

1. INTRODUÇÃO

O Direito brasileiro vem sofrendo mudanças profundas nos últimos anos, relacionadas à emergência de um novo paradigma tanto na teoria jurídica quanto na prática dos tribunais, que tem sido designado como neoconstitucionalismo.

Nesse sentido, aduz Humberto Ávila que embora possa haver muita discussão a respeito de quais foram as teorias, métodos, ideologias ou movimentos jurídicos mais marcantes no período de vigência da Constituição de 1988, dúvida alguma existirá com relação ao fato de que o fortalecimento do que se convencionou chamar de “neoconstitucionalismo” foi um dos fenômenos mais visíveis da teorização e aplicação do Direito Constitucional nos últimos 20 anos no Brasil (ÁVILA, 2009).

Tal fato se deve a revolução operada com o implemento do Estado Constitucional Democrático de Direito, o qual com sua capacidade unificadora e textura aberta permite caminhar com outros saberes, em especial a filosofia do direito. Em virtude do irrefutável atrelamento entre a filosofia do direito e o direito constitucional, vislumbra-se, no neoconstitucionalismo, uma teoria do direito simultaneamente integradora e útil.

Em outras palavras, o atual Direito Constitucional está envolvido pela atmosfera teórica, metodológica e ideológica denominado neoconstitucionalismo¹ (COMANDUCCI *apud* CARBONELL, 2003), ou simplesmente constitucionalismo, presente em diferentes aspectos nas teorias de Ronald Dworkin (DWORKIN, 2002), Robert Alexy (ALEXY, 2004), Gustavo Zagrebelsky (ZAGREBELSKY, 2007), Luis Prieto Sanchís (SANCHÍS, 2003), Carlos Nino (NINO, 1989), Luigi Ferrajoli (FERRAJOLI, 2004), dentre outros. Entretanto, esses autores não podem ser reunidos em uma corrente unitária de pensamento, mas em suas teorias é possível encontrar uma série de coincidências e tendências comuns que podem conformar uma “nova cultura jurídica”² (SANCHÍS, 2003), um “paradigma constitucionalista *in statu nascendi*”³ (ATIENZA, 2004), ou, em outros termos, “o paradigma do Estado Constitucional de direito” (FERRAJOLI, 2004).⁴

¹ O termo neoconstitucionalismo pode ser utilizado fazendo referência a uma teoria, a uma ideologia ou a um método de análise do direito; ou como designando alguns elementos estruturais de um sistema jurídico e político, um modelo de Estado de Direito. Sobre as diversas acepções do termo neoconstitucionalismo.

² Diante das imprecisões terminológicas e dos diferentes usos do termo neoconstitucionalismo. Luis Prieto Sanchís se refere ao constitucionalismo como uma “nova cultura jurídica”.

³ Manuel Atienza denomina “paradigma constitucionalista” a nova concepção do Direito formada por coincidências e tendências comuns encontradas nas teorias de autores herdeiros do positivismo analítico e que hoje se aproximam das teses de Dworkin, como Neil MacCormick, Joseph Raz, Robert Alexy, Carlos Nino e Luigi Ferrajoli.

⁴ Luigi Ferrajoli utiliza o termo “paradigma do Estado constitucional de direito” para representar o modelo garantista.

Esses pontos em comum, retirados de teorias cujas bases filosóficas são bastante ecléticas, podem ser sintetizados da seguinte maneira:

“(...) a) a importância dada aos princípios e valores como componentes elementares dos sistemas jurídicos constitucionalizados; b) a ponderação como método de interpretação/aplicação dos princípios e de resolução dos conflitos entre valores e bens constitucionais; c) a compreensão da Constituição como norma que irradia efeitos por todo o ordenamento jurídico, condicionando toda a atividade jurídica e política dos poderes do Estado e até mesmo dos particulares em suas relações privadas; d) o protagonismo dos juízes em relação ao legislador na tarefa de interpretar a Constituição; e) a aceitação de alguma conexão entre Direito e moral. (...)” (POZZOLO, 1998, p. 340 e ss)

Assim, o direito do século XXI distancia-se das propostas de teorias de direito até então dominantes, que propunham o direito estritamente positivado, através do reconhecimento puramente formal da igualdade dos indivíduos perante a lei, e, jus naturalista. Tal superação, se deu, em razão das nefastas consequências à humanidade, tendo como marco histórico a Segunda Guerra Mundial, por meio do ressurgimento da dimensão valorativa do Direito e dos ideais de justiça.

Na verdade, sob o manto teórico, metodológico e ideológico do neoconstitucionalismo, o estudo do Direito Constitucional e, nesse âmbito das normas de direitos fundamentais e de sua interpretação, implica a superação da dicotomia positivismo/jusnaturalismo. Mais do que isso, pode-se afirmar que o neoconstitucionalismo combina certos aspectos do positivismo, do jusnaturalismo e do realismo jurídico (ATIENZA, 309).

Neste contexto, a Constituição da República de 1988, foi concebida como um marco orientador de toda a ordem jurídica, delimitando competências e procedimentos que irradiam sua carga principiológica e determinam a adequação de todas as normas vigentes segundo àquela. Neste quadro, desenvolveu-se a ideia de filtragem constitucional, que tomava como eixo a defesa da força normativa da Constituição e permitia pensar o Direito Constitucional em sua perspectiva jurídico-normativa em diálogo com as realidades social, política e econômica (SCHIER, 2005).

Em suma nas palavras de Luis Prieto Sanchís (SANCHÍS, 2003), inspirado em Robert Alexy (ALEXY, 2004), pode-se traçar o seguinte perfil do constitucionalismo contemporâneo: mais princípios que regras; mais ponderação que subsunção, mais Constituição que lei; mais juiz que legislador.

Desse modo, a atividade jurisdicional, agora, diante da pluralidade em que se encontra inserida, não mais se limita à mero exercício de subsunção do fato à norma, até mesmo pelo

fato da impossibilidade para tanto em algumas oportunidades, sendo possível a extração de mais de uma solução razoável para o mesmo conflito, por meio da aplicação do juízo de ponderação.

Retoma-se assim, o direito como expressão da justiça, agora com parâmetros de racionalidade, o qual permite falar em uma dimensão axiológica dentro da metodologia jurídica.

