

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL  
FACULDADE DE DIREITO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO DO ESTADO**

**Ândreo da Silva Almeida**

**Neoconstitucionalismo: a proposta de superação do paradigma  
positivista e suas fragilidades**

**Porto Alegre  
2018**

Ândreo da Silva Almeida

**Neoconstitucionalismo: a proposta de superação do paradigma  
positivista e suas fragilidades**

Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Especialista em Direito do Estado pelo Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Orientador: Prof. Dr. Carlos Eduardo Dieder Reverbel

Porto Alegre

2018

Ândreo da Silva Almeida

**Neoconstitucionalismo: a proposta de superação do paradigma positivista e suas fragilidades**

Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Especialista em Direito do Estado pelo Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Aprovada em \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 20\_\_.

BANCA EXAMINADORA:

\_\_\_\_\_  
Professor Doutor Carlos Eduardo Dieder Reverbel  
Orientador

\_\_\_\_\_  
Professor \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_  
Professor \_\_\_\_\_

*À minha mãe, pelo apoio incondicional.*

## RESUMO

No final do século XX surge no meio acadêmico um movimento doutrinário denominado de neoconstitucionalismo, cujos defensores alegam ser a teoria do Direito apta a responder às demandas da contemporaneidade, uma vez que a sua estrutura permite equilibrar os valores da segurança jurídica com os da justiça, o que não era proporcionado pelo positivismo jurídico. A partir do estudo dos elementos que compõem a base teórica desse movimento, bem como através da análise específica da sua matriz filosófica (pós-positivismo), busca-se encontrar as fragilidades que estão no recôndito do neoconstitucionalismo e que raramente são anunciadas por seus simpatizantes. Concluindo-se que, ante as mazelas que afligem a teoria, o equilíbrio entre a segurança jurídica e a justiça é a algo distante de ser atingido pelo modelo decisório neoconstitucional.

**Palavras-chave:** Neoconstitucionalismo. Constitucionalismo Contemporâneo. Pós-positivismo. Jurisdição Constitucional. Ativismo Judicial.

## ABSTRACT

At the end of the 20th century, a doctrinal movement called neoconstitutionalism emerged as an academic center, whose proponents claim to be the theory of Law capable of responding to contemporary demands, since its structure allows a balance between the values of legal security and those of justice, which was not provided by legal positivism. From the study of the elements that compose the theoretical basis of this movement, as well as through the specific analysis of its philosophical matrix (post-positivism), it seeks to find the fragilities that are in the hidden interior of neo-constitutionalism and that are rarely announced by its sympathizers. Concluding that, in the face of the malaise afflicting the theory, the balance between legal security and justice is something far from being reached by the neoconstitutional decision-making model.

**Key-words:** Neoconstitucionalism. Constitucionalism. Contemporary. Post-positivism. Constitutional Jurisdiction. Judicial Activism.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>7</b>
<b>2 CONSIDERAÇÕES INICIAIS ACERCA DO NEOCONSTITUCIONALISMO .....</b>	<b>10</b>
2.1 A ORIGEM, A COMPLEXIDADE NA DEFINIÇÃO E A ESSÊNCIA .....	12
2.2 AS BASES TEÓRICAS .....	19
2.2.1 A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO.....	19
2.2.2 A EXPANSÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL.....	23
2.2.3 A NOVA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL .....	27
<b>3 A PROPOSTA DE SUPERAÇÃO DO PARADIGMA POSITIVISTA .....</b>	<b>30</b>
3.1 O POSITIVISMO JURÍDICO E OS PRINCÍPIOS .....	30
3.2 O PÓS-POSITIVISMO E OS PRINCÍPIOS .....	38
3.2.1 A DIFERENÇA ENTRE REGRAS E PRINCÍPIOS.....	43
3.2.1.1 A PROPOSTA TEÓRICA DE HUMBERTO ÁVILA.....	44
3.2.1.2 A PROPOSTA TEÓRICA DE ROBERT ALEXY .....	47
<b>4 AS FRAGILIDADES DO NEOCONSTITUCIONALISMO .....</b>	<b>51</b>
4.1 OS EXCESSOS NA DOCTRINA DOS PRINCÍPIOS .....	51
4.2 O ATIVISMO JUDICIAL .....	58
<b>5 CONCLUSÃO .....</b>	<b>69</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>73</b>

## 1 INTRODUÇÃO

Na contemporaneidade a pluralidade de valores e a velocidade com que eles se modificam praticamente inviabilizam a concretização do modelo tradicional de ordem social, onde há a busca constante por estabilidade, segurança e certeza nas relações intersubjetivas. O Direito, como instrumento de realização da convivência ordenada, não poderia passar ao largo dessa transformação social, motivo pelo qual aparece uma nova teoria com a promessa de ser capaz de responder às demandas da sociedade contemporânea e, por conseguinte, estabelecer o convívio ordenado entre os homens. Nasce, nesse cenário, o neoconstitucionalismo como promessa de ser a teoria adequada à promoção da segurança jurídica e da justiça diante da complexidade do cenário atual.

O presente estudo debruça-se sobre o neoconstitucionalismo, almejando investigar os elementos históricos de seu surgimento, a estrutura teórica sobre a qual se apoia e a matriz filosófica que o orienta. Alcançados esses objetivos iniciais, buscar-se-á diagnosticar, através da crítica à teoria neoconstitucional, as fragilidades que afetam essa teoria do direito e fazem com que ela se afaste do seu ideal de promoção de um sistema seguro e justo e, mais do que isso, torne-se um risco para os princípios que sustentam o Estado de Direito, tais como o da separação dos Poderes e o da própria democracia.

Para tanto, o trabalho será dividido em três etapas. No primeiro capítulo, a fim de apresentar o objeto de estudo, será destacado o contexto histórico em que nasce o neoconstitucionalismo, ressaltando a influência que os regimes totalitários do início do século XX supostamente exerceram para o surgimento de uma teoria tendente a aproximar o Direito da ideia de justiça, e substituir o Estado Legislativo pelo Estado Constitucional. Ao lado disso, demonstrar-se-á que, não obstante a ascensão do tema no meio acadêmico, ainda existe grande dificuldade em traçar uma definição para o termo neoconstitucionalismo, vez que nessa classe encontram-se autores das mais diversas escolas. Destarte, a partir do ponto de convergência desses autores, se extrairá aquilo que é o traço principal do neoconstitucionalismo: *uma proposta de superação do positivismo jurídico*.



Reconhecida a essência do novo constitucionalismo, apresentar-se-ão os elementos teóricos que estruturam a teoria, sendo eles: *a força normativa da Constituição*, que remonta à ideia de que a Constituição tem capacidade para regular diretamente as relações sociais, não sendo um mero projeto político à espera de concretização; *a expansão da jurisdição constitucional* que deriva da noção de que a concretização dos direitos fundamentais estampados na Lei Maior pode ocorrer pela via da jurisdição constitucional; *a nova interpretação constitucional* que promove uma concepção totalizante das normas constitucionais em relação às normas infraconstitucionais e autoriza a interpretação criativa do direito.

O segundo capítulo será dedicado à análise exclusiva da proposta de superação do paradigma positivista adotada pelo neoconstitucionalismo: *o pós-positivismo*.

Desse modo, num primeiro momento, estudar-se-á o positivismo jurídico sob as lentes dos autores neoconstitucionalistas, os quais criticam o formalismo exacerbado da teoria positivista, o passivismo do intérprete e a desvalorização dos princípios, pois entendem que esses fatores colaboram para decisões judiciais afastadas da noção de justiça e baseadas no poder discricionário do julgador. Na segunda parte, será apresentada a perspectiva pós-positivista que surge como uma solução às demandas que não encontram respostas no positivismo jurídico, rompendo com a ideia de pureza do ordenamento jurídico e passando a aceitar a conexão entre Direito e moral. Assim, com base na valorização do conteúdo moral dos princípios, será observado que o pós-positivismo acredita ser capaz de gerar um sistema que contemple, equilibradamente, a segurança jurídica e a justiça. Ainda na análise dessa proposta de superação do paradigma positivista, analisar-se-ão os reflexos que o pós-positivismo gera em relação ao estudo da norma, adotando como suporte teórico os ensinamentos de Humberto Ávila e Robert Alexy em relação às diferenças entre regras e princípios.

No terceiro e último capítulo serão identificadas eventuais fragilidades constantes das teses neoconstitucionais, abordando o problema da perda dos parâmetros hermenêuticos em decorrência da supervalorização dos princípios, o que pode colocar o neoconstitucionalismo como uma teoria antagônica à segurança jurídica. Além disso, demonstrar-se-á que o ativismo judicial é outra mazela do

neoconstitucionalismo brasileiro, tendo em vista a sua incompatibilidade com o sistema jurídico pátrio e o risco que representa para a separação dos Poderes e à própria democracia.

Registre-se, por oportuno, que se trata de uma pesquisa de caráter qualitativo baseada em referenciais bibliográficos consagrados acerca do objeto de estudo, de modo a permitir ao leitor a correta compreensão do fenômeno do neoconstitucionalismo, entendendo-se por “correta” não apenas a análise dos defensores do novo constitucionalismo, mas sim aquela que observa construções teóricas fundamentadas, seja no sentido de defender, seja no de criticar a nova teoria.

## 2 CONSIDERAÇÕES INICIAIS ACERCA DO NEOCONSTITUCIONALISMO

Ultimamente, verifica-se no debate jurídico a proliferação de um discurso que defende um Direito estruturado nas seguintes premissas: mais ponderação que subsunção; onipresença da Constituição em todas as áreas jurídicas e em todos os conflitos minimamente relevantes, em lugar de espaços em favor da opção legislativa ou regulamentadora; onipotência judicial em lugar da autonomia do legislador ordinário; e a coexistência de uma constelação plural de valores, por vezes tendencialmente contraditórios, em lugar de uma homogeneidade ideológica em torno de um pequeno grupo de princípios coerentes entre si e em torno, sobretudo, das sucessivas opções legislativas.<sup>1</sup>

As premissas elencadas, na verdade, representam os traços principais do neoconstitucionalismo segundo a lição de Luis Prieto Sanchís, os quais foram amplamente divulgados no direito brasileiro. Muitos autores brasileiros<sup>2</sup> aderiram aos ideais do neoconstitucionalismo, pois veem nele uma teoria do direito capaz de suportar as demandas de uma geração que inverteu a lógica natural, caracterizada pela busca de estabilidade, consenso e certeza, em favor de uma vida marcada pela alta velocidade de transformação, profusão de ideias e multiplicidade de novidades.<sup>3</sup>

Não se desconhece, porém, que a difusão do neoconstitucionalismo no Brasil se deu com constante resistência de parte da doutrina.<sup>4</sup> Ainda assim, é evidente que a retórica neoconstitucional encontrou acolhimento no país, sendo inclusive reconhecida por ministros do Supremo Tribunal Federal ao proferirem suas decisões. A título de exemplo, seleciona-se trecho do voto do Ministro Celso de Mello, decano da Corte, no julgamento do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n.º 477.544/MG, no qual se debatia a possibilidade de qualificar-se

---

<sup>1</sup> SANCHÍS, Luis Prieto. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. In: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. 4ª ed.. Madrid: Editorial Trotta, 2009, p. 131-132.

<sup>2</sup> Dentre os autores que aderiram ao neoconstitucionalismo pode-se citar: Luís Roberto Barroso, Daniel Sarmento, Eduardo Ribeiro Moreira, Antônio Cavalcanti Maia.

<sup>3</sup> BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional brasileiro. In: **O novo direito constitucional brasileiro**: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. 3ª reimpressão, Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 189.

<sup>4</sup> Destacam-se como críticos ao neoconstitucionalismo: Humberto Ávila, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Carlos Bastide Horbach, Jorge Octávio Lavocat Galvão e Sergio Nojiri.

como entidade familiar a união homoafetiva, oportunidade em que o douto ministro enalteceu o suporte teórico do neoconstitucionalismo como apto a legitimar uma interpretação judicial construtiva:

**A força normativa** de que se acham impregnados os princípios constitucionais **e a intervenção decisiva** representada pelo fortalecimento da jurisdição constitucional **exprimem** aspectos **de alto** relevo que delineiam alguns dos elementos **que compõem** o marco doutrinário **que confere** suporte teórico ao *neoconstitucionalismo*, **em ordem a permitir**, numa perspectiva de implementação concretizadora, **a plena realização**, em sua dimensão global, **do próprio** texto normativo da Constituição.<sup>5</sup>

Diante dessa realidade, deve-se esclarecer que o neoconstitucionalismo ainda está longe de ser uma unanimidade no direito brasileiro, no entanto, fatos como a utilização da teoria por ministros da Suprema Corte<sup>6</sup> e a significativa adesão que tem recebido no meio acadêmico demonstram que o tema ganhou destaque entre os operadores do direito, sendo alçado por alguns simpatizantes ao patamar de “um novo paradigma tanto na teoria quanto na prática dos tribunais”.<sup>7</sup>

Conforme aduz Möller, não se trata mais de um mero projeto a ser implementado, mas sim de uma mutação em constante andamento. De simples projeto ideológico, o neoconstitucionalismo está próximo de consolidar-se no pensamento jurídico nacional.<sup>8</sup>

<sup>5</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n.º 477.544/MG**, Rel. Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, Brasília, 26 de agosto de 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=626719>>, p. 17, grifos do original. Acesso em: 12 de abril de 2018.

<sup>6</sup> Recentemente, ao proferir o seu voto no julgamento do Habeas Corpus n.º 152.752, o Ministro Dias Toffoli registra que, após a teoria positivista de Hans Kelsen (Teoria Pura do Direito), surgiram novas teorias como o Neoconstitucionalismo. Ver: STF, Pleno – Negado habeas corpus preventivo ao ex-presidente Lula (3/3). **Youtube**, 5 de abril de 2018, 47mim46seg. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=lp4TfQ21yO4>>. Acesso em: 12 de abril de 2018.

<sup>7</sup> SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades**. Disponível em: <<http://www.dsarmento.adv.br/content/3-publicacoes/15-o-neoconstitucionalismo-no-brasil-riscos-e-possibilidades/o-neoconstitucionalismo-no-brasil.riscos-e-possibilidades-daniel-sarmento.pdf>>. Acesso em: 24 de maio de 2017.

<sup>8</sup> MÖLLER, Max. **Teoria geral do neoconstitucionalismo**: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 27.

## 2.1 A ORIGEM, A COMPLEXIDADE NA DEFINIÇÃO E A ESSÊNCIA

Segundo a doutrina, o termo “neoconstitucionalismo” foi proposto por estudiosos da Escola de Gênova, porém a sua consagração se deu a partir de inúmeras publicações de constitucionalistas espanhóis<sup>9</sup> e latino-americanos<sup>10</sup>. Há registros de que Susanna Pozzolo utilizou-se do termo, pela primeira vez, em 1997, na cidade de Buenos Aires, na conferência ministrada no XVIII Congresso Mundial de Filosofia Jurídica e Social, para se referir “a um grupo de jusfilósofos que compartilham de um peculiar modo de abordar o direito”, citando, entre eles, Ronald Dworkin, Robert Alexy, Gustavo Zagrebelsky e Carlos Santiago Nino.<sup>11</sup>

Nesse peculiar modo de interpretar o direito identificado pela autora italiana, constata-se uma verdadeira mudança (para alguns um aprimoramento) em relação às premissas que sustentavam o constitucionalismo moderno, conceituado por José Gomes Canotilho como uma “teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade”.<sup>12</sup> O constitucionalismo moderno, concebido da luta da liberdade contra o despotismo existente no continente europeu ao longo dos séculos XVI a XVIII, exsurge como técnica tendente a consagrar o Estado jurídico “guardião das liberdades”, movido, sobretudo, pela chegada do “terceiro estado” ao poder com a Revolução Francesa.<sup>13</sup>

Nessa quadra, o constitucionalismo é visto como instrumento de proteção dos direitos de liberdade em relação às investidas do arbítrio estatal, de sorte que a atuação do Estado passa a ser limitada por um documento escrito responsável por apresentar a regulamentação dos Poderes políticos. Desse modo, o poder estatal

<sup>9</sup> A publicação, em 2003, pela editora espanhola Trotta da coletânea de artigos intitulada Neoconstitucionalismo(s), organizada pelo jurista mexicano Miguel Carbonell, foi decisiva para a consagração do termo “neoconstitucionalismo”.

<sup>10</sup> Acredita-se que, no Brasil, a expressão foi utilizada pela primeira vez em 2004 no segundo volume da Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, a qual veiculava o seguinte tema: “(Neo)constitucionalismo: ontem, os códigos, hoje, as constituições”.

<sup>11</sup> MARTINS, Ricardo Marcondes. Neoconstitucionalismo. **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.), p. 7. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/134/edicao-1/neoconstitucionalismo>>. Acesso em: 25 de maio de 2017.

<sup>12</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed., 2ª reimpressão, Coimbra: Almedina, 2003, p. 51.

<sup>13</sup> BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 8ª edição. Malheiros: São Paulo, 2007, p. 42.

começa a ser disciplinado por um conjunto de normas extraídas de um texto escrito<sup>14</sup>, único, produzido em determinado momento histórico e por um órgão designado para tanto, sendo tal texto denominado de Constituição e o órgão legitimado à sua produção de Poder Constituinte.<sup>15</sup>

As constituições do período liberal são compreendidas como conjunto de normas jurídicas legitimadoras do poder estatal, já que criam e, ao mesmo tempo, limitam os poderes constituídos. A elas é dado, de um lado, organizar o poder, distribuindo suas funções e atribuindo competências aos seus órgãos e, de outro, estabelecer direitos e garantias aos cidadãos para que possam se defender de eventuais abusos praticados pelos órgãos do poder.<sup>16</sup> Vale registrar que esse constitucionalismo de concepção liberal almejava, mormente, a atuação negativa do Estado (não fazer), de maneira que a regulamentação de atribuições dos órgãos estatais ao lado da consagração de garantias individuais fazia da Constituição um valioso meio assecuratório da limitação da arbitrariedade do soberano, ressaltando o que Jellinek denominou de “força reguladora negativa” do ordenamento jurídico.<sup>17</sup>

Ademais, o constitucionalismo do século XVIII atribuiu ao poder estatal, já composto nessa época por representantes da burguesia, o monopólio na produção do Direito, fazendo com que as principais fontes do direito pré-moderno, como a doutrina e jurisprudência, fossem relegadas a um plano secundário a fim de consagrar a primazia da lei. O Estado de direito moderno, destarte, é marcado pelo seu caráter formalista e de forte valorização do Legislativo, vendo no princípio da legalidade o fundamento exclusivo de identificação do Direito válido e existente, independente de ser esse Direito justo ou injusto.<sup>18</sup>

---

<sup>14</sup> Poucos países não adotaram constituições escritas, dentre eles a Inglaterra, Israel e Nova Zelândia. Ver: BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 103.

<sup>15</sup> MARTINS, Ricardo Marcondes. Neonconstitucionalismo. **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.), p. 7. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/134/edicao-1/neoconstitucionalismo>>. Acesso em: 25 de maio de 2017.

<sup>16</sup> NOJIRI, Sergio. **Neoconstitucionalismo versus democracia: um olhar positivista**. Curitiba: Juruá, 2012. p. 19.

<sup>17</sup> JELLINEK, Georg. Teoria General del Estado *apud* SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. Direito Constitucional, direito ordinário, direito judiciário. **Cadernos do Programa de Pós-graduação em Direito – PPGDir/UFRGS**, Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, n. III, março/2005, p. 8.

<sup>18</sup> FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del estado de derecho. In: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. 4ª ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009. p. 16.

