicas adotadas para melhor distribuição de renda e concretização dos direitos fundamentais, conferindo às normas programáticas eficácia normativa plena (2014, p. 170). Quanto às novas técnicas de hermenêutica constitucional, especialmente em relação à ponderação de normas no sistema jurídico, o autor adverte que “ao reduzir direitos a valores e interesses, afrouxa o dever dos juízes de decidirem de acordo com as normas jurídicas vigentes, abrindo espaço para a discricionariedade e o arbítrio” (2014, p. 192).

Este autor é enfático ao afirmar as consequências negativas dessa nova hermenêutica constitucional. Para ele, o neoconstitucionalismo objetivando a “*transformação da sociedade por meio da interpretação constitucional, enfraquece o ideal do Estado de Direito elaborado por Waldron em vários aspectos*” (2014, p. 271). Isso ocorreria porque os autores neoconstitucionais “*não se preocupam com a dignidade do Estado de Direito ou da legislação*”, presumindo que o controle de constitucionalidade autoriza que “*afaste-se qualquer lei ou ato administrativo, sem maiores constrangimentos*” (GALVÃO, 2014, p. 291).

Jorge Galvão arremata as críticas afirmando que (2014, p. 292):

O efeito pernicioso da difusão das teses neoconstitucionais é que, em virtude dessa perda de parâmetro, os juízes passam a acreditar que qualquer interpretação judicial é possível. Substituem-se as razões jurídicas pelas razões dos magistrados por meio de uma ostensiva revisão judicial no mérito dos atos estatais em que qualquer argumentação valorativa é válida para se ingressar na dimensão da justificação e adotar uma interpretação inovadora.

Na mesma linha de pensamento está Humberto Ávila. Para o autor, a utilização da ponderação como critério geral de aplicação do ordenamento jurídico poderá resultar na utilização de princípios constitucionais para resolução de todo e qualquer conflito, mesmo diante a existência de regras suficientes para conter a demanda (2009, p. 7-12). Nesse sentido, afirma:

o paradigma da ponderação, tal como aqui analisado, aniquila com as regras e com o exercício regular do princípio democrático por meio da função legislativa. [...]. Ao se admitir o uso dos princípios constitucionais, mesmo naquelas situações em que as regras legais são compatíveis com a Constituição e o emprego dos princípios ultrapassa a interpretação teleológica pelo abandono da hipótese legal, está-se, ao mesmo tempo, consentindo com a desvalorização da função legislativa e, por decorrência, com a depreciação do papel democrático do Poder Legislativo (2009, p. 7-12).

Segundo esse autor, esse modelo “*daria primazia ou preponderância a uma justiça individual, fundada em normas posteriores, individuais e concretas*” (2009, p. 12). Daí arremata suas críticas nos seguintes termos:

Num Estado de Direito, em que deve ser protegida a segurança jurídica, em virtude da qual se deve privilegiar a inteligibilidade, a estabilidade e a previsibilidade do ordenamento jurídico, não está o aplicador autorizado a buscar a melhor solução por meio da consideração de todas as circunstâncias do caso concreto, desprezando justiça geral em favor da justiça particular (ÁVILA, 2009, p. 15).

A constitucionalização do Direito é criticada por Sarmento que sustenta que ela imbrica inexoravelmente com as discussões a propósito da judicialização da política e do decisionismo (2015, p. 19-20).

Por fim, Ávila (2009, p. 17) sustenta que essas mudanças provocadas pelo neoconstitucionalismo não encontram suporte no ordenamento constitucional brasileiro e que *“nada é mais premente do que rever a aplicação desse movimento que se convencionou chamar de ‘neoconstitucionalismo’ no Brasil”*. E arremata afirmando que (2009, p. 19):

O ‘neoconstitucionalismo’, baseado nas mudanças antes mencionadas, aplicado no Brasil, está mais para o que se poderia denominar, provocativamente, de uma espécie enrustida ‘não-constitucionalismo’: um movimento ou uma ideologia que barulhentemente proclama a supervalorização da Constituição enquanto silenciosamente promove a sua desvalorização.

Enfim, diversas são as críticas voltadas contra o neoconstitucionalismo. Porém, muitas delas são fundadas, justamente, na imperfeita aplicação dos instrumentos disponibilizados por aquela concepção jurídica.