2. DO CONSTITUCIONALISMO AO NEOCONSTITUCIONALISMO: CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA

O marco histórico do novo direito constitucional, na Europa continental, foi o constitucionalismo do pós-guerra, especialmente na Alemanha e na Itália e algumas décadas mais tarde, após o fim das ditaduras de direita, na Espanha e em Portugal. A percepção de que as maiorias políticas podem perpetrar ou acumpliciar-se com a barbárie, como ocorrera no nazismo alemão, levou as novas constituições a criarem ou fortalecerem a jurisdição constitucional, instituindo mecanismos potentes de proteção dos direitos fundamentais mesmo em face do legislador (SARMENTO, 2009).

Como corolário, o mundo compreendeu a necessidade de uma mudança paradigmática. Para tanto, peso e relevância foram emprestados aos direitos humanos, ampliando exponencialmente a tutela destes direitos, com o objetivo de reduzir a discriminação gritante existente no final do século XX.

Desse modo, *“el Estado liberal de derecho”* que *“era un Estado legislativo que se afirmaba a sí mismo a través del principio de legalidade”* que *“suponían la reducción del derecho a la ley y la exclusión, o por lo menos la sumisión a la ley, de todas demás fuentes del derecho”* (ZAGREBELSKY, 2007, p. 24.), cedeu espaço para o desenvolvimento do *“modelo teórico para la explicación y descripción del Derecho del Estado Constitucional, caracterizado por negar la tesis iuspositivista de la separación conceptual entre Derecho y moral”* (POZZOLO *apud* CARBONELL, 2003, p. 188).

Nesse sentido, aduz Luís Roberto Barroso que, a reconstitucionalização da Europa, imediatamente após a 2ª Grande Guerra e ao longo da segunda metade do século XX, redefiniu o lugar da Constituição e a influência do direito constitucional sobre as instituições contemporâneas. Desse modo, a aproximação das ideias de constitucionalismo e de democracia produziu uma nova forma de organização da política, que atende por nomes diversos: Estado democrático de direito, Estado constitucional de direito, Estado constitucional democrático (BARROSO, 2005).

No contexto da crescente complexidade social e dos preceitos de globalização, afirma Danilo Zolo que, os problemas com os quais foram e são preciso se confrontar podem ser

unificados sob o título de “crise do Estado de Direito”. Tal crise, refere-se ao funcionamento das estruturas “garantistas” dos Estados ocidentais, em particular nas versões euro continentais do período pós-segunda guerra mundial, à proteção dos “direitos do homem” (ZOLO *apud* COSTA, 2006).

No Brasil, foi a constituição de 1988 e o processo de redemocratização que ela ajudou a protagonizar que definiram o marco histórico do novo direito constitucional.

A promulgação da Constituição Federal de 1988, apelidada de “Constituição Cidadã”, possibilitou a instauração de um novo momento político e jurídico no Brasil, pois, consagrou a democracia, retomou o Estado de Direito, afirmou uma série de princípios e direitos fundamentais pautados na tutela da dignidade humana, do pluralismo político, da cidadania, dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (SCHIER, *apud* CLÈVE, 2014).

Ou seja, a Constituição do Brasil foi uma resposta ao passado, uma garantia do presente e uma proposta ao futuro (SCHIER *apud* CLÈVE, 1994).

Outrossim, olvidar não se deve que ela foi capaz de promover, de maneira bem-sucedida, a travessia do Estado brasileiro de um regime autoritário, intolerante e, por vezes, violento para um Estado democrático de direito (BARROSO, 2005). Afinal, até 1988 a lei valia muito mais do que a Constituição no tráfico jurídico, e, no Direito Público, o decreto e a portaria ainda valiam mais do que lei.

Surge assim, o neoconstitucionalismo. Termo que entrou no léxico dos juristas a pouco tempo e que não detém um significado único (POZZOLO, 2003).

A expressão “neoconstitucionalismo” tem sido utilizada por parte da doutrina para designar o estado do constitucionalismo contemporâneo (SANCHÍS, 2003). O prefixo *neo* parece transmitir a ideia de que se está diante de um fenômeno novo, como se o constitucionalismo atual fosse substancialmente diverso daquilo que o antecedeu.

De fato, vislumbra-se elementos particulares que justificam a sensação geral compartilhada pela doutrina de que algo diverso se desenvolve diante de nossos olhos e, nesse sentido, não seria incorreto falar de um novo período ou momento no direito constitucional.

Todavia, segundo Ana Paula de Barcellos é possível ordenar as características específicas mais destacadas do chamado neoconstitucionalismo em dois grupos principais: do ponto de vista metodológico-formal e do ponto de vista material.

Do ponto de vista metodológico-formal, o constitucionalismo atual opera sobre três premissas fundamentais, das quais depende em boa parte a compreensão dos sistemas jurídicos ocidentais contemporâneos. São elas: i) a normatividade da Constituição, isto é, o reconhecimento de que as disposições constitucionais são normas jurídicas, dotadas, como as demais, de imperatividade; ii) a superioridade da Constituição sobre o restante da ordem

jurídica; e iii) a centralidade da Carta nos sistemas jurídicos, por força do fato de que os demais ramos do Direito devem ser compreendidos e interpretados a partir do que dispõe a Constituição (BARCELLOS, 2007).

Com efeito, a particularidade do neoconstitucionalismo consiste em que, consolidadas essas três premissas na esfera teórica, cumpre agora concretizá-las, elaborando técnicas jurídicas que possam ser utilizadas para a devida aplicação do direito. Diante disso, o neoconstitucionalismo vive essa transição do teórico para o concreto.

Do ponto de vista material, aponta a autora a i) incorporação explícita de valores e opções políticas nos textos constitucionais, sobretudo no que diz respeito à promoção da dignidade humana e dos direitos fundamentais; e ii) a expansão de conflitos específicos e gerais entre as opções normativas e filosóficas existentes dentro do próprio sistema jurídico (BARCELLOS, 2007).

Nesta toada, a partir do momento em que valores e opções políticas se transformam em normas jurídicas, tornou-se indispensável desenvolver uma dogmática específica capaz de conferir eficácia jurídica a tais elementos normativos, o qual sem dúvida, é um dos desafios do neoconstitucionalismo.

Para a Clémerson Merlin Cléve, a Constituição considerada como ordenamento primeiro do Estado Constitucional, deve ser compreendida em função dos princípios constitucionais, nominando o nosso direito como um Direito Constitucional principiológico, que tem como objeto central a submissão de todo o complexo jurídico ao regime constitucional dos direitos fundamentais (CLÉVE, 2014).

