

Neoconstitucionalismo ou paleoconstitucionalismo? Apontamentos acerca da compreensão do fenômeno jurídico contemporâneo

NEOCONSTITUTIONALISM OR PALEOCONSTITUCIONALISM? NOTES ABOUT THE UNDERSTANDING OF THE CONTEMPORARY LEGAL PHENOMENON

José Renato Gaziero Cella*
Renê Chiquetti Rodrigues**

Resumo: A expressão *neoconstitucionalismo* ingressou definitivamente em nosso léxico jurídico como modo de explicar as recentes mudanças experienciadas no Brasil após o advento da Constituição de 1988. O presente estudo visa investigar a densidade significativa do respectivo termo e sua valia na explicação dessa nova realidade jurídica que se apresenta em nossos dias. Para tanto, o estudo realiza uma análise argumentativa de dois relevantes estudos sobre o tema, contrapondo a compreensão dos autores: “Neoconstitucionalismo e a Constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil” de Luis Roberto Barroso e “Neoconstitucionalismo e moralismo jurídico” de Dimitri Dimoulis. Ao final, conclui-se que, em que pese as inegáveis mudanças e significativas contribuições sociais e políticas proporcionadas pela Constituição de 1988, o fenômeno amplamente denominado com o termo “neoconstitucionalismo” sustenta-se em premissas questionáveis do ponto de vista histórico, teórico e filosófico, sendo uma expressão demasiadamente imprecisa para explicar a realidade jurídica contemporânea.

Palavras-Chave: Constituição; teoria do direito; moralismo; hermenêutica.

Abstract: The expression *neoconstitutionalism* joined permanently in our legal lexicon as a way to explain the recent changes experienced in Brazil after the advent of the 1988 Constitution. The present study aimed to investigate the significant density of this word and its value in explaining this new legal reality that presents itself in our day. For this, the study conducts an argumentative analysis of two relevant studies

* José Renato Gaziero Cella: 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 Curso de Pós-Graduação (Mestrado) em Direito da Faculdade Meridional - IMED. cella@cella.com.br

** Renê Chiquetti Rodrigues: Pós-graduando em Filosofia Moderna e Contemporânea pela Universidade Estadual de Londrina - UEL, Especialista em Direito Constitucional Contemporâneo pelo Instituto de Direito Constitucional e Cidadania - IDCC, Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Londrina - UEL. rene_criolo@hotmail.com

on the topic, contrasting the understanding of the authors: “Neoconstitutionalism and the constitutionalization of law. The late triumph of constitutional law in Brazil” by Luis Roberto Barroso and “Neoconstitutionalism and legal moralism” by Dimitri Dimoulis. At the end, it is concluded that, despite the undeniable changes and significant social and political contributions provided by the 1988 Constitution, the phenomenon widely referred to the term “neoconstitutionalism” claims in questionable premises of historical, theoretical and philosophical view, being an overly imprecise expression to explain the contemporary legal reality.

Keywords: Constitution; theory of law; morality, hermeneutics.

INTRODUÇÃO

O direito brasileiro experienciou significativas mudanças nas últimas décadas, facilmente perceptíveis quando voltamos nossos olhos tanto para a prática forense quanto para a produção bibliográfica da dogmática jurídica recente. Tais mudanças alteraram a tradicional relação entre existente entre a praxis e a teoria jurídica contemporânea, modificando nossa própria percepção do fenômeno jurídico. Essa transformação no modo de se interpretar o direito tem sido atribuída principalmente ao advento do texto constitucional promulgado no Brasil 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 serem inquestionáveis as contribuições proporcionadas 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 propiciou uma nova percepção da Constituição e de seu papel na interpretação jurídica em geral. Tal quebra de paradigma teria operado uma revolução copernicana que poderia 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 investigar o sentido do termo “neoconstitucionalismo”, amplamente utilizado para explicar essa nova realidade jurídica que se apresenta a nós atualmente. Procura-se analisar até que ponto é possível afirmar que a promulgação da Carta Constitucional de 1988 proporcionou um novo paradigma constitucional ou, ao contrário, se o que se denomina de “novo” não passa de uma retomada do “velho constitucionalismo”. Para isso, nos valem de uma reconstrução dos argumentos expostos em dois relevantes artigos específicos sobre o assunto em questão: o primeiro deles, de autoria de Luís Roberto Barroso, “Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil” consiste em um dos primeiros e principais estudos feitos sobre o tema, sendo amplamente citado pela doutrina nacional; o segundo, por sua vez, de autoria de Dimitri Dimoulis, é intitulado

“Neoconstitucionalismo e Moralismo Jurídico” e questiona os fundamentos de existência deste novo paradigma constitucional. Com base nesses dois estudos, procura-se nesta pesquisa refletir sobre 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 dos 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*. Me refiro, 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 duas novas coletâneas de estudos, também dedicadas ao neoconstitucionalismo: *Teoría del Neoconstitucionalismo* (2007) e *El Canon Neoconstitucional* (2010), esta última em parceria com Leonardo García Jaramillo. Desde então,

muito se escreveu e se debateu a respeito do denominado *neoconstitucionalismo*.