6. SUPERANDO AS OBJEÇÕES

Os fatos que sustentam as objeções são verídicos e estão presentes no sistema jurídico brasileiro. Não há como negar que o movimento do neoconstitucionalismo tem apresentado um pendor judicialista, no qual o Judiciário se tornou protagonista na defesa da Constituição. Também não há como deixar de reconhecer na atualidade, a tendência em dar preferência aos princípios em detrimento às regras numa incorreta aplicação e desenvolvimento de técnicas de hermenêutica jurídica. Além disso, não se pode deixar de admitir a existência de inúmeros registros de imperfeições na aplicação do fenômeno denominado constitucionalização do Direito. Por isso, é inegável que a forma desordenada da atual aplicação da teoria do neoconstitucionalismo tem contribuído para o enfraquecimento do Estado Democrático de Direito, ao invés de fortalecê-lo.

No entanto, os fatos que sustentam as objeções podem ser afastados pelos neoconstitucionalistas bastando, para tanto, um maior cuidado na aplicação e no desenvolvimento desta concepção, que pode conviver, perfeitamente, com o Estado Democrático de Direito.

A primeira grave objeção levantada - a de que o neoconstitucionalismo teria um pendor judicialista, sendo, portanto, antidemocrático - não prospera. Afirmar que o Poder Judiciário é antidemocrático é ignorar a necessidade de redimensionar a distribuição das funções entre os poderes da república.

Primeiro, porque este argumento se esquece de que também o Judiciário é representação do exercício conferido constitucionalmente pela soberania popular e que não se pode reduzir, na democracia, o exercício de todo o poder aos representantes eleitos pelo povo, sob pena de se reduzir tudo à regra majoritária. Segundo, porque é justamente contramajoritariamente que o Poder Judiciário se levanta para proteger o direito das minorias, resguardando o mínimo fundamental a todos. Definitivamente, a tarefa de defender as minorias oprimidas e os direitos fundamentais de todos, e não só os da maioria, em uma república que tem como objetivo promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, IV da CF/88), não pode ser concentrada nas mãos de agentes políticos eleitos majoritariamente. Terceiro, porque ao Poder Judiciário, pela própria Carta Magna, foi conferido o poder de guardar e proteger o pacto fundamental (art. 102, *caput*, da CF/88), inclusive contra a investida da vontade majoritária (art. 60, §4º, da CF/88).

Além disso, como dito, é preciso conceber e aceitar uma nova compreensão do princípio da separação dos poderes, em um contexto que o Poder Judiciário deixa de ser “mera boca da lei” ou reproduzidor da vontade legislativa para exercer papel de protagonismo na concretização dos compromissos assumidos pelo legislador constituinte originário.

Ora, com o reconhecimento da força normativa da Constituição e a instituição do Poder Judiciário como guardião desta norma maior, é impossível manter a rígida separação das funções estatais. Por isso, os juízes poderiam avançar, comedidamente, na compreensão e aplicação das normas constitucionais imediatamente aplicáveis.

No embate entre os detratores e defensores do neoconstitucionalismo, não se pode desprezar as mudanças profundas que essa corrente provocou no Direito Constitucional brasileiro, sobretudo na hermenêutica constitucional e na efetividade da Constituição.

Isso proporcionou uma verdadeira mudança de paradigma na aplicação das normas constitucionais, mobilizando a doutrina e a jurisprudência nacional para

assegurar a força normativa da Constituição Federal e a reaproximação do Direito e a moral²¹.

Neste sentido, Lênio Streck (2014, p. 33) afirma que o novo constitucionalismo é marcado pela passagem do Estado liberal para o Estado social. Em especial, salienta:

[...] falar em *neoconstitucionalismo* implicava ir além de um constitucionalismo de feições liberais – que, no Brasil, sempre foi um simulacro em anos intercalados por regimes autoritários – em direção a um constitucionalismo compromissório, de feições dirigentes, que possibilitasse, em todos os níveis, a efetivação de um regime democrático em *terrae brasiliis*.