Desse modo, se impõe uma profunda revisão da teoria das fontes do direito, sem dúvida, menos estatal e legalista, e mais atenta ao surgimento de novas fontes sociais (SANCHÍS, 2003).

Neste diapasão, as teorias neoconstitucionalistas buscam construir grades teóricas que se compatibilizem com os fenômenos acima referidos, em substituição àquelas do positivismo tradicional, consideradas incompatíveis com a nova realidade. Assim, ao invés da insistência na subsunção e no silogismo do positivismo formalista, ou no mero reconhecimento da discricionariedade política do intérprete nos casos difíceis, na linha do positivismo mais moderno de Kelsen e Hart, o neoconstitucionalismo se dedica à discussão de métodos ou de teorias da argumentação que permitam a procura racional e intersubjetivamente controlável da melhor resposta para os casos difíceis do Direito (DWORKIN; ALEXY, Robert *apud* SARMENTO, 2009).

Em suma, pode se dizer que a superação do positivismo implicou no reconhecimento de força normativa à constituição, expansão da jurisdição constitucional e desenvolvimento da interpretação constitucional (BARROSO, 2005).

Desse modo, aponta Humberto Ávila como características básicas, em maior ou menor intensidade, do neoconstitucionalismo:

“(...) princípios em vez de regras (ou mais princípios do que regras); ponderação no lugar de subsunção (ou mais ponderação do que subsunção); justiça particular em vez de justiça geral (ou mais análise individual e concreta do que geral e abstrata); Poder Judiciário em vez dos Poderes Legislativos e Executivo; Constituição em substituição à lei (ou maior, ou direta, aplicação da Constituição em vez da lei. (...)” (ÁVILA, 2009, p. 2)

Na verdade, os direitos fundamentais, coração das constituições contemporâneas, deixarão de ser compreendidos exclusivamente como direitos subjetivos, passando, assim, a estarem dotados de uma dimensão objetiva. Em razão disso, estes direitos serão considerados também como valores dotados de uma força irradiante, que permitirá a eles penetrarem em relações jurídicas distintas daquelas para as quais foram inicialmente concebidos, inclusive em relações privadas, e influenciarem na interpretação e aplicação de outras normas jurídicas, especialmente expressas em linguagem mais aberta e indeterminada (SARMENTO; DE SOUZA NETO, 2006).

Diante de tal cenário, Paulo Ricardo Schier desenvolve então, a ideia de filtragem constitucional (SCHIER, 1999), que toma como ponto fundamental da defesa da força normativa da Constituição, uma dogmática constitucional baseada nos princípios, bem como a retomada da legitimidade e vinculatividade dos mesmos, o desenvolvimento de novos mecanismos de concretização constitucional, o compromisso ético dos operadores do Direito com a Lei Fundamental e a dimensão ética e antropológica da própria Constituição, a constitucionalização do direito infraconstitucional, bem como o caráter emancipatório e transformador do Direito como um todo (SCHIER, 2005).

Desse modo, o constitucionalismo de direitos surge com o escopo de reincorporar ao direito os valores éticos de justiça como direitos humanos, igualdade e dignidade da pessoa humana, positivando na Constituição preceitos, explícitos ou implícitos, por meio de princípios axiológicos, cuja preocupação primordial é a efetivação de direitos fundamentais. Nesse sentido, Ferraz Junior assevera que ao lume do neoconstitucionalismo o direito deixou de ser analisado como ordem coativa proveniente da autoridade estatal, mas sim a partir de sua busca incessante de legitimação social, através da constitucionalização dos princípios e dos direitos fundamentais, até a positivação do direito natural (CANOTILHO, 1991).

Ou seja, a emergência do neoconstitucionalismo logrou propiciar o reconhecimento da dupla dimensão normativo-axiológico das Constituições contemporâneas, ensejando a consolidação de uma teoria jurídica material ou substancial assentada na dignidade da pessoa humana e nos direitos fundamentais (CUNHA JÚNIOR, 2011).

Em suma, em épocas de neoconstitucionalismo, os princípios oxigenam as Constituições e graças a eles que os sistemas constitucionais encontram a unidade de sentido e conferem a valoração de sua ordem normativa, haja vista que os princípios positivados na constituição são normas escolhidas pelo poder constituinte como fundamentos ou qualificações essenciais da ordem jurídica que o instituiu (BARROSO, 2004).

3. PRINCÍPIOS, REGRAS E RESOLUÇÃO DE CONFLITOS NO NEOCONSTITUCIONALISMO

No neoconstitucionalismo, a constituição é norteada pela presença de princípios valorativos que, por constituírem a positivação de valores sociais, são caracterizadas por seu denso conteúdo normativo de caráter matéria ou axiológico, que tende a invadir todo o ordenamento jurídico.

Nessa toada, a Constituição provocaria uma série de transformações no âmbito do ordenamento jurídico, capaz de influenciar não só a legislação, mas também a jurisprudência e a doutrina, além das relações sociais.

Ademais, importante característica de uma teoria neoconstitucionalista se encontra no fato de que, para esta, a norma jurídica é determinada também pela realidade social na qual está inserida, eliminando, ou ao menos reduzindo sensivelmente, as possibilidades de tornar-se a legislação estranha aos próprios jurisdicionados.

Nesse sentido, Robert Alexy citando Friedrich Muller, aponta a importância da inserção das normas constitucionais em seu contexto social:

“(…) Para o direitos fundamentais, ainda segundo as palavras de Muller, isso significa o seguinte: “Os direitos fundamentais são garantias de proteção, substancialmente conformadas, de determinados complexos de ações, organizações e matérias, individuais e sociais. Esses ‘âmbitos materiais’ são transformados em ‘âmbitos normativos’ por meio do reconhecimento constitucional e da garantia da liberdade no campo da prescrição normativa, do programa da norma. Os âmbitos normativos participam da normatividade prática, isto é, eles são elementos co-determinantes da decisão jurídica (...)” (MULLER *apud* ALEXY, 2012, p. 78).