Ferrajoli sintetiza com precisão a visão do Direito no Estado moderno ao afirmar que “graças a este princípio [legalidade] e as codificações que são sua atuação, uma norma jurídica é válida não por ser justa, mas sim exclusivamente por haver sido ‘posta’ por uma autoridade dotada de competência normativa”.<sup>19</sup>

Conforme registrado acima, as constituições traziam nos seus textos direitos e garantias individuais como forma de limitação ao poder do Estado, no entanto, percebeu-se que, a partir de um significativo movimento teórico defensor dos privilégios da nobreza, se criou o artifício de adotar, formalmente, a Constituição como base teórica da organização social, porém sem atribuí-la o alcance político e social essencial para o fim a que foi concebida. Com essa manobra, as forças teóricas retiraram da Constituição o seu papel de lei fundamental de um povo, reduzindo-a a um papel quase simbólico no qual os seus preceitos são interpretados como manifesto político sem eficácia jurídica.<sup>20</sup>

Não é à toa que este Estado jurídico ficou conhecido como Estado Legislativo de Direito, visto que a normatividade do direito emanava quase que exclusivamente do direito ordinário, depositando na Constituição e no direito constitucional um papel muito mais político do que jurídico. Todavia, a fragilidade dessa teoria do direito, que preferia a forma ao conteúdo, a lei à Constituição, o abstrato ao concreto, a neutralidade à crítica, torna-se notória com a falência dos regimes autoritários do início do século XX, responsáveis por promoveram a barbárie sob a proteção do escudo intransponível da legalidade estrita que imperava à época.

O pensamento de Alexy, um dos autores identificados por Pozzolo por apresentar um modo peculiar de interpretar o direito que ensejaria neoconstitucionalismo, teve larga aceitação na Europa Ocidental no século XX, sem dúvida alguma, em razão dos questionamentos deixados pela experiência do Estado Nazista. Os autores neoconstitucionalistas defendem que o positivismo jurídico, teoria adotada até então, valorizava demasiadamente os critérios formais da lei, sobretudo se era produto da vontade de um agente competente, sem focar, porém, no aspecto substancial da norma. Isso, segundo essa corrente, autorizou que o

---

<sup>19</sup> FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del estado de derecho. In: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. 4ª ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009. p. 16

<sup>20</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. **A Constituição na vida dos povos**: da Idade Média ao Século XXI. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 159.

Estado Nazista fosse um Estado juridicamente reconhecido, posto que as leis raciais foram formalmente aprovados pelo Parlamento de Nuremberg, o que, conseqüentemente, lhes concedia toda a validade necessária para serem aplicadas como direito vigente.<sup>21</sup>

Assim, sob o ponto de vista histórico, a derrocada dos regimes autoritários e o término da Segunda Guerra Mundial representaram a origem do neoconstitucionalismo, pois nasce uma teoria do direito que busca ir além da legalidade estrita, realizando uma leitura moral do Direito, de forma que a interpretação e aplicação do ordenamento jurídico não de ser inspiradas por uma teoria de justiça, algo impensável na conjuntura passada.<sup>22</sup>

Em outras palavras, opera-se uma guinada radical, fazendo com que valores morais, considerados até então incompatíveis com o Direito, sejam introduzidos no centro do sistema jurídico, como ocorrera, por exemplo, com o princípio da proteção da dignidade humana nos anos subsequentes ao fim da Segunda Guerra Mundial.

Essa fase, marcada pela redemocratização da Europa, traz à luz Constituições com direitos fundamentais e sociais positivados<sup>23</sup>, na sua maioria por meio de textos caracterizados pela abertura e indeterminação semântica, exigindo do Poder Judiciário, portanto, a adoção de novas técnicas hermenêuticas que permitissem a aplicação direta dos preceitos constitucionais. É dessa forma que surgem, ao lado da subsunção, métodos de aplicação do direito como a ponderação e a utilização do postulado da proporcionalidade.<sup>24</sup>

Além disso, a valorização da Constituição como um documento jurídico e não meramente político, culminou num deslocamento do polo de tensão do Legislativo

---

<sup>21</sup> MARTINS, Ricardo Marcondes. Neonconstitucionalismo. **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.), p. 14. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/134/edicao-1/neoconstitucionalismo>>. Acesso em: 25 de maio de 2017.

<sup>22</sup> BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional brasileiro. In: **O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil**. 3ª reimpressão, Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 192.

<sup>23</sup> STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 150.

<sup>24</sup> SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades**. Disponível em: <<http://www.dsarmento.adv.br/content/3-publicacoes/15-o-neoconstitucionalismo-no-brasil-riscos-e-possibilidades/o-neoconstitucionalismo-no-brasil.riscos-e-possibilidades-daniel-sarmento.pdf>>. Acesso em: 24 de maio de 2017.



para o Judiciário, porquanto os direitos estampados nos textos constitucionais, diante da inércia dos demais Poderes, começam a ser efetivados por meio da jurisdição constitucional.<sup>25</sup> Dessa sorte, abandona-se a concepção do juiz *la bouche de la loi* para reconhecer a importância dos juízes e tribunais na política do Estado.

No neoconstitucionalismo, os princípios e a sua inerente abertura semântica exercem papel relevante, porquanto possibilitam o exercício de um controle de constitucionalidade expansivo e criativo, criando um cenário em que o Judiciário possa exercer um papel mais ativo nas tomadas de decisões da sociedade. Com os princípios, conforme aduz Galvão, os neoconstitucionalistas buscam autorizar uma interpretação moral da Constituição por parte dos juízes, permitindo-lhes modelar as relações sociais entre os cidadãos de modo a adequá-las aos requisitos substanciais de justiça.<sup>26</sup>

É nesse contexto que Möller conclui que as práticas judiciais do neoconstitucionalismo aproximam ordenamentos jurídicos do *civil law* de algumas características do direito constitucional próprio do *common law*, já que a ampliação do controle de constitucionalidade, decorrente da aplicação dos princípios impregnados de valores morais, restringe a livre disposição do legislador e, ao mesmo tempo, colocam os juízes como protagonistas na produção do Direito, a exemplo do que ocorre no sistema da *common law*.<sup>27</sup>

A hermenêutica jurídica proposta pelo neoconstitucionalismo, identificada pela forte valorização dos princípios, serve como instrumento de efetivação da essência humanista da teoria, orientada pela busca do progresso da sociedade a partir do Poder Judiciário ou, como afirma Sarmento, de pretender a “emancipação humana pela via jurídica”.<sup>28</sup>

Não obstante, ainda que seja possível afirmar que a origem do neoconstitucionalismo está ligada ao término da Segunda Guerra Mundial e a sua

<sup>25</sup> TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 31-32.

<sup>26</sup> GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. **O neoconstitucionalismo e o fim do Estado de Direito**. 2012. 217f. Tese (Doutorado em Direito do Estado). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 35.

<sup>27</sup> MÖLLER, Max. **Teoria geral do neoconstitucionalismo**: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 43.

<sup>28</sup> SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades**, Disponível em: <<http://www.dsarmento.adv.br/content/3-publicacoes/15-o-neoconstitucionalismo-no-brasil-riscos-e-possibilidades/o-neoconstitucionalismo-no-brasil.riscos-e-possibilidades-daniel-sarmento.pdf>>. Acesso em: 24 de maio de 2017.

essência é a busca da emancipação social pelo Judiciário, tem-se que, ainda hoje, não se apresenta seguro sustentar que o termo neoconstitucionalismo é unívoco. Isso porque, dentre as teorias dos autores citados por Pozzolo como representantes do neoconstitucionalismo, constata-se linhas de pensamento divergentes e até mesmo conflitantes, tendo, por exemplo, procedimentalistas e substancialistas, defensores do uso do método na aplicação do Direito e opositores do emprego da metodologia na hermenêutica jurídica, adeptos do liberalismo político e simpatizantes do comunitarismo.

Essa heterogeneidade entre os autores classificados como adeptos do neoconstitucionalismo também resta evidenciada na doutrina nacional, haja vista que as lições de Ingo Wolfgang Sarlet, defensor das técnicas de interpretação constitucional, em muito se distanciam das de Lênio Luiz Streck, para quem não deve ter o emprego de qualquer método na hermenêutica jurídica. Igualmente, Antônio Cavalcanti Maia sustenta a adoção do procedimentalismo de Jürgen Habermas, enquanto Luís Roberto Barroso inclina-se para uma posição substancialista, influenciado pela doutrina de Robert Alexy.<sup>29</sup>

Essas variantes encontradas nas teses dos autores enquadrados como neoconstitucionalistas ensejam uma rigorosa crítica por parte de operadores do direito que não reconhecem no termo um sentido ou utilidade científica. Para eles trata-se de uma mera concentração de teorias díspares. Contundente, nesse sentido, é a crítica de Ricardo Guastini:

Es una idea difusa que el así llamado “neoconstitucionalismo” sea nada menos que una (nueva) articulada filosofía del Derecho, com un componente metodológico, teórico e ideológico. A mí no me parece. Me da la impresión, por el contrario, que el neoconstitucionalismo consiste em un amontado (de confines indeterminados) de posturas axiológicas y de tesis normativas, entre las cuales no es fácil identificar alguna tesis propiamente teórica reconocible y susceptible de discusión.<sup>30</sup>

<sup>29</sup> A comparação entre as teses defendidas pelos autores brasileiros foi realizada por Jorge Octávio Lavocat Galvão. Ver: GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. **O neoconstitucionalismo e o fim do Estado de Direito**. 2012. 217f. Tese (Doutorado em Direito do Estado). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 32.

<sup>30</sup> “É ideia difundida que o chamado ‘neoconstitucionalismo’ seja nada menos que uma (nova) articulada filosofia do direito, com um componente metodológico, um componente teórico e um componente ideológico. A mim não me parece. Tenho a impressão, pelo contrário, de que o neoconstitucionalismo consiste em um acúmulo (de confins indeterminados) de posturas axiológicas e de teses normativas, entre as quais é difícil identificar alguma tese propiamente teórica suscetível de discussão” (tradução nossa). GUASTINI, Ricardo. **Otras distinciones**. [Tradução: Diego Dei

Por outro lado, Miguel Carbonell, em que pese não conteste a cientificidade do termo neoconstitucionalismo, admite que ele contempla visões diferentes do Estado Constitucional de Direito, razão pela qual entende que não existe um neoconstitucionalismo, mas sim uma pluralidade de neoconstitucionalismos, pois cada modelo traz peculiaridades condizentes com o local e o momento em que foi desenvolvido. É com base nessa percepção que a obra do autor mexicano, publicada no ano de 2003, recebeu o título de “*Neoconstitucionalismo(s)*”.<sup>31</sup>

Não obstante as divergências entre um autor e outro, é possível encontrar pontos em comum nas teorias por eles desenvolvidas, o que segundo os neoconstitucionalistas autoriza agrupá-los numa mesma classe. Esses pontos serão analisados no tópico seguinte. Todavia, desde já, pode-se ressaltar um ponto de convergência que é tido como o traço principal das teses neoconstitucionalistas: a superação do positivismo jurídico por ser incapaz de dar conta do moderno Estado Constitucional.<sup>32</sup>

Com efeito, a “superação do positivismo jurídico” abre espaço para o desenvolvimento de um novo fundamento filosófico que descarta o ideal de cientificidade e o caráter formalista do positivismo. Exsurge, assim, o pós-positivismo como marco filosófico do neoconstitucionalismo. Barroso explica esse surgimento:

O Direito, a partir da segunda metade do século XX, já não cabia mais no positivismo jurídico. A aproximação quase absoluta entre Direito e norma e sua rígida separação da ética não correspondiam ao estágio do processo civilizatório e às ambições dos que patrocinavam a causa da humanidade. Por outro lado, o discurso científico impregnara o Direito. Seus operadores não desejavam o retorno puro e simples ao jusnaturalismo, aos fundamentos vagos, abstratos ou metafísicos de uma razão subjetiva. Nesse contexto, o pós-positivismo não surge com o ímpeto de desconstrução, mas com uma superação do conhecimento convencional. Ele inicia sua trajetória guardando deferência relativa ao ordenamento positivo, mas nele reintroduzindo as ideias de justiça e legitimidade.<sup>33</sup>

---

Vecchi, Pedro Caballero Elbersci, Alejandro Calzetta]. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014, p. 149.

<sup>31</sup> CARBONELL, Miguel. Nuevos tiempos para el constitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. 4ª Ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009, p. 9.

<sup>32</sup> POZZOLO, Susana. Un constitucionalismo ambíguo. In: CARBONELL, Miguel. *Op. cit.*, p. 189.

<sup>33</sup> BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. In: **O novo direito constitucional**

Dessarte, apesar de não ser possível atribuir ao termo neoconstitucionalismo uma definição segura, que abarque todos os sentidos deferidos ao termo sem cair em flagrante contradição, é possível ao menos reconhecer que a pedra de toque da teoria é romper com o positivismo jurídico para que o Direito seja iluminado por um fundamento filosófico que o aproxime da noção de justiça.

A consagração desse fundamento filosófico traz como efeito uma verdadeira alteração na cultura jurídica, já que a aplicação do direito constitucional passa por uma transformação na qual se alicerça em três grandes bases teóricas: a) a força normativa da Constituição; b) a expansão da jurisdição constitucional; c) a adoção de uma nova hermenêutica constitucional.

## 2.2 AS BASES TEÓRICAS

### 2.2.1 A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO

A força normativa da Constituição representa, talvez, o principal ponto de sustentação do neoconstitucionalismo. Com ela busca-se combater a prática desenvolvida no constitucionalismo moderno onde a Constituição é vista como um manifesto político e sem eficácia jurídica, de forma que os preceitos constitucionais ficavam sempre à espera do legislador ordinário para que os concretizassem e, assim, tornassem-nos dotados de força normativa.

A partir do desenvolvimento da ideia de força normativa da Constituição, os textos constitucionais são reposicionados dentre as fontes do direito para ocuparem o *status* de norma jurídica, que exige o respeito e cumprimento por parte de todos os Poderes. Rompe-se, portanto, com a velha cultura do Estado Legislativo de ver a Constituição como um documento de intenções e começa-se a enxergar em todas

as normas constitucionais (princípios ou regras) a capacidade de produzir efeitos jurídicos.<sup>34</sup>

Há de se registrar que o maior influenciador dessa base teórica do neoconstitucionalismo foi Konrad Hesse, que no ano de 1959, na Alemanha, publicou um texto intitulado de “*Die normative Kraft der Verfassung*” (A força normativa da Constituição).<sup>35</sup> Na sua obra, o autor contestou o pensamento de Ferdinand Lasalle, para quem questões constitucionais não são questões jurídicas, mas sim questões políticas, já que a Constituição de um país seria mero produto das relações de poder nele dominantes, representadas pelos poderes militar, social, econômico e intelectual. Por consequência, Lasalle entendia que o documento chamado Constituição não passava de um pedaço de papel (*ein Stück Papier*).<sup>36</sup>

Hesse não concordava com a tese de que há uma supremacia das relações fáticas sobre as disposições jurídicas, porquanto tal raciocínio, inexoravelmente, retira do direito constitucional o seu valor enquanto ciência jurídica e, por conseguinte, normativa. A concepção de que as normas constitucionais estão incumbidas apenas de retratar questões fáticas, faz do direito constitucional uma ciência do ser e não do dever ser, como ocorre com a Sociologia e com a Ciência Política.<sup>37</sup> Por isso o autor nega essa tese, e defende incisivamente que a Constituição detém uma força própria, motivadora e ordenadora da vida do Estado, ou seja, defende a existência de uma força normativa da Constituição.

Dessa forma, o jurista alemão propõe a existência de um condicionamento recíproco entre as ordenações jurídicas e as relações fáticas, acreditando que a norma constitucional não possui existência autônoma em relação à realidade. Pelo contrário, há uma ligação estreita entre elas, vez que a essência da norma constitucional está em fazer com que a situação por ela regulada seja concretizada e se torne realidade. Todavia, essa pretensão de eficácia da norma constitucional (objetivo de ser realidade) deverá levar em consideração as condições históricas

---

<sup>34</sup> Cezar Saldanha Souza Junior destaca que “até o primeiro pós-guerra, com exceção dos Estados Unidos e dos países seguidores, o direito da Constituição era um direito político, ou seja, sem natureza ou eficácia jurídica próprias.” Ver: SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. Direito Constitucional, direito ordinário, direito judiciário. **Cadernos do Programa de Pós-graduação em Direito – PPGDir/UFRGS**, Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, n. III, março/2005, p. 10.

<sup>35</sup> Em 1991 foi publicada uma versão em língua portuguesa. Ver: HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. [Trad. Gilmar Ferreira Mendes]. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

<sup>36</sup> HESSE, Konrad. *Op. cit.*, p. 2.

<sup>37</sup> HESSE, Konrad. *Op. cit.*, p. 3.

(naturais, técnicas, econômicas e sociais), sob pena da norma jurídica perder a sua vigência ante a manifesta impossibilidade de ser concretizada.<sup>38</sup>

É com base, portanto, na pretensão de eficácia da Constituição que Konrad Hesse vê nela uma força normativa, ainda que dependente das relações fáticas (condições históricas). Nas palavras do autor:

Graças à pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social. Determinada pela realidade social e, ao mesmo tempo, determinante em relação a ela, não se pode definir como fundamental nem a pura normatividade, nem a simples eficácia das condições sócio-políticas e econômicas.

Não se pode olvidar, contudo, que o neoconstitucionalismo, mormente o desenvolvido no Brasil, por vezes parece realizar uma leitura míope da obra de Hesse. Isso porque, além de desconsiderar a importância que o jurista alemão deposita no direito ordinário, também ignora a relação de interdependência existente entre as condições históricas (naturais, técnicas, econômicas e sociais) e a normatividade da Constituição, dado que alguns autores neoconstitucionalistas defendem a efetivação de todo e qualquer valor ou princípio, inclusive implícito, que possa decorrer do texto constitucional, ainda que inexistam condições sócio-políticas ou econômicas que os amparem.

Nesse sentido é a crítica de Luis Fernando Barzotto em relação à normatividade da Constituição sem a observância das condicionantes de ordem econômico-financeira:

Com efeito, a situação social não é um “fato bruto” externo ao direito, mas um dado interno ao próprio direito. Este, por óbvio, não pode simplesmente reproduzir o fático, mas deve moldá-lo progressivamente, isto é, não pode fazê-lo de modo abrupto, desconsiderando seus próprios limites. O problema é que, quando o direito se identifica com a moral, ele adquire a própria incondicionalidade desta. Como a moral, ele se torna indiferente aos fatos. Esta visão mostra toda sua virulência quando aplicada a direitos cuja efetivação demanda considerações de ordem econômico-financeira. O normativismo neoconstitucionalista leva a interpretar a quebra financeira do

---

<sup>38</sup> HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. [Trad. Gilmar Ferreira Mendes]. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 5.

Estado como um efeito colateral irrelevante nas considerações puramente morais que devem orientar o raciocínio do jurista, na efetivação de direitos sociais. Não é difícil ver onde termina este tipo de postura: na plena aceitação das consequências da tese “faça-se justiça, ainda que pereça o mundo”. Para o neoconstitucionalismo, a constituição é um pacto suicida.<sup>39</sup>

Não obstante eventuais excessos na interpretação da força normativa da Constituição, deve-se frisar que essa ideia foi decisiva para o reconhecimento da normatividade dos princípios constitucionais no neoconstitucionalismo, vez que foram igualados, em termos de eficácia e imediata exigibilidade, às regras constitucionais. Com essa inovação, os princípios constitucionais deixam de ser tratados como recomendações ou sugestões, cujo acolhimento e respeito eram facultativos, e passam a ser tidos como obrigatórios e exigíveis.<sup>40</sup>

Em última análise, a atribuição de força normativa à Constituição determina que todas as normas constitucionais, ainda que apresentem estruturas diversas e, por conseguinte, tenham modos de aplicação distintos, são normas dotadas de normatividade e, inevitavelmente, estão aptas a produzir efeitos jurídicos.<sup>41</sup>

Conseqüência da força normativa é a aplicabilidade direta das normas constitucionais, de sorte que a norma constitucional não se reduz somente à função de orientar e limitar o conteúdo das leis, senão à tarefa de fundamentar diretamente a solução dos conflitos particulares quando houver necessidade.<sup>42</sup>

É verdade que parte da doutrina não concorda com esse modo de aplicação das normas constitucionais adotado pelo neoconstitucionalismo, sobretudo por entenderem que ela ignora a distinção existente entre as normas inseridas nos textos constitucionais e aquelas decorrentes dos textos legislativos ordinários. Dessa sorte, a crítica está concentrada no fato de haver uma submissão completa, direta e imediata do direito ordinário por aquilo que os operadores do direito concebem por

<sup>39</sup> BARZOTTO, Luis Fernando. Positivismo, Neoconstitucionalismo e Ativismo Judicial. In: ALVAREZ, Alejandro Montiel; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski; FELONIUK, Wagner Silveira. (Orgs.). **Perspectivas do discurso jurídico: argumentação, hermenêutica e cultura**. Porto Alegre, 2015, p. 176.