Ora, o Poder Judiciário tem papel essencial na concretização da Constituição Federal, ainda mais diante do quadro sistemático de violações de direitos – sobretudo os fundamentais -; do arranjo institucional alcançado com a Constituição de 1988 e da profunda crise de representatividade vivenciada no Brasil. O papel do Judiciário, especialmente da Corte Constitucional brasileira, é o de preservar o processo político democrático e promover os valores constitucionais, superando o atual déficit de legitimidade dos demais poderes sem, contudo, abusar do seu poder adentrando em preferências políticas em detrimento da realização dos valores eminentemente constitucionais.

Outra crítica recorrente tem sido a de que o neoconstitucionalismo teria construído um ambiente intelectual em que se verifica a prevalência de princípios sobre regras baseando-se em técnicas de hermenêutica abertas e flexíveis; movimento que geraria uma substituição da clássica subsunção pela contemporânea ponderação. Essa análise, no entanto, está mal direcionada.

Os princípios, assim como as regras, são normas e devem ter o seu comando efetivado. Caso contrário, corre-se o risco de materializar no seio da sociedade o pernicioso descrédito na norma constitucional. O problema não está princípios, mas

²¹ Segundo Sarmento (2015, p. 11), é possível destacar a forte influência do neoconstitucionalismo na formação da jurisprudência da Suprema Corte brasileira, vez que: a) o Supremo Tribunal Federal, cada vez mais, invoca princípios abertos nos seus julgamentos, recorrendo à ponderação de interesses e ao princípio da proporcionalidade; b) alteração de posicionamento da Corte em relação aos direitos sociais, deixando estes de serem compreendidos como meras normas programáticas; c) reconhecimento da eficácia horizontal dos direitos fundamentais; d) mutação de entendimento em relação às potencialidades do mandado de injunção; e) progressiva superação da visão clássica kelsiana da jurisdição constitucional, com a admissão de técnicas decisórias mais heterodoxas, como declarações de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade e sentenças aditivas; f) criação do *amicus curiae* e realização de audiências públicas, de forma a ampliar a possibilidade de atuação da sociedade civil organizada no Supremo Tribunal Federal.

na sua utilização. Faltam critérios racionais e objetivos para utilização da técnica de ponderação e para a aplicação de princípios e afastamento das regras.

Não há como se admitir, por essência, que os princípios se sobrepõem às regras ou que a técnica de ponderação substitua a subsunção. Primeiro, porque a nossa Constituição, na esteira de observações apontadas por Humberto Ávila (2009, p. 4-5), é “regulatória” e não “principiológica” (2009). Segundo porque, da mesma forma, o ordenamento jurídico brasileiro é formado, em sua maioria, por regras e não por princípios. Como bem explanam Barroso e Barcellos (2010, p. 275):

[...] ao se falar em ‘nova interpretação constitucional’, ‘normatividade dos princípios’, ‘ponderação de valores’, ‘teoria da argumentação’, não se está renegando o conhecimento convencional, a importância das regras ou a valia das soluções subsuntivas. [...]. A nova interpretação constitucional é fruto de evolução seletiva, que conserva muitos dos conceitos tradicionais, aos quais, todavia, agrega ideias que anunciam novos tempos e acodem a novas demandas.

Se na prática está sendo conferida maior importância aos princípios em detrimento das regras, isso é fruto de uma imperfeita aplicação da concepção neoconstitucionalista. A higidez do Estado Democrático de Direito depende do devido valor dado às regras a fim de se garantir a adequada segurança jurídica. No entanto, a arena pública atual demanda também a utilização dos princípios para superar os conflitos e a complexidade inerente ao tecido social. Esses casos não são solucionados através da regra clássica da subsunção, evidentemente²². Por outro lado, não podem ficar sem respostas. Por isso, o socorro à técnica de ponderação com fim de superar o conflito aparente entre princípios constitucionais.

De fato, o neoconstitucionalismo contém instrumentos teóricos que se forem mal utilizados pelos operadores do Direito podem proporcionar uma elevada carga de subjetivismo aos juízes no momento de fundamentar as decisões judiciais. Mas, por outro lado, a complexidade dos conflitos atuais não é perfeitamente absorvida pelos fixos limites das regras. O dilema da Justiça ganhou outros contornos. Como bem salienta Sarmiento (2015, p. 16) “*Seria uma profunda injustiça com a teoria neoconstitucionalista acusá-la de promover o decisionismo ou de defender a tomada*

²² Há casos em que o conflito normativo pode alcançar inclusive regras infraconstitucionais, regulamentadoras de determinados fins esculpidos nos princípios, que criam aparentes antinomias no ordenamento. Nestes casos, o hermeneuta deverá solucionar esse aparente conflito entre normas-regras infraconstitucionais utilizando-se de um conjunto mais amplo de diplomas e compatibilizando as diferentes normas para dar a elas máxima eficácia.

de decisões judiciais puramente emotivas, sem lastro em argumentação racional sólida".

