

**NEOCONSTITUCIONALISMO,
PONDERAÇÃO E RACIONALIDADE:
o critério de correção argumentativa do
ponto médio de ruptura**

***NEOCONSTITUCIONALISM, BALANCING AND
RATIONALITY: THE MIDDLE POINT OF COLLAPSE
CRITERION FOR ARGUMENTATIVE CORRECTION***

*Claudio Fontes Faria e Silva
Advogado da União*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Do constitucionalismo ao neoconstitucionalismo; 2.1 Aproximação conceitual; 1.1.1 Neoconstitucionalismo *teórico*; 1.1.2 Neoconstitucionalismo *institucional*; 1.1.3 Neoconstitucionalismo *ideológico*; 1.2 Os marcos histórico, filosófico e teórico do neoconstitucionalismo; 2 Ponderação, racionalidade e argumentação no neoconstitucionalismo; 2.1 Colocação do problema; 2.2 Ponderação de bens e interesses constitucionais; 2.3 Ponderação, racionalidade e argumentação: a contribuição do critério de correção do ponto médio de ruptura; 3 Conclusão; Referências.

RESUMO: A doutrina identifica o neoconstitucionalismo com o movimento de reestruturação da Teoria Geral do Direito a partir da promulgação de constituições de forte conteúdo protetivo e com pretensão à efetividade, que começa em meados do século XX e vincula-se, historicamente, às consequências da Segunda Guerra Mundial. Esse movimento, todavia, não se limita ao universo teórico, pois tem sido pensado e esquematizado por meio de três vertentes ou acepções: teórica, institucional e ideológica. A passagem do constitucionalismo para o neoconstitucionalismo tem produzido uma crise de racionalidade no Direito. Daí o esforço da doutrina, em muitos países, para encontrar a razão possível em um sistema normativo que se estruturou em normas abertas, desprovidas total ou parcialmente dos pressupostos de aplicação e que, muito por isso, não se sabe, *a priori*, o que ditam e para quem. Impende, assim, compreender o papel da ponderação de bens e interesses como o método apropriado, segundo ampla parcela dos constitucionalistas, para a interpretação e a aplicação dos princípios constitucionais; porém, mais que isso, entender a posição dessa técnica na totalidade do processo de construção da norma para o caso concreto. A questão da racionalidade da interpretação constitucional desemboca no problema da argumentação jurídica, na medida em que é por meio dela que se expõe o caminho percorrido para a solução das questões submetidas ao exame do intérprete. A título de contributo pessoal para o debate, oferece-se o critério de correção argumentativa denominado de *ponto médio de ruptura*.

PALAVRAS-CHAVE: Neoconstitucionalismo. Ponderação. Racionalidade. Argumentação. Critério de correção argumentativa. Ponto médio de ruptura.

ABSTRACT: The doctrine identifies the neoconstitutionalism with the restructuring movement of the General Theory of Law that starts with the promulgation of constitutions with strong protective content and claim of efficacy, beginning in the mid-twentieth century and linked, historically, to the consequences of the Second World War. This movement, however, is not limited to the theoretical universe. It has been thought and outlined through three aspects or meanings: theoretical, institutional and ideological. The passage of constitutionalism to neoconstitutionalism has produced a crisis of rationality in law, so the doctrine efforts, in many countries, to find the possible reason in a normative system that is structured on open standards, lacking all or part of the conditions of application. That

is why it is not known, *a priori*, what these open standards dictate and to whom. Therefore, the role of the balancing of assets and interests should be understood as the appropriate method, according to large part of constitutionalists, to the interpretation and application of constitutional principles, but more than that, the position of this technique in the whole construction process of the law of the case should be seized. The question of constitutional interpretation rationality leads to the problem of legal argumentation, because it is the basis that exposes the path to the solution of questions submitted to the interpreter examination. As a personal contribution to the debate, this work provides the criterion for argumentative correction called *middle point of collapse*.

KEYWORDS: Neoconstitucionalism. Balancing. Rationality. Argumentation. Criterion for argumentative correction. Middle point of collapse.

INTRODUÇÃO

Os sistemas jurídicos modificaram-se profundamente com as constituições promulgadas após o término da Segunda Guerra Mundial e com a doutrina e a jurisprudência, nos mais diversos idiomas, que vieram a estabelecer-se sobre elas. A normatividade reconhecida tanto às regras quanto aos princípios constitucionais, aliada ao vasto programa normativo que encontrou campo próprio nos textos magnos, originou nova fase, de renovado interesse, para os estudos concernentes ao direito constitucional.

No Brasil, esse panorama é descortinado pela Constituição de 1988 e pela redemocratização do País. De forma tardia quanto à tradição europeia continental, a ordem jurídica brasileira ingressou — e, na verdade, ainda dá os primeiros passos nessa *transição paradigmática* — no universo do *pós-positivismo* e do *neoconstitucionalismo*. Esta última expressão, embora venha sendo empregada com bastante frequência, carrega uma pluralidade de significados sem o conhecimento dos quais não se absorve, por inteiro, o fenômeno.

Dado esse fato, o primeiro capítulo do presente trabalho explora as várias vertentes ou acepções do vocábulo *neoconstitucionalismo*, apontando para as denominações *teórica*, *institucional* e *ideológica*. Avança, também, sobre o que a doutrina tem chamado de *marcos histórico*,

filosófico e teórico do neoconstitucionalismo, a fim de permitir ao leitor uma compreensão densa e contextualizada do objeto de estudo.

Preparado o terreno, debatem-se, no segundo capítulo, algumas questões que ganham contornos problemáticos no neoconstitucionalismo: ponderação, racionalidade e argumentação. Pretende-se, nessa toada, esmiuçar a técnica de ponderação de bens e interesses constitucionais como o propalado método interpretativo próprio da nova fase do direito constitucional, sem pôr de lado as objeções suscitadas no que diz respeito ao subjetivismo decorrente. Por último, a título de contributo pessoal, descreve-se o *critério de correção argumentativa do ponto médio de ruptura*, mecanismo hábil ao isolamento e à avaliação das *condições de precedência* nas colisões de princípios constitucionais.

1 DO CONSTITUCIONALISMO AO NEOCONSTITUCIONALISMO

Uma certeza pode ser enunciada desde logo e serve como ponto de partida: vive-se um momento de *passagem*, de *intervalo* entre algo que deixa de existir e algo que surge, ainda indefinido. Boaventura de Sousa Santos, no contexto amplo das ciências sociais, pondera que está em curso uma *transição paradigmática*, “entre o paradigma da modernidade, cujos sinais de crise me parecem evidentes, e um novo paradigma com um perfil vagamente descortinável, ainda sem nome e cuja ausência de nome se designa por pós-modernidade”¹.

O Direito, como produto de uma sociedade e de um tempo, não escapa dessa transição paradigmática. Os operadores das fórmulas jurídicas tradicionais — concebidas há dois milênios ou dois séculos — percebem, já há algum tempo, a insuficiência delas para dar conta dos fatos da vida experimentados nas últimas décadas e, especialmente, no século XXI. Conflitos de massa, demandas relativas à defesa do meio ambiente, à genética e à tecnologia, colisões de direitos fundamentais são alguns exemplos dessa nova realidade que o Direito, as práticas dele decorrentes e a teoria que sobre ele se constrói precisam enfrentar.

No território do Direito Constitucional, tais mudanças têm sido, de fato, objeto de enfrentamento. Muito se tem escrito, no Brasil e em outros países, acerca do que se convencionou chamar,

1 SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 8. ed. São Paulo: Cortez, 2001. p. 34. A primeira edição portuguesa data de 1994.

por enquanto, de *neoconstitucionalismo*, bem como acerca das potencialidades normativas da Constituição e das técnicas de sua interpretação. Como assevera Miguel Carbonell, entretanto, o conteúdo desse *novo constitucionalismo*, quer na dimensão teórica, quer no domínio da *praxis*, ainda está por descobrir-se².

Se assim é, convém iniciar por uma tentativa de aproximação conceitual, ao menos para expor as linhas essenciais do paradigma em desenvolvimento. Essa incursão exigirá considerações de caráter histórico, tão-somente na medida necessária à apreensão do fenômeno sob foco.

1.1 APROXIMAÇÃO CONCEITUAL

De maneira bastante alargada, a doutrina identifica o neoconstitucionalismo com o movimento de reestruturação da Teoria Geral do Direito a partir da promulgação de constituições de forte conteúdo protetivo e com pretensão à efetividade, que começa em meados do século XX e vincula-se, em grande parcela, aos flagelos da Segunda Guerra Mundial³. Esse movimento, todavia, não se limita ao universo teórico, pois tem sido pensado e esquematizado por meio de três vertentes ou acepções, propostas por Paolo Comanducci⁴ e adotadas, entre outros, por Luis Prieto Sanchís⁵.

1.1.1 NEOCONSTITUCIONALISMO TEÓRICO

O neoconstitucionalismo *teórico* caracteriza-se, fundamentalmente, por expressar uma *alternativa* ou uma *correção* à teoria positivista tradicional, haja vista que “las transformaciones sufridas por el objeto de investigación hacen que ésta no refleje más la situación real de los

2 CARBONELL, Miguel (ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003. p. 11: “Lo que haya de ser el neoconstitucionalismo en su aplicación práctica y en su dimensión teórica es algo que está por verse. No se trata, como se acaba de apuntar, de un modelo consolidado, y quizá ni siquiera pueda llegar a estabilizarse en el corto plazo, pues contiene en su interior una serie de equilibrios que difícilmente pueden llegar a convivir sin problemas.”

3 MARTINS, Samir José Caetano. Neoconstitucionalismo e seus reflexos no dever de fundamentação das decisões judiciais no Brasil. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n. 44, p. 101-120, nov. 2006.

4 COMANDUCCI, Paolo. *Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico*. In: CARBONELL, Miguel (ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003. p. 75-98.

5 SANCHÍS, Luis Prieto. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. In: CARBONELL, Miguel (ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003. p. 123-158.

sistemas jurídicos contemporâneos”⁶. Ditas transformações, segundo Comanducci⁷, dizem respeito

- i) à positivação de um catálogo de direitos fundamentais;
- ii) à onipresença de princípios e regras na Constituição;
- iii) às peculiaridades de interpretação e de aplicação das normas constitucionais; e, por fim,
- iv) à natureza “invasora” da Constituição, que se faz presente em todo o ordenamento jurídico, condensando os vetores de compreensão dos enunciados normativos infraconstitucionais.⁸

Não significa dizer, quanto aos direitos fundamentais, que inexistiam antes do surgimento desse novo modelo de constitucionalismo, pois as origens de tais cláusulas remontam, na leitura de Robert Alexy, a fatos e eventos bíblicos⁹. O ponto fulcral é a nota de *centralidade* que os direitos fundamentais adquirem nos sistemas jurídicos dos últimos sessenta anos, algo entrevisto já no artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789¹⁰, mas na disputa de primazia com o princípio da separação de poderes e sem reverberação prática efetiva ao longo do século XIX e da primeira metade do século XX.

A onipresença de princípios e regras nos diplomas constitucionais guarda relação com o reconhecimento da *força normativa* da Constituição,

6 COMANDUCCI, op. cit., p. 83.

7 Id., *ibid.*, loc. cit.

8 SANCHÍS, op. cit., p. 131-132, elabora enumeração um pouco distinta: “Pero seguramente la exigencia de renovación es más profunda, de manera que el constitucionalismo está impulsando una nueva teoría del Derecho, cuyos rasgos más sobresalientes cabría resumir en los siguientes cinco epígrafes, expresivos de otras tantas orientaciones o líneas de evolución: más principios que reglas; más ponderación que subsunción; onipresencia de la Constitución en todas las áreas jurídicas y en todos los conflictos mínimamente relevantes, en lugar de espacios exentos en favor de la opción legislativa o regulamentaria; omnipotencia judicial en lugar de autonomía del legislador ordinario; y, por último, coexistencia de una constelación plural de valores, a veces tendencialmente contradictorios, en lugar de homogeneidad ideológica en torno a un puñado de principios coherentes entre sí y en torno, sobre todo, a las sucesivas opciones legislativas.”