Ainda sobre as normas de direitos fundamentais, Alexy, novamente citando Friedrich Muller, elabora a sua Teoria das Normas de Direitos Fundamentais, nos seguintes termos:

“(...) A definição do conceito de norma de direito fundamental acima exposta tem três níveis. (...) No primeiro nível, o conceito de norma de direito fundamental é definido com base em enunciados normativos estatuídos por uma determinada autoridade, o legislador constituinte. (...) No segundo nível, o das normas de direitos fundamentais atribuídas, é dada continuidade a essa orientação, já que o conceito de norma de direito fundamental atribuída é vinculado à correção da atribuição a disposições dotadas de autoridade. (...) Em um terceiro passo, a definição baseada no conceito de fundamentação correta é generalizada, e passa a valer tanto para as normas estabelecidas diretamente quanto para as normas atribuídas (...)” (MULLER *apud* ALEXY, 2012, p. 76-77)

Como corolário, as teorias e definições de Muller, citadas pelo seu contemporâneo Alexy, identificam e ilustram de forma precisa a preocupação do neoconstitucionalismo com a garantia e a eficácia dos direitos fundamentais, frente aos titulares dos mesmos. Ou seja, nesse neoconstitucionalismo é possível identificar uma real transformação do “direito como é” para o “direito como deve ser” (DUARTE; POZZOLO, 2006).

Nessa perspectiva, o direito não pode mais ser pensado como um conjunto de regras oriundas do poder estatal, que regulam a conduta social e nem pode ter com sua principal característica a coerção, pois a sociedade não se constitui apenas de ordem, organização e razão, mas também de sentimentos, desordem e rupturas. O novo direito deve ser para a sociedade e deve abranger todos esses aspectos em sua constituição (DIAS; SILVA, 2009).

Desse modo, faz necessário repensar o Direito a partir de novas concepções e não somente a partir daquelas que foram defendidas pelos principais expoentes do positivismo jurídico: John Austin, Hans Kelsen, Alf Ross, Herbert Hart e Norberto Bobbio: a separação entre o direito e a moral, o direito deve ter cunho descritivo analisando fielmente os dados objetivos repassados pela realidade fática, as normas devem ser concretizadas a despeito de seu conteúdo e a validade configura-se a pertinência de uma norma a um ordenamento jurídico (AGRA *apud* DIMOULIS; DUARTE, *et al.* 2008).

Sendo assim, cumpre salientar que a intenção formal e estatal de elaborar uma teoria pura, baseada somente na vinculação entre a lei e o Estado, e distante de qualquer conteúdo ético, é atualmente vulnerável, pois não está apta a atender a realidade jurídica do Estado de Direito, no qual a vinculação se faz diretamente com a força normativa da Constituição que, nas lições de Susanna Pozzolo, passa a ser interpretada como uma espécie de ponte entre o discurso jurídico e o discurso moral, em que estes ganham interpretação e aplicação em moldes jurídicos (POZZOLO, 1998).

Outrossim, Ronald Dworkin, em sua obra levando os direitos a sério, ratifica o pensamento exposto anteriormente quando afirma que na perspectiva do constitucionalismo de direitos o sistema constitucional é composto de regras e princípios (DWORKIN, 2002).

Desse modo, a constituição, nessa nova abordagem, deve ser vista como um documento normativo formado por princípios e regras. Ambos se manifestam por meio de normas, porém, não se excluem, complementam-se.

Nesse contexto, os princípios se consolidam como normas e passam a servir como referência de aplicação do Direito para os poderes legislativo, executivo e judiciário, bem como para a sociedade politicamente organizada. Nessa perspectiva, os princípios passam a ser o coração das constituições, clareando todas as leituras dogmáticas jurídicas, que devem nortear-se por valores morais constitucionais positivados.

Nesse diapasão, a diferença entre regras e princípios constitui, a estrutura de uma teoria normativo-material dos direitos fundamentais, sendo a responsável pela delimitação da racionalidade e sua instrumentalidade no âmbito de aplicação e judicialização dos direitos fundamentais, principal problematização colocada em desprestígio do neoconstitucionalismo.

Tanto regras quanto princípios são normas, porque ambos dizem o que deve ser. Ambos podem ser formulados por meio das expressões deônticas básicas do dever, da permissão e da proibição. Princípios são, tanto quanto as regras, razões para juízos concretos de dever-ser, ainda que de espécie muito diferente (ALEXY, 2012).

Entretanto, Luis Roberto Barroso, adverte que os princípios não podem ser comparados às regras jurídicas, pois aqueles que descrevem comportamentos, mas indicam fins públicos a serem concretizados por diferentes meios e que podem servir de parâmetro para o julgador ao interpretar a norma no momento de sua aplicação, afinal o reconhecimento de normatividade aos princípios e sua distinção qualitativa em relação às regras é um dos símbolos do pós-positivismo (BARROSO, 2005).

O principal critério para se distinguir regras e princípios é o da generalidade, neste caso, podemos classificar os princípios pela existência de um grau de generalidade muito mais acentuado que no caso das regras.

Todavia, existem ainda outros critérios adotados por outros autores que também se prestam a realizar a distinção mencionada, tais como a determinabilidade dos casos de aplicação, de Josef Esser, a forma de seu surgimento, diferenciando entre normas criadas e normas desenvolvidas, de Samuel Shuman, pelo seu caráter axiológico, de Carl Canaris, pela referência à ideia de direito, de Karl Larenz, dentre outros (ALEXY, 2012).

Nesse sentido, Ronald Dworkin chama a atenção para a distinção baseada na natureza lógica dos princípios e das regras:

“(…) Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto a natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis a maneira do tudo ou nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta

que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão (...).” (DWORKIN, 2002, p. 39)

Alexy, por sua vez, aponta referida diferenciação como:

“(…) 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 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 são 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 (...).” (ALEXY, 2012, p. 90-91).

Para Luis Roberto Barroso, entretanto, é no modo de aplicação que reside a principal distinção entre regra e princípio, à medida que regras sem aplicam na modalidade tudo ou nada, ou seja, ocorrendo o fato descrito em seu relato ela deverá incidir produzindo o efeito previsto. Ao passo que os princípios indicam uma direção, um valor, um fim (BARROSO, 2009).

Não obstante, tais distinções, ocorre que, invariavelmente, os direitos fundamentais invocados pelos seus titulares, entram em rota de colisão com outros bens protegidos constitucionalmente.

A existência de colisões de normas constitucionais, tanto as de princípios como as de direitos fundamentais, passou a ser percebida como um fenômeno natural, até porque inevitável, no constitucionalismo contemporâneo. Afinal as Constituições modernas são documentos dialéticos, que consagram bens jurídicos que se contrapõem (BARROSO, 2005).