Para superar a dicotomia atual, é preciso o desenvolvimento de uma teoria da argumentação jurídica coesa e racional, que se utilize de critérios objetivos na ponderação e na aplicação dos princípios colidentes. Isso permitirá o controle social e será suficiente para superar as objeções apresentadas permitindo, assim, a convivência harmônica entre o neoconstitucionalismo e o Estado Democrático de Direito²³.

Melhor sorte, não assiste às críticas doutrinárias de *panconstitucionalização* do Direito, visto que a irradiação dos efeitos do direito constitucional sobre todos os demais ramos é um elemento essencial do neoconstitucionalismo que atribui força normativa à Constituição. Também aqui o problema é o uso indiscriminado de normas-princípios constitucionais em detrimento das normas-regras infraconstitucionais.

A constitucionalização exagerada do Direito, e sem critérios, é fruto justamente da visão distorcida segundo a qual os princípios constitucionais devem sempre ser utilizados como fundamento para uma decisão, independentemente da existência de regras válidas aplicáveis à espécie. Ou seja, a problemática retorna para a falta de critérios hermenêuticos na utilização de princípios e regras, enfim, na ausência de uma teoria racional de argumentação jurídica.

A isso também se critica. O abuso na utilização de princípios constitucionais, quando existentes normas infraconstitucionais compatíveis com o texto constitucional, leva a uma profunda insegurança e ao sentimento de loteria jurídica. A doutrina neoconstitucionalista não deve permitir que o hermeneuta afaste normas-regras infraconstitucionais para aplicar princípios constitucionais sem, contudo, declarar a sua incompatibilidade com o sistema constitucional. Caso contrário, estará se endossando o subjetivismo e a substituição da vontade do legislador ordinário pela vontade judicial.

Segundo Humberto Ávila não é a ponderação que conduz à constitucionalização da ordem jurídica, mas sim a concepção de ponderação segundo a qual os princípios constitucionais devem sempre ser utilizados como fundamento para uma decisão, independentemente de regras e de critérios objetivos para sua utilização (2009, p. 7-12). Nesse sentido, argumenta que uma ponderação

²³ Conferir interessantes parâmetros estabelecidos por Humberto Ávila (2009, p. 10-12).

“orientada por critérios objetivos prévios e que harmonize a divisão de competências com os princípios fundamentais, num sistema de separação de Poderes” não gera a consequência criticada (2009, p. 10).

Enfim, a norma-regra, compatível com o princípio ou regra constitucional, deve sempre ser respeitada pelo intérprete a fim de se estabelecer uma harmonia entre a vontade da Constituição e a vontade da política majoritária, sem afetar a autonomia política ou privada dos cidadãos.

Isso porque é preciso alcançar um ponto de equilíbrio entre o processo político majoritário e a supremacia da Constituição – e seus compromissos –, tarefa essa bastante complexa, sobretudo diante a crise que acomete o Legislativo e a ascensão institucional do Poder Judiciário.

Desta forma, é possível perceber que o neoconstitucionalismo pode conviver harmonicamente com a higidez do Estado Democrático de Direito, bastando que os operadores da concepção neoconstitucional tenham consciência dos limites impostos na utilização dos princípios, da importância das regras, da necessidade de utilizar racional e objetivamente a técnica de ponderação e de que a nova concepção do princípio da separação dos poderes não impõe a sobreposição do Poder Judiciário ao Poder Legislativo.

7. CONCLUSÃO

Na primeira parte deste ensaio, foram sintetizados os principais elementos que dão sustentação ao neoconstitucionalismo no Brasil, bem como suas consequências e peculiaridades em nosso país.

Na sequência, foram apresentadas algumas objeções levantadas pelos estudiosos da matéria, procurando constatar a causa e o cerne das críticas. Feito isso, foi possível observar que as críticas construídas contra o neoconstitucionalismo no Brasil, em síntese, são fundadas na imperfeita aplicação e desenvolvimento dessa nova concepção constitucional.