9 ALEXY, Robert. *Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático*. In: CARBONELL, Miguel (ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003. p. 32: “Las orígenes de los derechos fundamentales se remontan muy atrás en el tiempo. Basta recordar la declaración de semejanza a Dios del Génesis 1, 27: ‘Dios creó al hombre a su imagen, a imagen de Dios lo creó’; la neotestamentaria declaración de igualdad que formula Pablo en su Carta a los Gálatas 3, 28: ‘No hay judío ni griego, no hay varón ni mujer, pues todos vosotros sois uno en Cristo Jesús’; [...]”

10 “A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição.”

que deixa de ser compreendida meramente como carta de natureza política, como provocação *extrajurídica* aos poderes constituídos, para conformar verdadeiro conjunto de *normas superiores* do ordenamento e, portanto, dotadas de eficácia jurídica, hábeis a regular os interesses e as ações dos sujeitos. Bem a propósito, Konrad Hesse registra:

Mas, — esse aspecto afigura-se decisivo — a pretensão de eficácia de uma norma constitucional não se confunde com as condições de sua realização; a pretensão de eficácia associa-se a essas condições como elemento autônomo. A Constituição não configura, portanto, apenas expressão de um ser, mas também de um dever ser: ela significa mais do que o simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas. 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. A força condicionante da realidade e a normatividade da Constituição podem ser diferenciadas; elas não podem, todavia, ser definitivamente separadas ou confundidas.¹¹

De sua vez, as peculiaridades de interpretação e de aplicação das normas constitucionais como um dos *traços renovados* do objeto do neoconstitucionalismo partem da premissa de que os métodos hermenêuticos tradicionais não se mostram suficientes para o trabalho de construção de sentido dos preceitos da Constituição, em especial nas hipóteses de colisão de direitos fundamentais, para as quais os critérios comuns de solução de antinomias jurídicas (cronológico, hierárquico e de especialidade) revelam-se inúteis. Em razão das transformações geradas pela centralidade dos direitos fundamentais nos sistemas jurídicos e pelo reconhecimento da força normativa da Constituição, esforços doutrinários de grande envergadura têm sido despendidos na formulação de novas técnicas de interpretação, de cujo rol ganha destaque a ponderação de bens e interesses constitucionais¹².

11 HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991. p. 15. O texto da obra constitui a base da aula inaugural do autor na Universidade de Freiburg em 1959.

12 Apenas para mencionar uma das principais referências sobre o tema, cf. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

A última das transformações a que alude Comanducci — a natureza “invasora” da Constituição —, exprime a capacidade desta de *fazer-se presente* em todos os escaninhos do ordenamento jurídico, condicionando a legislação, a jurisprudência, a doutrina e o agir dos atores sociais¹³. Dito de outro modo, as disposições infraconstitucionais passam a ser lidas *através do prisma* dos valores e das normas encartados na Constituição, de maneira corretiva se necessário, o que proporciona um *olhar constitucional* sobre toda a ordem jurídica.

O professor italiano acentua, porém, a existência de duas correntes contrapostas em formação dentro do neoconstitucionalismo teórico. A primeira sustenta a tese de que ele representaria a continuação do positivismo jurídico, com o uso dos mesmos métodos de exame do Direito, apenas sobre um objeto *parcialmente* modificado. De outra sorte, a segunda corrente propugna que “las transformaciones del objeto de investigación comportan la necesidad de un cambio radical de metodología, y que por tanto el neoconstitucionalismo presenta diferencias cualitativas respecto al iuspositivismo teórico”¹⁴.

Na doutrina brasileira, Paulo Bonavides perfilha a primeira corrente, mas não sem pôr em relevo a impossibilidade de uma interpretação unicamente silogística das normas constitucionais:

Não vamos tão longe aqui a ponto de postular uma técnica interpretativa especial para as leis constitucionais, nem preconizar os meios e regras de interpretação que não sejam aquelas válidas para todos os ramos do Direito, cuja unidade básica não podemos ignorar nem perder de vista (doutra forma não se justificaria o

13 COMANDUCCI, op. cit., p. 81: “En el ordenamiento italiano, también y sobre todo a partir de las deliberaciones de la Corte Constitucional, se ha producido una progresiva ‘constitucionalización’ del Derecho. Se trata de un proceso al término del cual el Derecho es ‘impregnado’, ‘saturado’ o ‘embebido’ por la Constitución: un Derecho constitucionalizado se caracteriza por una Constitución invasiva, que condiciona la legislación, la jurisprudencia, la doctrina y los comportamientos de los actores políticos.”

14 Id., ibid., p. 83. Mais adiante, Comanducci afirma a opção pela primeira corrente: “Como ya he sugerido en las páginas precedentes, creo que se puede mirar favorablemente a la teoría del Derecho neoconstitucionalista, que me parece que da cuenta, mejor que la tradicional iuspositivista, de la estructura y del funcionamiento de los sistemas jurídicos contemporáneos. Por otro lado, el neoconstitucionalismo teórico, si acepta la tesis de la conexión sólo contingente entre Derecho y moral, no es de hecho incompatible con el positivismo metodológico; al contrario, podríamos decir que es su hijo legítimo. Dado que han (parcialmente) cambiado los modelos de Estado y de Derecho respecto a los típicos del siglo XIX y de la primera mitad del siglo XX, la teoría del Derecho neoconstitucionalista resulta ser nada más que el positivismo jurídico de nuestros días.” (Ibid., p. 87-88)

longo exórdio que consagramos à teoria da interpretação e seus distintos métodos), mas nem por isso devemos admitir se possa dar à norma constitucional, salvo violentando-lhe o sentido e a natureza, uma interpretação de todo mecânica e silogística, indiferente à plasticidade que lhe é inerente, e a única aliás a permitir acomodá-la a fins, cujo teor axiológico assenta nos princípios com que a ideologia tutela o próprio ordenamento jurídico.¹⁵

Verifica-se, em epítome, que o neoconstitucionalismo teórico não pode ser considerado de forma unívoca e sem contradições. A escolha pela tese da continuidade juspositivista — com os ajustes decorrentes do objeto parcialmente modificado — ou pela tese da distinção qualitativa produz inegáveis consequências nas técnicas jurídicas a serem empregadas, notadamente nos domínios da interpretação constitucional.

1.1.2 NEOCONSTITUCIONALISMO INSTITUCIONAL

A segunda vertente ou acepção do neoconstitucionalismo designa certo modelo constitucional, um plexo de mecanismos institucionais e normativos limitadores dos poderes do Estado e dirigidos à proteção dos direitos fundamentais. Nessa linha de análise, identifica-se com um tipo de Estado de Direito, no qual estariam em curso, ou concluídas, as transformações descritas pela vertente teórica do neoconstitucionalismo.

Dita acepção *institucional* é explicada por Luis Prieto Sanchís como a resultante da convergência de duas tradições constitucionais que frequentemente caminharam sem diálogo: a norte-americana original e a proveniente da Revolução Francesa¹⁶. O neoconstitucionalismo, por essa ótica, conformaria a tentativa de superação das dificuldades históricas verificadas em ambas as tradições.

15 BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 16. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 461. Em sentido contrário, COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997. p. 85: “Se as Constituições, pela sua natureza e finalidade, são essencialmente, *catálogos de princípios* — na sua parte *dogmática*, pelo menos, isto se mostra evidente —, então esse dado é fundamental para o reconhecimento da especificidade e da autonomia da interpretação constitucional, enquanto *atividade hermenêutica que opera com princípios*, isto é, com preceitos cuja estrutura normativo-material é *aberta e indeterminada* e, por isso, geradora de significados múltiplos (polissemia), situação bem diferente daquela que se verifica no domínio das leis, muito embora juristas como Herbert Hart considerem que a *textura aberta* é uma característica da linguagem normativa em geral.”

16 SANCHÍS, op. cit., p. 124.

A primeira das tradições constitucionais referidas enxerga a Constituição como *regra do jogo*, como *pacto dos mínimos* necessários à autonomia dos indivíduos, na qualidade de sujeitos privados e de agentes políticos, a fim de que sejam eles próprios os responsáveis pelo desenvolvimento de suas potencialidades e de seus planos de vida. Em tal modelo, a ideia de *regra do jogo* conduz à supremacia da Constituição sobre as demais normas do sistema jurídico e demanda a garantia desse traço característico pelo Poder Judiciário, supostamente o mais “neutro”¹⁷ dos poderes estatais. Assim, a tradição constitucional norte-americana acaba por resolver-se em *judicialismo*¹⁸, embora limitado ao controle das regras básicas de organização política.¹⁹

A segunda tradição concebe a Constituição de forma bastante distinta, não apenas como *regra do jogo* ou *pacto de mínimos*, mas como projeto político profundo e articulado, verdadeiro conjunto de diretrizes para a realização de transformações sociais e políticas. Nesse esquema, a Constituição ousa disciplinar ativa e diretamente a vida das pessoas e a atividade estatal, “condicionando con mayor o menor detalle las futuras decisiones colectivas a propósito del modelo económico, de la acción del Estado en la esfera de la educación, de la sanidad, de las relaciones laborales, etc”. Prieto Sanchís explicita, contudo, que, por múltiplas razões — dentre as quais se destaca a dissolução da soberania do povo na soberania do Estado e, conseqüentemente, na hipertrofia do Poder Legislativo, expressão formalizada da vontade geral rousseauiana —, a Constituição não conseguiu assegurar sua força normativa diante dos poderes

17 As aspas são do próprio autor. Cf. id., *ibid.*, p. 125: “En líneas generales, ésta es la tradición norteamericana originaria, cuya contribución básica se cifra en la idea de supremacía constitucional y en su consiguiente garantía jurisdiccional: dado su carácter de regla de juego y, por tanto, de norma lógicamente superior a quienes participan en ese juego, la Constitución se postula como jurídicamente superior a las demás normas y su garantía se atribuye al más ‘neutro’ de los poderes, a aquel que debe y que mejor puede mantenerse al margen del debate político, es decir, al poder judicial.”

18 Se se pode imaginar um marco inicial para a força da magistratura nos Estados Unidos da América, ele coincide com o julgamento do caso *Marbury versus Madison* pela Suprema Corte desse país em 1803 (5 U.S. 137), no qual se assentaram as bases para o exercício do *judicial review* ou, em outros termos, do controle de constitucionalidade das leis por qualquer juiz ou tribunal. Cf. BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 113-114: “Legado da decisão histórica de Marshall — o *decisum* do *Chief Justice* Marshall legou para o mundo as bases do controle difuso de normas, destacando-se os seguintes aspectos: (i) primazia da superioridade das decisões judiciais sobre os atos de natureza política, tanto do Congresso, quanto do Executivo; (ii) reconhecimento da supremacia da Constituição sobre as atividades legislativas e administrativas do Estado; e (iii) indispensabilidade da interpretação e aplicação das normas constitucionais e legais pelo Poder Judiciário.”

