

Evento: XXII Jornada de Pesquisa

NEOCONSTITUCIONALISMO: ORIGEM, CONCEITO E CARACTERÍSTICAS¹ **NEOCONSTITUTIONALISM: ORIGIN, CONCEPT AND CHARACTERISTICS**

Joici Antônia Ziegler², Rosemara Unser³, Paula Fernandes⁴

¹ Linha de Pesquisa - Mestrado URI

² Advogada, Especialista em Direito Processual Civil pela UNISUL ? Universidade do Sul de Santa Catarina, Mestre pelo Programa de Pós-Graduação Strictu Sensu em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões ? URI ? Santo Ângelo/RS.

³ Mestre em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI), Campus de Santo Ângelo-RS e Integrante do Projeto de Pesquisa Direitos Humanos e Movimentos Sociais - Mestrado em Direito (URI), Campus Santo Ângelo/RS. E-mail: ro.unser@hotmail.com

⁴ Mestre em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto do Uruguai e das Missões - Campus Santo Ângelo (URI). Graduada em direito pelo Instituto Cenecista de Ensino Superior Santo Ângelo, 2010 (IESA). Advogada.

RESUMO: O texto pretende traçar algumas ideias acerca do neoconstitucionalismo, iniciando com uma breve referência no tocante às suas origens, passando ao seu conceito e características, baseadas em Max Müller, como rigidez constitucional; garantia jurisdicional da constituição; força vinculante da constituição; sobreinterpretação e aplicação direta das normas constitucionais e ainda sua influência nas relações políticas. Após, adentra-se na análise dos princípios, mais especificamente no princípio da subsunção e da ponderação. Em seguida, faz-se uma análise de como decorreu essa mudança de paradigmas, da subsunção para a ponderação, bem como sua importância no atual cenário jurídico brasileiro. O referencial teórico é fundamentado em Max Müller para dar sustentação à abordagem, sendo que o método utilizado é o dedutivo.

ABSTRACT: The text intends to draw some ideas about neoconstitutionalism, starting with a brief reference to its origins, passing to its concept and characteristics, based on Max Müller, as constitutional rigidity; Judicial guarantee of the constitution; Binding force of the constitution; Overinterpretation and direct application of constitutional norms and their influence on political relations. Afterwards, it analyzes the principles, more specifically the principle of subsumption and weighting. Then, an analysis is made of how this paradigm shift occurred, from the subsumption to the weighting, as well as its importance in the current Brazilian legal scenario. The theoretical framework is based on Max Müller to support the approach, and the method used is the deductive.

PALAVRAS CHAVE: Constituição Federal; Neoconstitucionalismo; Princípios; Ponderação; Subsunção.

KEYWORDS: Federal Constitution; Neo-constitutionalism; Principles; Weighting; Subsumption.

1 - CONSIDERAÇÕES INICIAIS

É notório que o Direito brasileiro, nos últimos anos, vem sofrendo mudanças profundas relacionadas à emergência de um novo paradigma, tanto na teoria jurídica quanto na prática dos

Evento: XXII Jornada de Pesquisa

tribunais, um movimento que parte da doutrina nominou de “neoconstitucionalismo”. As mudanças mais significativas se desenvolveram sob a égide da Constituição de 1988, envolvendo fenômenos diferentes, como o reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos e a valorização da sua importância no processo de aplicação do Direito. Concomitantemente, diminui a importância do formalismo, possibilitando a emergência de métodos ou estilos mais abertos de raciocínio jurídico, considerado por alguns como uma reaproximação entre o Direito e a Moral.

Essas mudanças de paradigma levaram a uma nova análise e compreensão do sistema constitucional, bem como a uma necessidade de revisão metodológica visando abranger as novas posturas nele encontradas. Como corolário desse movimento, os temas como regras, princípios, subsunção e ponderação, adquiriram maior relevância, a ponto de serem identificados como elementos centrais da Teoria Constitucional contemporânea e a partir dos quais se pode postular o desenvolvimento de uma nova forma de conceber o constitucionalismo, no caso, o neoconstitucionalismo.

Para Max Müller (2011, p. 15), há uma mudança substancial, no sistema de adoção de parâmetros neoconstitucionalistas. Segundo o autor, pode-se destacar o protagonismo judicial, a perda da hegemonia da lei como fonte de direito, a aplicação direta da constituição, a presença de enunciados normativos abertos ou sem consequências jurídicas preestabelecidas, a influência de conteúdos e discussões morais na aplicação das normas jurídicas, a violação da separação de poderes.

Assim, percebe-se que esses tópicos acima referidos, ocupam grande espaço no atual cenário jurídico, em razão dessa mudança na cultura jurídica que está sendo direcionada à constitucionalização forte de muitos ordenamentos jurídicos.

Muitos autores têm buscado definir o atual estágio do constitucionalismo. O constitucionalismo, como se vê hodiernamente, é fruto de uma miríade de transformações na relação entre Estado e cidadão. Tais mudanças mostram-se tão complexas que se torna difícil definir o que vem a ser propriamente o constitucionalismo. Essas transformações serão abordadas a seguir, iniciando com uma breve referência às origens do neoconstitucionalismo, passando para suas características, bem como as implicações trazidas por esse fenômeno no direito brasileiro, para tanto citamos autores de renome que trabalham com o tema, com o objetivo de delinear os pontos mais importantes para a construção e desenvolvimento do neoconstitucionalismo, tendo como referencial teórico Max Müller, com sua obra intitulada Teoria Geral do Neoconstitucionalismo; bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo.