Nessas situações, está-se diante da colisão de direitos fundamentais, fenômeno que emerge quando do exercício de um direito fundamental por parte de um titular impede ou embaraça o exercício de outro direito fundamental por parte de outro titular, sendo irrelevante a coincidência entre os direitos envolvidos (CLÉVE, 2014).

Enquanto um conflito de regras somente pode ser solucionado a partir de uma cláusula de exceção que, preveja expressamente para aquele caso específico de conflito qual deve prevalecer em detrimento da outra, na controvérsia que envolva a aplicação de princípios jurídicos em conflito, a solução fica adstrita à necessária precedência de um sobre o outro.

Nesta toada, caso não haja nenhuma cláusula de exceção para o caso concreto onde duas regras contraditórias entre si tenham a pretensão de aplicabilidade, então uma das regras deve ser declarada inválida (ALEXY, 2012), sendo muito pertinente neste sentido o termo utilizado por Dworkin, de aplicação “tudo ou nada” das regras.

Os princípios exigem que algo seja realizado na maior medida do possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes, ou seja, não são um mandamento definitivo em si, mas apenas *prima facie*, em caso de colisão, não terão que dispor definitivamente de seu conteúdo, mas apenas de relativizá-lo (ALEXY, 2012).

Quando duas normas de igual hierarquia colidem em abstrato, é intuitivo que não possam fornecer, pelo seu relato, a solução do problema. Nestes casos, a atuação do intérprete criará o Direito aplicável ao caso concreto (BARROSO, 2005).

A existência de colisões de normas constitucionais leva à necessidade de ponderação, pois a subsunção não seria capaz de resolver o problema, por não ser possível enquadrar o mesmo fato em normas antagônicas. Tampouco seriam úteis os critérios tradicionais de solução de conflitos normativos, ou seja, hierárquico, cronológico e de especialização (BARROSO, 2005).

Nesse sentido, Luis Roberto Barroso afirma que ponderação é a técnica a ser utilizada pelo intérprete, por via da qual ele fará concessões recíprocas, procurando preservar o máximo possível de cada um dos interesses em disputa ou, no limite, procederá à escolha do direito que irá prevalecer, em concreto, por realizar mais adequadamente a vontade constitucional (BARROSO, 2005).

Clémerson Merlin Cléve, por sua vez, aduz que a ponderação ou balanceamento compreende método hábil a proporcionar solução ajustadora à colisão entre direitos fundamentais ou entre direitos fundamentais e bens constitucionalmente protegidos (CLÉVE, 2014).

Em suma, a ponderação seria a ação de considerar imparcialmente os aspectos contrapostos de uma questão ou o equilíbrio entre o peso de duas coisas.

No mundo do direito o resultado da ponderação não há de ser necessariamente o equilíbrio entre tais interesses, razões e normas, ao contrário, o habitual é que a ponderação desemboque no triunfo de um destes no caso concreto. Em troca, onde deve existir equilíbrio é no plano do abstrato: em princípio, não há de ser todos de mesmo valor, pois de outro modo não haveria nada que ponderar. Ponderar é, pois, buscar a melhor decisão quando na argumentação concorrem razões justificadoras conflitivas e de mesmo valor (SANCHÍS, 2003).

A verdadeira ponderação, segundo Jorge Reis Novais, é aquela que se revela determinante, que seja intersubjetivamente reconhecível como sendo sustentada na Constituição, observando os princípios da igualdade, da proteção da confiança e, sobretudo, da proibição do excesso por parte do legislador e/ou do juiz (NOVAIS, 2012).

Apesar de crítico da ponderação Alexyana, Novais delimita muito bem o que seria a ponderação, recorrendo à imagem de uma balança, que teria o objetivo de pesar os bens, os

princípios, valores ou direitos que se colocam num ou no outro prato, e dar prevalência a um ou a outro consoante o maior e menor peso revelados (NOVAIS, 2012).

Sendo assim, é certo que toda a justificação da distinção entre regras e princípios no contexto do neoconstitucionalismo passa pela necessidade de ressaltar a vinculatividade especial da Constituição e permitir uma adequada solução às hipóteses de colisões normativas (SCHIER, 2005).

Outrossim, tal forma de “fundamentalismo” acabaria por determinar a inadequada compreensão da Constituição e dos direitos fundamentais. Assim, não se pode deixar levar nem por uma ditadura dos princípios e nem das regras, como afirma Schier, “se tudo é, nada é”! Ao permitir que tudo se reconduza aos direitos fundamentais, ao invés de reforçar a importância desses direitos, banaliza-os, retira-lhes a dignidade da fundamentalidade (SCHIER, 2005).

Como corolário, a interpretação jurídica tradicional não está derrotada ou superada como um todo. Pelo contrário, é no seu âmbito que continua a ser resolvida boa parte das questões jurídicas, provavelmente a maioria delas (BARROSO, 2005).

Nesse aspecto, aduz Virgílio Afonso da Silva que é preciso que saíamos do estado de torpor em que nos encontramos e do estado de deslumbramento diante daquilo que vem de fora e também diante do novo, que desde há muito não é mais novo (SILVA, 2007).

Pelo exposto, por mais que o neoconstitucionalismo não demonstre ser uma teoria ou um paradigma pronto e acabado, busca de modo bastante eficaz, estimular uma profunda revisão do positivismo teórico e também do positivismo metodológico, requer ainda, uma nova teoria das fontes distante do legalismo, uma nova teoria da norma da interpretação, nem puramente mecanicista, nem puramente discricionária, onde os riscos que comportam a interpretação constitucional possam ser conjurados por um esquema plausível de argumentação jurídica (SANCHÍS, 2003).

4. DO SUPOSTO DECISIONISMO E DÉFICIT DE RACIONALIDADE NO NEOCONSTITUCIONALISMO

Até pouco tempo atrás, seria impossível pensar em filtragem constitucional no Brasil, em razão, dentre outras coisas, do absoluto predomínio de concepções jus positivistas que negavam juridicidade aos princípios e preocupavam-se apenas com as regras jurídicas (STRUCHINER *apud* MAIA *et al.*, 2005).

Os princípios eram vistos, no máximo, como meios de integração do ordenamento, aos quais o intérprete só poderia recorrer diante de lacunas, e mesmo assim, apenas depois de baldadas as tentativas de recursos à analogia ou aos costumes (SARMENTO, 2006).