19 SANCHÍS, op. cit., p. 125.

constituídos ao longo do século XIX e da primeira metade do século XX. Desse modo, a tradição constitucional nascida da Revolução Francesa acaba por resolver-se em *legalismo*, *i.e.*, na superioridade das leis ordinárias em face da Constituição.²⁰

O professor espanhol oferece a seguinte síntese das duas tradições expostas nos parágrafos precedentes:

Pero, como aproximación general, creo que sí es cierto que en el primer caso la Constitución pretende determinar fundamentalmente quién manda, cómo manda y, en parte también, hasta dónde puede mandar; mientras que en el segundo caso la Constitución quiere condicionar también en gran medida qué debe mandarse, es decir, cuál ha de ser la orientación de la acción política en numerosas materias. Aunque, eso sí, como contrapartida, la fórmula más modesta parece haber gozado de una supremacía normativa y de una garantía jurisdiccional mucho más vigorosa que la exhibida por la versión más ambiciosa.²¹

Cuida-se, em suma, de concepções distintas do que pode e deve fazer uma Constituição, a segunda muito mais pretensiosa que a primeira. Por isso mesmo, ambas seguiram trajetórias históricas separadas: enquanto o projeto norte-americano logrou imenso êxito nos quesitos estabilidade e adaptabilidade às mudanças sociais, permanecendo sólido e *atual* ao longo de mais de dois séculos, a proposta oriunda da Revolução Francesa desejou muito e realizou pouco, panorama, entretanto, que começa a alterar-se após a Segunda Guerra Mundial.

A convergência das duas tradições constitucionais exploradas acima no neoconstitucionalismo *institucional* opera-se com a fusão do forte conteúdo normativo e da consequente garantia jurisdiccional do primeiro paradigma com o vasto programa normativo do segundo. “Constituciones garantizadas sin contenido normativo y Constituciones con un más o menos denso contenido normativo, pero no garantizadas. En cierto modo, éste es el dilema que viene a resolver el neoconstitucionalismo, apostando por una conjugación de ambos modelos: Constituciones normativas garantizadas.”²²

²⁰ SANCHÍS, op. cit., p. 125-126.

²¹ Ibid., p. 126.

²² Ibid. p. 127.

1.1.3 NEOCONSTITUCIONALISMO IDEOLÓGICO²³

A terceira vertente ou acepção do neoconstitucionalismo acolhe a proposição filosófica de o Estado Constitucional de Direito representar a melhor ou mais justa forma de organização política²⁴, na medida em que consubstancia o esforço histórico de colocar em primeiro plano a garantia dos direitos fundamentais²⁵. As escolhas axiológicas neles inseridas, por vincularem-se, em última instância, à dignidade da pessoa humana e ao processo evolutivo e civilizatório da humanidade, dão substrato à tese da conexão necessária entre Direito e Moral, uma das principais nuances do neoconstitucionalismo *ideológico*.

Nessa seara, a existência de normas de direitos fundamentais nos ordenamentos jurídicos constitucionalizados compreende-se como o resultado da transmutação da moral crítica em moral legalizada²⁶, o que não significa a superação dos campos próprios do Direito e da Moral, mas, ao contrário e ao mesmo tempo, a demonstração das esferas conceituais de cada um e as pontes existentes entre os dois sistemas de normatividade.

23 Adota-se, nessa nomenclatura, o que Norberto Bobbio convencionou chamar de “significado fraco” de ideologia em oposição a “significado forte”, ou seja, um conjunto de ideias e de valores referidos à ordem pública, com o objetivo de guiar os comportamentos públicos coletivos. Cf. BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. 8. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1995. v. 1, p. 585: “Tanto na linguagem política prática, como na linguagem filosófica, sociológica e político-científica, não existe talvez nenhuma outra palavra que possa ser comparada à Ideologia pela frequência com a qual é empregada e, sobretudo, pela gama de significados diferentes que lhe são atribuídos. No intrincado e múltiplo uso do termo, pode-se delinear, entretanto, duas tendências gerais ou dois tipos gerais de significado que Norberto Bobbio se propôs a chamar de ‘significado fraco’ e de ‘significado forte’ da Ideologia. No seu significado fraco, Ideologia designa o *genus*, ou a *species* diversamente definida, dos sistemas de crenças políticas: um conjunto de idéias e de valores respeitantes à ordem pública e tendo como função orientar os comportamentos públicos coletivos. O significado forte tem origem no conceito de Ideologia de Marx, entendido como falsa consciência das relações de domínio entre as classes, e se diferencia claramente do primeiro porque mantém, no próprio centro, diversamente modificada, corrigida ou alterada pelos vários autores, a noção da falsidade: a Ideologia é uma crença falsa. No significado fraco, Ideologia é um conceito neutro, que prescinde do caráter eventual e mistificante das crenças políticas. No significado forte, Ideologia é um conceito negativo que denota precisamente o caráter mistificante de falsa consciência de uma crença política.”

24 SANCHÍS, op. cit., p. 123.

25 MARTINS, op. cit., p. 102.

26 VALE, André Rufino do. *Aspectos do neoconstitucionalismo*. Revista Brasileira de Direito Constitucional, São Paulo, n. 9, p. 67-77, jan./jun. 2007, p. 70. Amparado em Luis Prieto Sanchís, aduz que “as normas de direitos fundamentais podem assim ser caracterizadas como a tradução jurídica dos valores morais de uma comunidade em determinado momento histórico”.

Essas conexões entre Direito e Moral foram duramente combatidas pelo positivismo jurídico, cuja expressão kelseniana é paradigmática. Na formulação da teoria pura, Hans Kelsen recusa a legitimação das regras jurídicas baseada na concordância com os preceitos morais, principalmente por entender que esse não seria um problema afeto à ciência do Direito:

A necessidade de distinguir o Direito da Moral e a ciência jurídica da Ética significa que, do ponto de vista de um conhecimento científico do Direito positivo, a legitimação deste por uma ordem moral distinta da ordem jurídica é irrelevante, pois a ciência jurídica não tem de aprovar ou desaprovar o seu objeto, mas apenas tem de o conhecer e descrever. Embora as normas jurídicas, como prescrições de dever-ser, constituam valores, a tarefa da ciência jurídica não é de forma alguma uma valoração ou apreciação do seu objeto, mas uma descrição do mesmo alheia a valores (*wertfrei*). O jurista científico não se identifica com qualquer valor, nem mesmo com o valor jurídico por ele descrito.

[...]

A tese de que o Direito é, segundo a sua própria essência, moral, isto é, de que somente uma ordem social moral é Direito, é rejeitada pela Teoria Pura do Direito, não apenas porque pressupõe uma Moral absoluta, mas ainda porque ela na sua efetiva aplicação pela jurisprudência dominante numa determinada comunidade jurídica, conduz a uma legitimação acrítica da ordem coercitiva estadual que constitui tal comunidade. [...] Uma tal legitimação do Direito positivo pode, apesar da sua insuficiência lógica, prestar politicamente bons serviços. Do ponto de vista da ciência jurídica ela é insustentável. Com efeito, a ciência jurídica não tem de legitimar o Direito, não tem por forma alguma de justificar — quer através de uma Moral absoluta, quer através de uma Moral relativa — a ordem normativa que lhe compete — tão-somente — conhecer e descrever.²⁷

27 KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. trad. João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 77-78. Hart, embora admita a existência de diversas “conexões contingentes” entre Direito e Moral, contrapõe-se à crítica de Dworkin, reafirmando a desnecessidade de fundamentos morais para os direitos e deveres jurídicos. Cf. HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. trad. A. Ribeiro Mendes. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. p. 331-332: “Sustento neste livro que, embora haja muitas conexões contingentes diferentes entre o direito e a moral, não há conexões conceituais necessárias entre o conteúdo do direito e o da moral, e daí que possam ter validade, enquanto regras ou princípios jurídicos, disposições moralmente iníquas. Um aspecto desta forma de separação do direito e da moral é o de que pode haver direitos e deveres jurídicos que não têm qualquer justificação ou eficácia morais. Dworkin

Ao revés, a centralidade dos direitos fundamentais nos sistemas jurídicos contemporâneos — traço marcante do neoconstitucionalismo teórico²⁸ — e a compreensão desses direitos como o núcleo axiológico doador de legitimidade às normas jurídicas combatem a ruptura promovida entre Direito e Moral pela teoria positivista, cuja expressão limite acha-se no fragmento supratranscrito. A questão, entretanto, não se põe na tentativa de *fundar* o Direito, ou justificá-lo, em instâncias de fundamentação *externa*, sim nesta formulação *interna* à ordem jurídica: a legitimação por intermédio dos direitos fundamentais confere *sentido*²⁹ aos comandos da lei.

O neoconstitucionalismo ideológico e o seu louvor ao Estado Constitucional de Direito não vêm, contudo, sem problemas. Prieto Sanchís recorda, em primeiro lugar, a objeção democrática ou de supremacia do legislador, apontando que, fortalecidas a Constituição e as respectivas garantias judiciais, inevitavelmente se reduzem as esferas de decisão das maiorias parlamentares, o que, segundo ele, representa consequência natural da técnica de ponderação de bens e interesses constitucionais³⁰.

Em segundo lugar, avisa que a ideologia neoconstitucionalista, com amparo em uma nova visão da atitude interpretativa e das tarefas que competem à ciência do Direito, demanda “la adopción de un punto de vista interno o comprometido por parte del jurista, bien una labor crítica y no sólo descriptiva por parte del científico del Derecho”.³¹ A distinção em face da postura positivista, em geral, e da de Kelsen, em particular, não haveria de ser mais profunda, a suscitar dificuldades

tem rejeitado esta ideia, em benefício do ponto de vista (derivado, em última instância, da sua própria teoria interpretativa do direito) de que deve haver, pelo menos, fundamentos morais indiciários para as afirmações de existência de direitos e deveres jurídicos. [...] a crítica de Dworkin da doutrina de que os direitos e deveres jurídicos podem estar privados de eficácia ou justificação morais é errada.”

28 V. 2.1.1, *supra*.

29 *Sentido*, aqui, expressando a *dignidade intrínseca* ou a *valia* de algo. É o que se extrai de FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 358-359: “Para entender isso, é preciso esclarecer um pouco a noção de *sentido*. Conforme o uso que estamos fazendo dela, a expressão tem relação com a orientação do homem no mundo. [...] *Sentido*, assim, tem relação com a *valia* das coisas, com sua *dignidade intrínseca*. É isso que nos permite dizer, por exemplo, que um trabalho dignifica o homem, ainda que tenha um valor relativo, momentaneamente, para a sociedade. Assim, a perda do sentido não altera a factualidade da existência, pois algo ou alguém ou uma atividade qualquer pode continuar existindo em que pese ter perdido sentido. A perda do sentido afeta, porém, a orientação do homem.”

30 SANCHÍS, op. cit., p. 124.

31 Id., *ibid.*, loc. cit.

no campo da hermenêutica jurídica, especialmente a que opera com as normas constitucionais.

1.2 OS MARCOS HISTÓRICO, FILOSÓFICO E TEÓRICO DO NEOCONSTITUCIONALISMO³²

Como dito precedentemente³³, o surgimento do neoconstitucionalismo liga-se, em termos históricos, à Segunda Grande Guerra. As turbulências sociais, políticas, geográficas e humanitárias decorrentes do conflito mundial³⁴ exigiram a *refundação* de muitos países no pós-guerra. Nesse contexto, a *reconstitucionalização* da Europa originou um novo panorama jurídico, que redefiniu tanto o lugar da Constituição nos sistemas normativos quanto a influência do Direito Constitucional sobre as instituições contemporâneas³⁵.

As principais referências dessa fase histórica são a Lei Fundamental de Bonn (Constituição alemã), de 1949, à qual se associa a instalação, em 1951, do Tribunal Constitucional Federal; a Constituição italiana, de 1947, e a posterior entrada em atividade da Corte Constitucional, em 1956; a portuguesa, de 1976; e a espanhola, de 1978. Em todas essas cartas, e na jurisprudência que se formou em torno delas nas décadas seguintes, encontram-se os traços e as controvérsias essenciais do novo constitucionalismo.

No Brasil, a Constituição de 1988 encerra o espírito da teoria neoconstitucionalista, identificado e explicitado com o esforço da doutrina nos últimos vinte anos. A centralidade e a proteção conferida aos direitos fundamentais; o reconhecimento da força normativa dos

32 Este tópico inspira-se diretamente nas lições de Luís Roberto Barroso, professor titular de Direito Constitucional da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ, que tem difundido — e ajudado a estruturar — a teoria neoconstitucionalista na doutrina brasileira.