<sup>40</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. **A Constituição na vida dos povos: da Idade Média ao Século XXI**. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 323.

<sup>41</sup> MÖLLER, Max. **Teoria geral do neoconstitucionalismo: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 35.

<sup>42</sup> Registre-se que a aplicabilidade imediata das normas constitucionais defendida pelo neoconstitucionalismo encontra determinada resistência na doutrina. Ver: SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

direito constitucional. À vista disso, Cezar Saldanha Souza Junior denomina essa corrente do novo constitucionalismo como “colonialismo do direito constitucional” sobre os demais ramos do direito.<sup>43</sup>

Destarte, não obstante as críticas, a aplicação direta das normas constitucionais instrumentaliza a proposta ideológica do neoconstitucionalismo de promover o avanço social pela via jurídica, já que eventual inércia do legislador e do administrador pode ser facilmente suprida pela jurisdição constitucional. É nesse sentido que o neoconstitucionalismo propõe uma releitura do princípio da separação dos Poderes, vez que estimula a expansão da jurisdição constitucional como forma de suprir as lacunas deixadas pelo Legislativo e Executivo, evitando, por consequência, a frustração da força normativa da Constituição em virtude da inércia do Estado em concretizar os preceitos constitucionais.<sup>44</sup>

## 2.2.2 A EXPANSÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

A expansão da jurisdição constitucional está intimamente ligada ao processo de superação da cultura jurídica do período liberal, que culminava num Estado

---

<sup>43</sup> SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. Direito Constitucional, direito ordinário, direito judiciário. **Cadernos do Programa de Pós-graduação em Direito – PPGDir/UFRGS**, Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, n. III, março/2005, p. 12.

<sup>44</sup> Irretocável é a lição de Dirley da Cunha Junior sobre a renovação da teoria da separação dos Poderes diante da atuação contemporânea do Poder Judiciário: “Assim, num sistema em que a sociedade, longe de exigir uma separação, reclama por uma colaboração entre os Poderes, o Poder Judiciário vem crescentemente ganhando importância, sobretudo em razão da incúria dos outros Poderes. Não que o Judiciário esteja invadindo o espaço político dos demais Poderes, pela simples razão de que não há espaço político exclusivo num regime de cooperação de Poderes. Na verdade, o Judiciário está atuando exatamente pelo fato da não atuação dos outros Poderes. E há uma lógica nisso. Em face da sua atuação substitutiva e supletiva, se não há violação de direitos não há intervenção do judiciário. Assim, se o Legislativo e o Executivo atuam na efetivação de direitos, não há razão para a intervenção judicial. Do contrário, diante da omissão dos outros Poderes, a atuação do Judiciário é exigida pela sociedade para fazer valer o primado da Constituição e do Direito. Nessa esteira de reflexão, pode-se admitir que as omissões de poder público, principalmente as do Legislativo, acabaram por conferir ao Judiciário uma legítima função normativa, de caráter supletivo, no exercício de sua típica função de efetivar as normas constitucionais, de tal modo que hodiernamente já se fala – como ocorrera na Alemanha – na tendência da passagem do *Rechtsstaat* ou Estado Legislativo para o *Justizstaat* ou Estado de Jurisdição Constitucional, em razão do evidente crescimento da importância da função jurisdicional, no âmbito do controle de ações e omissões do poder público, onde a chamada “crise de lei” e a superação do mito da “separação de Poderes” parecem ser realidades notórias”. Ver: CUNHA JÚNIOR, Dirley da. A separação das funções estatais ante uma nova dogmática constitucional: a necessidade de uma revisão da teoria clássica da separação dos poderes. In: **Estado Constitucional e organização do poder**. (organizadores) André Ramos Tavares, George Salomão Leite, Ingo Wolfgang Sarlet. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 283-284.



Legislativo de Direito, onde os direitos fundamentais registrados nas Constituições limitavam-se a ser direitos de defesa ou de abstenção, concebidos para exigirem condutas negativas por parte dos agentes públicos (obrigações de não-fazer). Ocorre que esse modelo de Estado Liberal tinha como consequência a “neutralização” do Poder Judiciário em relação aos demais Poderes, já que a atividade judicial acaba sendo engessada por alguns paradigmas adotados à época, como o princípio da legalidade, a impossibilidade de se julgar *contra legem* e da aplicação do direito mediante a subsunção lógica dos fatos às normas. Em suma, a prestação jurisdicional era produto de um quadro jurídico-político pré-constituído e desprovido de referências sociais, éticas ou políticas.<sup>45</sup>

Ainda nesse contexto, identificou-se que a igualdade que a lei protegia era meramente *formal*, já que todos eram tratados de igual maneira, independente de estarem em uma mesma situação fática e jurídica, o que, por óbvio, não se traduzia em isonomia, e sim em incentivo para a dominação das classes economicamente favorecidas sobre as parcelas mais humildes da sociedade. Assim, em meio aos acontecimentos do início do século XX, que ensejaram a superação do modelo liberal de Estado, o Direito passa a se preocupar em efetivar uma igualdade *material*, ou seja, de fato, na qual as desigualdades jurídicas são combatidas com ações positivas dos agentes públicos, de maneira que a Constituição começa a apresentar não só direitos fundamentais negativos, mas também direitos fundamentais positivos que permitam uma maior interferência do Estado na correção das desigualdades materiais da sociedade.

Demonstrando essa evolução nos direitos fundamentais, Manoel Gonçalves Ferreira Filho registra que os direitos fundamentais que pregavam uma igualdade *formal*, acabavam, para a maioria, sendo sem sentido, porque a ela faltariam os meios de exercê-los. Elucida o problema com a seguinte indagação: “De que adianta a liberdade de imprensa para todos aqueles que não têm os meios para fundar, imprimir e distribuir um jornal?”. A verdade é que o exercício desses direitos seria negado pela organização social, apesar da sua consagração *pro forma* nas

---

<sup>45</sup> CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo do judiciário. 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 194.

constituições, motivo pelo qual surge a noção de que o Estado deve intervir com ações positivas para assegurar o exercício de todas as liberdades constitucionais.<sup>46</sup>

Essa mudança na concepção de direitos fundamentais, que passou a exigir do poder público condutas positivas (obrigações de fazer), no sentido de prestar direitos capazes de gerar uma igualdade material, refletiu diretamente na função desempenhada pelo Poder Judiciário. O Judiciário se tornou o garantidor da força normativa da Constituição, pois, ante a frustração dos fins do Estado pela não concretização dos direitos fundamentais pelo Legislativo e Executivo, recai sobre os juízes e tribunais a responsabilidade de efetivá-los.

Ao juiz não cabe tão somente pronunciar a lei, como lhe imputava a tripartição clássica das funções estatais, mas também o *múnus* de efetivar os direitos constitucionais, exercendo um papel de maior relevância social, dada a sua interferência na política estatal. Essa “desneutralização política do Judiciário” é evidenciada na clássica frase de Charles Warren, juiz da Suprema Corte dos Estados Unidos, para quem “os juízes da Corte Suprema do país devem ser não somente grandes juristas, senão também estadistas construtivos”.<sup>47</sup>

Note-se, portanto, que a positivação de direitos fundamentais nos textos constitucionais, somado à doutrina da força normativa da Constituição, colaboraram para o fim da exclusividade do Poder Legislativo e Executivo na concretização das garantias constitucionais, de tal modo que, no neoconstitucionalismo, o Poder Judiciário também está incumbido dessa atividade, pois, quando provocado, cabe a ele suprir as inércias dos demais Poderes, sempre com deferência aos limites impostos pela hermenêutica constitucional.<sup>48</sup>

Cumprir registrar, contudo, que, no Brasil, essa tendência de expansão da jurisdição constitucional chega, de modo tardio, em 1988, com a promulgação da Constituição Federal, a qual trouxe no seu corpo um vasto catálogo de direitos fundamentais e fortaleceu a jurisdição constitucional no país, sendo exemplo disso o

---

<sup>46</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 38ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 319.

<sup>47</sup> CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo do judiciário. 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 197.

<sup>48</sup> STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 44.

aumento no número de legitimados à propositura de ações diretas de inconstitucionalidade<sup>49</sup> e a criação de instrumentos, como o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, para combater a “síndrome de inefetividade das normas constitucionais”.<sup>50</sup>

Todavia, a influência da jurisdição constitucional na política não pode ser atribuída somente à positivação de direitos fundamentais e à doutrina da força normativa da Constituição, haja vista que, sob o ponto de vista sociológico, o neoconstitucionalismo aproxima a sociedade do Poder Judiciário com políticas de facilitação do acesso à justiça, como, por exemplo, a estruturação da Defensoria Pública, o aumento do número de faculdades de direito, a ampliação dos legitimados ao exercício do controle concentrado de constitucionalidade, *etc.*<sup>51</sup>

A propósito, Ran Hirshl denomina essas políticas de facilitação do acesso à justiça de “estrutura de suporte à mobilização jurídica”, pois, segundo o autor, a mera tendência neoconstitucional de positivar os direitos fundamentais nas Constituições não basta para que semeiem mudanças sociais, sendo necessário a existência de uma estrutura de mobilização jurídica da sociedade civil para que se verifique o fenômeno da “judicialização vinda de baixo”.<sup>52</sup>

Enfim, a expansão da jurisdição constitucional no constitucionalismo contemporâneo colocou o Poder Judiciário em evidência, a ponto de hoje ser defendida uma renovação que leve à superação absoluta e definitiva da tradicional ideia mecanicista de Montesquieu de que o juiz não passa de uma inanimada boca que pronuncia as palavras da lei.<sup>53</sup>

---

<sup>49</sup> A Constituição de 1967 assegurava apenas ao Procurador Geral da República a representação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual (Art. 114, inciso I, da CF de 1967).

<sup>50</sup> Vale pontuar que, na Constituição de 1988, optou-se por consagrar vários princípios e valores cuja concretização deveria ocorrer no futuro. Segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho, essa opção justifica-se no fato da Constituição de 1988 ter sido inspirada na Portuguesa de 1976, com forte influência da teoria de constituição-dirigente de Canotilho. Ver: FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, Poder Judiciário na Constituição de 1988: judicialização da política e politização da justiça. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n.º 198:1-17, out./dez. 1994. p. 9.

<sup>51</sup> VIANNA, Luiz Werneck; *et al.*. **Judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovam, 1999, p. 42-43.

<sup>52</sup> HIRSHL, Ran. O novo constitucionalismo e judicialização da política pura no mundo. Tradução: Diego Werneck Arguelhes e Pedro Jimenez Cantisano. **Revista de Direito Administrativo**. V. 251. Mai./jun./jul./ago., p. 139-175, 2009, p.144.

<sup>53</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. A separação das funções estatais ante uma nova dogmática constitucional: a necessidade de uma revisão da teoria clássica da separação dos poderes. In:

### 2.2.3 A NOVA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

O terceiro e último pilar que sustenta a estrutura teórica do neoconstitucionalismo está relacionado à teoria da interpretação que ele visa desenvolver. Trata-se, na verdade, de uma ampliação da atividade do intérprete que, além de alterar o modo de interpretar o texto constitucional, modifica a própria interpretação do ordenamento jurídico, vez que afeta não só o direito constitucional, mas o ordenamento jurídico como um todo.

Para o neoconstitucionalismo a hermenêutica jurídica está calcada numa tarefa de sobreinterpretação, na qual toda norma extraída de um texto legislativo ordinário deve ser confrontada com a Constituição, pois somente depois dessa operação será possível alcançar o real sentido da norma no ordenamento jurídico.

Dessa forma, a aplicação do Direito se torna, direta ou indiretamente, produto da interpretação constitucional. Será de forma direta sempre que a decisão decorra exclusivamente de uma norma constitucional, de modo que o dispositivo constitucional é o único fundamento para a conclusão do intérprete (aqui se acentua a ideia de aplicabilidade imediata das normas constitucionais). Já a interpretação constitucional de forma indireta ocorre em dois momentos. Primeiro por um juízo negativo, consubstanciado em aferir se o dispositivo legal está em consonância com a Constituição, ou seja, se não está maculado por inconstitucionalidade. Superado o juízo negativo, adentra-se no segundo momento, onde se opera um juízo finalístico, a fim de que o sentido da norma extraída do texto legal observe ao máximo os objetivos estampados na Constituição.<sup>54</sup>

Essa nova interpretação constitucional, que gera uma “irradiação” da Constituição para todos os espaços da legislação, nada mais é do que uma decorrência natural da força normativa da Constituição e de sua supremacia, tão apreciada pelo neoconstitucionalismo.

---

**Estado Constitucional e organização do poder.** (organizadores) André Ramos Tavares, George Salomão Leite, Ingo Wolfgang Sarlet. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 283.

<sup>54</sup> MOREIRA, Eduardo Ribeiro. Neoconstitucionalismo e Teoria da Interpretação. **Revista da EMERJ**, v. 11, n.º 43, 2008, p. 256.

Contudo, o anseio filosófico do neoconstitucionalismo de superar o positivismo jurídico incutiu nessa sobreinterpretação elementos novos, evitando que a tarefa do intérprete seja a de identificar o preceito abstrato que revela a solução do caso. Ou seja, a nova interpretação busca ir além da concepção de normas como regras, cuja aplicação se dá mediante a subsunção.

Assim, a nova interpretação constitucional vem amparada nas seguintes premissas: (i) quanto ao papel da norma, a solução dos problemas jurídicos nem sempre estão contemplados no relato abstrato do texto normativo, de modo que, por vezes, a resposta constitucionalmente adequada somente pode ser alcançada à luz do caso concreto; (ii) quanto ao papel do intérprete, sua função não pode ser de apenas revelar a solução contida no enunciado normativo, pois ele deve ser coparticipante do processo de criação do Direito, completando o trabalho do legislador através da indicação do sentido das cláusulas abertas.<sup>55</sup>

Sob a orientação dessas premissas, o neoconstitucionalismo não abandona o sistema da interpretação tradicional, porém consagra uma hermenêutica que enaltece o papel dos princípios na resolução dos casos difíceis, buscando, desse modo, evitar que a decisão judicial nos referidos casos seja consequência direta do poder discricionário do julgador, a exemplo do que pregava a doutrina positivista. Assim, a nova interpretação constitucional traz novos elementos, visto que, ao lado das regras, surgem os princípios jurídicos dotados de força normativa, fazendo com que a aplicação do direito não seja restrita somente à subsunção, já que a ponderação passa a exercer uma função essencial na aplicação de princípios que encontram razões antagônicas no sistema jurídico.

Constatação semelhante é realizada por Sanchís, que, apesar de não identificar no neoconstitucionalismo uma nova teoria da interpretação, reconhece que as Constituições, pela sua pluralidade de valores, homenageiam mais os

---

<sup>55</sup> BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional brasileiro. In: **O novo direito constitucional brasileiro**: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. 3ª reimpressão, Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 198.

princípios do que as regras e, conseqüentemente, a aplicação de suas normas exigem uma ferramenta específica, a ponderação.<sup>56</sup>

Em síntese, a nova interpretação constitucional, com a inserção dos princípios como norma jurídica e a ponderação como modo de aplicação, confere ao intérprete o exercício de uma interpretação construtiva, com força transformadora, apta a responder aos anseios das relações sociais contemporâneas, permitindo que juízes e tribunais dividam com o Legislativo a tarefa de criação do Direito.<sup>57</sup> É possível afirmar, em arremate, que a nova interpretação nada mais é do que o *modus operandi* que o neoconstitucionalismo concebeu para superar o paradigma positivista e reaproximar o Direito da Moral, como propõe a sua matriz filosófica.

---

<sup>56</sup> SANCHÍS, Luis Prieto. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. In: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. 4ª Ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009, p. 136.

<sup>57</sup> MOREIRA, Eduardo Ribeiro. Neoconstitucionalismo e Teoria da Interpretação. **Revista da EMERJ**, v. 11, n.º 43, 2008, p. 257.

### 3 A PROPOSTA DE SUPERAÇÃO DO PARADIGMA POSITIVISTA

Conforme anunciado por Susanna Pozzolo, para o termo neoconstitucionalismo se encontra uma pluralidade de significados, visto que, a depender do autor que seja estudado como representante dessa corrente, serão identificados elementos próprios, como se verifica nas obras de Ronald Dworkin, Carlos Santiago Nino, Gustavo Zagrebelsky e Robert Alexy. Contudo, o principal elemento do neoconstitucionalismo, que, aliás, é comum a todos os autores que se filiam ao pensamento, é formular uma leitura do direito antipositivista.<sup>1</sup> Em outras palavras, a coluna mestra do neoconstitucionalismo é a superação do paradigma positivista com o intuito de instaurar um novo marco filosófico na teoria do direito: o pós-positivismo.<sup>2</sup>

Tendo em vista que o pós-positivismo é a gênese da doutrina neoconstitucionalista, o presente capítulo é dedicado exclusivamente à análise dessa proposta de superação do positivismo jurídico. Para tanto, serão examinadas tanto a perspectiva filosófica a ser superada (positivismo jurídico), como a que almeja tomar o seu lugar (pós-positivismo), conferindo especial atenção à função atribuída aos princípios nas duas dimensões, pois é ela que define o grau de aproximação do Direito com a moral, conforme será demonstrado adiante.

#### 3.1 O POSITIVISMO JURÍDICO E OS PRINCÍPIOS

Como demonstrado no capítulo anterior, movimentos constitucionais modernos exsurtem no final do século XVIII e início do século XIX com foco na limitação do poder concentrado no soberano, tendo como objetivo reduzir a

---

<sup>1</sup> POZZOLO, Susanna. Um constitucionalismo ambíguo. In: CARBONELL, Miguel, CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. 4ª ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009, p. 189.

<sup>2</sup> Segundo o entendimento de Elival da Silva Ramos, o neoconstitucionalismo desenvolvido no Brasil é antipositivista e não pós-positivista. Ao contrário do que alguns autores que se filiam a essa teoria têm divulgado: “Na verdade, os neoconstitucionalistas brasileiros são antipositivistas (e não pós-positivistas), mas preferem dedicar um epitáfio ao positivismo jurídico do que se afirmar em combate com essa variante teórica, que continua extremamente influente no campo da Ciência do Direito (mera estratégia deslegitimadora, portanto, que não faz jus ao brilho intelectual dos que a utilizam)”. Ver: RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 281.

insegurança que pairava sobre a sociedade em razão do arbítrio dos reis absolutistas. Nesse cenário a lei aparece como o único instrumento legítimo de limitação das liberdades, seja dos governantes, seja dos próprios cidadãos.

Ocorre, a bem da verdade, uma devoção irrefletida à lei e um fortalecimento exagerado da noção de soberania popular, a ponto de ambos serem alçados ao patamar de dogma. Entende-se, pois, que a partir da lei, compreendida como expressão máxima da soberania popular, o poder não é mais do rei e sim do povo, de modo que o Estado moderno é erguido sob a premissa de que “todo poder emana do povo”. O artigo 6º da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 ilustra o pensamento da época:

Art. 6º. A lei é a expressão da vontade geral. Todos os cidadãos têm o direito de concorrer, pessoalmente ou através de mandatários, para a sua formação. Ela deve ser a mesma para todos, seja para proteger, seja para punir. Todos os cidadãos são iguais a seus olhos e igualmente admissíveis a todas as dignidades, lugares e empregos públicos, segundo a sua capacidade e sem outra distinção que não seja a das suas virtudes e dos seus talentos.