Entretanto, através da difusão no país da doutrina estrangeira sobre os princípios, vislumbra-se um aperfeiçoamento do ordenamento jurídico brasileiro, haja vista que os princípios conferem maior plasticidade e dinamismo ao Direito, permitindo que ele evolua com o tempo, e tornam, por outro lado, mais íntima a sua relação com a moral, atuando como válvula de escape contra graves injustiças (SARMENTO, 2006).

Não obstante, insta salientar que desde o instante em que se admite que os princípios substanciam um modelo especial de normatividade que se submete a padrões de peso e qualidade e, assim, desde que se aceita a ponderação no momento da concretização, é preciso tomar certas cautelas para não alargar os horizontes da principiologia constitucional ao ponto de afirmar que toda e qualquer norma pode ser ponderada ou relativizada (SCHIER, 2005).

Esta seria, segundo Daniel Sarmento, a outra face da moeda, que possibilitaria o decisionismo:

“(…) Acontece que muitos juízes, deslumbrados diante dos princípios, e da possibilidade de, através deles, buscarem a justiça – ou o que entendem por justiça -, passaram a negligenciar do seu dever de fundamentar racionalmente os seus julgamentos. Esta “euforia” como os princípios abriu um espaço muito maior para o decisionismo judicial. Um decisionismo travestido sob as vestes do politicamente correto, orgulhoso com os seus jargões gradiloquentes e com a sua retórica inflamada, mas sempre um decisionismo. Os princípios constitucionais, neste quadro, converteram-se em verdadeiras “varinhas de condão”: com eles, o julgador de plantão consegue fazer quase tudo o que quiser (...)” (SARMENTO, 2006, p. 33)

Nesta seara, adverte Paulo Ricardo Schier que dizer que tudo é princípio e assim, buscar forçar a possibilidade de encontrar colisões com objetivo de relativizar certos conteúdos da Constituição, reflete uma compreensão principiológica da Lei fundamental inadequada, capaz, inclusive, se levada ao extremo, de ao invés de contribuir com os discursos de afirmação da normatividade constitucional dos mesmos, negá-los (SCHIER, 2005).

Chega-se assim, à argumentação definida como à razão prática, ao controle de racionalidade das decisões proferidas, mediante ponderação, nos casos difíceis, que são aqueles que comportam mais de uma solução possível e razoável (BARROSO, 2005).

Tal como aduz Luis Prieto Sanchis, o neoconstitucionalismo implica também uma abertura ao judicialismo, ao menos desde a perspectiva europeia, de modo que está fórmula política reivindica entre outras coisas uma depurada teoria de argumentação capaz de garantir a racionalidade e de suscitar o consenso em torno das decisões judiciais. Sendo que, segundo o autor, a ponderação corretamente entendida tem este sentido (SANCHÍS, 2003).

No entanto, as decisões que envolvem a atividade criativa do juiz potencializam o dever de fundamentação, por não estarem inteiramente legitimadas pela lógica da separação

dos Poderes (BARROSO, 2005). Sendo assim, para assegurar a legitimidade e a racionalidade de sua interpretação, o intérprete deverá, em meio a outras considerações:

“(…) i) reconduzi-la sempre ao sistema jurídico, a uma norma constitucional ou legal que lhe serve de fundamento, ou seja a legitimidade de uma decisão judicial decorre de sua vinculação a uma deliberação majoritária, seja do constituinte ou do legislador; ii) utilizar-se de um fundamento jurídico que possa ser generalizado aos casos equiparáveis, que tenha pretensão de universalidade: decisões judiciais não devem ser casuísticas; iii) levar em conta as consequências práticas que sua decisão produzirá no mundo dos fatos (…).” (BARCELLOS, 2005)

Com efeito, a enorme influência da teoria dos princípios e da técnica de ponderação de Robert Alexy na bibliografia nacional e mesmo nas sentenças do Supremo Tribunal Federal nos parece algo auto evidente.

Estas novas ideias, já reverberaram fortemente na jurisprudência nacional, sobretudo, do Supremo Tribunal Federal, que, nos últimos tempos, tem cada vez mais invocado princípios abertos nos seus julgamentos, recorrido à ponderação de interesses e ao princípio da proporcionalidade com frequência e até se valido de referências filosóficas na fundamentação de decisões (SARMENTO, 2009).

Desse modo, cumpre nos perquirir e se o modelo de (neo) constitucionalismo baseado em princípios, possibilita um déficit de racionalidade no direito e permite uma abertura para o decisionismo? Decido conforme minha consciência? (STRECK, 2013)

A resposta para estes questionamentos é, obviamente, em sentido negativo.

Segundo Virgílio Afonso da Silva, a absoluta ausência de subjetividade na interpretação e na aplicação do direito, é inexigível de qualquer teoria ou método que se pretenda, afirmação com a qual compactuo. Afinal, aqueles que criticam o sopesamento sob a alegação de ser um método irracional e extremamente subjetivo de aplicação do direito, olvidam que todos os demais métodos, também se utilizam da subjetividade do intérprete para a solução do caso concreto que envolva conflitos de direitos fundamentais. A própria subsunção pura e simples, apesar de ser formalmente uma operação lógica, apresenta problemas de fundamentação substancial semelhantes aos de qualquer outra teoria (SILVA, 2009).

Outrossim, afirmar que o processo de ponderação é subjetivo é uma verdade. Mas nem por isso deve ser arbitrário. O direito demanda uma certa racionalidade e, no processo de sua racionalização, há que se conter a subjetividade pura e simples (SCHIER, 2005).

Não se defende, por óbvio, a renúncia à aplicação dos princípios, com o retorno ao paradigma formalista da Escola da Exegese, para buscar de um porto seguro na assepsia do silogismo e da subsunção, pois além de indesejável, isto não seria nem mesmo possível (SARMENTO, 2006).

Para tanto, Robert Alexy aponta ao menos quatro motivos para que uma decisão com estas características seja carente de fundamentação e/ou não se encontre em consonância com o texto constitucional, quais sejam: i. a imprecisão da linguagem; ii. Possibilidade de conflitos entre normas; iii. Caso em que não exista nenhuma norma válida existente sobre o caso, e; iv. possibilidade de uma decisão que contrarie a literalidade da norma (ALEXY, 2013).

Nesse sentido, Clémerson Merlin Cléve sublinha que a ponderação promove a ordenação entre os fatos e a normativa, conferindo, dessa forma, critérios para a obtenção de uma decisão constitucionalmente adequada (CLÉVE, 2014).