33 V. 2.1, *supra*.

34 Cf. HOBBSBAWN, Eric. *Era dos Extremos: o breve século XX: 1914-1991*. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2002. p. 50, de onde se retira a seguinte passagem ilustrativa dos extremos da Segunda Guerra Mundial: “Mais ainda que a Grande Guerra, a Segunda Guerra Mundial foi portanto travada até o fim, sem idéias sérias de acordo em nenhum dos lados, [...] Ao contrário da Primeira Guerra Mundial, essa mútua intransigência não exige explicação especial. Era, de ambos os lados, uma guerra de religião, ou, em termos modernos, de ideologias. Foi também, e demonstravelmente, uma luta de vida ou morte para a maioria dos países envolvidos. O preço da derrota frente ao regime nacional-socialista alemão, como foi demonstrado na Polônia e nas partes ocupadas da URSS, e pelo destino dos judeus, cujo extermínio sistemático foi se tornando aos poucos conhecido de um mundo incrédulo, era a escravização e a morte. Daí a guerra ser travada sem limites. A Segunda Guerra Mundial ampliou a guerra maciça em guerra total.”

35 BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Boletim de Direito Administrativo*, v. 23, n. 1, p. 20-49, jan. 2007, p. 21.

preceitos constitucionais, tanto das regras quanto dos princípios; a formulação e a aplicação de técnicas de interpretação e de decisão particulares da órbita constitucional; e a qualidade “invasora” da Constituição, alimentando de *sentido* os enunciados da ordem jurídica, tudo isso vem sendo postulado — em maior ou menor grau e não sem algum dissenso — com base nas cláusulas da Constituição de 1988, que colocou o Brasil em rota de aproximação com os países já envolvidos com o novo paradigma. Luís Roberto Barroso destaca a relevância da promulgação da carta vigente para o Direito Constitucional pátrio:

Sob a Constituição de 1988, o Direito Constitucional no Brasil passou da desimportância ao apogeu em menos de uma geração. Uma Constituição não é só técnica. Tem de haver, por trás dela, a capacidade de simbolizar conquistas e de mobilizar o imaginário das pessoas para novos avanços. O surgimento de um *sentimento constitucional* no País é algo que merece ser celebrado. Trata-se de um sentimento ainda tímido, mas real e sincero, de maior respeito pela Lei Maior, a despeito da volubilidade de seu texto. É um grande progresso. Superamos a crônica indiferença que, historicamente, manteve-se em relação à Constituição.³⁶

O marco filosófico do neoconstitucionalismo fixa-se no que se tem denominado de *pós-positivismo*, “designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada *nova hermenêutica constitucional*, e a teoria dos direitos fundamentais, edificada sobre o fundamento da dignidade humana”³⁷. Embora difuso, alguns passos que conduziram a esse ideário podem ser refeitos, de modo a facilitar a compreensão dele.

O *jusnaturalismo*, uma das principais correntes filosóficas do Direito, fulcra-se na ideia da existência e da superioridade de um *direito natural*, ou seja, na concepção de que há um conjunto de normas alheias às convenções humanas, válidas por si próprias e legitimadas por um ética universal, independentes da ordem jurídica positiva. Apesar das múltiplas variações doutrinárias sobre o tema, as fórmulas fundamentais dessa corrente jusfilosófica exprimem-se no jusnaturalismo de *origem*

36 Barroso, 2007, p. 22.

37 BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. *O Começo da História: A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro*. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 336.

divina — crença em um código de leis estabelecido pela vontade de Deus —, que prevaleceu durante a Idade Média e fundamentou, de forma geral, o absolutismo europeu, e no jusnaturalismo *fundado na razão*. Este, com a ênfase na natureza e na razão humanas, suplantou o de origem divina e constituiu um dos pilares da Idade Moderna.³⁸

O jusnaturalismo racionalista, assim, no confronto à opressão absolutista, foi adotado como a filosofia natural do Direito e associado ao iluminismo na crítica à tradição anterior³⁹, conferindo amparo jurídico-filosófico ao constitucionalismo moderno, que se iniciou no fim do século XVIII. Barroso, entretanto, conclui:

O advento do Estado liberal, a consolidação dos ideais constitucionais em textos escritos e o êxito do movimento de codificação simbolizaram a vitória do direito natural, o seu apogeu. Paradoxalmente, representaram, também, a sua superação histórica. No início do século XIX, os direitos naturais, cultivados e desenvolvidos ao longo de mais de dois milênios, haviam se incorporado de forma generalizada aos ordenamentos positivos. Já não traziam a revolução, mas a conservação. Considerado metafísico e anticientífico, o direito natural é empurrado para a margem da história pela onipotência positivista do século XIX.⁴⁰

O positivismo jurídico veio, então, com toda a força, e até hoje se faz sentir vibrante no pensamento dos operadores do Direito. Como já exposto⁴¹, rompeu quaisquer ligações entre Direito e Moral, excluindo do campo da normatividade jurídica as considerações de caráter axiológico. Na verdade, a norma constituía um valor em si mesma: a

38 BARROSO, Luís Roberto. *Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro*. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 19–20. Para um aprofundamento sobre o jusnaturalismo, cf. a primeira parte de BOBBIO, Norberto. *Locke e o direito natural*. 2. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1998. p. 13–65.

39 Id., *ibid.*, p. 20.

40 Barroso, 1998, p. 22–23. No mesmo sentido, BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco, *op. cit.*, p. 659: “Com a promulgação dos códigos, principalmente do napoleônico, o Jusnaturalismo exauria a sua função no momento mesmo em que celebrava o seu triunfo. Transposto o direito racional para o código, não se via nem admitia outro direito senão este. O recurso a princípios ou normas extrínsecos ao sistema do direito positivo foi considerado ilegítimo. Negou-se até, tirante o código austríaco de 1811, que se pudesse recorrer ao direito natural em caso de lacuna do ordenamento jurídico positivo: triunfou o princípio, característico do positivismo jurídico (ou seja, da posição oposta ao Jusnaturalismo), de que para qualquer caso se pode encontrar solução dentro do ordenamento jurídico do Estado.”

41 V. 2.1.3, *supra*.

decisão do caso concreto, se guardasse adequada correspondência à previsão abstrata no processo subsuntivo, estava, só por isso, *justificada*. A norma, em resumo, valia como *parâmetro de verdade* da própria norma. Nesse caminho de *objetivação* da realidade do Direito, este foi identificado à lei e nada lhe sobrou de valores transcendentais.

O mecanismo de aplicação do Direito — a atividade de subsunção — surge como um capítulo à parte. Conquanto existam discepções doutrinárias⁴², de maneira geral é possível afirmar que a tarefa do aplicador do Direito, no âmbito do positivismo jurídico, consistia unicamente em um processo neutro, lógico-dedutivo, segundo o qual à premissa maior (a norma abstrata) se submetia a premissa menor (a relação de fato prevista na norma abstrata como hipótese de incidência), gerando-se, a partir daí, uma conclusão natural e óbvia, que era apenas *declarada* pelo intérprete; nesse processo, o aplicador do Direito não exercia nenhuma *função criadora*: a autêntica *bouche de la loi* de Montesquieu⁴³.

Fato é que o positivismo jurídico tornou-se, nas primeiras décadas do século XX, a filosofia por excelência dos operadores do Direito⁴⁴. A História, entretanto, encarregou-se de demonstrar as insuficiências das máximas de objetividade e neutralidade da teoria positivista, cujo naufrágio associa-se simbolicamente à derrota dos regimes totalitários na Segunda Guerra Mundial.⁴⁵

42 Curiosamente, Kelsen mesmo não compartilhava da teoria unicamente cognoscitiva da atividade de interpretação do Direito. Cf. KELSEN, Hans, op. cit., p. 392-395.

43 MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O Espírito das Leis*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 175: “Poderia acontecer que a lei, que é ao mesmo tempo clarividente e cega, fosse, em certos casos, rigorosa demais. Mas os juízes da nação são apenas, como já dissemos, a boca que pronuncia as palavras da lei; são seres inanimados que não podem moderar nem sua força, nem seu vigor.”

44 BARROSO, Luís Roberto. *Fundamentos Teóricos...*, p. 25.

45 Id., *ibid.*, p. 26: “O positivismo pretendia ser uma *teoria* do Direito, na qual o estudioso assumisse uma atitude cognoscitiva (de conhecimento), fundada em juízos de fato. Mas resultou sendo uma *ideologia*, movida por juízos de valor, por ter se tornado não apenas um modo de *entender* o Direito, como também de *querer* o Direito. O fetiche da lei e o legalismo acrítico, subprodutos do positivismo jurídico, serviram de disfarce para autoritarismos de matizes variados. [...] a decadência do positivismo é emblematicamente associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha. Esses movimentos políticos e militares ascenderam ao poder dentro do quadro da 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. Ao fim da Segunda Guerra Mundial, a idéia de um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos e da lei como um [sic] estrutura meramente formal, uma embalagem para qualquer produto, já não tinha mais aceitação no pensamento esclarecido.”

Entre o jusnaturalismo, historicamente superado, e o juspositivismo, politicamente fracassado com os *Estatos totais* que floresceram às custas dele, abriu-se novo caminho para o pensamento jurídico a partir da segunda metade do século XX. Desenvolveu-se — e, à evidência palmar, está em pleno curso — uma via conciliadora, responsável pela reintrodução, no âmago do Direito, de preocupações de natureza moral, mas sem abandonar o direito posto. A recuperação do discurso de legitimidade do Direito ocorre, pontua Luís Roberto Barroso, por intermédio dos princípios constitucionais, agora compreendidos como verdadeiras normas jurídicas.⁴⁶

Todas essas transformações histórico-filosóficas proporcionaram, no campo teórico do Direito Constitucional, o surgimento de novas linhas de estudo, amparadas sobretudo na aceitação e no desenvolvimento da força normativa da Constituição⁴⁷, na expansão da jurisdição constitucional e na formulação de uma nova dogmática da hermenêutica constitucional.⁴⁸ Alguns aspectos das dificuldades provocadas por essa nova dogmática constituem o foco da investigação que segue.

2 PONDERAÇÃO, RACIONALIDADE E ARGUMENTAÇÃO NO NEOCONSTITUCIONALISMO

2.1 COLOCAÇÃO DO PROBLEMA

Posta a Constituição no centro dos sistemas jurídicos e reconhecida a força normativa dela, especialmente dos respectivos princípios, e com a convergência dos projetos constitucionais estadunidense e

46 BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo...*, p. 22: “A superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do direito, sua função social e sua interpretação. O pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral do direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas. A interpretação e aplicação do ordenamento jurídico hão de ser inspiradas por uma teoria de justiça, mas não podem comportar voluntarismos ou personalismos, sobretudo os judiciais. No conjunto de idéias ricas e heterogêneas que procuram abrigo neste paradigma em construção, incluem-se a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica constitucional; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana. Nesse ambiente, promove-se uma reaproximação entre o direito e a filosofia.”

47 V. 2.1.1, *supra*.

48 BARROSO, 2007, p. 23-27.

francês revolucionário na formação do neoconstitucionalismo⁴⁹ — o que produziu constituições garantidas jurisdicionalmente e de amplo programa normativo —, passou a constituir um dos focos da investigação jurídica o problema da *racionalidade* da interpretação constitucional. Esse debate carrega consigo as questões da *racionalidade das decisões judiciais* e da *identificação de uma metódica adequada a um Direito fundado em normas principiológicas*.

Abandonada a leitura da Constituição como mera carta política e, ao revés, aceita como conjunto de normas jurídicas, detentoras, portanto, de império, nasce toda a dificuldade de compreensão, interpretação e aplicação dos princípios constitucionais, que conformam, na sua estrutura linguística peculiar, aberta, quase toda a parte dogmática das constituições, mormente o catálogo de direitos fundamentais.