Com essa nova confiança depositada na legislação, formou-se uma cultura de supervalorização do diploma normativo, mormente por se acreditar que a lei (direito posto) era capaz de afastar a abertura do sistema jurídico aos valores jusnaturais, uma vez que, sob a perspectiva do direito natural, muitas atrocidades foram praticadas ao longo da Idade Média. Por isso, o direito positivo é lançado como forma de concretizar a *segurança jurídica* e a *objetividade do sistema*, conceitos que não eram devidamente valorizados pelas teorias jusnaturalistas.<sup>3</sup>

O anseio da sociedade por segurança e objetividade acarretou num acolhimento efetivo do positivismo jurídico<sup>4</sup>, o direito em si foi reduzido ao direito positivo, de sorte que o direito natural fora excluído da categoria do direito (o direito

<sup>3</sup> FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; BICALHO, Guilherme Pereira Dolabella. Do positivismo ao pós-positivismo jurídico: o atual paradigma jusfilosófico constitucional. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, Senado Federal, v. 48, n. 189, jan./mar. 2011, p. 106.

<sup>4</sup> Considerado os limites desse estudo, será analisado o positivismo jurídico apenas na sua concepção pura, também conhecida como positivismo exclusivo, o qual não admitia qualquer relação conceitual entre direito e moral, cujos principais nomes foram Hans Kelsen, Joseph Raz e Hart (antes da inclusão do pós-escrito na sua obra *O conceito de Direito*). Todavia, não se desconhece a doutrina do positivismo débil ou inclusivo, na qual o ordenamento jurídico admite a abertura a valores morais.



positivo é direito, o direito natural não é direito). Tamanha a aceitação do positivismo, o acréscimo do adjetivo “positivo” ao termo “direito” tornou-se pleonasma, já que, a partir de um conceito sintético, o “positivismo jurídico é aquela doutrina segundo a qual não existe outro direito senão o positivo”.<sup>5</sup>

Hans Kelsen, por meio da sua obra *Teoria Pura do Direito*, contribuiu em muito para essa afirmação do positivismo jurídico, vez que construiu uma teoria onde as fontes do direito decorrem do próprio Direito, negando a ingerência de fontes extrajurídicas no sistema, como, por exemplo, os valores disseminados socialmente.<sup>6</sup> Com isso, o estudo do direito se afastou dos dogmas que orientavam o jusnaturalismo (Direito como a vontade de Deus), concebendo-o como fruto exclusivo da ciência, onde os valores sociais e morais são fatores extrínsecos aos ordenamentos jurídicos.

Com base na estrutura escalonada do ordenamento jurídico de Kelsen, o fundamento de validade de uma norma apenas pode ser encontrado em outra norma, de modo que a primeira em relação à segunda será designada de norma inferior, e a segunda em relação à primeira de norma superior. Assim, o Direito seria um sistema puro, pois toda norma decorreria de uma superior, que também faz parte da categoria Direito. Contudo, para afastar uma interminável necessidade de criação de norma superior, o jurista defende a existência de uma norma fundamental (*Grundnorm*), que é a última e mais elevada norma do sistema.<sup>7</sup>

Com efeito, a norma fundamental, que é a fonte comum de validade de todas as normas que compõem o sistema, é hipotética (pressuposta), devendo ser compreendida como o ponto de partida do processo de criação do direito positivo. Tal norma não pode ser posta, sob pena de retirar da instância constituinte o atributo de ser a mais alta autoridade do ordenamento, o que é conflitante com a ideia de poder constituinte, já que haveria outra norma responsável por fundamentá-lo e, por consequência, uma autoridade superior.

---

<sup>5</sup> BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**: Lições de filosofia do direito; tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone. 1995. p. 26.

<sup>6</sup> FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; BICALHO, Guilherme Pereira Dolabella. Do positivismo ao pós-positivismo jurídico: o atual paradigma jusfilosófico constitucional. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, Senado Federal, v. 48, n. 189, jan./mar. 2011, p. 108.

<sup>7</sup> KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução: João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 136.

Além disso, para manter a pureza metodológica do Direito, Kelsen entende que a norma fundamental deve fornecer o fundamento de validade apenas no aspecto *formal*, ou seja, deve somente atribuir a competência para determinada autoridade legisladora, devendo todo o conteúdo do ordenamento ser delimitado por tal autoridade ou por aquelas que ela atribuir competência por normas positivas, sob pena de perder-se a essência dinâmica do sistema.<sup>8</sup>

Desse modo, a validade de uma norma fica adstrita ao fato dela ter sido produzida por uma autoridade competente, sendo irrelevante o conteúdo veiculado na norma, pois o que a coloca como direito é o aspecto *formal*, relativo à competência e ao procedimento, e não o *material*, referente ao conteúdo. Significa, em outras palavras, que por mais desumano que possa ser o conteúdo de uma norma ele ainda assim será considerado direito caso esteja positivado e tenha respeitado o procedimento de elaboração prescrito. Nas palavras do autor:

Uma norma jurídica não vale porque tem um determinado conteúdo, quer dizer, porque o seu conteúdo pode ser deduzido pela vida de um raciocínio lógico do de uma norma fundamental pressuposta, mas porque é criada por uma forma determinada - em última análise, por uma forma fixada por uma norma fundamental pressuposta. Por isso, e somente por isso, pertence ela à ordem jurídica cujas normas são criadas de conformidade com esta norma fundamental. Por isso, todo e qualquer conteúdo pode ser Direito. Não há qualquer conduta humana que, como tal, por força do seu conteúdo, esteja excluída de ser conteúdo de uma norma jurídica.<sup>9</sup>

Verifica-se, portanto, que a característica marcante do positivismo jurídico é o seu *formalismo*. A definição do Direito está desvinculada do conteúdo. Não se define o Direito com os resultados que ele deseja conseguir (realização da paz ou da justiça), mas sim com base na autoridade que põe as normas. Reduz-se o direito num “elemento puramente formal”.<sup>10</sup>

Outro grande nome do positivismo jurídico foi Hebert Hart, que na sua teoria dividia o sistema jurídico em regras primárias e secundárias. As regras primárias seriam as responsáveis por dispor acerca da conduta dos seres humanos, exigindo

<sup>8</sup> KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução: João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 137-138.

<sup>9</sup> *Ibidem*, p. 139.

<sup>10</sup> BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**: Lições de filosofia do direito; tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone. 1995. p. 37.

a realização ou abstenção de determinada ação, independente da vontade do sujeito a que são dirigidas. As regras secundárias, por sua vez, atribuíam aos seres humanos a possibilidade de extinguir ou modificar as regras primárias, bem como assegurar a incidência e a fiscalização delas. O Direito, sob esse espectro, era decorrência da união de regras primárias e secundárias.<sup>11</sup>

Reconhece-se que a teoria de Hart apresentou certa evolução em relação à noção de validade da norma, visto que, ao contrário de Kelsen, entende que a “regra de reconhecimento”, que valida e fundamenta todo o sistema jurídico, não é pressuposta, não é uma hipótese, mas sim uma prática complexa, arraigada no comportamento dos juízes, legisladores, administradores e particulares, que a veem como direito. A regra de reconhecimento, portanto, é uma “questão de fato”, e não uma presunção como ensinava Kelsen.<sup>12</sup>

Não obstante serem significativas as inovações de Hart em relação à teoria pura de Kelsen, tem-se que o jurista inglês manteve-se aliado a Kelsen no que diz respeito à relação entre Direito e moral, pois, igualmente, enxergava o direito como algo desligado dos valores morais acolhidos por determinada sociedade.<sup>13</sup> A propósito, Waldron, ao analisar a importância que a teoria de Hart depositava na legislação, registra que ele nutria um verdadeiro “ceticismo quanto a qualquer ligação necessária entre direito e moralidade”.<sup>14</sup>

Todavia, a valorização demasiada do aspecto formal da lei, traço marcante do positivismo, faz com que o aplicador a cumpra independentemente dos efeitos que ela possa acarretar, bons ou ruins, justos ou injustos, porquanto a sua validade está atrelada à legitimidade da autoridade legisladora e não ao conteúdo nela propagado. O intérprete/aplicador do direito não avalia o conteúdo da norma quando da aplicação, pois deixar de aplica-la em razão do seu conteúdo seria o mesmo que admitir a influência de valores morais no direito, o que não se coaduna com o positivismo jurídico, sobretudo na sua concepção pura. Ademais, cabem aos

---

<sup>11</sup> HART, Hebert L. A.. **O conceito do Direito**. Tradução A. Ribeiro Mendes. 3ª edição, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 91.

<sup>12</sup> HART, Hebert L. A.. **O conceito do Direito**. Tradução A. Ribeiro Mendes. 3ª edição, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 121.

<sup>13</sup> Entende-se que esta é a posição original de Hart, já que, após as críticas formuladas por Dworkin (*Levando os direitos a sério*), houve uma alteração no seu pensamento no sentido de aceitar que a regra de reconhecimento possa conter elementos morais.

<sup>14</sup> WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes. 2003, p. 16.

diplomas legais disporem exaustivamente sobre todas as relações sociais juridicamente relevantes, apresentando de forma objetiva a solução do caso, de sorte que o trabalho do intérprete era apenas “enquadrar o fato concreto na regra jurídica, geral, abstrata e universal”.<sup>15</sup>

Nessa perspectiva, é o legislador, então, o responsável por delimitar o conteúdo valorativo da norma, sendo vedado ao intérprete perquirir e buscar corrigir o substrato axiológico da norma quando da sua aplicação.<sup>16</sup> A atividade judicial é vista como a “administração da lei por uma instituição neutra, imparcial e objetiva”, pois o intérprete é reduzido num mero “técnico do direito”.<sup>17</sup> O direito positivo, à vista disso, implica no surgimento de um “exército de detectores de lei especializados”, que sabem identificar a legislação que possui autoridade (validade) em razão da sua fonte.<sup>18</sup>

Outrossim, a adoção quase que exclusiva de esquemas lógicos-subsuntivos de interpretação inclinava o sistema jurídico a enaltecer o papel das regras jurídicas como normas solucionadoras dos conflitos sociais, já que a sua aplicação era compatível com a técnica da subsunção e, além disso, proporcionavam uma sensação de maior segurança jurídica e objetividade do sistema. Em contrapartida, reconhecer que determinado enunciado não se encaixava como regra e possuía caráter principiológico era o mesmo que negar a sua normatividade. Isso porque, nessa fase, os princípios eram equiparados a conselhos éticos, políticos ou morais, o que obviamente causava forte resistência em tê-los como fonte de direito.<sup>19</sup>

Ainda no tocante à interpretação, os princípios não permitiriam que o direito fosse aplicado mecânica e passivamente, já que neles o intérprete não poderia se

---

<sup>15</sup> CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo do judiciário. 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 84.

<sup>16</sup> FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; BICALHO, Guilherme Pereira Dolabella. Do positivismo ao pós-positivismo jurídico: o atual paradigma jusfilosófico constitucional. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, Senado Federal, v. 48, n. 189, jan./mar. 2011, p. 108.

<sup>17</sup> STRECK, Lênio. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11ª ed. rev. atual. e ampl.. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2014, p. 65.

<sup>18</sup> WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes. 2003, p. 16.

<sup>19</sup> SCHIER, Paulo Ricardo. Novos desafios da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo. **A&C Revista de direito administrativo e constitucional**. Ano 3, n. 11, jan./mar. 2003. Belo Horizonte: Fórum, 2003, p. 151.

valer dos esquemas lógicos de aplicação das regras (silogismo judicial e subsunção).<sup>20</sup>

Gustavo Zagrebelsky retrata com clareza o valor conferido aos princípios na perspectiva positivista:

Según la mentalidade del positivismo jurídico, las normas de principio, al contener fórmulas vagas, referencias a aspiraciones ético-políticas, promesas no realizables por el momento, esconderían un vacío jurídico y producirían una contaminación de las verdaderas normas jurídicas con afirmaciones políticas, proclamaciones de buenas intenciones, etc. Estas normas no podrían ser alegadas ante un juez por parte de los interesados, serían causa de aspiraciones frustradas y, desse modo, alimentarían la desconfianza en el derecho; si alguien pretendiese extraer de ellas consecuencias jurídicas concretas aumentaría la confusión y la inseguridad.<sup>21</sup>

Seja pela incoerência com o método lógico formal de aplicação do direito ou simplesmente por veicularem um conteúdo ético, político ou moral, os princípios eram considerados estranhos à lógica do sistema positivista. Dessa forma, eram vistos como uma fonte de menor valor, vistos como “cano de escape”<sup>22</sup> ou “tapa buraco” do sistema, os quais somente eram utilizados quando a resolução do caso concreto não pudesse ser encontrada na lei, no costume, na interpretação analógica, em critérios de equidade.<sup>23</sup> Enfim, eram a última saída do aplicador do direito para decidir o caso, ainda que a sua própria juridicidade fosse questionada.

De se ressaltar que esse caráter subsidiário dos princípios ainda pode ser encontrado no direito positivo brasileiro, como, por exemplo, no art. 4º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, no qual os princípios são colocados

<sup>20</sup> ZAGRABELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**: ley, derechos, justicia. Tradução de Marina Gascón. 10ª edição. Madrid: Trotta, 2011, p. 111.

<sup>21</sup> “Segundo a mentalidade do positivismo jurídico, as normas de princípio, ao conter fórmulas vagas, referências a aspirações ético-políticas, promessas não realizáveis no momento, esconderiam um vácuo jurídico e produziriam uma contaminação das verdadeiras normas jurídicas com afirmações políticas, proclamações de boas intenções, etc. Estas normas não poderiam ser alegadas ante um juiz por parte dos interessados, seriam causa de aspirações frustradas e, desse modo, alimentariam a desconfiança no direito; se alguém pretendesse extrair delas consequências jurídicas concretas aumentaria a confusão e a insegurança” (tradução nossa). Ver: ZAGRABELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**: ley, derechos, justicia. Tradução de Marina Gascón. 10ª edição. Madrid: Trotta, 2011, p. 112-113.

<sup>22</sup> A expressão pertence a Paulo Bonavides.

<sup>23</sup> SCHIER, Paulo Ricardo. Novos desafios da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo. **A&C Revista de direito administrativo e constitucional**. Ano 3, n. 11, jan./mar. 2003. Belo Horizonte: Fórum, 2003, p. 152.

como a última fonte para o juiz decidir o caso. Indubitavelmente, a origem civilista de tal legislação (antiga lei de introdução ao Código Civil Brasileiro) justifica o teor dispositivo, visto que o direito civil brasileiro é marcado pela forte deferência às concepções positivistas.

Pois bem, caso fosse necessário formular uma resposta à indagação: qual a natureza dos princípios no positivismo jurídico? A resposta, com certeza, não teria como se afastar da conclusão de que os princípios possuíam uma natureza manifestamente *supletiva*, na medida em que positivismo jurídico, ainda que de modo discreto, reconhecia que um ordenamento jurídico formado somente por regras era incapaz de regular as situações cotidianas de maior complexidade.<sup>24</sup>

Aliás, exatamente pelo positivismo jurídico e os seus respectivos métodos de aplicação do direito serem insuficientes para solucionarem os “casos difíceis”, já que na resolução desses casos era outorgada ao intérprete uma ampla discricionariedade, surge o neoconstitucionalismo com a sua matriz filosófica pós-positivista, a fim de propor novos métodos de aplicação do direito aptos a permitir a procura racional e intersubjetivamente controlável da resposta aos “casos difíceis”.<sup>25</sup>

É nesse sentido que Ricardo Marcondes afirma que o neoconstitucionalismo (e, por consequência o pós-positivismo) “voltou-se principalmente contra a teoria hermenêutica própria do positivismo jurídico”, pois, segundo o autor, tanto a teoria hermenêutica proposta por Kelsen no capítulo XIII da sua “Teoria Pura do Direito”, como a apresentada por Hebert Hart no capítulo VII de seu “O Conceito de Direito”, “dão ao magistrado um amplo ‘poder discricionário’, entendido como um espaço de decisão alicerçado numa escolha volitiva do julgador e não na compreensão das normas vigentes”. Assim, a interpretação do direito torna-se um “ato volitivo e não cognitivo”.<sup>26</sup>

---

<sup>24</sup> FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; BICALHO, Guilherme Pereira Dolabella. Do positivismo ao pós-positivismo jurídico: o atual paradigma jusfilosófico constitucional. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, Senado Federal, v. 48, n. 189, jan./mar. 2011, p. 110.

<sup>25</sup> SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades**. Disponível em: <http://www.dsarmento.adv.br/content/3-publicacoes/15-o-neoconstitucionalismo-no-brasil-riscos-e-possibilidades/o-neoconstitucionalismo-no-brasil.riscos-e-possibilidades-daniel-sarmento.pdf>. Acesso em: 24 de maio de 2017.

<sup>26</sup> MARTINS, Ricardo Marcondes. Neonconstitucionalismo. **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.), p. 13. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/134/edicao-1/neoconstitucionalismo>>. Acesso em: 25 de maio de 2017.

O combate à ideia de decisão judicial com base no “poder discricionário” do juiz foi, portanto, o mote que impulsionou o desenvolvimento do pós-positivismo como uma nova proposta na filosofia do direito.<sup>27</sup> Apesar de ser este o motivo da busca pela superação do paradigma positivista, constata-se que, no Brasil, disseminou-se o discurso neoconstitucional de que a tentativa de superação do positivismo jurídico se deu em razão da derrota de regimes totalitários ao término da Segunda Guerra Mundial, já que tais regimes, com base na legalidade estrita, haviam promovido a barbárie em nome da lei, exurgindo a necessidade de um direito iluminado por valores éticos e morais.

### 3.2 O PÓS-POSITIVISMO E OS PRINCÍPIOS

A narrativa neoconstitucional, principalmente a que teve receptividade no Brasil, aponta no sentido de que o pós-positivismo é um novo pensamento filosófico que almeja impor limites valorativos ao aplicador do direito, exigindo que o intérprete avalie o aspecto material da norma e, quando necessário, corrija o seu substrato axiológico. Segundo essa doutrina, a alteração na filosofia do direito está estritamente ligada a fatos históricos, já que decisões judiciais afastadas da noção de justiça, como as exaradas à época do facismo e nazismo, evidenciaram que a validade do direito deve ser orientada por um forte conteúdo humanitário.<sup>28</sup>

Note-se que, em que pese os principais nomes do pós-positivismo (Ronald Dworkin e Robert Alexy) não reconheçam que a superação do positivismo esteja diretamente atrelada aos regimes totalitários, os neoconstitucionalistas brasileiros de forma praticamente unânime divulgam a tese de que há determinada sintonia entre o positivismo jurídico e os movimentos facistas e nazistas do século XX, sendo a criação do pós-positivismo uma decorrência da derrota de tais regimes totalitários.

À guisa de exemplo transcreve-se a seguinte passagem de Luís Roberto Barroso, talvez o maior defensor do neoconstitucionalismo no Brasil, onde ele exalta

---

<sup>27</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 35.

<sup>28</sup> FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; BICALHO, Guilherme Pereira Dolabella. Do positivismo ao pós-positivismo jurídico: o atual paradigma jusfilosófico constitucional. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, Senado Federal, v. 48, n. 189, jan./mar. 2011, p. 111.

o “fracasso político” do positivismo em razão da sua relação com o facismo e o nazismo:

Sem embargo da resistência filosófica de outros movimentos influentes nas primeiras décadas do século, a decadência do positivismo é emblematicamente associada à derrota do facismo na Itália e do nazismo na Alemanha. Esses movimentos políticos e militares ascenderam ao poder dentro do quadro de legalidade vigente e promoveram a barbárie em nome da lei. Os principais acusados de Nuremberg invocaram o cumprimento da lei e a obediência a ordens emanadas da autoridade competente.<sup>29</sup>

Ainda que a afirmação de que a superação do positivismo se deu em razão do término da Segunda Guerra Mundial com a respectiva falência dos regimes totalitários seja fortemente controvertida na doutrina<sup>30</sup>, registra-se que para o neoconstitucionalismo brasileiro isso é uma verdade absoluta, sendo divulgada pela maioria dos autores que se filiam a tal corrente em nosso país.