Não obstante o fato da 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 Sanchis, 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*, o autor aponta a existência de três grandes alterações que transformaram 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, segundo o autor, 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 realizando 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* (VERDÚ, 2004) 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” (BARROSO, 2007, p. 4; Cf. também. BARROSO, 2009, p. 243-268), albergando-se um conjunto de ideias ricas e heterogêneas. 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 que “até então a Constituição era vista como um documento essencialmente político, um convite à atuação dos Poderes Públicos” (BARROSO, 2007, p. 4), em que a concretização de suas propostas ficava condicionada à liberdade do legislador ou à discricionariedade do administrador, não se reconhecendo ao Judiciário 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 no Brasil 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 autor 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 teria sido constatado, entretanto, é que, diante das especificidades das normas constitucionais e do fato das mesmas serem agora 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 e sistematizar um elenco próprio de princípios aplicáveis às especificidades da interpretação constitucional. Dentre tais princípios específicos de hermenêutica constitucional, apontam-se os seguintes: i) princípio da supremacia da Constituição; ii) princípio da presunção de constitucionalidade das normas e atos do Poder Público; iii) princípio da interpretação conforme à Constituição; iv) princípio da unidade; v) princípio da razoabilidade; vi) e o princípio da efetividade da Constituição – para mencionar apenas estes.

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, segundo o autor, com novas e diferentes categorias jurídico-interpretativas. Dentre as quais é possível apontar as noções de “cláusulas 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 possuiriam 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 cláusulas gerais e princípios jurídicos como parte da realidade do fenômeno jurídico impõe, assim, uma atuação construtiva do intérprete na definição concreta do sentido e alcance do Direito.

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 jurídicos 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 interpretativo 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, em que 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 da simples aplicação de uma prescrição abstrata estipulada previamente pelo legislador, torna-se necessário que o intérprete assegure a legitimidade e a racionalidade de sua interpretação, devendo fundamentar juridicamente a decisão tomada.

Para isso, será necessário recorrer à *argumentação*, à razão prática, devendo o intérprete, no que tange à sua decisão,

(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, Luís Roberto Barroso identifica o *neoconstitucionalismo* com 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).

2. 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 trabalhos posteriores acerca da temática na doutrina brasileira. Em razão disso, o referido artigo foi tomado como principal objeto de uma investigação desenvolvida pelo professor Dimitri Dimoulis. A pesquisa visava “analisar algumas recentes referências da doutrina constitucional ao denominado neoconstitucionalismo”, fazendo isso por meio de uma avaliação de “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. 213). Os resultados de tal investigação foram publicados no ensaio intitulado “Neoconstitucionalismo e Moralismo Jurídico”. No referido artigo, Dimoulis elege como objeto específico de sua análise as mudanças apontadas por Barroso que caracterizam o *marco teórico*, apresentando uma 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 jurídica.

Após uma breve introdução apresentando o problema, Dimoulis afirma que a “definição do neoconstitucionalismo parece-nos despida de pertinência e utilidade” (2009, p.214), desenvolvendo, 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 autor inicia sua crítica partindo analisando a questão do *reconhecimento da força normativa da Constituição* no período do pós-guerra. Ao contrário do que afirma Barroso, desde o início do século XIX as Constituições escritas-instrumentais “foram sempre e necessariamente vistas como superiores à legislação ordinária” (DIMOULIS, 2009, p. 214). Caso a normatividade constitucional 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 comum.

Nesse sentido, destaca 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” (SIEYÉS *apud* DIMOULIS, 2009, p. 214, 215); 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. (GUIZOT *apud* DIMOULIS, 2009, p. 215).

Por conseguinte, indaga: “Seriam 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. 215).

Dimoulis 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. Tal concepção é equivocada, pois a Constituição sempre foi pensada como um *projeto político* que objetivava garantir – na maioria dos casos – sistemas capitalistas em sua versão liberal e instaurar a democracia representativa. Assim sendo, “as Constituições sempre foram materiais e carregadas de valores (*wertgeladen*)” (DIMOULIS, 2009, p. 215), sendo historicamente desconhecida qualquer carta constitucional que desminta a regra de sua superioridade jurídica e do caráter material-valorativo-político de seus conteúdos.

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. 216).

Contudo, o Dimoulis 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. 216). Além do clássico caso *Marbury vs. Madison* (1803) julgado pela Suprema Corte norte-americana, Dimoulis aponta 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 em que já se observava a existência de um *judicial review*. Diante de tais casos, em que se constata a existência de uma tradição de fiscalização e afastamento de leis inconstitucionais por parte do Poder Judiciário ainda no século XIX, o jurista questiona: “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. 216).

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, com a 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. 217).

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. 217). 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, todavia, 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 preveem 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 configuraram de formas variadas sua garantia. (DIMOULIS, 2009, p. 218).

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. 218). O autor cita como exemplo a Constituição do Império no Brasil de 1824 que não previa o controle judicial de constitucionalidade. Porém, 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. 219).

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, 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 alcinhar de neoconstitucionalistas o juiz Marshall e Ruy Barbosa”. (DIMOULIS, 2009, p. 219).