Por óbvio, princípios jurídicos não surgiram apenas com o neoconstitucionalismo. Na medida em que condensam valores ou fins de uma dada comunidade em certo momento histórico, ou da própria humanidade no evoluir do processo civilizatório, sempre estiveram presentes, em maior ou menor grau, na ordem jurídica positiva. Quer como enunciados explícitos, quer como razões subjacentes a regras, normas-princípios integram a lógica do pensar e do enunciar o Direito.

O ponto nodal reside no fato de que os princípios, juntamente com a Constituição, abandonaram a periferia do sistema normativo e tornaram-se elementos nucleares dele. Não tem muito sentido para o neoconstitucionalismo, de conseguinte, o preceito do artigo 4º do Decreto-Lei 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro)⁵⁰, a determinar que os princípios gerais de direito só são invocáveis pelo juiz na eventual omissão da lei, e mesmo assim após o emprego da analogia e o recurso aos costumes. Essa regra de cunho interpretativo homenageia o paradigma positivista, pois decorre da noção de a lei significar a fonte por excelência do Direito. Coadjuvada pelo dogma da completude do ordenamento jurídico, segundo o qual não haveria hipótese fática que este não contemplaria com uma solução normativa, todo o Direito, portanto, estaria na lei.

Nesse contexto de proeminência normativa dos princípios, entra em cena o que Luis Prieto Sanchís, com apoio em Pérez Luño,

49 V. 2.1.2, *supra*.

50 “Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.”

chama de *desbordamento constitucional*, *i.e.*, a imersão da Constituição no ordenamento jurídico como uma norma suprema. Dado esse fenômeno, os operadores do Direito têm acesso *direto e constante* às cláusulas constitucionais, haja vista que a interposição legislativa deixa de ser necessária à apropriação e à aplicação dos preceitos da Lei Fundamental.⁵¹

Se assim é, se os operadores do Direito têm livre acesso a uma Constituição com força normativa e repleta de princípios — muitas vezes coexistindo em tensão —, cabe perguntar o que estes significam e prescrevem, como se relacionam entre si e como participam das decisões de natureza jurídica. Tal é o campo de que se tem ocupado a teoria dos direitos fundamentais.

A par dessa *reformulação normativa* dos princípios, a passagem do constitucionalismo para o neoconstitucionalismo tem produzido uma *crise ou déficit de racionalidade* no Direito⁵², e daí o esforço teórico da doutrina, em muitos países, para encontrar a *razão possível* em um sistema normativo que veio estruturar-se em normas abertas, desprovidas total ou parcialmente dos pressupostos de aplicação e que, muito por isso, não se sabe bem, *a priori*, o que ditam e para quem. Quando, por exemplo, a *igualdade* ou a *liberdade* são invocadas como razões para decidir em certo sentido, sempre vale ponderar se o intérprete

51 SANCHÍS, op. cit., p. 130: “[...] hay al menos dos elementos en el constitucionalismo contemporáneo que suponen una cierta corrección al modelo liberal europeo de Estado de Derecho. [...]. El segundo elemento, y tal vez más importante, es lo que pudiéramos llamar el desbordamiento constitucional, esto es, la inmersión de la Constitución dentro del ordenamiento jurídico como una norma suprema. Los operadores jurídicos ya no acceden a la Constitución *a través* del legislador, sino que lo hacen directamente, y, en la medida en que aquella disciplina numerosos aspectos sustantivos, ese acceso se produce de modo permanente, pues es difícil encontrar un problema jurídico medianamente serio que carezca de alguna relevancia constitucional.”

52 LOIS, Cecilia Caballero. *Direitos, racionalidade e constituição: a superação dos impasses provocados pelo neoconstitucionalismo contemporâneo, a partir da teoria do direito como integridade*. Sequência: revista do Curso de Pós-Graduação em Direito da UFSC, v. 26, n. 52, p. 257-278, jul. 2006, p. 267, onde se lê: “[...] o que se vê é um grave problema de racionalidade, gerado pela tentativa de responder a questões práticas decorrentes do neoconstitucionalismo utilizando um instrumental teórico que não está apto a fazê-lo (pois vinculado ao positivismo liberal); isso incitou a criação de novas possibilidades interpretativas e argumentativas, tendo como força motriz a realização de direitos. Tentou-se, assim, responder à necessidade de obtenção de um método voltado para o direito constitucional, que, entretanto, não possui uma teoria que o sustente, abrindo as portas para uma atuação jurisdicional pragmática, ou seja, sem uma teoria dos direitos que lhe dê racionalidade.” Mais à frente (id., *ibid.*, p. 269), assevera que “a Teoria Constitucional encontra-se, portanto, numa encruzilhada política e num momento de esgotamento teórico ocasionado pela falência dos pressupostos que a constituíram [...]”

- i) arrimou-se no princípio que efetivamente deveria ter primazia na espécie; se
- ii) tomou em consideração outros princípios, valores, fins ou normas eventualmente também aplicáveis⁵³; se
- iii) compreendeu a extensão e a profundidade do conteúdo dos princípios envolvidos; e se
- iv) encontrou a solução para o caso concreto que realmente decorreria do princípio entendido como determinante. Em resumo, uma ordem jurídica tão mais complexa que multiplicou até mesmo as indagações a respeito do acerto ou do desacerto na tarefa de aplicar o Direito⁵⁴.

No Brasil, a questão ganha ainda mais relevância, pois “a Constituição de 1988 é tão prolixa e traz em seu bojo a consagração de interesses tão díspares que, com certa habilidade retórica, um juiz poderia facilmente decidir de forma subjetivista invocando dispositivos colhidos da Lei Maior”⁵⁵. Se isso é verdade, questionar acerca das condições mínimas de objetividade e de racionalidade no afazer hermenêutico constitucional representa obrigação primeira da doutrina.

Nessa linha de raciocínio, impende compreender o papel da ponderação de bens e interesses como o método apropriado, segundo ampla parcela dos constitucionalistas, para a interpretação e a aplicação dos princípios constitucionais; porém, mais que isso, entender a posição dessa técnica na totalidade do processo de construção da norma para o caso concreto.

Seja como for, todas essas questões de objetividade e de racionalidade da interpretação constitucional desembocam no problema da *argumentação jurídica*, na medida em que é por meio dela que se

53 SANCHÍS, op. cit., p. 134: “[...] tal vez sea exagerar un poco, pero casi podría decirse que no hay norma sustantiva de la Constitución que no encuentre frente a sí otras normas capaces de suministrar eventualmente razones para una solución contraria.”

54 Cf. MARTINS, op. cit., p. 111: “Sem tomar partido sobre a intrincada questão da possibilidade de controle jurisdicional dos critérios técnicos adotados pela Administração Pública, é interessante observar que o panorama normativo cada vez mais complexo que se coloca diante do juiz (especialmente com a interpretação e aplicação de princípios) apresenta reflexos diretos no dever de fundamentação das decisões: quanto mais complexo o sistema normativo, tanto mais complexa é a tarefa do juiz de demonstrar a aplicabilidade das normas em que se baseia sua decisão.”

55 Martins, op. cit., p. 104.

expõe o caminho percorrido para a solução das questões submetidas a exame. Não por acaso, esse tem sido, no último meio século, um dos segmentos mais revigorados da Teoria Geral do Direito, abandonado sob o paradigma do positivismo jurídico.

2.2 PONDERAÇÃO DE BENS E INTERESSES CONSTITUCIONAIS

Até este ponto, foram feitas referências a princípios jurídicos, sem, no entanto — porque não se mostrava necessário aos fins colimados —, empreender tentativa de conceituá-los com precisão. Sabe-se, também, que os princípios constitucionais tornaram-se elementos de caráter fundamental nos sistemas normativos sob o paradigma do neoconstitucionalismo. Essa *fundamentalidade* obrigou a doutrina a apreciá-los, de forma rigorosa, sob o enfoque da *normatividade jurídica*, nomeadamente por meio da identificação das distinções existentes entre regras e princípios, como espécies do mesmo gênero, a norma. Tal linha de pesquisa, ainda que *en passant*, deve ser percorrida para a compreensão do significado da técnica de ponderação de bens e interesses constitucionais.

Como lembra Robert Alexy⁵⁶, as diferenças entre regras e princípios já tinham curso na Alemanha e na Áustria desde as décadas de 1940 e 1950, mas foi com a crítica de Ronald Dworkin ao positivismo de H. L. A. Hart que a discussão adquiriu amplo espectro.

Analisando os modelos positivistas de John Austin e, com destaque, de H. L. A. Hart, Dworkin critica-os por serem fundados apenas em regras, quando, na verdade, juristas pensam e utilizam também outros padrões (princípios e políticas, *v.g.*) que não operam da mesma maneira, particularmente nos chamados *hard cases*, aqueles para os quais as regras não oferecem soluções claras ou definitivas. A partir daí, argumenta que o positivismo não comporta a descrição de uma ordem normativa *para além das regras*, desenvolvendo toda a teoria dos

56 ALEXY, Robert. Sobre a estrutura dos princípios jurídicos. Revista *Internacional de Direito Tributário*, Belo Horizonte, v. 3, p. 155-167, jan./jun. 2005, p. 155: “A distinção entre regras e princípios já tinha sido amplamente considerada na Alemanha por Josef Esser durante a década de 50, embora com uma terminologia levemente diferente (Esser 1974). Na Áustria, Walter Wilburg antecipara grandes desenvolvimentos na sua teoria dos sistemas flexíveis, na década de 40 (Wilburg 1941; 1951; 1963). Em todo caso, foi o grande desafio de Ronald Dworkin à versão do positivismo de H.L.A. Hart, inicialmente em ‘The Model of Rules’, que marcou o início de uma ampla discussão.”

princípios como normas decorrentes da exigência de justiça, equidade ou outra dimensão da moralidade.⁵⁷⁻⁵⁸

A seu turno, a teoria de Robert Alexy, divisível em três etapas de raciocínio, inicia pela *Tese da Otimização*, em que enfrenta o tema da natureza dos princípios. Após afirmar que falta clareza e sobra polêmica na distinção entre estes e as regras, com uma pluralidade desconcertante de critérios distintivos, aponta para o conceito de princípios como *mandamentos de otimização*, espécies de normas que determinam seja algo satisfeito na maior medida possível:

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que *princípios* são 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. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.

Já 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 mais, nem menos. Regras contêm, portanto, *determinações* no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio.⁵⁹

57 DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 35-36: "Quero lançar um ataque geral contra o positivismo e usarei a versão de H. L. A. Hart como alvo, quando um alvo específico se fizer necessário. Minha estratégia será organizada em torno do fato de que, quando os juristas raciocinam ou debatem a respeito de direitos e obrigações jurídicos, particularmente naqueles casos difíceis nos quais nossos problemas com esses conceitos parecem mais agudos, eles recorrem a padrões que não funcionam como regras, mas operam diferentemente, como princípios, políticas e outros tipos de padrões. Argumentarei que o positivismo é um modelo de e para um sistema de regras e que sua noção central de um único teste fundamental para o direito nos força a ignorar os papéis importantes desempenhados pelos padrões que não são regras."

58 Id., *ibid.*, loc. cit.: "Denomino 'princípio' um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade."

59 ALEXY, 2008, p. 90-91.

Percebe-se que a distinção entre princípios e regras entabulada por Alexy aproxima-se da proposta por Dworkin⁶⁰, se se tomar em consideração a ideia de *mecanismo de funcionamento* como critério distintivo. O conceito de princípio como *mandamento de otimização* — que radica na base da teoria dos direitos fundamentais de Alexy —, contudo, diferencia substancialmente os dois autores e conduz este último à *Lei de Colisão*.