Nessa linha, analisando o referido discurso neoconstitucional, Sergio Nojiri elenca como as possíveis justificativas dos autores adeptos do novo constitucionalismo para sustentarem a superação do paradigma positivista: a) o vínculo político e ideológico entre o positivismo e os regimes totalitários do início do século XX; b) o fato do positivismo equiparar o direito à mera legalidade, deixando de fora importantes aspectos valorativos (tese da separação entre o direito e a moral); c) visão positivista formalista do direito, que é fruto de sua abordagem científicista, que à moda das ciências exatas e naturais, acredita – ingenuamente – nos dogmas da completude do sistema, da objetividade da observação e da imparcialidade na aplicação do direito.<sup>31</sup>

O pós-positivismo, nessa proposta de superação, apresenta-se como o novo embasamento da filosofia do direito, tendo em conta que com ele a rígida separação

<sup>29</sup> BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. In: **O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil**. 3ª reimpressão, Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 120.

<sup>30</sup> Sobre a crítica à ideia de que os elementos característicos do pós-positivismo foram incorporados à teoria do direito somente na pós-modernidade, ver: FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Notas sobre o direito constitucional pós-moderno, em particular sobre certo neoconstitucionalismo à brasileira. **Revista de Direito Administrativo**. São Paulo. v. 250, 2009., p. 151-167.

<sup>31</sup> NOJIRI, Sergio. **Neoconstitucionalismo versus democracia: um olhar positivista**. Curitiba: Juruá, 2012. p. 60-61.



entre o direito e a moral é relativizada, dado que a aferição da validade da norma com base exclusiva no aspecto formal é substituída por uma análise da validade tanto no que se refere à competência da autoridade legisladora (formal) como na compatibilidade do conteúdo da norma com os princípios constitucionais de justiça (material). É por isso que Eduardo Cambi afirma que no “novo raciocínio jurídico” não basta argumentar a autoridade do órgão que emana a regra ou a observância do procedimento legal, porquanto é “imprescindível examinar e valorar os conteúdos substanciais que suportam as normas jurídicas”.<sup>32</sup>

Com efeito, essa “substancialização” do direito se dá com a utilização dos princípios jurídicos<sup>33</sup>, os quais passam a ser consagrados pelos textos constitucionais. Os princípios, no pós-positivismo, não exercem apenas uma função secundária de preenchimento das lacunas da lei, como fizera no positivismo jurídico, ao revés, eles são os pilares axiológicos de todo o sistema jurídico, de modo que a validade de uma norma inevitavelmente decorrerá da sua compatibilidade com os valores e os fins da sociedade que estão estampados nos princípios constitucionais.<sup>34</sup>

Sendo assim, os princípios, devido à sua altíssima carga axiológica, quando inseridos na Constituição tornam-na num “verdadeiro fundamento material de toda ordem jurídica”, razão pela qual a Lei Maior é vista como um “pacto dotado de verdadeira reserva de justiça”.<sup>35</sup> Não é à toa que no segundo pós-guerra inúmeros valores morais e sociais são imunizados da discricionariedade política através de direitos fundamentais positivados em normas principiológicas constitucionais, obrigando, desse modo, qualquer grupo político – inclusive maiorias eventuais – a respeitá-los e observá-los na tomada de suas decisões.

---

<sup>32</sup> CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo do judiciário. 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 91.

<sup>33</sup> DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição. São Paulo: Landy Editora, 2006, p.81.

<sup>34</sup> CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo do judiciário. 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 88.

<sup>35</sup> SCHIER, Paulo Ricardo. Novos desafios da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo. **A&C Revista de direito administrativo e constitucional**. Ano 3, n. 11, jan./mar. 2003. Belo Horizonte: Fórum, 203, p. 154.

Em suma, os princípios constitucionais se tornam a via de acesso para a introdução da moral no ordenamento jurídico, ou, nas palavras de Paolo Comanducci, constituem uma “ponte entre o Direito e a Moral”, já que permitem a inserção de valores sociais e morais no sistema jurídico.<sup>36</sup>

Essa aproximação do Direito com a moral, aceita pelo neoconstitucionalismo em razão da sua matriz filosófica, representa, segundo a crítica análise de Elival da Silva Ramos, um moralismo jurídico, já que autoriza o afastamento do direito posto em favor de uma determinada ordem de valores:

Vislumbram-se no esboço propositivo neoconstitucionalista as tintas de um fluido moralismo jurídico, que ‘não despreza o direito posto’, mas que o descarta, se necessário for, para que prevaleça a ordem objetiva de valores a que prestam vassalagem. Cuida-se sim de um jusnaturalismo mitigado, em que se propugna o distanciamento de categorias metafísicas ou do subjetivismo axiológico, para buscar na racionalidade argumentativa (à Alexy) ou na experiência histórica (à Dworkin) um mínimo de objetividade ética que permita a superação (em determinadas circunstâncias, apenas) da objetividade do direito legislado.<sup>37</sup>

O pós-positivismo, dessa forma, é produto de um pensamento que percebe que deve existir um equilíbrio entre dois grandes valores: a *segurança jurídica* (tão reverenciada no positivismo jurídico) e a *justiça* (que era irrelevante para a aferição de validade no positivismo jurídico). Corolário lógico é a criação de um ordenamento jurídico que contemple tanto regras e princípios<sup>38</sup>, não havendo uma subordinação hierárquica entre esses tipos normativos<sup>39</sup>, tampouco uma distinção de grau, e sim uma diferença qualitativa, que diz respeito à forma de aplicação de cada um deles.<sup>40</sup>

<sup>36</sup> COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. In: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. 4ª ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009. p. 16.

<sup>37</sup> RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 281.

<sup>38</sup> CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo do judiciário. 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 90.

<sup>39</sup> ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”. **Revista Eletrônica de Direito de Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n° 17, janeiro/fevereiro/março 2009, p.5. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: 24 de abril de 2018.

<sup>40</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 90.

Isso decorre da constatação de que um sistema formado exclusivamente por regras traria inúmeros prejuízos para o Direito, tais como: *a)* a formação de um sistema de limitada racionalidade prática; *b)* a exigência de uma disciplina legislativa exaustiva e completa (legalismo), já que todas as premissas e resultados das regras jurídicas deveriam estar fixados de forma definitiva; *c)* em razão da busca por segurança jurídica, não existiria espaços livres para a complementação e desenvolvimento do sistema, inclusive o constitucional, que necessariamente deve possuir normas abertas; *d)* o legalismo estrito não permitiria a ocorrência de conflitos, das concordâncias, da ponderação de valores e interesses, naturais a uma sociedade plural e aberta, de modo que a organização política seria “monodimensional”.<sup>41</sup>

De outra banda, a defesa de um sistema formado apenas por princípios não parece ser acertada, pois levaria a consequências inaceitáveis. Considerada a estrutura aberta dos princípios e a sua aplicação conforme as razões fáticas e jurídicas do caso concreto, o sistema jurídico seria extremamente inseguro e incapaz de reduzir a complexidade das próprias relações sociais.<sup>42</sup>

Por isso, Luís Roberto Barroso reconhece que um sistema ideal deve contemplar tanto regras como princípios, com vistas a concretizar os valores segurança jurídica e da justiça de modo harmônico e equilibrado:

É bem de ver, no entanto, que os sistema jurídico ideal se consubstancia em uma distribuição equilibrada de regras e princípios, nos quais as regras desempenham o papel referente à segurança jurídica – previsibilidade e objetividade das condutas – e os princípios, com sua flexibilidade, dão margem à realização da justiça do caso concreto.<sup>43</sup>

Destarte, o pós-positivismo é uma perspectiva filosófica do direito que almeja compatibilizar o ideal de segurança jurídica com o de justiça, sendo a remodelação da teoria da norma o principal caminho para tal intento, vez que a efetividade do

---

<sup>41</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes Canotilho. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª edição. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1162.

<sup>42</sup> *Ibidem, id.*

<sup>43</sup> BARROSO, Luís Roberto. BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios o direito brasileiro. In: **O novo direito constitucional brasileiro**: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. 3ª reimpressão, Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 149.

direito passa a pressupor um ordenamento jurídico equilibrado por regras e princípios dotados de força normativa.

### 3.2.1 A DIFERENÇA ENTRE REGRAS E PRINCÍPIOS

Autores pós-positivistas, que reconhecem a aproximação do direito com a moral, desenvolveram valiosos estudos sobre a norma jurídica, especialmente sobre as diferenças existentes entre as regras e os princípios. Dentre eles, pode-se citar Ronald Dworkin (*Levando os direitos a sério*), Robert Alexy (*Teoria dos Direitos Fundamentais*), Humberto Ávila (*Teoria dos princípios*), Luís Roberto Barroso (*O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro*).

A importância do estudo dessas espécies normativas se deu pelo fato do direito constitucional de matriz pós-positivista reconhecer tanto nas regras quanto nos princípios força normativa, exigindo, assim, uma teorização do tema a fim de possibilitar o convívio harmônico de ambas as espécies, delimitar as suas características e o respectivo modo de aplicação. O desiderato desse estudo da norma está estritamente jungido ao ideal pós-positivista, pois busca contribuir para a estruturação de um sistema jurídico equilibrado entre segurança jurídica e justiça (fim precípua do pós-positivismo), sendo que tal objetivo só pode ser alcançado através da compreensão correta da função e da forma de aplicação das regras e dos princípios. Portanto, compreender a diferença entre regras e princípios nada mais é do que entender a forma de manifestação do pós-positivismo no ordenamento jurídico contemporâneo.

Dessa forma, nas páginas seguintes, serão analisadas as propostas teóricas de Humberto Ávila e Robert Alexy, dois autores que se dedicaram a traçar as peculiaridades das regras e dos princípios com intuito de demonstrar que ambas são dotadas de normatividade e que podem, claramente, coexistir no sistema jurídico, desde que, obviamente, sejam observadas as suas diferenças que refletem diretamente no modo de aplicação.

### 3.2.1.1 A PROPOSTA TEÓRICA DE HUMBERTO ÁVILA

Na lição de Humberto Ávila, os princípios jurídicos são conceituados da seguinte forma:

os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com a pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessárias à sua promoção.<sup>44</sup>

Já no tocante às regras, o autor brasileiro apresenta a seguinte conceituação:

as regras são normas imediatamente descritiva, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos.<sup>45</sup>

A conceituação de Ávila é construída a partir de um critério de dissociação, que é dividido em três subcritérios, a saber: critério da natureza do comportamento prescrito (1), critério da natureza da justificação exigida (2) e critério da medida de contribuição para a decisão (3).

Da análise do critério da natureza do comportamento prescrito (1), infere-se que os princípios são normas imediatamente finalísticas, enquanto as regras são normas imediatamente descritivas. Os princípios são considerados normas imediatamente finalísticas, pois preveem um estado ideal de coisas (*state of affairs, idealsustand*) que depende de uma série de comportamentos para que seja concretizado, de modo que cumpre ao aplicador identificar, no caso concreto, o comportamento adequado para alcançar o fim traçado no próprio princípio, já que os princípios não apresentam a descrição da conduta adequada. As regras, por seu

<sup>44</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 17ª ed. rev. e atual.. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 102.

<sup>45</sup> *Ibidem*, p. 102.

turno, são normas imediatamente descritivas ou mediamente finalísticas, uma vez que descrevem a conduta que deve ser adotada para que seja alcançado o fim, ou seja, elas são consideradas um meio de alcançar o fim prescrito no princípio. Com base nisso, afirma-se que os princípios são normas-do-que-deve-ser (*ought-to-be-norms*), enquanto as regras são normas-do-que-fazer (*ought-to-do-norms*).<sup>46</sup>

Sob a ótica do critério da natureza da justificação exigida (2), vislumbra-se que os princípios são normas com caráter primariamente prospectivo e as regras são normas com caráter primariamente retrospectivo. Neste critério, onde se investiga a justificação necessária à aplicação da norma, percebe-se que os princípios e as regras divergem em relação à sua força justificativa e ao seu objeto de avaliação. Os princípios, por serem normas imediatamente finalísticas, têm uma justificativa da decisão de interpretação baseada na avaliação da relevância dos efeitos da conduta, vista como meio de obtenção do estado de coisas, sendo este estado de coisas o próprio fim traçado no princípio a ser alcançado. Já as regras, como o seu elemento frontal é descritivo, a justificativa da decisão de interpretação é baseada na avaliação de concordância entre a construção conceitual dos fatos e a construção conceitual da norma. Em decorrência disso, tem-se que os princípios possuem um caráter prospectivo (*future-regarding*), dado que o processo de justificação para aplicação da norma (avaliação dos efeitos da conduta para a obtenção do fim) será guiado por um estado de coisas a ser construído, ao passo que as regras ostentam um caráter retrospectivo (*post-regarding*), visto que elas descrevem situações que já eram previstas pelo legislador, ainda que nunca tivessem ocorrido no plano fático.<sup>47</sup>

No entanto, deve-se destacar que Ávila faz uma reserva quanto à distinção acima exposta, vez que para ele não são apenas as regras que levam em consideração a experiência acumulada no passado, tendo em vista que as situações pretéritas também influenciam na aplicação dos princípios, pois, segundo o autor, “não é possível avaliar qual comportamento humano é adequado à realização de um estado ideal de coisas sem considerar comportamentos passados e sua relação com

---

<sup>46</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 17ª ed. rev. e atual.. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 95.

<sup>47</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 17ª ed. rev. e atual.. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 99.

um estado de coisas já conquistado”.<sup>48</sup> A par disso, Ávila afirma que os princípios são normas com “caráter primariamente prospectivo” e as regras são normas com “caráter primariamente retrospectivo”, utilizando o vocábulo “primariamente” com o objetivo de não desconsiderar a influência que a experiência acumulada no passado também exerce sobre os princípios e a relação que as regras guardam com a concretização do estado de coisas ideal no futuro.

No terceiro e último critério, referente à medida de contribuição para a decisão (3), conclui-se que os princípios são normas com pretensão de complementariedade e de parcialidade e as regras são normas preliminarmente decisivas e abarcantes.

A parcialidade dos princípios decorre do fato deles não abrangerem todos os aspectos relevantes para uma tomada de decisão, vez que eles apresentam apenas o estado de coisas ideal a ser alcançado, porém não se ocupam de apresentar os meios para obter tal fim. Por abrangerem apenas parte dos aspectos para a tomada de decisão, os princípios não são capazes de gerar uma solução específica, de sorte que a solução somente advirá de um processo de entrelaçamento/imbricamento entre outros princípios, onde cada um deles contribuirá para a tomada de decisão. Essa necessidade de entrelaçamento com outras normas é que evidencia a pretensão de complementariedade dos princípios. Ávila exemplifica a pretensão de complementariedade dos princípios demonstrando que o princípio de proteção aos consumidores não deve ser aplicado de modo singular em toda e qualquer relação de consumo, porquanto ele deve ser harmonizado com outros princípios necessários à promoção de outros fins, como é o caso do princípio da livre iniciativa.<sup>49</sup>

As regras, por outro lado, trazem um caráter abarcante, uma vez que apresentam todos os aspectos relevantes para a tomada de decisão e, por conseguinte, exprimem uma pretensão de gerar uma solução específica para o caso, sem que seja necessário socorrer-se de outras razões. Por esses fatores se considera as regras normas com pretensão de decidibilidade e abrangência.<sup>50</sup>

Contudo, neste ponto, o jurista brasileiro também apresenta uma importante ressalva, pois entende que as regras são apenas “preliminarmente decisivas”. Isso

---

<sup>48</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 17ª ed. rev. e atual.. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 99.

<sup>49</sup> *Ibidem*, p. 100-101.

<sup>50</sup> *Ibidem*, p. 101.

porque há casos em que as regras terão suas condições de aplicabilidade implementadas e, mesmo assim, não serão aplicáveis ao caso. Segundo Ávila, isso ocorrerá nos casos em que houver razões excepcionais e superiores àquelas que sustentam a própria regra, ensejando o fenômeno denominado de “aptidão para o cancelamento” (defeasibility).<sup>51 52</sup>

### 3.2.1.2 A PROPOSTA TEÓRICA DE ROBERT ALEXY

De igual modo, Robert Alexy, na sua teoria, identifica distinções entre regras e princípios, entendendo que a diferença entre essas espécies normativas é qualitativa, ou seja, diz respeito à forma específica de aplicação e de resolução de conflitos de cada uma delas.

Nessa esteira, o jurista alemão apresenta os princípios como:

normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas.<sup>53</sup>

As regras, por sua vez, são compreendidas da seguinte forma:

As regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem

---

<sup>51</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 17ª ed. rev. e atual.. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 101.

<sup>52</sup> Importante destacar que nesse ponto a teoria de Humberto Ávila se contrapõe à tese de Dworkin, no sentido de que as regras tem uma aplicação “*tudo ou nada*” (*all-or-nothing-fashion*), posto que o autor brasileiro defende que, em casos excepcionais, uma regra pode ser submetida a um exame de ponderação de suas razões com outra norma que esteja em sentido contrário, o que pode culminar na sua não aplicação ao caso concreto, porém este afastamento da sua aplicação não coloca em xeque a validade da regra. Sobre a teoria de Dworkin, ver: DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

<sup>53</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 90. (grifo no original)



mais, nem menos. Regras contêm, portanto, *determinações* no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível.<sup>54</sup>

O fato dos princípios exigirem que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas demonstra que tal espécie de norma não veicula um mandamento definitivo, mas sim *prima facie*.<sup>55</sup> Considerando que o grau de realização de um princípio estará sempre atrelado às circunstâncias fáticas do caso concreto, bem como à existência de razões antagônicas (manifestadas em regras ou em princípios colidentes), tem-se que os princípios nunca poderão dispor de toda a extensão do seu conteúdo no momento da sua aplicação.

Dessa forma, por mais relevante que um princípio seja para a resolução de uma determinada questão, o resultado de tal questão não será fruto exclusivo da determinação oriunda daquele princípio, dado que o seu conteúdo sempre será mitigado pelas circunstâncias fáticas e pelas razões que estiverem em rota de colisão no caso concreto. Com base nisso, Alexy assevera que os princípios sempre serão “mandamentos de otimização” e que possuem um “caráter *prima facie*”, pois não é possível extrair do próprio princípio a extensão do seu conteúdo, haja vista a influência que os princípios colidentes e as possibilidades fáticas exercem sobre ele.<sup>56</sup>

No caso das regras a estrutura é diversa, uma vez que exigem a realização de uma conduta nos exatos termos por elas descritos. Ou seja, as regras ordenam a realização do seu conteúdo diante das possibilidades fáticas e jurídicas.<sup>57</sup> Enquanto que nos princípios as possibilidades fáticas e jurídicas são fatores de mitigação do seu conteúdo, nas regras servem como um comando para a realização integral do conteúdo prescrito.

Registre-se, ainda, que as teorias de Ávila e Alexy são próximas no que se refere à aplicação de regras, visto que ambos reconhecem que essa espécie normativa, em casos excepcionais, pode perder o seu caráter definitivo estrito,

---

<sup>54</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 90, p. 91. (grifo no original)

<sup>55</sup> *Ibidem*, p. 104.

<sup>56</sup> *Ibidem*, *id.*

<sup>57</sup> *Ibidem*, *id.*

mesmo sendo válida. Isso ocorre quando o caso exige que seja estabelecida uma “cláusula de exceção” em uma regra, cláusula esta que pode decorrer até mesmo de um princípio que esteja em colisão com a regra no caso concreto. Verifica-se, nesse particular, que os autores divergem de Dworkin, já que o jurista norte-americano acredita que a aplicação das regras deve se dar na maneira “*tudo-ou-nada*”, de modo que “dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão”.<sup>58</sup> Além disso, ainda que Dworkin aceite a existência de exceções em uma regra, a teoria de Ávila e Alexy divergem da dele, pois para estes as cláusulas de exceções não são sequer teoricamente enumeráveis, enquanto que para o autor norte-americano, “pelo menos em teoria, todas as exceções podem ser arroladas e quanto mais o forem, mais completo será o enunciado da regra”.<sup>59</sup>

Todavia, deve-se atentar ao fato de que a identificação de uma “cláusula de exceção” não se confunde com o procedimento de afastamento de determinado princípio em virtude da sua colisão com outro. O princípio cede lugar sempre que é conferido peso maior a outro princípio antagônico. Já as regras não são superadas simplesmente pelo fato de, no caso concreto, o princípio contrário ter um peso maior do que o princípio que sustenta a regra, mas somente quando ficar demonstrado que o princípio contrário supera, além do princípio que sustenta o conteúdo da própria regra, os princípios que determinam que as regras criadas pelas autoridades legislativas devam ser seguidas.<sup>60</sup> Esses últimos princípios são denominados por Alexy de “princípios formais” e representam, por exemplo, o princípio da segurança jurídica e do Estado de Direito, os quais servem de fundamento para a própria heteronomia do Direito em uma sociedade.<sup>61</sup>

Feitos esses apontamentos acerca das teorias de Humberto Ávila e Robert Alexy, é possível perceber que há determinados pontos de concordância entre os

<sup>58</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 39.