O mesmo autor, citando Canotilho, adverte que a ponderação não é, de forma alguma, modelo de abertura para uma justiça casuística ou de sentimentos. Afinal, o método de *balancing* é submetido a uma cuidadosa *topografia do conflito*, aliada a uma justificação da solução do conflito através do caso concreto (CLÉVE, 2014).

Desta forma, um pretense modelo decisionista defendido pelos críticos pode e deve ser contraposto por um modelo fundamentado, tendo em vista que:

“(...) No modelo decisionista a definição do enunciado de preferência é o resultado de um processo psíquico não controlável racionalmente. O modelo fundamentado, por sua vez, distingue entre processo psíquico que conduz à definição do enunciado de preferência e sua fundamentação. Essa diferenciação permite ligar o postulado da racionalidade do sopesamento à fundamentação do enunciado de preferência e afirmar: um sopesamento é racional quando o enunciado de preferência, ao qual ele conduz, pode ser fundamentado de forma racional (...)” (ALEXY, 2012)

Ou seja, não se trata de um sopesamento que está vinculado ao livre arbítrio do julgador, muito pelo contrário, dando solução a um problema que afetava o direito desde a ideia de subsunção do fato à norma, agora é a fundamentação racional dos enunciados que estabeleçam preferências condicionadas entre valores ou princípios colidentes (ALEXY, 2012).

Ademais, é nesse sentido que, ao ser antirrelativista, a interpretação funciona como uma blindagem contra interpretações arbitrárias e discricionariades e/ou decisionismo por parte dos juízes (SARMENTO, 2009).

Portanto, o que se pode exigir de tentativas de elevação da racionalidade de um procedimento de interpretação e aplicação do direito, como o sopesamento, é a fixação de alguns parâmetros que possam aumentar a possibilidade de diálogo intersubjetivo, ou seja, de parâmetros que permitam algum controle da argumentação (SILVA, 2009).

Desse modo, infere-se que não é a ponderação, enquanto tal, que conduz à constitucionalização do direito, à desconsideração das regras, à desvalorização da função legislativa e ao subjetivismo, pois o que provoca essas consequências é a concepção de ponderação segundo a qual os princípios constitucionais devem ser usados sempre que eles puderem servir de fundamento para uma decisão, independentemente e por cima de regras,

constitucionais e legais, existentes, e de critérios objetivos para sua utilização. Uma ponderação, orientada por critérios objetivos prévios e que harmonize a divisão de competências com os princípios fundamentais, num sistema de separação de Poderes, não leva inevitavelmente a esses problemas (ÁVILA, 2009).

Sendo assim, em um Estado Democrático de Direito, não só os princípios, mas também as regras devem ser valorizadas (SARMENTO, 2006), à medida que um sistema constitucional formado apenas por regras seria temeroso em vista de sua baixa capacidade de ajuste e evolução, bem como um sistema formado apenas por princípios, ou visto de tal forma, também seria indesejável diante da baixa densidade normativa que teria, determinando, destarte, uma espécie de corrosão da própria normatividade constitucional (SCHIER, 2005).

Neste aspecto, a ponderação, intersubjetivamente controlável e compatível com o sistema de separação dos Poderes, deve observar as seguintes diretrizes, das quais compartilho:

“(…) Em primeiro lugar, o aplicador deve verificar a existência de uma regra constitucional imediatamente aplicável ao caso. Se ela existir, afastada está a ponderação horizontal entre princípios constitucionais eventualmente colidentes, pois, relativamente à hipótese, houve uma ponderação pré-legislativa das razões contrapostas que culminou no regramento constitucional, não cabendo ao aplicador substituir o Poder Constituinte mediante mera desconsideração desse regramento (...). Em segundo lugar, na inexistência de uma regra constitucional imediatamente aplicável, o aplicador deve examinar a existência de uma regra constitucional que regule a atribuição, o exercício ou a delimitação da uma competência (...). Em terceiro lugar, caso não haja uma regra constitucional imediatamente aplicável, nem regra legal editada no exercício regular da função legislativa, ou caso não haja uma regra legal que seja incompatível com o estado de coisas cuja promoção é determinada por um princípio constitucional, caberá ao aplicador efetuar uma ponderação dos princípios constitucionais eventualmente colidentes para editar uma norma individual reguladora do conflito de interesses concretamente existente (...).” (ÁVILA, 2009, p. 11)

Sem a observância desses requisitos ou fases, a ponderação não passa de uma técnica, não jurídica, que explica tudo, mas não orienta nada (POSCHER, 2003).

Pelo exposto, vislumbra-se que prospera o suposto decisionismo e déficit de racionalidade do neoconstitucionalismo, tendo em vista que para sua plena efetivação há uma densa carga argumentativa e racional a ser observada, tanto quanto critérios pormenorizados a fim de evitar decisões desprovidas de fundamentação.

5. CONCLUSÃO

Após o pós-guerra, o mundo compreendeu a necessidade de uma mudança paradigmática, emprestando peso e relevância aos direitos humanos e, ampliando-se a tutela destes direitos, com o intuito de reduzir a discriminação gritante existente no final do Século XX.

Diante do irrefutável atrelamento entre a filosofia do direito e o direito constitucional, vislumbra-se, no neoconstitucionalismo, uma teoria do direito simultaneamente integradora e útil.

Desse modo, ainda que existam diversas conceituações e características distintas no âmbito doutrinário, infere-se que esse novo momento constitucional ressalta a importância dada aos princípios, indo na contramão, do direito estritamente positivado.

Concebeu-se assim, em 1988, na Constituição da República, um marco orientador de toda ordem jurídica, delimitando competências e procedimentos que irradiam sua carga principiológica e determinam a adequação de todas as normas vigente segundo àquela.

Entretanto, tal como abordado no presente trabalho, insofismável se faz, aceitar que o direito constitucional se realiza com princípios e regras, concomitantemente, vez que dizer que tudo é princípio e assim, buscar forçar a possibilidade de encontrar colisões com objetivo de relativizar certos conteúdos da Constituição, refletiria uma compreensão principiológica da Lei fundamental inadequada, capaz, inclusive, se levada ao extremo, de ao invés de contribuir com os discursos de afirmação da normatividade constitucional dos mesmos, negá-los (SCHIER, 2005).