Segundo o professor alemão, regras e princípios comportam-se de maneira bastante díspare quando em conflito. Em relação a ambas as espécies de normas, há conflito se duas regras ou dois princípios, aplicados separadamente, levam a resultados incompatíveis, a dois julgamentos de dever-ser específicos que se contradizem.⁶¹ Na esfera de um mesmo sistema normativo, essa não configura uma solução válida.

A contradição entre regras é solvida ou por meio da introdução de uma cláusula de exceção em uma delas, de modo a compatibilizá-las no plano do mesmo sistema normativo, ou por meio da declaração de invalidade de uma das (ou de todas as) regras em conflito. Assim ocorre porque — assevera Alexy — o conceito de validade jurídica não é graduável. Dito de outra forma, “se uma regra é válida e aplicável a um caso concreto, isso significa que também sua consequência jurídica é válida”⁶².

Um exemplo elucidada a questão. A regra de uma determinada instituição de ensino que imponha o uso de trajes formais aos discentes durante as aulas colide com a que permite roupas mais leves nas aulas de educação física. Ambas só se harmonizam quando a segunda é compreendida como uma hipótese excepcional à primeira, que poderia ser descrita nestes termos: “é obrigatório o uso de trajes formais durante as aulas, salvo durante as aulas de educação física, quando será permitido o uso de trajes mais leves”⁶³. A outra via de eliminação do conflito entre tais regras seria a invalidação de uma delas (ou de ambas), com o emprego dos conhecidos critérios de solução de antinomias jurídicas.⁶⁴

60 Como observa o próprio Alexy. Cf. id., *ibid.*, p. 91, nota nº 27.

61 ALEXY, 2005, p. 157.

62 ALEXY, 2008, p. 92.

63 Uma regra com tal enunciado certamente redundaria em dificuldades de aplicação, tendo em vista a abertura semântica da locução “trajes mais leves”. Em boa medida, esse constitui o universo dos princípios.

64 Id., *ibid.*, p. 93: “A constatação de que pelo menos uma das regras deve ser declarada inválida quando uma cláusula de exceção não é possível em um conflito entre regras nada diz sobre qual das regras deverá ser

Já quanto à colisão entre princípios, diversa a fórmula de harmonização, como explica Alexy:

Se dois princípios colidem — o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com o outro, permitido —, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta. Isso é o que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com o maior peso têm precedência. Colisões entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípios — visto que só princípios válidos podem colidir — ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão do peso.⁶⁵

O essencial para o autor alemão, portanto, cinge-se ao postulado de que a colisão entre princípios resolve-se não na dimensão da validade, como se dá com as regras, mas na *dimensão do peso*, para cujo aprofundamento o próprio Alexy remete a Dworkin.⁶⁶ Esse peso ou importância, contudo — e é curial apreender o ponto —, só gera a precedência de um dos princípios em testilha *sob determinadas condições*, vale dizer, *diante das circunstâncias (fáticas e jurídicas) do caso sob exame*. Não existem, de conseguinte, relações de precedência entre princípios incondicionadas, abstratas ou absolutas.

Dando ênfase, justamente, a tais condições de prioridade, e trabalhando com dois precedentes do Tribunal Constitucional Federal

tratada dessa forma. Esse problema pode ser solucionado por meio de regras como *lex posterior derogat legi priori* e *lex specialis derogat legi generali*, mas é também possível proceder de acordo com a importância de cada regra em conflito. O fundamental é: a decisão é uma decisão sobre validade.”

65 Ibid., p. 93-94.

66 Ibid., p. 94, nota n° 31. Cf. DWORKIN, op. cit., p. 42-43, de onde se colhe o seguinte fragmento: “Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm — a dimensão do peso ou importância. Quando os princípios se inter cruzam (por exemplo, a política de proteção aos compradores de automóveis se opõe aos princípios de liberdade de contrato), aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um. Esta não pode ser, por certo, uma mensuração exata e o julgamento que determina que um princípio ou uma política particular é mais importante que outra freqüentemente será objeto de controvérsia. Não obstante, essa dimensão é uma parte integrante do conceito de um princípio, de modo que faz sentido perguntar que peso ele tem ou quão importante ele é.”

alemão⁶⁷, Alexy chega à conclusão de que elas exercem um duplo papel e descreve a *Lei de Colisão*, considerada pelo próprio autor um dos fundamentos da teoria dos princípios que postula:

(K') As condições sob as quais um princípio tem precedência em face de outro constituem o suporte fático de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio que tem precedência.

Essa lei, que será chamada de “*lei de colisão*”, é um dos fundamentos da teoria dos princípios aqui defendida. Ela reflete a natureza dos princípios como mandamentos de otimização: em primeiro lugar, a inexistência de relação absoluta de precedência e, em segundo lugar, sua referência a ações e situações que não são quantificáveis. Ao mesmo tempo, constituem eles a base para a resposta a objeções que se apóiam na proximidade da teoria dos princípios com a teoria dos valores.⁶⁸

Vistas a Tese da Otimização e a Lei de Colisão, falta a *Lei de Ponderação* como a última etapa da teoria de Alexy. A essa altura, registra que o resultado prático da compreensão dos princípios como mandamentos de otimização revela-se na *equivalência* ao princípio da proporcionalidade, no sentido de que há mútua implicação entre ambos, ou seja, a teoria dos princípios (como mandamentos) a demandar a utilização da máxima da proporcionalidade, e esta a reconduzir aos princípios na qualidade de *mandados de otimização*.⁶⁹

Nessa seara, o postulado da proporcionalidade — e de suas três regras operativas (adequação, necessidade e proporcionalidade em

67 O relativo à capacidade do acusado para participar de audiência em processo penal (*BVerfGE* 51, 324) e o caso Lebach (*BVerfGE* 35, 202), em que a Corte Constitucional alemã cuidou da colisão entre o princípio da proteção à personalidade e o da liberdade de informar via radiodifusão. Para um detalhamento desse último caso, cf. MARTINS, Leonardo (org.). *Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer, 2005. p. 486-494.

68 *Ibid.*, p. 99. Em ALEXY, Robert. *Sobre a estrutura...*, p. 159, acha-se a seguinte enunciação da Lei de Colisão: “Segundo ela, as condições sob as quais um princípio assume prioridade sobre um outro constituem os fatos operativos de uma regra que dá efeito jurídico ao princípio considerado prioritário.”

69 ALEXY, Robert. *Sobre a estrutura...*, p. 159: “O significado prático da teoria dos princípios na forma da tese da otimização é encontrado sobretudo em sua equivalência ao princípio da proporcionalidade [...]. A teoria dos princípios implica o princípio da proporcionalidade e o princípio da proporcionalidade implica a teoria dos princípios [...]. Portanto, quem rejeita a teoria dos princípios precisa rejeitar o princípio da proporcionalidade também. A discussão em torno da teoria dos princípios pode, portanto, ser vista como reflexo da discussão em torno do princípio da proporcionalidade.” Cf. ALEXY, Robert. *Teoria...*, p. 116-120.

sentido estrito)⁷⁰ — consubstancia o método que permite a ponderação ou o sopesamento dos princípios constitucionais *tanto quanto seja possível, relativamente às possibilidades fáticas e jurídicas*. Na teoria de Alexy, as regras da adequação e da necessidade dizem respeito às possibilidades fáticas ou reais, enquanto a proporcionalidade em sentido estrito cogita das jurídicas⁷¹, *i.e.*, do cenário normativo em que os princípios produzem mútuas interferências e devem, portanto, ser objeto de harmonização nos casos concretos que são chamados a, simultaneamente, regular.

Assim, para as hipóteses segundo as quais a realização de um princípio depende da maior ou menor satisfação de outro, Alexy enuncia a Lei de Ponderação: “Quanto mais intensa interferência em um princípio, mais importante é a realização do outro princípio”. O professor alemão compreende tanto essa regra quanto a Lei de Colisão como tentativas de descrever mais precisamente a ideia central da teoria dos princípios, a Tese da Otimização⁷².

O exercício de ponderação de bens e interesses constitucionais, todavia, como denota Prieto Sanchís, normalmente resulta no triunfo de um dos princípios em colisão, e não no equilíbrio dos valores ou razões que estejam em conflito.⁷³ Para explicitar essa e outras características do juízo de ponderação, lança-se mão, doravante, da decisão proferida pela Corte Constitucional alemã no caso Lüth, julgado em 1958⁷⁴.

No início da década de 1950, o cidadão alemão Erich Lüth, crítico de cinema e diretor do Clube da Imprensa de Hamburgo, conclamou distribuidoras e público a boicotar o filme lançado à época por Veit

70 Para uma visão detalhada dos três componentes da máxima da proporcionalidade, v. BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003, especialmente o capítulo II. De modo simplificado, o juízo de adequação ou idoneidade corresponde à análise da congruência entre a medida adotada e o princípio que ela pretende satisfazer (adequação meio-fim). De sua vez, o juízo de necessidade ou exigibilidade concentra-se na mínima onerosidade da medida adotada em face do princípio restringido (mandamento do meio menos gravoso). Por último, o juízo da proporcionalidade em sentido estrito busca a otimização das possibilidades jurídicas, o que desemboca na Lei de Ponderação, exposta na sequência do texto.

71 ALEXY, 2008, p. 160.

72 Alexy, 2008, p. 161.

73 SANCHÍS, op. cit., p. 137: “Ciertamente, en el mundo del Derecho el resultado de la ponderación no ha de ser necesariamente el equilibrio entre tales intereses, razones o normas; al contrario, lo habitual es que la ponderación desemboque en el triunfo de alguno de ellos en el caso concreto.”

74 Apresentado em MARTINS, Leonardo (org.), op. cit., p. 381-395. A decisão do caso Lüth constitui uma das mais conhecidas do acervo de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão (BverfGE 7, 198), pois, além de outras conquistas, lança as bases de uma dogmática geral dos direitos fundamentais e da exigência de ponderação dos princípios em disputa no caso concreto.

Harlan, pelo fato de esse roteirista e diretor representar, na visão de Lüth, a estética nazista, além de ter contribuído com a violência contra o povo judeu, durante a Segunda Guerra Mundial, por meio do filme *Jud Süß*, de 1941. Harlan e seus parceiros comerciais ajuizaram ação de pretensão mandamental contra Lüth, pleiteando que este fosse proibido de continuar com tais práticas, sob pena de sanção pecuniária, com base no § 826 do BGB (Código Civil alemão), norma semelhante à contida no artigo 186 do Código Civil brasileiro⁷⁵.

O Tribunal Estadual de Hamburgo, por entender que as expressões de Lüth ultrapassavam os limites de seu direito fundamental à livre manifestação do pensamento, representando ato ilícito, julgou procedente o pedido. Irresignado, Lüth recorreu ao Superior Tribunal Estadual de Hamburgo e propôs, ao mesmo tempo, reclamação perante a Corte Constitucional, por alegada ofensa ao referido direito fundamental.

Estavam em colisão, portanto — embora o Tribunal Constitucional Federal alemão não tenha, em 1958, decodificado a controvérsia nesses termos —, dois princípios constitucionais: o direito fundamental de Lüth à livre manifestação do pensamento e o de Harlan e seus parceiros ao livre exercício de atividades civis e comerciais, sem intervenções públicas ou privadas espúrias.⁷⁶ Esse era, em síntese, o problema que o *Bundesverfassungsgericht* tinha diante de si.

A Corte Constitucional alemã julgou procedente a reclamação aviada por Lüth, em termos tais que a transcrição de fragmento das conclusões do julgado mostra-se útil:

Para a solução da questão de se saber se a convocação ao boicote segundo esses critérios é imoral [...], faz-se necessário verificar os motivos, o objetivo e a finalidade das expressões. Além disto, deve-se examinar se o reclamante, na busca de seus objetivos, não ultrapassou a medida necessária e adequada do comprometimento dos interesses de *Harlan* e das sociedades cinematográficas.