<sup>59</sup> *Ibidem*, p.40.

<sup>60</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 90. (nota de rodapé n.º 24)

<sup>61</sup> Segundo Reale, a “validade objetiva e transpessoal das normas jurídicas, as quais se põem, por assim dizer, acima das pretensões dos sujeitos de uma relação, superando-as na estrutura de um querer irreduzível ao querer dos destinatários, é o que se denomina *heteronomia*”. In: REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p.49.

autores, os quais, talvez, representem as principais características das regras e dos princípios. Nesse sentido, destaca-se que ambos sustentam que os conteúdos veiculados nos princípios sofrem uma mitigação em virtude de razões antagônicas, sejam elas decorrentes de normas colidentes ou das próprias possibilidades fáticas do caso concreto. Humberto Ávila expõe essa visão defendendo o caráter de complementariedade e parcialidade dos princípios e Alexy os reconhecendo como “mandamentos de otimização” de caráter *prima facie*. Ademais, concordam quanto à completude das regras na tomada de decisão de casos ordinários, reconhecendo o caráter de decidibilidade dessa espécie normativa em tais casos. E, por derradeiro, ainda apresentam a mesma ressalva quanto à possibilidade desse caráter de decidibilidade ser relativizado em circunstâncias excepcionais sem que se questione a validade da regra no ordenamento jurídico, representado na teoria de Ávila a “aptidão para o cancelamento” (*defeasibility*) e na da Alexy a necessidade da criação de uma “cláusula de exceção”.

Enfim, não obstante as teorias apresentem as suas especificidades<sup>62</sup>, tem-se que os pontos em consonância acima destacados sintetizam com clareza o equilíbrio que o pós-positivismo buscou inserir no ordenamento jurídico, sobretudo por evidenciarem que os princípios, pela sua abertura semântica, permitem que o direito alcance determinados valores sociais, o que pode representar a própria busca por justiça, bem como que as regras, através do seu viés de decidibilidade, contribuem para a manutenção da segurança jurídica do sistema.

---

<sup>62</sup> Por lealdade intelectual, deve-se pontuar que os autores divergem quanto à forma de aplicação dos princípios, vez que Ávila não concorda com a classificação de Alexy de que os princípios são “normas carecedoras de ponderação”, pois para o jurista brasileiro a “afastabilidade” de um princípio é contingente e não uma regra. Afirma que só haverá aplicação de princípios mediante ponderação quando eles estiverem em “concorrência horizontal”, porém nem sempre os princípios estão inseridos numa “relação paralela” que permita esse tipo de concorrência. Diante disso, Ávila entende que os princípios estruturantes, responsáveis por normatizar o modo e a atuação estatal, não são dotados de caráter *prima facie* e, portanto, não se submetem à ponderação. Alerta, inclusive, que a aceitação universal de que os princípios são normas “carecedoras de ponderação” gera um “relativismo axiológico”, acarretando num fenômeno onde todo e qualquer princípio pode ser afastado no caso concreto, ainda que se trate de um princípio fundamental do ordenamento jurídico. Ver: ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 17ª ed. rev. e atual.. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 149-161.

## 4 AS FRAGILIDADES DO NEOCONSTITUCIONALISMO

### 4.1 OS EXCESSOS NA DOCTRINA DOS PRINCÍPIOS

Em que pese a perspectiva pós-positivista que alicerça o neoconstitucionalismo não reconheça a primazia de uma espécie normativa sobre a outra<sup>1</sup>, já que as regras e os princípios exercem funções diferentes, porém de mesma relevância, percebe-se que, no Brasil, o discurso neoconstitucional tem negligenciado essa lição, pois existe uma parcela da doutrina que confia uma importância demasiada aos princípios jurídicos, como se estes fossem superiores às regras.

A preferência pelos princípios é notória diante dos escritos de alguns neoconstitucionalistas. Eduardo Ribeiro Moreira afirma que os princípios, antes considerados a “última fonte no sistema positivado, passaram a ser a primeira fonte” e, ainda ressaltando a relevância dessa espécie, registra que “as antinomias entre regras, hoje colocadas em segundo plano em relação ao conflito de princípios”.<sup>2</sup> Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos sustentam, ao discorrer sobre a nova interpretação constitucional, que “o discurso acerca dos princípios (...) deve ter repercussão sobre o ofício dos juízes, advogados e promotores, sobre a atuação do Poder Público em geral e sobre a vida das pessoas”.<sup>3</sup> Daniel Sarmento igualmente reconhece a predileção pelos princípios na atualidade, registrando que “nesta nova fase, a doutrina brasileira passa a enfatizar o caráter normativo e a importância dos princípios constitucionais”, bem como de que “há uma verdadeira febre de trabalhos sobre teoria dos princípios”.<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”. **Revista Eletrônica de Direito de Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.º 17, janeiro/fevereiro/março 2009, p. 5.

<sup>2</sup> MOREIRA, Eduardo Ribeiro. Neoconstitucionalismo e Teoria da Interretação. **Revista da EMERJ**, v. 11, n.º 43, 2008, p. 250-251.

<sup>3</sup> BARROSO, Luís Roberto. BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios o direito brasileiro. In: **O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil**. 3ª reimpressão, Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 147.

<sup>4</sup> SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades**. Disponível em: <<http://www.dsarmento.adv.br/content/3-publicacoes/15-o-neoconstitucionalismo-no-brasil-riscos-e-possibilidades/o-neoconstitucionalismo-no-brasil.riscos-e-possibilidades-daniel-sarmento.pdf>>. Acesso em: 24 de maio de 2017.

Essa valorização desmedida dos princípios acaba por representar o enfraquecimento do caráter heterolimitador do próprio Direito<sup>5</sup>, pois concede ao intérprete grande liberdade na formulação da decisão do caso concreto, o que pode descambar para juízos puramente arbitrários. A decisão baseada exclusivamente em princípios faz com que o intérprete não fique vinculado a uma conduta previamente descrita, de modo que a sua função será apenas de reconduzir a sua conclusão ao ordenamento jurídico<sup>6</sup>, o que é facilmente realizado através da adoção de princípios dotados de conteúdo aberto e de difícil definição.

Jorge Octávio Lavocat Galvão identifica que os elementos característicos do neoconstitucionalismo, como a força normativa da constituição, a eficácia horizontal dos direitos fundamentais e a constitucionalização do direito, incentivam, de certo modo, essa atuação criativa e livre dos aplicadores do direito, sobretudo quando se tem como substrato um ordenamento jurídico que contempla princípios com valores antagônicos:

Em ordenamentos jurídicos como o nosso, em que há inúmeros princípios constitucionais imbuídos de valores aparentemente contraditórios, ou seja, que visam a fins conflitantes, a concretização da Carta Magna fica eminentemente a cargo dos magistrados. Isso se torna mais dramático quando se percebe que 'a constitucionalização louvada e defendida pelo Neoconstitucionalismo é aquela que parte de uma interpretação extensiva e irradiante dos direitos fundamentais e dos princípios mais importantes da ordem constitucional'. As doutrinas da força normativa da Constituição, da eficácia horizontal dos direitos fundamentais e da constitucionalização do Direito induzem o intérprete a utilizar os princípios constitucionais em todos os casos jurídicos, o que conseqüentemente leva a uma atuação mais criativa e livre por parte dos juízes<sup>7</sup>

Diante dessa invasão dos princípios em todos os campos do direito, surge a crítica ao neoconstitucionalismo, que passa a ser compreendido como uma mera superação das concepções formalistas da teoria do direito, concebido pelos partidários da escola do direito livre, da jurisprudência dos interesses, ou na versão

---

<sup>5</sup> ÁVILA, Humberto. "Neoconstitucionalismo": entre a "Ciência do Direito" e o "Direito da Ciência". **Revista Eletrônica de Direito de Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n° 17, janeiro/fevereiro/março 2009, p. 9.

<sup>6</sup> GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. **O neoconstitucionalismo e o fim do Estado de Direito**. 2012. 217f. Tese (Doutorado em Direito do Estado). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 107.

<sup>7</sup> *Ibidem*, id.

contemporânea desta última, da jurisprudência dos valores.<sup>8</sup> Ou seja, os excessos da dogmática principialista quebra o equilíbrio proposto pelo próprio pós-positivismo entre segurança jurídica e a justiça, vez que, equivocadamente, guindaram os princípios a um *status* normativo superior ao das regras, fazendo com que o neoconstitucionalismo perca a sua credibilidade como teoria que se propõe a reduzir o poder discricionário do intérprete. A utilização errática dos princípios reduz a decisão judicial a um ato balizado exclusivamente pelas razões pessoais do julgador, sendo um agir apoiado, em última análise, na premissa de que “o direito deve ser unicamente o que agrada a mim e aos meus compadres”.<sup>9</sup>

A desvalorização das regras em favor de uma proeminência dos princípios retira do ordenamento jurídico a sua previsibilidade e, por consequência, a segurança jurídica do sistema. Exemplo disso é encontrado nas teses referentes à nova interpretação constitucional, como é o caso da *derrotabilidade da norma-regra*. Segundo Eduardo Ribeiro Moreira, esse fenômeno “é verificado somente no caso concreto, quando, excepcionalmente, os efeitos da regra são retirados por uma situação excepcionalmente não prevista (*post factum*)”, o que, para ele, é possível em razão da “disposicionalidade das regras”, que permite o afastamento das regras no caso concreto quando elas não cumpram o seu objetivo ou a finalidade constitucional.<sup>10</sup>

Verifica-se, contudo, que esse tipo de tese configura uma verdadeira inovação no pensamento pós-positivista, podendo ser considerada fruto dos excessos da dogmática principialista, porquanto rompem com a ideia originária de Dworkin de que as regras são aplicadas à maneira “tudo-ou-nada” (*all-or-nothing-fashion*), uma vez que essa teoria autoriza o afastamento de uma regra mesmo sem considerá-la inválida e, além disso, fundamenta tal afastamento em uma exceção que sequer consta do enunciado normativo.<sup>11</sup> É inegável que com esse tipo de raciocínio o

<sup>8</sup> STRECK, Lênio. Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo. In: **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. (Organizadores) Luigi Ferrajoli, *et. al.*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2012. p. 62.

<sup>9</sup> SCHMITT, Carl. “Legalità e legittimità” *apud* BARZOTTO, Luis Fernando. Positivismo, Neoconstitucionalismo e Ativismo Judicial. In: ALVAREZ, Alejandro Montiel; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski; FELONIUK, Wagner Silveira. (Orgs.). **Perspectivas do discurso jurídico: argumentação, hermenêutica e cultura**. Porto Alegre, 2015, p. 183.

<sup>10</sup> MOREIRA, Eduardo Ribeiro. Neoconstitucionalismo e Teoria da Interpretação. **Revista da EMERJ**, v. 11, n.º 43, 2008, p. 266.

<sup>11</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 39-40.

Direito ganha em criatividade e liberdade, porém é igualmente inegável que muito se perde em termos de segurança jurídica.

Infelizmente o exagero na valorização dos princípios é uma realidade do constitucionalismo contemporâneo, estando presente, inclusive, no magistério de juristas de inexorável brilhantismo, como se depreende da conhecida e sempre atual lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, segunda a qual “violiar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer”, uma vez que tal violação configura “a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa a insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra”.<sup>12</sup>

A resposta, porém, a essa corrente, orientada pela superioridade dos princípios, pode ser encontrada nos escritos de Humberto Ávila, que demonstra a importância das regras para a preservação do equilíbrio e da coerência do ordenamento jurídico:

Conexa a essa questão está a concepção doutrinária largamente difundida no sentido de que descumprir um princípio é mais grave que descumprir uma regra. Em geral, o correto é o contrário: descumprir uma regra é mais grave que descumprir um princípio. E isso porque as regras têm a pretensão de decidibilidade que os princípios não têm: enquanto regras têm a pretensão de oferecer uma solução provisória para um conflito de interesses já conhecido ou antecipável pelo Poder Legislativo, os princípios apenas oferecem razões complementares para solucionar um conflito futuramente verificável. Também relacionado a essa questão está o problema de saber qual norma deve prevalecer se houver conflito entre um princípio e uma regra de mesmo nível hierárquico (regra constitucional versus princípio constitucional). Normalmente, a doutrina, com base naquela já referida concepção tradicional, afirma que deve prevalecer o princípio. Assim, porém, não deve suceder.<sup>13</sup>

De destacar, aliás, que essas práticas de supervalorização dos princípios já superaram o campo acadêmico e alcançaram a jurisprudência dos tribunais superiores. O julgamento do Recurso Extraordinário n.º 630.147/DF retrata com

---

<sup>12</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 11 ed., São Paulo, Malheiros, 1999, p. 630.

<sup>13</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 17ª ed. rev. e atual.. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 115.

perfeição o tema ora analisado.<sup>14</sup> Naquela oportunidade, o Supremo Tribunal Federal foi provocado a decidir quanto à aplicabilidade da Lei Complementar n.º 135/2010, de 04 de junho de 2010 (apelada de Lei da Ficha Limpa) às eleições gerais que ocorreriam em 03 de outubro do mesmo ano.

Não obstante o art. 16 da Constituição Federal de 1988 consagrar regra que assegura que “a lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data de sua publicação, não se aplicando à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência”, alguns ministros manifestaram-se favoráveis à aplicação imediata da lei que estabelece novas hipóteses de inelegibilidade, pois entenderam que o seu conteúdo versava sobre questões atinentes à período anterior ao “processo eleitoral”, o que autorizava a sua aplicação e, por conseguinte, impedia que os “fichas sujas” fossem escolhidos como candidatos para o pleito de 2010.

Todavia, dentre os votos que defendiam a aplicabilidade imediata da lei, determinado trecho do voto da Ministra Carmen Lúcia merece destaque, porquanto defendia o afastamento da regra constitucional do art. 16 em virtude de um sopesamento com o princípio da moralidade e afins que estavam sendo atendidos pela Lei Complementar n.º 135/2010, como se estes tivessem uma primazia sobre aquela. Na visão da Ministra, “as finalidades éticas do art. 16 deverão ainda ser sopesadas com o sentido teleológico concretizado pelo legislador complementar ao editar a lei de inelegibilidades (proteção da probidade administrativa, da moralidade para o exercício dos mandatos)”.<sup>15</sup>

Como observa Galvão, a arguição de compatibilidade da lei com o princípio da moralidade era totalmente desnecessária, pois, no caso, não se discutia a constitucionalidade material das hipóteses de inelegibilidade, o que de certo modo demonstra que a invocação de princípios constitucionais, em determinadas circunstâncias, nada mais é do que uma saída para o julgador realizar um processo de ponderação e, assim, alcançar um resultado compatível com as suas razões

---

<sup>14</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n.º 630.147/DF**. Recorrente: Joaquim Domingos Roriz. Recorrido: Ministério Público Eleitoral. Relator: Ministro Ayres Britto, Brasília, 29 de setembro de 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28630147%2E%2E+OU+630147%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/hzouw4e>>. Acesso em: 25 de abril de 2018.

<sup>15</sup> *Ibidem*, p. 93.



peçoais, ainda que para isso tenha que desconsiderar escolhas políticas positivadas no ordenamento jurídico.<sup>16</sup>

Nessa toada, é a crítica de Conrado Hübner Mendes à utilização dos princípios por alguns magistrados, pois acredita que eles veem nessa espécie de norma um “truque jurídico” para decidir o caso da forma que lhes aprouver. Para Mendes, ante a escassez de argumentos jurídicos, o juiz “recorre ao truque jurídico do princípio na cartola, a partir do qual afasta regras e precedentes que não favorecem a decisão”. Desse modo, a decisão judicial se transforma em “técnica ilusionista”, onde a mera apresentação de um princípio permite resolver o caso sem apresentar uma efetiva fundamentação. Conclui, então, que “o truque permite decidir qualquer coisa”.<sup>17</sup>

No mesmo sentido é o alerta de Carlos Ari Sundfeld, para quem “citar hiperprincípios é, em geral, o melhor modo possível de trapacear”, já que esta prática representa “um truque para esconder a falta de fundamento dos pedidos, o puro voluntarismo na tomada de decisões e até a mais descarada violação de normas”.<sup>18</sup>

Vale ressaltar que, diante desse uso adulterado dos princípios, a doutrina tem se esforçado para demonstrar que eles não têm o condão de afastar toda e qualquer regra que esteja situada no mesmo plano, como se houvesse uma superioridade abstrata dos princípios sobre as regras. Mister, assim, apontar as seguintes conclusões de Ávila: primeiro, a ideia de prevalência abstrata dos princípios sobre as regras é manifestamente equivocada, pois as regras têm a função de resolver conflitos que já foram reconhecidos e antecipáveis pelo Poder Legislativo Ordinário ou Constituinte, de forma que as soluções traçadas por esses Poderes bloqueiam eventuais soluções decorrentes dos princípios.<sup>19</sup> Portanto, havendo um conflito real

---

<sup>16</sup> GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. **O neoconstitucionalismo e o fim do Estado de Direito**. 2012. 217f. Tese (Doutorado em Direito do Estado). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 24.

<sup>17</sup> MENDES, Conrado Hübner. **Um juiz de princípios: decisões de Gilmar são previsíveis, mas essa previsibilidade não tem relação com segurança jurídica, como se pede a um bom juiz**. Revista Época, 17 de maio de 2018. Disponível em: <<https://epoca.globo.com/politica/Conrado-Hubner/noticia/2018/05/um-juiz-de-principios.html>>. Acesso em: 18 de maio de 2018.

<sup>18</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo para céticos**. 2ª edição, São Paulo: Malheiros, 2017, p. 186.

<sup>19</sup> ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”. **Revista Eletrônica de Direito de Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n° 17, janeiro/fevereiro/março 2009, p. 5.

entre uma regra e um princípio do mesmo nível hierárquico deve vencer a regra.<sup>20</sup> Segundo, os princípios somente poderão bloquear uma regra quando estiverem em nível hierárquico distinto, isto é, quando o princípio constitucional apresentar conteúdo conflitante com a regra legal, de modo que a norma infraconstitucional será afastada por ser inconstitucional. Portanto, sempre que a regra legal for compatível com a Constituição ela deverá ser aplicada, pois do contrário estar-se-ia reduzindo a regra a um mero conselho.<sup>21</sup> Terceiro, adotar a ponderação como critério geral do direito gera a desvalorização da função legislativa, já que utilizar os princípios e a ponderação para resolver conflitos, mesmo existindo uma regra legal compatível com a Constituição e aplicável pela subsunção, significa depreciar o papel democrático do Poder Legislativo. Portanto, a interpretação centrada em princípios, ao desvalorizar a função legislativa, viola três princípios fundamentais: princípio democrático, da legalidade e da separação dos Poderes.<sup>22</sup> Quinto, é importante ter em mente que a justiça real exige o uso de regras, haja vista que em uma sociedade complexa e plural os cidadãos conseguem entrar em acordo abstrato acerca de valores fundamentais a serem protegidos, porém dificilmente se encontra o consenso quando da solução para o conflito concreto entre valores. Portanto, as regras exercem uma função essencial de estabilizar os conflitos morais e reduzir a incerteza e arbitrariedade de um sistema baseado exclusivamente em normas de conteúdo aberto.<sup>23</sup>

Registre-se, ademais, que, analisada sob o viés do neoconstitucionalismo, a exacerbação na aplicação dos princípios causa um efeito paradoxal. Isso porque os princípios ganham relevância no pós-positivismo exatamente pelo novo constitucionalismo reconhecer a força normativa da Constituição (tanto das regras como dos princípios), todavia, ao serem utilizados sem cautelas, tornam tudo “subjetivo” (no sentido de arbitrário), a ponto de desconsiderarem a própria normatividade constitucional, que faz parte da sua estrutura e os colocou em

---

<sup>20</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 17ª ed. rev. e atual.. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 129.