Observamos que no sistema jurídico brasileiro há uma tendência em atribuir maior importância aos princípios em detrimento das regras, como fruto da incorreta utilização da técnica de ponderação – ou pela imperfeição da própria técnica, que ainda está em desenvolvimento. Percebemos, ainda, que a utilização irrestrita e com poucos parâmetros objetivos da técnica de ponderação gera uma *panconstitucionalização* do Direito, onde todo o ordenamento jurídico é

“constitucionalizado”. O problema aqui não está na compatibilização entre as normas infraconstitucionais e a Constituição Federal, mas no sentido de que o hermeneuta não se utiliza de critérios racionais e objetivos para deixar de aplicar uma regra expressa em prol de um princípio-fim constitucional que pode ser alcançado por diversos meios. Por fim, reconhecemos que todos esses fatos presentes no sistema jurídico brasileiro têm gerado uma verdadeira instabilidade jurídica, enfraquecendo o Estado Democrático de Direito.

Apesar da evidência dos fatos no Brasil, as objeções levantadas refletem a imperfeita aplicação e desenvolvimento da concepção neoconstitucional. Isso porque o neoconstitucionalismo não impõe, necessariamente, a preferência dos princípios e desprezo das regras; não importa em utilização de técnicas de hermenêutica constitucional sem a fixação de critérios racionais e objetivos; e muito menos que a Constituição deve sobrepor-se ao ordenamento infraconstitucional, com ela compatível.

Com isso, observamos que o suposto enfraquecimento do Estado Democrático de Direito - ante o avanço do neoconstitucionalismo no Brasil -, deve ser combatido não com o fim de impedir a disseminação dessa nova concepção constitucional, mas sim com a exigência de sua perfeita aplicação e correto desenvolvimento de seus fundamentos. Afinal, essa *nova* concepção constitucional está presente na maioria dos países ocidentais, sendo um fenômeno inarredável do sistema jurídico brasileiro, ante as peculiaridades sociais do nosso país.

É, pois, possível a convivência harmônica do Estado Democrático de Direito e da concepção neoconstitucionalista. Mas para isso é preciso que esse novo direito constitucional seja desenvolvido em um ambiente de respeito aos demais poderes instituídos e ao processo político majoritário conforme à Constituição.

8. REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad.: Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

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, nº 17, janeiro/fevereiro/março, 2009. Disponível na internet: <<http://direitodoestado.com.br/rede.aps>>. Acesso em 7/3/2015 às 9h.

_____. **Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 15 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. **O Começo da História: a Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito**

- Brasileiro.** In SILVA, Virgílio Afonso da. **Interpretação Constitucional.** 1. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.
- BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil).** Interesse Público, Porto Alegre: Notadez, ano VII, nº 33, setembro/outubro de 2005.
- _____. **O novo direito constitucional brasileiro. Contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil.** 1 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.
- BRASIL. **Supremo Tribunal Federal.** *Voto no Recurso Extraordinário n. 638.115,* Relator(a): MENDES, Gilmar.
- CARBONELL, Miguel. **Teoría del neoconstitucionalismo.** Madrid: Editora Trota, 2007.
- CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea.** 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.
- FISH, Eric S. Choosing Constitutional Remedies. Disponível na internet: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2579113>. Acesso em 7/3/2015 às 9h.
- GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. **O Neoconstitucionalismo e o Fim do Estado de Direito.** 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação.** São Paulo: Saraiva, 2011.
- MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional.** 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades.** Disponível na internet: <http://www.editoraforum.com.br/sist/conteudo/lista_conteudo.asp?FIDT_CONTEUDO=56993>. Acesso em 7/3/2015 às 9h.
- STRECK, Lênio Luiz. **Uma hermenêutica das características do neoconstitucionalismo.** Observatório da Jurisdição Constitucional. Instituto Brasiliense de Direito Público, ano 7, v. 2 (jul./dez. 2014).
- SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais - conteúdo essencial, restrições e eficácia.** 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.
- VALE, André Rufino do. **Aspectos do Neoconstitucionalismo.** Direito Público, Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, ano IV, nº 14, out-nov-dez, 2006.