De igual sorte, insta destacar que restou perfeitamente esclarecido que o suposto decisionismo ou déficit de racionalidade sugerido pelos críticos ao modelo neoconstitucionalistas baseado em princípios, restam sumariamente rechaçados se observadas algumas diretrizes para a plena racionalidade argumentativa, vez que todos os demais métodos interpretativos, quicça a subsunção pura e simples, também se utilizam de subjetividade do intérprete para a solução do caso concreto que envolva conflitos de direitos fundamentais.

Ante ao exposto, infere-se que o neoconstitucionalismo aqui demonstrado, identifica um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, em meios às quais destaca Luis Roberto Barroso: i) marco histórico, a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; ii) como marco filosófico, o pós positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética e; iii) como marco teórico, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional (BARROSO, 2005).

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber Moura de. **Neoconstitucionalismo e Superação do Positivismo**. In: DIMOULIS, Dimitri. DUARTE, et al. Teoria do Direito Neoconstitucional. Superação e Reconstrução do Positivismo Jurídico?, 2008.

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Tradução de Luiz Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

ALEXY, Robert. **El concepto y la validez del derecho**. Barcelona: Gedisa, 2004.

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica – A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica**. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

ATIENZA, Manuel. **El sentido del Derecho**. Barcelona: Ariel, 2004.

ÁVILA, Humberto. “**Neoconstitucionalismo**”: entre a “**ciência do direito**” e o “**direito da ciência**”. In: Revista Eletrônica de Direito do Estado, Salvador/BA, n. 17, janeiro/março de 2009.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle de políticas públicas**. In: Revista Diálogo Jurídico. Salvador/BA, n. 15, janeiro/março de 2007.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, Racionalidade e Atividade Judicial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

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

BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BARROSO, Luis Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil**, 2005, p. 01. Disponível em <http://www.luisrobertobarroso.com.br/?page_id=39>. Acesso em 11 de agosto de 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 5 ed., Coimbra: Almedina, 1991.

CLÉVE, Clémerson Merlin. **Temas de direito constitucional**. 2. Ed. rev., atual. e ampl. – Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. CLÉVE, Clémerson Merlin. **Temas de direito constitucional**. 2. Ed. rev., atual. e ampl. – Belo Horizonte: Fórum, 2014.

CLÉVE, Clémerson Merlin. **Direito constitucional e direito alternativo por uma dogmática emancipatória**. In: **Direito Alternativo: Seminário Nacional Sobre o Uso Alternativo do Direito**, evento comemorativo do sesquicentenário do Instituto dos Advogados Brasileiros. Rio de Janeiro: COAD, 1994.

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

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª ed. rev. atual. ampl. Salvador; Jus PODIVM, 2011.

DIAS, Maria da Graça dos Santos. SILVA, Moacyr Motta da. Et al, **Política Jurídica e Pós-Modernidade**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.

DUARTE, Écio Oto Ramos. POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e Positivismo Jurídico: As faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da Constituição**. São Paulo: Landy, 2006.

DWORKIN, Ronald. **Is Law a Sistem of Rules**. In: Ronald Dworkin (Ed.). *Philosophy of Law*. Oxford: Oxford University Pres, 1971.

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

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías. La ley del más débil**. Madrid: Trotta, 2004.

MULLER, Friedrich. **Die Positativ der Grundrechte**. Berlin: Duncker & Humblot, 1969, p. 11. In: ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

NINO, Carlos. **Ética y Derechos Humanos. Un ensayo de fundamentación**. Buenos Aires: Astrea, 1989.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais e justiça constitucional em estado democrático de direito**. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

POSCHER, Ralf. **Grundrechte als Abwehrrechte**. Tubingen: Mohr Siebeck, 2003.

POZZOLO, Suzanna. **Um Constitucionalismo Ambíguo**. In: CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Trotta: Madrid, 2003.

POZZOLO, Susana. **Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional**. In *Doxa* nº 21-II, 1998.

SANCHÍS, Luis Pietro. **Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales**. Madrid: Trotta, 2003.

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

SANCHÍS, Luis Pietro. **Sobre el neoconstitucionalismo y sus implicaciones**. In: *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*. Madrid: Trotta, 2003.

SARMENTO, Daniel. **Interpretação Constitucional, Pré-Compreensão e Capacidades Institucionais do Intérprete**. In: *Vinte Anos da Constituição Federal de 1988*. SOUZA NETO, Claudio Pereira de; BINEMBOJN, Daniel Sarmento e Gustavo (Org.). Rio de Janeiro: Lumen, Juris, 2009.

SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades**. In: QUARESMA, R.; OLIVEIRA, M. L.; OLIVEIRA, F. (Org.). *Neoconstitucionalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

SARMENTO, Daniel. **Ubiquidade Constitucional: Os dois lados da moeda**. In: Daniel Sarmento; Cláudio Pereira de Souza Neto. (Org.). *A Constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

- SCHIER, Paulo Ricardo. **A Constituição do direito no contexto da Constituição de 1988.** In: CLÈVE, Clémerson Merlin (ORG). Direito constitucional brasileiro – teoria da constituição e direitos fundamentais. Revista dos Tribunais: São Paulo, v. 1, 2014.
- SCHIER, Paulo Ricardo. **Filtragem Constitucional: construindo uma nova dogmática jurídica.** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999.
- SCHIER, Paulo Ricardo. **Novos desafios da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo.** In: Revista Eletrônica de Direito do Estado, Salvador/BA, n. 4, outubro/dezembro de 2005.
- SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia.** São Paulo: Malheiros, 2009.
- SILVA, Virgílio Afonso da. **Interpretação Constitucional e Sincretismo Metodológico.** p. 115 – 143. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). Interpretação Constitucional. São Paulo: Malheiros, 2007.
- STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 4ª Ed. revisada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
- STRUCHINER, Noel. **Algumas questões fulcrais acerca do direito: O Debate Jusnaturalismo vs. Juspositivismo.** In Antônio Cavalcanti Maia, Carolina de Campos Melo, Gisele Cittadino e Thamy Progrebinschi (Orgs.). Perspectivas Atuais da Filosofia do Direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil.** Trotta: Madrid, 2007.
- ZOLO, Danilo. **Teoria e crítica do estado de direito.** In: COSTA, Pietro e ZOLO, Danilo (ORGS). O estado de direito – história, teoria e crítica, São Paulo: Martins Fontes, 2006.