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. 220).

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. 220).

Lembra, também, que a criação de uma Corte constitucional retira poder tanto dos tribunais inferiores – em muitos ordenamentos jurídicos os tribunais inferiores 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 o autor 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. 220).

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” (DIMOULIS, 2009, p. 221) não havendo rupturas na realização do controle de constitucionalidade nos Estados constitucionais modernos. Assim sendo, Dimoulis conclui sua 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. 221).

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, incontáveis os juristas que afirmam o poder criativo dos aplicadores do direito.

Não obstante, o autor adverte que, ao contrário do afirmado por 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. Salienta que no século XIX já era possível encontrar na doutrina jurídica fortes críticas à aplicação 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 Géný (1861-1959) na França, para entender que não há a menor novidade na interpretação “aberta” e “principiológica” da Constituição. (DIMOULIS, 2009, p. 221).

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. 221) 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” (DIMOULIS, 2009, p. 222). Após tais considerações, o professor indaga: “como associar o neoconstitucionalismo com semelhantes opiniões de abertura da interpretação?” (DIMOULIS, 2009, p. 222).

Todavia, talvez o maior exemplo de “abertura da interpretação” seja o do mais célebre 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*). (KELSEN *Apud* DIMOULIS, 2009, p. 222).

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. 222).

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. 222).

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. 222). Estudos teoricamente rigorosos sobre o neoconstitucionalismo, realizados principalmente por teóricos do direito italianos (Cf. BONGIOVANNI, 2005, p. 60-61; BARBERIS, 2006, p. 20; COMANDUCCI, 2002, p. 90; MORESO, 2003, p. 271), 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. 223). 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. 223).

Para o autor, seria “preferível abandonar o termo genérico e, por isso inexpressivo, de (neo)constitucionalismo, indicando o cerne da abordagem que se encontra na postura antipositivista”, em que o “elemento peculiar estaria na crença de que a moral desempenha um papel fundamental na definição e na interpretação do direito” (DIMOULIS, 2009, p. 223). Nesse sentido, “independentemente dos problemas de definição, o neoconstitucionalismo não tem nada de novo” (DIMOULIS, 2009, p. 223). 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. 224). Conforme 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. 224).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito brasileiro experienciou significativas mudanças nas últimas décadas, facilmente perceptíveis tanto na prática forense quanto na produção bibliográfica da dogmática jurídica, modificando significativamente nossa 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 na formação dos Estados democráticos europeus no período pós-guerra. 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* apresentado por Barroso, 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 a 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, padece de anemia significativa e se encontra fundamentado em pressupostos teóricos, históricos e filosóficos altamente questionáveis, sendo utilizado para albergar juristas que pertencem a tradições distintas e, por vezes, defendem teses antagônicas acerca do fenômeno jurídico.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **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%C70-2007-LUIZ%20ROBERTO%20BARROSO.pdf>> Acesso em 29.07.2014.

BARBERIS, Mauro. “**Neoconstitucionalismo**”. In: Revista Brasileira de Direito Constitucional, n. 7, 2006, p. 18-30.

BONGIOVANNI, Giorgio. **Costituzionalismo e Teoria del Diritto**. Roma: Laterza, 2005.

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

CARBONELL Miguel (Ed.). **Teoria del Neoconstitucionalismo: Ensayos escogidos**. Madrid: Editorial Trotta, 2007.

CARBONELL, Miguel; JARAMILLO, Leonardo García (Ed.). **El Canon Neoconstitucional**. Madrid: Editorial Trotta, 2010.

COMANDUCCI, Paolo. “Formas de (neo)constitucionalismo. Un análisis metateórico”. In: **Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho**, n. 16, 2002, p. 89-112;

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. Foi utilizada a versão digital disponibilizada no sítio Academia.edu na paginação. <http://www.academia.edu/1615334/Neoconstitucionalismo_e_moralismo_juridico> Acesso em 29.07.2014;

MORESO, José Juan. **Comanducci sobre neoconstitucionalismo**. In: **Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho**, n. 19, 2003, p. 267-282. Disponível em: http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01372719724684726977680/Isonomia_12.pdf. Acesso em 29.07.2014;

POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo y Especificidad de la Interpretación Constitucional**. In: **DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho**. Espanha: Alicante. n.º 21 – II, 1998, p. 339-353; Disponível em: <http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10369/1/doxa21-2_25.pdf>. Acesso em 29.07.2014;

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 29.07.2014;

VERDÚ, Pablo Lucas. *O Sentimento Constitucional: aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política*. Rio de Janeiro, Forense, 2004.

Artigo recebido em: 08/08/2014

Aprovado para publicação em: 20/08/2014

Como citar: CELLA, José Renato Gaziero. RODRIGUES, Renê Chiquetti. **Neoconstitucionalismo ou paleoconstitucionalismo? Apontamentos acerca da compreensão do fenômeno jurídico contemporâneo**. Revista do Direito Público. Londrina, v.9, n.2, p.93-114, mai./ago. 2014. DOI: 10.5433/1980-511X.2014v9n2p93.