<sup>21</sup> ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”. **Revista Eletrônica de Direito de Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n° 17, janeiro/fevereiro/março 2009, p. 6.

<sup>22</sup> *Ibidem*, p. 8.

<sup>23</sup> *Ibidem*, p. 14-15.

posição de destaque no ordenamento jurídico.<sup>24</sup> Em outras palavras, a aplicação equivocada dos princípios ofende a própria força normativa da Constituição que é o seu principal atributo, já que, por vezes, a normatividade de regras e princípios constitucionais é ignorada nas decisões judiciais eivadas de subjetividade.

Sucedem que essa subjetividade, decorrente de uma alta discricionariedade (próxima da arbitrariedade), transforma os juizes em legisladores, haja vista que o amplo poder discricionário permite que o intérprete crie o próprio objeto de conhecimento. Por isso, Streck afirma que, nesse paradigma, “as coisas são reduzidas aos nossos conceitos e às nossas concepções de mundo, ficando à disposição de um protagonista (no caso, o juiz, enfim, o Poder Judiciário)”<sup>25</sup>, sendo evidente o prejuízo causado ao Estado de Direito.

Feitas essas considerações, percebe-se que os princípios são responsáveis por atribuir ao jurista uma grande liberdade frente ao direito positivo, principalmente quando utilizados sem deferência as outras espécies normativas, o que torna o jurista não só num intérprete do direito, mas também num “grão-legislador”.<sup>26</sup> Não bastasse essa liberdade representar um risco em si mesmo, ela também serve de incentivo para outro fenômeno que atinge diretamente a estrutura do Estado de Direito: o ativismo judicial.

## 4.2 O ATIVISMO JUDICIAL

Numa perspectiva histórica, o estudo do ativismo judicial, no constitucionalismo contemporâneo, tem como origem o período em que a Suprema Corte americana foi presidida pelo *Chief de Justice* Earl Warren (1953-1969). Os dezesseis anos em que Warren esteve no comando da corte foram marcados por decisões que contribuíram para a afirmação da igualdade entre os homens e a

---

<sup>24</sup> SCHIER, Paulo Ricardo. Novos desafios da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo. **A&C Revista de direito administrativo e constitucional**. Ano 3, n. 11, jan./mar. 2003. Belo Horizonte: Fórum, 203, p. 155.

<sup>25</sup> STRECK, Lênio. Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo. In: **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. (Organizadores) Luigi Ferrajoli, et. al.. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2012. p. 91.

<sup>26</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo para céticos**. 2ª edição, São Paulo: Malheiros, 2017, p. 199.

proteção dos direitos individuais, inspirando movimentos sociais, constitucionalistas e estadistas preocupados com a causa dos direitos humanos. A relação da Corte Warren com o ativismo judicial está no fato de suas decisões serem orientadas pela ideia de que “uma corte de justiça progressista pode promover a revolução humanista que o processo político majoritário não é capaz de fazer”.<sup>27</sup>

Luís Roberto Barroso aponta a crença que orientava a Suprema Corte americana a defender o ativismo judicial:

As minorias reacionárias e as maiorias acomodadas são capazes de retardar indefinidamente o processo histórico. Nessas horas, é preciso que uma vanguarda intelectual, comprometida com o avanço civilizatório e a causa da humanidade, desobstrua o caminho e dê passagem ao progresso social.<sup>28</sup>

De fato, o ativismo praticado durante a presidência de Warren foi responsável por diversas conquistas sociais, dentre as quais estão: a proibição de segregação racial em escolas e ambientes públicos (*Brown v. Board of Education - 1954*); a obrigatoriedade do Estado constituir advogado de defesa em processo criminal aos acusados que não possuíam recursos para contratá-lo (*Gideon v. Wainright - 1963*); a inadmissibilidade da utilização de provas obtidas de modo ilícito (*Mapp v. Ohio - 1961*); a obrigatoriedade do suspeito ser informado dos seus direitos, inclusive de não produzir provas contra si (*Miranda v. Arizona - 1966*); a proibição de exposição pública vexatória de comunistas e pessoas acusadas de o serem (*Pennsylvania v. Nelson - 1956*); a reordenação dos distritos eleitorais (*Baker v. Carr - 1962*), esta última considerada pelo próprio Warren como a atuação mais relevante da Corte, já que a divisão original dos distritos eleitorais favorecia as oligarquias políticas tradicionais e reduzia o peso eleitoral dos eleitores negros.<sup>29</sup>

Os elementos da interpretação progressista da Corte Warren são absorvidos e reverberados pelo neoconstitucionalismo, cujo pensamento inclina-se no sentido de que o Poder Judiciário é um importante veículo de transformação da sociedade,

---

<sup>27</sup> BARROSO, Luís Roberto. A americanização do direito constitucional e seus paradoxos: teoria e jurisprudência constitucional no mundo contemporâneo. **Cadernos da Escola de Direito do UNIBRASIL**, Curitiba: Centro Universitário Autônomo do Brasil, v. 2, nº 9, 2008, p. 277.

<sup>28</sup> *Ibidem*, p. 277.

<sup>29</sup> *Ibidem*, p. 279.

sobretudo por deliberar questões que o processo político majoritário não é capaz de abordar devido à falta de mobilização política que proporcione um debate amplo sobre o tema.<sup>30</sup> Assim, por meio da interpretação progressista dos princípios constitucionais (normas de conteúdo aberto), a teoria neoconstitucional transfere à jurisdição constitucional a “função profética” de apresentar as diretrizes corretas a serem seguidas pela sociedade.<sup>31</sup>

Ocorre, porém, que o neoconstitucionalismo brasileiro, ao adotar o ativismo judicial praticado em solo americano, ignora, aparentemente, o fato de que decisões judiciais progressistas no sistema pátrio podem ser interpretadas de modo diverso do que lhe é conferido no sistema estadunidense, uma vez que o papel institucional do Poder Judiciário alterna conforme as peculiaridades de cada modelo. Nessa senda, aliás, é a lição de René David, segundo a qual “o lugar atribuído às decisões judiciárias entre as fontes do direito opõe os direitos da família romano-germânica à *common law*”.<sup>32</sup>

Demonstrando a diferença existente entre as decisões judiciais no *civil law* e no *common law*, o mestre francês apresenta a seguinte indagação: “Dever-se-á considerar que, apesar desta posição de modéstia, as regras de direito sejam de fato criadas por juízes?”. Ao formular a resposta, esclarece que a importância das “regras de direito jurisprudencial” é sempre relativa, pois a relevância dependerá do sistema em que estão inseridas, já que “a jurisprudência move-se dentro de quadros estabelecidos para o direito pelo legislador, enquanto a atividade do legislador visa precisamente estabelecer esses quadros”. A par disso, conclui que “o alcance do direito jurisprudencial é, por isto, limitado, sendo a situação nos países da família romano-germânica, neste aspecto, exatamente o inverso da que é admitida nos países de *common law*”.<sup>33</sup>

---

<sup>30</sup> Vanice Regina Lírio do Valle entende que a transferência dessas questões de difícil consenso para a esfera judicial pode ser uma estratégia adotada pelo Executivo e Legislativo, pois a judicialização dessas questões polêmicas reduz os custos, tanto no plano eleitoral quanto no de apoio políticos, de uma eventual decisão política controversa. In: VALLE, Vanice Regina Lírio do (org.). **Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal**: laboratório de análise jurisprudencial do STF. Curitiba: Juruá, 2009, p. 35.

<sup>31</sup> GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. **O neoconstitucionalismo e o fim do Estado de Direito**. 2012. 217f. Tese (Doutorado em Direito do Estado). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 44.

<sup>32</sup> DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução Hermínio A. Carvalho. 4ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 147.

<sup>33</sup> *Ibidem*, p. 150.

Deve-se sublinhar, então, que a atuação do Poder Judiciário no sistema da *common law* desenvolve-se de maneira diversa daquela verificada no *civil law*. Na família originária do direito anglo-saxônico a atuação do juiz está muito próxima da efetivada pelo legislador quanto à elaboração de normas jurídicas, pois o próprio espírito do *common law* – criação do direito a partir de casos julgados – afeta a percepção dos juízes e tribunais em relação ao direito legislado, a ponto de se entender que as leis somente estarão integradas no direito quando as decisões judiciais tenham reconhecido o seu alcance<sup>34</sup>. Reverbel, nesse sentido, assevera que no *common law* os juízes não estão adstritos ao *statute law*:

Na família de *common law* o processo foi erigido em princípio fundamental para se chegar às soluções justas, devendo os juristas, nas soluções dos casos concretos, não estar adstrito aos *statutes*, como se faz na realidade romano-germânica, mas sim ao processo, meio pelo qual os juízes atualizam o Direito, pautados na realidade concreta que lhes é apresentada. A aplicação do Direito é realizada caso a caso, ou como diria RADBRUCH, por um processo de *muddle through*, que poderia ser traduzido como 'improvisação contínua'.<sup>35</sup>

Diante dessa maior liberdade que as decisões judiciais recebem no sistema do *common law*, a expressão “*ativismo judicial*”<sup>36</sup>, no sentido de interpretação progressista do direito, não recebe um sentido negativo, ao revés, o ativismo, na perspectiva da família anglo-saxônica, é digno de elogios, porquanto permite a atualização do direito diante das modernas demandas sociais e axiológicas.<sup>37</sup> A bem da verdade, no *common law* o juiz que adota uma postura progressista não pode ser classificado de ativista, vez que é inerente ao seu papel institucional

<sup>34</sup> RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 108-109.

<sup>35</sup> REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. Ativismo judicial e Estado de Direito. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, Santa Maria, RS, v. 4, n. 1, abr. 2009, ISSN 1981-3694, p. 7. Disponível em: <<https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/7028/4246>>. Acesso em: 02 jun. 2018.

<sup>36</sup> Clarissa Tassinari, amparada nos escritos do autor Keenan D. Kmiec, informa que o termo “ativismo judicial” ingressou no léxico político-jurídico estadunidense no ano de 1947, por meio de artigo publicado na revista *Fortune* pelo historiador Arthur Schlesinger Jr.. À época, Schlesinger denominou de ativistas (*judicial activists*) os juízes que tinham uma atuação pautada pela realização de políticas de bem-estar. Ver: TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 65-66.

<sup>37</sup> RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 110.

realizar uma “improvisação contínua” do direito ao deliberar sobre um caso concreto.<sup>38</sup>

A fragilidade do neoconstitucionalismo brasileiro concentra-se no fato dele ter importado o ativismo judicial estadunidense sem se atentar para as especificidades do seu sistema, acreditando que as teorias utilizadas no *common law* seriam perfeitamente aplicáveis ao sistema romano-germânico. Tal equívoco, segundo Tassinari, decorre de uma tendência dessa fase do constitucionalismo, na qual se acredita que as “construções justeóricas (iusteóricas) possuíam um caráter transnacional”, de modo que o conhecimento formado por elas seria “utilizado em diferentes contextos e por culturas com antecedentes distintos”.<sup>39</sup>

Ora, é evidente que no sistema brasileiro, filiado à família romano-germânica, onde a lei é alçada ao patamar de princípio fundamental para soluções justas, o ativismo judicial não pode ser visto com a mesma admiração dos que lhe apreciam sob as lentes do *common law*. Isso porque, num sistema baseado na supremacia da lei, confiar a um grupo de juízes a tarefa de construir o direito sempre representará “um mal maior”.<sup>40</sup>

A propósito, Elival da Silva Ramos, ao conceituar o ativismo judicial em sistemas constitucionais da família romano-germânica, cuja organização do aparato estatal orienta-se pelo princípio da separação dos Poderes, reconhece, igualmente, a conotação negativa do fenômeno:

Por ativismo judicial deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos). Há, como visto, uma sinalização claramente negativa no tocante às práticas ativistas, por importarem na

---

<sup>38</sup> REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. Ativismo judicial e Estado de Direito. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, Santa Maria, RS, v. 4, n. 1, abr. 2009, ISSN 1981-3694, p. 7. Disponível em: <<https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/7028/4246>>. Acesso em: 02 jun. 2018.

<sup>39</sup> TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 103.

<sup>40</sup> REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. Ativismo judicial e Estado de Direito. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, Santa Maria, RS, v. 4, n. 1, abr. 2009, ISSN 1981-3694, p. 6. Disponível em: <<https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/7028/4246>>. Acesso em: 02 jun. 2018.

desnaturação da atividade típica do Poder Judiciário, em detrimento dos demais Poderes.<sup>41</sup>

Nessa linha, cumpre destacar que a interpretação, inerente à função jurisdicional, sempre terá como parte integrante a discricionariedade, cujo grau será maior ou menor conforme a vagueza e ambiguidade do texto normativo aplicável ao caso concreto. Não se pode olvidar, contudo, que essa categoria teórica da discricionariedade está fortemente vinculada ao princípio da separação dos Poderes, de sorte que a discricionariedade da atividade jurisdicional deve sempre sofrer uma contenção em favor do Poder Legislativo ou da Administração.<sup>42</sup> Sucede que, no ativismo judicial, os juízes e tribunais não respeitam os limites impostos pela separação dos Poderes, pois, ao se excederem no uso da discricionariedade, invadem uma área reservada aos demais Poderes. Diante disso, constata-se o ativismo judicial quando o operador ultrapassa os limites do campo do direito e invade a área reservada à política.<sup>43</sup>

O neoconstitucionalismo, por suas próprias bases teóricas, incentiva que o Poder Judiciário viole essa barreira que separa o político do jurídico. Conforme analisado no capítulo 2, os elementos do novo constitucionalismo favorecem a instauração de um cenário de protagonismo do Judiciário, mormente por sustentarem que juízes e tribunais exerçam uma interpretação construtiva do direito com base na força normativa dos princípios (característica da nova interpretação constitucional) e que concretizem os direitos fundamentais estampados na Constituição, tarefa antes deferida ao Legislativo e Executivo (característica da expansão da jurisdição constitucional).

No tocante à interpretação dos princípios constitucionais, percebe-se que o prestígio que o neoconstitucionalismo deposita na força normativa e na aplicabilidade imediata das normas principiológicas faz com que toda e qualquer decisão judicial possa ser responsável por dizer o sentido dos princípios constitucionais. O problema é que o conteúdo aberto dos princípios inseridos no

---

<sup>41</sup> RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 129.

<sup>42</sup> *Ibidem*, p. 128.

<sup>43</sup> REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. Ativismo judicial e Estado de Direito. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, Santa Maria, RS, v. 4, n. 1, abr. 2009, ISSN 1981-3694, p. 8. Disponível em: <<https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/7028/4246>>. Acesso em: 02 jun. 2018



texto constitucional, por vezes, exige normas de desdobramento ou de expansão, que devem ser formuladas pelo Poder Legislativo com o fito de regular as disposições normativas que estão num plano superior (constitucional).<sup>44</sup> Ocorre que, ao incentivar que essa regulamentação dos princípios constitucionais seja realizada diretamente pelas decisões judiciais, o neoconstitucionalismo se converte em elemento de propulsão do ativismo judicial, já que transfere a juízes e tribunais uma tarefa que caberia ao legislador infraconstitucional.<sup>45</sup>

Ao lado disso, o exagero na valorização dos princípios constitucionais faz do neoconstitucionalismo uma teoria constitucional de cunho totalizante, pois transforma toda questão jurídica em questão constitucional.<sup>46</sup> Assim, as inúmeras soluções traçadas pelo legislador no plano infraconstitucional acabam por ser desconsideradas em troca de uma resposta que decorra diretamente da interpretação da Lei Maior. Inexorável que essa “principiologização do direito” contamina o sistema jurídico com o subjetivismo das decisões judiciais que, amparadas nas indefinições das normas-princípios e potencializando os efeitos dessas normas para além dos limites hermenêuticos, constroem uma Constituição que corresponde puramente à vontade dos prolores.<sup>47</sup> Consequentemente, num sistema orientado pelo ativismo judicial: a Constituição passa a ser aquilo que os juízes e tribunais dizem que é.<sup>48</sup>

A nocividade dessa prática é denunciada por Manoel Gonçalves Ferreira Filho, para quem a aplicação direta imediata das normas constitucionais, com a desconsideração da legislação infraconstitucional cabível, configura uma afronta à separação dos Poderes e a própria democracia:

---

<sup>44</sup> RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 186-187.

<sup>45</sup> *Ibidem*, 283.

<sup>46</sup> APOLINÁRIO, Marcelo Nunes. Reflexões sobre as razões e contradições do neoconstitucionalismo a partir dos postulados do Estado de Direito. In: SGARBOSSA, Luís Fernando; IENSUE, Geziela (org.). **Estudos em teoria do Estado e Constituição: desafios e perspectivas**. 1ª ed., Campo Grande: Instituto Brasileiro de Pesquisa Jurídica, 2018, p. 252.

<sup>47</sup> RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 285.

<sup>48</sup> Nos Estados Unidos, onde os juízes têm maior liberdade para decidir e, por consequência, o ativismo judicial é menos prejudicial, o juiz da Suprema Corte, Wendell Holmes, preferiu a seguinte frase: “a Constituição dos Estados Unidos é o que a Suprema Corte diz que ela é”. Ver: FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 38ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012, 411.

Esse posicionamento é, todavia, condenável. Tal menosprezo à lei (já apontado) contraria, por um lado, a separação dos poderes, por outro, a própria democracia. A separação dos poderes, porque o juiz se substitui ao legislador e é função deste densificar os princípios constitucionais e intermediar pela regulamentação que edita a sua aplicação a casos concretos. A democracia, porque ele faz do juiz um governante, não tendo, contudo, legitimidade para tanto. Como registra a Constituição brasileira, o povo exerce o poder, ou diretamente, ou por meio de representantes eleitos (art. 1º, parágrafo único).<sup>49</sup>

Por outro lado, a noção desenvolvida pelo neoconstitucionalismo de que o Poder Judiciário, ante a força normativa da Constituição, tem o dever de efetivar os direitos fundamentais plasmados no texto constitucional é igualmente fator de incentivo ao ativismo judicial. Como visto, a doutrina da força normativa da Constituição parece ter sido recebida pela teoria neoconstitucional de forma equivocada, pois a defesa da ideia de que o Judiciário deve concretizar os direitos fundamentais pelo simples fato deles estarem positivados na Constituição representa um distanciamento em relação à lição de Konrad Hesse, segundo a qual há uma interdependência entre as condições históricas (naturais, técnicas, econômicas e sociais) e a normatividade da Constituição.<sup>50</sup>

Essa fragilidade do neoconstitucionalismo é identificada por Barzotto, que vê no moralismo do neoconstitucionalismo a justificativa para o desenvolvimento dessa tendência de efetivar direitos de modo incondicional, exigindo que o Judiciário “efetive” direitos independentemente da existência das respectivas condições de aplicação, as quais, em tese, deveriam ser criadas pela política. Nas palavras do autor:

---

<sup>49</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Notas sobre o direito constitucional pós-moderno, em particular sobre certo neoconstitucionalismo à brasileira. **Revista de Direito Administrativo**. São Paulo. v. 250, 2009., p. 164.

<sup>50</sup> “A norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade. A sua essência reside na sua vigência, ou seja, a situação por ela regulada pretende ser concretizada na realidade. Essa pretensão de eficácia (Geltungsanspruch) não pode ser separada das condições históricas de sua realização, que estão, de diferentes formas, numa relação de interdependência, criando regras próprias que não podem ser desconsideradas. Devem ser contempladas aqui as condições naturais, técnicas, econômicas, e sociais. A pretensão de eficácia da norma jurídica somente será realizada se levar em conta essas condições. Há de ser, igualmente, contemplado o substrato espiritual que se consubstancia num determinado povo, isto é, as concepções sociais concretas e o baldrame axiológico que influenciam decisivamente a conformação, o entendimento e a autoridade das proposições normativas”. Ver: HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 4-5.