75 “Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”

76 Tal conflito poderia descrever-se como sendo entre o livre exercício de atividades civis e comerciais e o direito fundamental da população de acesso à informação e ao debate consciente, ou, ainda, entre a livre expressão da personalidade de dois indivíduos (Lüth na crítica e Harlan na produção cinematográfica), o que só prova os desafios oferecidos pelo juízo de ponderação logo na definição mesma dos princípios em confronto.

a) Com certeza não têm, os motivos que levaram o reclamante às suas expressões, nada de imoral. O reclamante não perseguiu nenhum interesse de natureza econômica; ele não se encontrava em uma relação de concorrência nem com as sociedades cinematográficas, nem com *Harlan*. Até mesmo o tribunal estadual verificou, em sua decisão nos autos do processo da ação cautelar, que a audiência não revelou nada no sentido de se concluir que o reclamante teria agido em função de “motivos indignos ou egoísticos”. Isso não foi contestado por nenhuma das partes.

b) O objetivo das expressões do reclamante foi, como ele mesmo afirma, impedir que *Harlan* se firmasse como representante significativo da cinematografia alemã; ele queria impedir que *Harlan* fosse de novo apresentado como criador de filmes alemães e com isso surgisse a impressão de que um novo crescimento da cinematografia alemã tivesse que ser necessariamente ligado à pessoa de *Harlan*. [...]

As expressões do reclamante precisam ser observadas no contexto de suas intenções políticas gerais e de política cultural. Ele agiu em função da preocupação de que o retorno de *Harlan* pudesse ser interpretado – sobretudo no exterior – como se na vida cultural alemã nada tivesse mudado desde o tempo nacional-socialista: Como [sic] naquele tempo, *Harlan* seria também novamente o diretor representativo da cinematografia alemã. Estas preocupações correspondiam a uma questão muito substancial para o povo alemão; em suma: a questão de sua postura moral e sua imagem no mundo naquela época. Nada comprometeu mais a imagem alemã do que a perseguição maldosa dos judeus pelo nacional-socialismo. Existe, portanto, um interesse decisivo de que o mundo saiba que o povo alemão abandonou essa postura e a condena, não por motivos de oportunismo político, mas por causa do reconhecimento de sua hediondez, reconhecimento este firmado sobre uma guinada axiológica intrínseca.⁷⁷

Não há a menor dúvida acerca do fato de que a conjuntura da época influenciou a decisão do caso Lüth. Não obstante isso, interessa perceber que, ao investigar os *motivos*, o *objetivo* e a *finalidade* das expressões de Lüth contra Harlan, para decidir sobre a licitude ou a ilicitude da crítica (e do convite ao boicote) daquele contra este, a Suprema Corte alemã elege os critérios pelos quais irá apreciar a conduta do reclamante —

77 MARTINS, Leonardo (org.), op. cit., p. 393-394.

amparada, em tese, no direito fundamental à livre manifestação do pensamento — em face do princípio constitucional oposto, subjacente à regra do § 826 do BGB (incolumidade da esfera jurídica ou, em outras palavras, livre exercício de atividades civis e comerciais). Identifica, assim, as *condições concretas de precedência* de acordo com as quais o sopesamento será realizado.

Identificadas as *condições de prioridade* — os pressupostos fáticos que, se verificados, funcionam como a hipótese de incidência de uma regra incorporadora dos efeitos jurídicos determinados pelo princípio precedente —, o Tribunal Constitucional Federal alemão prossegue com o exame delas e elabora os seguintes raciocínios:

- i) se Lüth tivesse buscado satisfazer interesses econômicos, “indignos ou egoísticos” por meio do convite ao boicote ao trabalho de Harlan, haveria conduta ilícita⁷⁸ do ponto de vista tanto do próprio direito fundamental invocado — porque um boicote, *v.g.*, com fins concorrenciais não superaria o *teste da regra da adequação*, ou seja, não se fundamentaria, em termos minimamente aceitáveis, na livre manifestação do pensamento — quanto do princípio oposto, ofendido na medida em que a interferência sobre ele pela conduta baseada no direito fundamental não se apresentaria como a menos gravosa em relação ao princípio atingido (*teste da regra da necessidade*);
- ii) ao contrário, a manifestação de Lüth integrava um contexto político e cultural bem mais amplo (ainda o exame das *condições de precedência*), de preocupação com o *descolamento* ou o *abandono* da estética nazista (da qual Harlan era considerado um expoente) pelas artes alemãs no pós-guerra, o que conferia à crítica e ao boicote do reclamante um substrato ético-social consentâneo com a quadra histórica do país e, assim, adequados como legítimo exercício da liberdade de opinião; e
- iii) por último — e este ponto não vem explícito de nenhuma forma no corpo da decisão, valendo recordar que a decisão do caso Lüth data de 1958, quando a técnica de ponderação

78 A ilicitude da conduta, aqui, é diretamente vinculada aos princípios constitucionais em colisão. É a vulneração a eles que determina a pecha jurídica, independentemente da existência de regra infraconstitucional expressa a respeito.

ainda se encontrava nos estágios iniciais —, no sopesamento propriamente dito (*teste da regra da proporcionalidade em sentido estrito*), a Corte Constitucional alemã reconhece que não pode fixar uma precedência abstrata da livre manifestação do pensamento sobre o livre exercício de atividades civis e comerciais (porque tal significaria ignorar todas *condições de prioridade* já estabelecidas ao longo da fundamentação), e, por isso, conclui que *um convite ao boicote não constitui necessariamente uma conduta imoral*, nos termos do § 826 do BGB, e não a constitui no caso concreto, cujos pressupostos fáticos eleitos direcionam para a preservação integral do direito de livre expressão de Lüth em face da atividade artística (diretamente atingida pela crítica e pelo boicote proposto) de Harlan.

Diversas outras considerações poderiam ser entabuladas sobre a decisão do caso Lüth, no que tange aos aspectos alusivos ao juízo de ponderação entre princípios constitucionais. Importa, contudo, orientar o debate para o problema da *racionalidade* dessa técnica, questão antecipada pelo próprio Alexy:

Contra a idéia de sopesamento é muitas vezes levantada a objeção de que ela não é um modelo aberto a um controle racional. Valores e princípios não disciplinam sua própria aplicação, e o sopesamento, portanto, ficaria sujeito ao arbítrio daquele que sopesa. Onde começa o sopesamento terminaria o controle por meio de normas e métodos. Ele abriria espaço para o subjetivismo e o decisionismo dos juízes. Essas objeções são procedentes se com elas se quiser dizer que o sopesamento não é um procedimento que conduza, em todo e qualquer caso, a um resultado único e inequívoco. Mas elas não são procedentes quando daí se conclui que o sopesamento é um procedimento não-racional ou irracional.⁷⁹

Em si mesma, a decisão do caso Lüth, explorada nos parágrafos precedentes, deixa entrever a complexidade — para dizer o mínimo — da tarefa hermenêutica *sobre* princípios e *entre* princípios. A eleição de *condições de preferência* distintas pode conduzir o intérprete a resultados completamente inesperados, ou melhor, fora da razoável expectativa da comunidade jurídica ou dos sujeitos que aguardam a deliberação estatal. Se a carência de objetividade é um risco mesmo quando se opera no âmbito das regras, no plano dos princípios (e da ponderação de direitos

79 ALEXY, 2008, p. 163-164.

fundamentais) ela encontra espaço para existir no limite da função: a eliminação da segurança jurídica.

Ao mesmo tempo, porém, é preciso afirmar, juntamente com Prieto Sanchís⁸⁰, que uma ponderação verdadeira não pode dar margem a qualquer resultado. Se a existência de princípios no sistema jurídico aumenta a indeterminação do Direito — fato de todo inegável —, o que abre ensanchas à positivação de *escolhas pessoais* em vez de *escolhas jurídicas*, ainda que com a roupagem ilusória de fundamentos normativos, cria-se para o intérprete a obrigação de, ao operar com tais espécies de normas, conter o próprio subjetivismo a cada passo. A indagação, renitente, é a de como fazê-lo.

2.3 PONDERAÇÃO, RACIONALIDADE E ARGUMENTAÇÃO: A CONTRIBUIÇÃO DO CRITÉRIO DE CORREÇÃO DO PONTO MÉDIO DE RUPTURA

A doutrina preocupada com a racionalidade do discurso jurídico em tempos de neoconstitucionalismo e de ponderação de princípios tem trabalhado, em síntese, com duas vertentes ou propostas, não de superação completa, mas de *redução* do subjetivismo e do decisionismo, tendo em conta que a dimensão humana é ineliminável da tarefa hermenêutica e, portanto, sempre haverá certa *carga pessoal* na interpretação e na aplicação do Direito. A primeira vertente opera no âmbito *normativo*; a segunda, no plano da *argumentação*.

Na esfera normativa, a ideia prevalecente firma-se na elaboração de parâmetros preferenciais (não absolutos) para orientar o emprego da técnica de ponderação. Ana Paula de Barcellos exemplifica essa linha de pesquisa:

Cabe aqui fazer uma observação. Todos os exemplos referidos acima envolveram um específico conflito normativo (liberdade de imprensa e de informação *versus* intimidade, vida privada e honra). De fato, um dos importantes trabalhos da dogmática constitucional é exatamente esse: formular parâmetros fundamentados que permitam delinear os limites de cada um dos comandos constitucionais, especialmente nas situações em que, com maior frequência (ou mais previsivelmente), eles entrem em confronto com outros comandos constitucionais. O estudo em abstrato desses conflitos e os parâmetros que venham a

80 SANCHÍS, op. cit., p. 152.

ser propostos em decorrência dele proporcionarão maior segurança e uniformidade à interpretação das normas constitucionais.⁸¹

Nessa seara, dita autora propõe dois parâmetros básicos de auxílio à ponderação:

- i) regras têm precedência sobre princípios constitucionais; e
- ii) direitos fundamentais têm prioridade sobre as demais normas (ou a solução que prestigia a dignidade humana é superior às demais)⁸². Sem embargo das críticas que podem ser lançadas contra o primeiro parâmetro sugerido, cabe perceber a influência de tais cláusulas sobre a própria argumentação a ser desenvolvida no ato de interpretação e de aplicação do Direito. Em outras palavras, o que os parâmetros para a ponderação pretendem oferecer, ao fim e ao cabo, é a *distribuição (mais) racional do ônus argumentativo*, ofertando critérios de correção que, quando afastados nos casos complexos — porque deles só se extrairia soluções incompatíveis com a Constituição —, obrigam o intérprete a uma mais profunda e analítica fundamentação da decisão.

Esse, com efeito, constitui o motivo pelo qual as duas vertentes ou propostas retromencionadas convergem e se realizam, conjuntamente, no plano da argumentação, a base técnica da interpretação jurídica para Margarida M. L. Camargo⁸³. Aqui, entretanto, não se chega ao ponto, como ela o faz, de afirmar que “o direito, propriamente dito, não é norma geral, porém, norma individual, pois somente as decisões dos juízes é que efetivamente obrigam”⁸⁴. Dizer isso significa ignorar toda

81 BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 61.

82 Id., *ibid.*, p. 66.

83 CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do direito*. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 1.

84 Id., *ibid.*, p. 17: “A esfera da vida referente ao agir encontra-se antes sujeita à compreensão do sentido que ensejou a ação, do que à simples explicação de relações que lhe tenham servido de causa. A idéia é a de que as ações humanas, orientadas para finalidades, encontram-se inseridas em um porquê histórico, da mesma forma que o intérprete é um ser também historicamente orientado e que faz parte de uma tradição. A norma jurídica constitui-se, assim, em um fazer humano, carregado de sentido. E o direito, propriamente dito, não é norma geral, porém, norma individual, pois somente as decisões dos juízes é que efetivamente obrigam. Com a sentença é que sabemos, efetivamente, qual o nosso direito ou a nossa obrigação. Antes disso, a norma atua apenas como parâmetro e orientação para a conduta, sem imputar qualquer dever, como diria Kelsen. Para nós, o direito apresenta-se jungido à própria hermenêutica, uma vez que a sua existência, enquanto significação, depende da concretização ou da aplicação da lei em cada caso julgado.”

a dimensão das relações jurídicas que se constituem e se desenvolvem ao largo do processo jurisdicional — na verdade, a quase totalidade dos vínculos —, ou, por outro raciocínio, desconhecer o fato de que cada destinatário da norma abstrata tem a valia do primeiro intérprete e do primeiro concretizador dela. Esse entendimento fortalece a cidadania de cada sujeito de direito, outorgando-lhe uma *presença* na ordem normativa que não decorre da tese da identificação do Direito exclusivamente com a norma individual.