Mas é um normativismo agora ligado a um pathos moral: ao tratar-se de defender os direitos, as normas tendem a ser concebidas e aplicadas de modo incondicional. Assim, fala-se em “efetivar” a constituição à margem de qualquer consideração pelo mundo dos fatos. A sociedade apresenta-se, aos olhos do neoconstitucionalista, como um conjunto de dados inertes a serem configurados pelos princípios constitucionais. Toda resistência que os fatos impõem à “efetivação” dos direitos é vista como um atentado ao Estado constitucional. O problema é que o direito não gera suas próprias condições de aplicação, papel que cabe à política. Mas o moralismo de que padece o neoconstitucionalista não lhe permite ver isso. Se os direitos que a constituição garante não estão sendo “plenamente” efetivados, trata-se também de um fenômeno moral: ou do descaso das autoridades políticas responsáveis ou de interesses mesquinhos que desviam forças e recursos do único objetivo relevante: efetivar os direitos.<sup>51</sup>

A ânsia por fazer justiça com a efetivação de direitos fundamentais pelo Judiciário é algo delicado, pois em muitas hipóteses essa conduta afigura-se inadequada, sobretudo quando o direito a ser implementado deriva de uma norma constitucional programática. As normas programáticas, como o próprio nome indica, representam programas a serem realizados pelo Estado, sendo a eficácia dessas normas condicionada à realização de providências integrativas por parte dos Poderes Públicos.<sup>52</sup> Registre-se, no entanto, que a realização das providências integrativas recai sobre o Executivo e o Legislativo que, através de políticas públicas e legislações específicas, criam as condições necessárias para a efetivação dos direitos veiculados em normas programáticas. Sendo assim, quando o Poder Judiciário cede às pressões sociais e efetiva direitos que estavam inseridos dentro de um programa, cuja implementação estava prevista para o futuro e à medida que os outros Poderes alcançassem as condições de aplicação (econômicas e sociais), ele “queima” etapas e pratica ativismo judicial, pois não respeita os próprios limites que o ordenamento lhe impõe.<sup>53</sup>

O grande problema, segundo Reverbel, é que o juiz ao agir dessa forma “confunde o campo jurídico com o campo político, a consequência é fatal: o julgador

---

<sup>51</sup> BARZOTTO, Luis Fernando. Positivismo, Neoconstitucionalismo e Ativismo Judicial. In: ALVAREZ, Alejandro Montiel; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski; FELONIUK, Wagner Silveira. (Orgs.).

**Perspectivas do discurso jurídico:** argumentação, hermenêutica e cultura. Porto Alegre, 2015, p. 175.

<sup>52</sup> RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial:** parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 191.

<sup>53</sup> *Ibidem*, p. 271.

acaba fazendo uma má política, por meios jurídicos”.<sup>54</sup> Esse “governo de juízes” desconsidera que a efetivação de determinados direitos pressupõe a existência de condições econômicas-financeiras, pois o que interessa é concretizá-los por estarem na Constituição e, assim, fazer justiça. Ante a desconsideração dos fatores econômicos e financeiros na efetivação dos direitos, o neoconstitucionalismo faz da Constituição um “pacto suicida”, onde a quebra financeira do Estado é um fato irrelevante.<sup>55 56</sup>

Flagrante, portanto, que as teses neoconstitucionalistas causam efeitos deletérios ao Estado de Direito, porquanto ignoram os limites institucionais e hermenêuticos que condicionam a atividade jurisdicional, culminando num cenário em que os juízes acreditam que qualquer interpretação judicial é possível.<sup>57</sup> Assim, substituem-se as razões jurídicas, legitimadas pelo processo político majoritário, pelas razões dos magistrados, marcadas pelo subjetivismo, sob a promessa de que assim se está promovendo o avanço da sociedade.

À vista desse cenário, é possível afirmar que a balança neoconstitucional que surge com o compromisso de manter os pratos da segurança jurídica e da justiça sempre equilibrados, na verdade, tem a sua estrutura orientada para sempre pender para o lado da “justiça”, devendo ser esclarecido que “justiça” nada mais é do que um conceito criado para abrigar compreensões particulares.<sup>58</sup> Logo, o

---

<sup>54</sup> REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. Ativismo judicial e Estado de Direito. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, Santa Maria, RS, v. 4, n. 1, abr. 2009, ISSN 1981-3694, p. 9. Disponível em: <<https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/7028/4246>>. Acesso em: 02 jun. 2018

<sup>55</sup> BARZOTTO, Luis Fernando. Positivismo, Neoconstitucionalismo e Ativismo Judicial. In: ALVAREZ, Alejandro Montiel; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski; FELONIUK, Wagner Silveira. (Orgs.). **Perspectivas do discurso jurídico**: argumentação, hermenêutica e cultura. Porto Alegre, 2015, p. 176.

<sup>56</sup> Como alerta Ramos, essa política feita com ativismo judicial abala a estrutura financeira do Estado: “A realidade, como não poderia deixar de ser, acabará se impondo, resultando das bem intencionadas decisões ativistas, invariavelmente, a desorganização financeira do Estado, a redução de serviços que vinham sendo prestados (e que também efetivam direitos), para cobrir o custo dos novos direitos assegurados, o agravo ainda maior ao princípio da isonomia (se considerada as diferentes possibilidades de acesso à justiça etc.”. Ver: RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 271.

<sup>57</sup> APOLINÁRIO, Marcelo Nunes. Reflexões sobre as razões e contradições do neoconstitucionalismo a partir dos postulados do Estado de Direito. In: SGARBOSSA, Luis Fernando; IENSUE, Geziela (org.). **Estudos em teoria do Estado e Constituição: desafios e perspectivas**. 1ª ed., Campo Grande: Instituto Brasileiro de Pesquisa Jurídica, 2018, p. 254.

<sup>58</sup> Para Carlos Bastide Horbach, “quem argumenta fazendo referência à ‘justiça’ ou quem aplica a um caso concreto esse conceito, na verdade o faz em razão de certas compreensões particulares, que se amoldam como significado ao conceito, taxando algo de ‘justo’ ou de ‘injusto’. Como diria Ross, quando alguém, por exemplo, afirma ser contra uma lei por ser ela injusta, deveria dizer: ‘Esta regra é injusta porque sou contra ela’”. Ver: HORBACH, Carlos. A nova roupagem do Direito Constitucional:

neoconstitucionalismo é uma teoria voltada para que o Direito seja permeado de compreensões particulares, diminuindo a importância das escolhas advindas do processo majoritário em prol de uma maior valorização do subjetivismo das decisões judiciais.

## 5 CONCLUSÃO

O discurso neoconstitucional orienta-se no sentido de que o segundo pós-guerra evidenciou a necessidade de criação de uma nova teoria do direito, tendo em vista que a história demonstrara que o positivismo jurídico, marcado pelo seu formalismo, serviria para instaurar um ordenamento jurídico manifestamente “injusto”, a exemplo do que ocorrera nos regimes totalitários vencidos na primeira metade do século XX.

Surge, então, o neoconstitucionalismo com a promessa de suprir as lacunas das teorias positivistas e consolidar um direito que contemple não só a segurança jurídica e a objetividade do sistema, mas também, e de forma equilibrada, a “justiça”. Desse modo, ganha espaço no meio acadêmico e nos tribunais uma teoria do direito de matriz filosófica pós-positivista, a partir da qual se rompe com a ideia separação entre Direito e moral e passa-se a compreender que o ordenamento jurídico é norteado por valores morais explícitos ou implícitos no texto constitucional.

O novo movimento constitucional, para alcançar o seu objetivo, estrutura-se sobre três bases teóricas que buscam dar uma nova leitura ao direito constitucional, bem como ao papel exercido pelo Poder Judiciário, de modo a permitir que a promoção da “justiça” e do “progresso social” seja efetivada por meio das decisões judiciais, atenuando a importância do processo político majoritário no que diz respeito às conquistas sociais.

Com a *força normativa da Constituição* o neoconstitucionalismo defende que a Lei Maior tem capacidade de regular diretamente as relações sociais, já que não se trata de um projeto político à espera de concretização, motivo pelo qual se percebe uma “invasão” do direito constitucional no campo pertencente ao direito ordinário, afrontando diretamente o princípio da separação dos Poderes. Juízes e tribunais passam a decidir com base na interpretação que conferem às normas de conteúdo aberto da Constituição, ainda que para isso tenham que desconsiderar o sentido atribuído a estas normas pelo legislador ordinário ou as escolhas tomadas na forma de políticas públicas.

A *expansão da jurisdição constitucional* é mais um instrumento do neoconstitucionalismo para gerar a “emancipação social pela via jurídica”, visto que deriva da noção de que os direitos fundamentais plasmados no texto constitucional devem ser concretizados por juízes e tribunais investidos de jurisdição constitucional. Sublinhe-se, no entanto, que esse elemento da teoria constitucional é produto de uma leitura míope da doutrina da força normativa da Constituição, porquanto desconsidera que a normatividade da Lei Fundamental depende da existência de condições históricas (naturais, técnicas, econômicas e sociais). Corolário lógico é a instauração de um “governo de juízes” preocupados em “efetivar” direitos fundamentais e, por conseguinte, promover a “justiça”, mesmo que isso resulte na quebra financeira do Estado e na redução de outros direitos fundamentais que vinham sendo prestados.

A *nova interpretação constitucional*, por sua vez, busca superar o “passivismo” do intérprete do direito que marcava a hermenêutica positivista, autorizando que o jurista tenha maior liberdade na aplicação do direito, de tal sorte que é deferido ao jurista corrigir o substrato axiológico das normas e exercer uma interpretação criativa do direito. Os princípios constitucionais, devido ao seu conteúdo aberto, são supervalorizados pela nova hermenêutica constitucional, a ponto de alguns autores os considerarem superiores às regras. Nesse elemento da teoria, verifica-se, igualmente, uma afronta à separação dos Poderes e ao princípio democrático, pois, ao permitir uma interpretação criativa do direito, e inclusive o afastamento de regras que representam escolhas do povo pelo processo político majoritário sem que haja vício de inconstitucionalidade, o juiz reduz a interpretação do direito a um ato volitivo e não cognitivo.

Infere-se, a partir do estudo, que o arsenal teórico do neoconstitucionalismo nada mais é do que um conjunto de mecanismos de superação do paradigma positivista, voltados para a diminuição da relevância do direito posto e, por conseguinte, do processo político majoritário, revelando a forte influência que o pós-positivismo exerce sobre essa nova teoria.

Aliás, com base no pós-positivismo, a atividade jurisdicional encontra outro modo de atuação, pois os juízes não estão mais adstritos aos métodos lógicos formais de aplicação do direito. No pós-positivismo recai sobre eles o dever de

encontrar os valores morais que iluminam o sistema jurídico, o que, de certa forma, causa uma “principiologização do direito” ante a necessidade de confrontar toda norma jurídica com os valores morais revestidos na forma de princípios constitucionais, impedindo, obviamente, que essa tarefa seja realizada por meio da subsunção. Note-se, portanto, que o pós-positivismo deposita nos princípios uma função deveras diversa daquela que desempenhavam no positivismo jurídico, razão pela qual os neoconstitucionalistas afirmam que, de mera fonte subsidiária do direito (até mesmo questionada), os princípios tornaram-se a principal fonte do direito contemporâneo, sobretudo por serem considerados a “ponte entre o direito e a moral”.

Não obstante as boas intenções dos autores neoconstitucionalistas, impende concluir que o plano de ser uma teoria capaz de equilibrar a segurança jurídica e a “justiça”, mediante a criação de um sistema jurídico que contemple regras e princípios, está fadado ao insucesso. Isso porque as fragilidades da teoria neoconstitucional induzem que a atividade jurisdicional seja exercida sem deferência aos limites hermenêuticos e institucionais que a condicionam.

Os *excessos na doutrina dos princípios* demonstram o pouco interesse que a teoria guarda em relação à segurança jurídica. Ao considerar que os princípios são normas superiores às regras, os neoconstitucionalistas retiram da teoria toda a sua credibilidade consubstanciada na promessa de equilíbrio entre segurança jurídica e “justiça”, uma vez que as regras, com a sua pretensão de decidibilidade, têm a função de resolver os conflitos que foram reconhecidos e antecipáveis pelo Poder Legislativo Ordinário ou Constituinte. Dessa sorte, a defesa da prevalência abstrata dos princípios sobre as regras nada mais é do que cancelar a violação por parte do Judiciário das escolhas legítimas do Legislativo, transformando a aplicação dos princípios num “truque jurídico” para esconder o voluntarismo na tomada de decisões e a flagrante violação de normas.

O *ativismo judicial* incentivado pelo neoconstitucionalismo brasileiro é outra fragilidade da teoria, visto tratar-se de um fenômeno importado de um sistema jurídico cujo papel institucional do Poder Judiciário é significativamente diverso daquele exercido no Brasil, o que, por si só, demonstra a sua inadequação ao direito brasileiro. Ao lado disso, elementos do neoconstitucionalismo, como a interpretação



construtiva do direito por parte de juízes e tribunais, assim como a concretização de direitos fundamentais pela jurisdição constitucional, colaboram para a instauração de um cenário marcado por decisões ativistas, que, inevitavelmente, substituem as razões jurídicas, legitimadas pelo processo político majoritário, pelas razões dos magistrados, contaminadas pelo subjetivismo e desvinculadas da vontade popular.

Posto isso, em sede de conclusão, tem-se que o neoconstitucionalismo, sobretudo na forma como vem sendo desenvolvido no Brasil, está longe de suprir as lacunas do positivismo jurídico. Na tentativa de responder às demandas que não encontravam solução nas teorias positivistas, o neoconstitucionalismo pode acabar não alcançando a tão prometida “justiça” e, ainda pior, retirar do direito a segurança jurídica fornecida pelo positivismo jurídico. Enfim, o que era para ser um remédio se torna um veneno devido aos excessos da sua teoria.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 2016.

APOLINÁRIO, Marcelo Nunes. Reflexões sobre as razões e contradições do neoconstitucionalismo a partir dos postulados do Estado de Direito. In: SGARBOSSA, Luís Fernando; IENSUE, Geziela (org.). **Estudos em teoria do Estado e Constituição: desafios e perspectivas**. 1ª ed., Campo Grande: Instituto Brasileiro de Pesquisa Jurídica, 2018, p. 237-259.

ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”. **Revista Eletrônica de Direito de Estado (REDE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público**, n° 17, janeiro/fevereiro/março 2009, Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: 24 de abril de 2018.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 17ª ed. rev. e atual.. São Paulo: Malheiros, 2016.

BARROSO, Luís Roberto. A americanização do direito constitucional e seus paradoxos: teoria e jurisprudência constitucional no mundo contemporâneo. **Cadernos da Escola de Direito do UNIBRASIL**, Curitiba: Centro Universitário Autônomo do Brasil, v. 2, n° 9, 2008, p. 258-301.

\_\_\_\_\_. BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios o direito brasileiro. In: **O novo direito constitucional brasileiro**: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. 3ª reimpressão, Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 137-185.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. In: **O novo direito constitucional brasileiro**: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. 3ª reimpressão, Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 99-136.

\_\_\_\_\_. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional brasileiro. In: **O novo direito constitucional brasileiro**: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. 3ª reimpressão, Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 187-235.

BARZOTTO, Luis Fernando. Positivismo, Neoconstitucionalismo e Ativismo Judicial. In: ALVAREZ, Alejandro Montiel; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski; FELONIUK, Wagner Silveira. (Orgs.). **Perspectivas do discurso jurídico**: argumentação, hermenêutica e cultura. Porto Alegre, 2015, p. 161-186.



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

FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; BICALHO, Guilherme Pereira Dolabella. Do positivismo ao pós-positivismo jurídico: o atual paradigma jusfilosófico constitucional. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, Senado Federal, v. 48, n. 189, jan./mar. 2011, p. 105-131.

FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del estado de derecho. In: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. 4ª ed.. Madrid: Editorial Trotta, 2009.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, Poder Judiciário na Constituição de 1988: judicialização da política e politização da justiça. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n.º 198:1-17, out./dez. 1994.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito constitucional**. 38º ed.. São Paulo: Saraiva, 2012.

\_\_\_\_\_. Notas sobre o direito constitucional pós-moderno, em particular sobre certo neoconstitucionalismo à brasileira. **Revista de Direito Administrativo**. São Paulo. v. 250, 2009., p. 151-167.

GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. **O neoconstitucionalismo e o fim do Estado de Direito**. 2012. 217f. Tese (Doutorado em Direito do Estado). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012

GUASTINI, Ricardo. **Otras distinciones**. [Tradução: Diego Dei Vecchi, Pedro Caballero Elbersci, Alejandro Calzetta]. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014.

HART, Hebert L. A.. **O conceito do Direito**. Tradução A. Ribeiro Mendes. 3ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes], Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

HIRSHL, Ran. O novo constitucionalismo e judicialização da política pura no mundo. Tradução: Diego Werneck Arguelhes e Pedro Jimenez Cantisano. **Revista de Direito Administrativo**. V. 251. Mai./jun./jul./ago.. p. 139-175. 2009.

HORBACH, Carlos. A nova roupagem do Direito Constitucional: Neo-constitucionalismo, pós-positivismo e outros modismos. **Revista dos Tribunais**, v. 96, n. 859, mai/2007.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução: João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Neonconstitucionalismo. **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Disponível em:

<<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/134/edicao-1/neoconstitucionalismo>>. Acesso em: 25 de maio de 2017.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 11 ed., São Paulo, Malheiros, 1999.

MENDES, Conrado Hübner. **Um juiz de princípios**: decisões de Gilmar são previsíveis, mas essa previsibilidade não tem relação com segurança jurídica, como se pede a um bom juiz. Revista *Época*, 17 de maio de 2018. Disponível em: <<https://epoca.globo.com/politica/Conrado-Hubner/noticia/2018/05/um-juiz-de-principios.html>>. Acesso em: 18 de maio de 2018.

MÖLLER, Max. **Teoria geral do neoconstitucionalismo**: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. Neoconstitucionalismo e Teoria da Interpretação. **Revista da EMERJ**, v. 11, n.º 43, 2008, p. 247-268.

NOJIRI, Sergio. **Neoconstitucionalismo versus democracia**: um olhar positivista. Curitiba: Juruá, 2012.

POZZOLO, Susana. Un constitucionalismo ambíguo. In: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. 4ª ed.. Madrid: Editorial Trotta, 2009, p. 187-210.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. Ativismo judicial e Estado de Direito. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, Santa Maria, RS, v. 4, n. 1, abr. 2009, ISSN 1981-3694, Disponível em: <<https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/7028/4246>>. Acesso em: 02 de junho de 2018.

SANCHÍS, Luis Prieto. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. In: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. 4ª ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009, p. 123-158.

SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades**. Disponível em: <<http://www.dsarmento.adv.br/content/3-publicacoes/15-o-neoconstitucionalismo-no-brasil-riscos-e-possibilidades/o-neoconstitucionalismo-no-brasil-riscos-e-possibilidades-daniel-sarmento.pdf>>. Acesso em: 24 de maio de 2017.

SCHIER, Paulo Ricardo. Novos desafios da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo. **A&C Revista de direito administrativo e constitucional**. Ano 3, n. 11, jan./mar. 2003. Belo Horizonte: Fórum, 2003, p. 145-165.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3 ed.. São Paulo: Malheiros, 1999.

SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. Direito Constitucional, direito ordinário, direito judiciário. **Cadernos do Programa de Pós-graduação em Direito – PPGDir/UFRGS**, Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, n. III, março/2005.

STF, Pleno – Negado habeas corpus preventivo ao ex-presidente Lula (3/3). **Youtube**, 5 de abril de 2018, 47mim46seg. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=lp4TfQ21yO4>>. Acesso em: 12 de abril de 2018.

STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4ª ed.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

\_\_\_\_\_. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11ª ed. rev. atual. e ampl.. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2014.

\_\_\_\_\_. Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo. In: **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. (Organizadores) Luigi Ferrajoli, *et. al.*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2012, p. 52-94.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo para céticos**. 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 2017.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

VALLE, Vanice Regina Lírio do (org.). **Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal**: laboratório de análise jurisprudencial do STF. Curitiba: Juruá, 2009.

VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice R.; MELO, Manuel P. Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. **Judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Renavam, 1999.

WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes. 2003.

ZAGRABELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**: ley, derechos, justicia. Tradução de Marina Gascón. 10ª ed.. Madrid: Trotta, 2011.