De qualquer sorte, a técnica da ponderação de bens e interesses constitucionais, em razão dos problemas com os quais lida (colisão de princípios), demanda do intérprete uma *capacidade argumentativa* incomum, na medida em que ponderar consiste em definir a melhor decisão quando concorrem fundamentos conflitivos e de mesmo valor⁸⁵. A fim de tentar reduzir esse ambiente de incerteza, próprio de uma fase de *transição paradigmática*⁸⁶, sugere-se, nos parágrafos seguintes, um *modelo de correção* da argumentação empreendida nos casos de colisão de princípios constitucionais, denominado de *ponto médio de ruptura*.

Antes, porém, uma ressalva: o modelo de correção argumentativa proposto não tem, à evidência solar, a pretensão de resolver definitivamente toda a complexidade do raciocínio de ponderação. Serve, apenas, como tentativa de *facilitar* a interpretação e a avaliação das *condições de precedência* de que cogita Alexy⁸⁷ e, portanto, de *orientar* a argumentação desenvolvida a partir dos elementos do caso concreto.

Dito isso, a utilização de um confronto de princípios constitucionais comum na jurisprudência — o embate entre a liberdade de imprensa e de informação, de um lado, e do direito fundamental à vida privada e à intimidade, de outro — permite expor o critério de correção do *ponto médio de ruptura* com maior eficiência. Imagine-se, então, o seguinte caso hipotético: conhecido parlamentar nacional, que já participou de diversas legislaturas e exerceu inúmeros cargos públicos eletivos, é fotografado em movimentado restaurante de uma capital brasileira ao lado de companhia feminina que, posteriormente, é identificada como diretora-executiva de uma grande empresa poluidora que vinha sendo defendida pelo parlamentar em pronunciamentos e em textos escritos nos mais diversos veículos de comunicação. No dia seguinte, tomando conhecimento das fotos e do fato de que elas ilustrariam, nos próximos dias, grande reportagem de capa em jornal

85 SANCHÍS, op. cit., p. 137.

86 V. 2, *supra*.

87 V. 3.2, *supra*.

de circulação nacional, o político ajuíza contra este ação inibitória com pedido de antecipação dos efeitos da tutela, baseando-se no direito fundamental à intimidade e à vida privada, para impedir a publicação da matéria.

Logo se vê que o juiz da causa está diante de um típico conflito de princípios constitucionais; inexistente, de fato, qualquer espécie de prioridade abstrata entre eles. É patente, também, que o recurso aos critérios clássicos de solução de antinomias jurídicas para decidir tal choque normativo e, em seguida, o uso da técnica da subsunção para aplicar o princípio “vencedor” mostram-se inservíveis na colisão sob foco. Esse é, portanto, o terreno próprio da ponderação de bens e interesses constitucionais.

O primeiro passo que o *ponto médio de ruptura* sugere consiste na redução de todas as características singulares do caso às *condições de precedência mínimas* do princípio atingido pela ação que lhe foi contrária, amparada no princípio oposto. Essa etapa não precisa, necessariamente, constar de forma explícita na argumentação do intérprete. Pode ser efetivada a título de instância preliminar do processo argumentativo como um todo, não obstante o fato de que, se a argumentação incorporar essa fase do raciocínio, ela se torna excepcionalmente precisa no descobrimento das condições de precedência de um princípio sobre o outro.

Desenvolvendo esse primeiro passo, a descrição do caso hipotético restaria assim: um homem comum (no sentido de não possuir expressão pública) é fotografado em local privado na companhia de uma mulher, e a foto ilustrará matéria sobre o evento (o encontro de ambos) em jornal de circulação no território do município onde o fato ocorreu. Nesse *contexto fático mínimo* — e só nele, na qualidade de *etapa inicial* do modelo —, impõe-se a conclusão da ofensa ao direito fundamental à intimidade e à vida privada, pois não há razões de nenhuma natureza que justifiquem a publicidade comercial de um fato ordinário da vida particular de alguém.

A redução às condições mínimas de precedência tem o objetivo primacial de identificar e isolar os elementos particulares do caso relevantes para a argumentação, sejam aqueles que induzirão à preservação da resposta obtida segundo o contexto fático mínimo, sejam aqueles que orientarão rumo à prioridade do outro princípio. Na hipótese sob exame, esses traços são:

- a) a qualidade do homem fotografado de parlamentar conhecido e de expressão nacional, com história na política brasileira;

- b) o local do fato (movimentado restaurante de grande cidade);
- c) a qualidade da mulher fotografada de importante executiva de empresa de porte;
- d) a atividade supostamente poluidora dessa última;
- e) a relação entre o parlamentar e a empresa, por meio de discursos e de textos de defesa amplamente publicizados na mídia; e
- f) a cobertura nacional do veículo de comunicação. Uma argumentação que não cobrisse todos esses fatores não seria equivocada — no sentido de obedecer a critérios de correção lógica —, mas necessariamente incompleta.

O segundo passo que o *ponto médio de ruptura* propugna consubstancia-se na comparação entre os elementos reduzidos (simplificados) e os originais do caso, a fim de apreender *em que medida* particularizam a espécie e *em que sentido* apontam no estabelecido confronto dos princípios constitucionais. Assim, *v.g.*, é possível conceber que a qualidade de político de expressão nacional e histórica implica maior interesse de público qualificado (cidadãos eleitores) nas atividades do parlamentar, tanto mais quando realizadas de forma ostensiva, ou que a relação entre ele e a empresa à qual se imputa poluição do meio ambiente, nos termos dos discursos de defesa proferidos, denota vínculo de caráter *público e atual* (porque objeto de manifestações escritas e orais recentes destinadas ao conhecimento de outras pessoas) justificador da divulgação do encontro dele com executiva dessa mesma empresa.

Referida comparação entre os fatos reduzidos e os originais do caso dá-se *no âmbito da argumentação*, ou seja, na esfera da explicitação, do encadeamento e da análise racional das condições de precedência, permitindo ao intérprete aquilatá-las diante de um padrão básico de confronto dos princípios constitucionais de acordo com o qual se produz consenso⁸⁸ a respeito do princípio prioritário. Eventualmente, um ou outro elemento comparado não apontará, com razoável grau de certeza, o sentido final da ponderação — a amplitude do veículo de comunicação poderia, *in casu*, funcionar como condição neutra —, hipótese em que,

⁸⁸ Também esse consenso acha-se no plano da argumentação, como uma verossimilhança passível de aceitação pela maioria dos indivíduos esclarecidos ou, se se considerar suficiente um consenso restrito, apenas pelos sujeitos em litígio.

argumentativamente, a particularidade pode ser disposta em segundo plano ou associada a outro elemento comparado, que com ela guarde relação de proximidade (por exemplo, em quais jornais ou revistas, se de ampla ou restrita circulação, houve publicação dos discursos e dos textos do parlamentar em defesa da empresa supostamente poluidora).

O modelo de correção argumentativa do *ponto médio de ruptura* deve ser compreendido dentro de seus limites. Ele colabora como uma *fórmula discursiva* no isolamento e na avaliação das condições de precedência dos princípios em disputa, mas não oferece solução pronta e acabada para qualquer conflito de cláusulas constitucionais. No caso em apreço, uma decisão alternativa ao simples estabelecimento da superioridade da liberdade de imprensa e de informação e, portanto, do indeferimento do pedido do parlamentar seria a proibição de uso das fotos na matéria jornalística (concessão parcial do pedido antecipatório), sem comprimir integralmente, dessa forma, o direito fundamental à intimidade e à vida privada. Ambos os desfechos, vale dizer, são *legítimos* para o modelo de correção argumentativa do *ponto médio de ruptura*.

3 CONCLUSÃO

O neoconstitucionalismo, como resultado em construção de uma transição paradigmática, traz consigo um conjunto de dúvidas e de complexidades, relacionadas a uma nova dimensão do direito constitucional e do papel das constituições nos sistemas normativos contemporâneos. No Brasil, tais perplexidades são ainda mais candentes, diante das características e da pouca idade da Carta da República de 1988.

Boa parte do conjunto referido direciona-se para o problema da racionalidade na interpretação e na aplicação das normas constitucionais, especialmente das de caráter principiológico, cujos enunciados abertos e indeterminados favorecem toda sorte de subjetivismos. Por essa razão, doutrina e jurisprudência têm trabalhado no desenvolvimento de técnicas e mecanismos de controle da tarefa hermenêutica, diante do fato de que os recursos interpretativos existentes, formulados para utilização em outro panorama normativo, não respondem adequadamente às propostas do neoconstitucionalismo.

O problema da racionalidade, estreitamente ligado à técnica de ponderação de bens e interesses constitucionais, método próprio de solução das colisões de princípios, evoca duas espécies de soluções, uma normativa e outra argumentativa. Nota-se, todavia, que ambas operacionalizam-se, de fato, no plano da argumentação, e por isso o interesse renovado nesse campo de estudos da Teoria Geral do Direito, abandonado sob o paradigma do positivismo jurídico.

A ponderação de bens e interesses constitucionais não expressa uma técnica que conduz, sempre e inevitavelmente, a uma única decisão. No emprego dela, o isolamento e a valoração das chamadas condições de precedência (de um princípio sobre o outro), que só podem ser aferidas no caso concreto, constituem a etapa mais problemática do raciocínio e da argumentação consequente. O critério de correção argumentativa do *ponto médio de ruptura* atua nesse exato ponto, como um instrumental de orientação do processo argumentativo nas hipóteses específicas de conflitos entre princípios constitucionais.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático*. In: CARBONELL, Miguel (ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003.

_____. Sobre a estrutura dos princípios jurídicos. *Revista Internacional de Direito Tributário*, Belo Horizonte, v. 3, p. 155-167, jan./jun. 2005.

_____. *Teoria dos direitos fundamentais*. trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Boletim de Direito Administrativo*, v. 23, n. 1, p. 20-49, jan. 2007.

_____. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. BARCELLOS, Ana Paula de. O Começo da História: A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BOBBIO, Norberto. *Locke e o direito natural*. 2. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1998.

_____. MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. 8. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1995.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 16. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do direito*. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

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

COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. In: CARBONELL, Miguel (ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003.

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

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. trad. A. Ribeiro Mendes. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

HOBSBAWN, Eric. *Era dos Extremos: o breve século XX: 1914–1991*. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

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

LOIS, Cecilia Caballero. Direitos, racionalidade e constituição: a superação dos impasses provocados pelo neoconstitucionalismo contemporâneo, a partir da teoria do direito como integridade. Sequência: *revista do Curso de Pós-Graduação em Direito da UFSC*, v. 26, n. 52, p. 257-278, jul. 2006.

MARTINS, Leonardo (org.). *Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer, 2005.

MARTINS, Samir José Caetano. Neoconstitucionalismo e seus reflexos no dever de fundamentação das decisões judiciais no Brasil. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n. 44, p. 101-120, nov. 2006.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O Espírito das Leis*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

SANCHÍS, Luis Prieto. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. In: CARBONELL, Miguel (ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 8. ed. São Paulo: Cortez, 2001.

VALE, André Rufino do. Aspectos do neoconstitucionalismo. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, São Paulo, n. 9, p. 67-77, jan./jun. 2007.