2. DESENVOLVIMENTO

2.1 ORIGEM E CARACTERIZAÇÃO DO NEOCONSTITUCIONALISMO

A palavra “neoconstitucionalismo” não é empregada no debate constitucional norte-americano, tampouco na Alemanha. Trata-se de um conceito formulado na Espanha e na Itália, mas que tem se utilizado bastante na doutrina brasileira nos últimos anos, sobretudo depois da ampla divulgação da obra intitulada *Neoconstitucionalismo(s)*, organizada pelo jurista mexicano Miguel Carbonell, e

Evento: XXII Jornada de Pesquisa

publicada na Espanha em 2003. Segundo Carbonell, (2003, p. 09):

“O constitucionalismo contemporâneo tem definido seus traços característicos, nos últimos anos, sobretudo a partir do final da Segunda Guerra Mundial. São exemplos desse tipo de Constituições os textos fundamentais da Itália (1947) e Alemanha (1949) primeiro e de Portugal (1976) e Espanha (1978) depois. No entanto, desde então o constitucionalismo não tem permanecido como modelo estático, e sim que tem evoluído em muitos sentidos”. (Tradução nossa)

Os adeptos do neoconstitucionalismo buscam embasamento no pensamento de juristas, como Ronald Dworkin, Robert Alexy, Peter Häberle, Gustavo Zagrebelsky, Luigi Ferrajoli. Dentre os referidos autores, constata-se uma grande diversidade de posições jusfilosóficas e de filosofia política havendo positivistas e não positivistas defensores da necessidade do uso do método na aplicação do Direito, bem como opositores do emprego de qualquer metodologia na hermenêutica jurídica, adeptos do liberalismo político, comunitaristas e procedimentalistas.

Neste quadro, não é tarefa singela definir o neoconstitucionalismo, talvez porque, como já revela o bem escolhido título da obra organizada por Carbonell, não exista um único neoconstitucionalismo, que corresponda a uma concepção teórica clara e coesa, mas diversas visões sobre o fenômeno jurídico na contemporaneidade, que guardam entre si alguns denominadores comuns relevantes, o que justifica sejam agrupadas sob um mesmo rótulo, mas compromete a possibilidade de uma conceituação mais precisa (CARBONELL, 2003, p.11).

Conceituar neoconstitucionalismo, de fato, não é uma das tarefas mais fáceis, devido ao grande número de variáveis englobadas pelos juristas que se arriscam na tarefa. O neoconstitucionalismo abrange grande parte das principais características do constitucionalismo contemporâneo, aproximando ordenamentos jurídicos do *civil law* com características do direito constitucional próprio do *common law*.

Para Max Möller, no neoconstitucionalismo identifica-se uma aproximação das famílias de direito, exsurgindo, por exemplo, no seio da família romano-germânica uma crescente aplicação direta dos princípios ao invés da restrição ao modelo normativo de regra, criando-se uma solução jurisprudencial ao caso concreto, em especial naquelas situações de vazio normativo. A dinamização do sistema, dessa forma, em muitas situações é construída pela ponderação. O autor define neoconstitucionalismo como (MÖLLER, 2011, p. 282):

“A mudança de atitude dos operadores jurídicos, a qual determina consideráveis alterações na prática jurídica. Um movimento próprio do constitucionalismo contemporâneo, que implica, fundamentalmente, a mudança de atitude dos operadores jurídicos; por sua amplitude e repercussão, está presente em uma série de campos jurídicos, o que é comprovado pela discussão do neoconstitucionalismo por filósofos do direito, por processualistas, por constitucionalistas, na análise de seu

Evento: XXII Jornada de Pesquisa

conflito com a democracia ou competência de órgãos de Estado, etc.”

Esse movimento está presente em vários setores jurídicos, tendo em vista a restituição diálogo “do direito com a justiça” e a recuperação ou explicitação dos valores morais aplicados ao direito, os quais sofreram um processo de distanciamento e até separação a partir da introdução do modelo positivista.

Dessa forma, essa nova cultura jurídica representada por valores a sustentarem um novo constitucionalismo, simbolizada por algumas Constituições do período pós-guerra, é uma tentativa de casamento entre democracia e constitucionalismo, designando que um tipo de Estado constitucional de Direito é uma justa e superior forma de organização política, que ele representa inúmeras vitórias e, por tal razão, precisa de desenvolvimento de uma ideologia constitucionalista que o defenda, (MÖLLER, 2011, p. 283).

Dimitri Dimoulis (2009) assinala que os ideais neoconstitucionalistas estão baseados em premissas já ventiladas no [Direito Constitucional](#) desde o século XIX, de maneira que o neoconstitucionalismo apenas agrega “solução para problemas que acompanham o direito desde a sua estruturação com base na Constituição”.

Seguindo o mesmo norte, Uadi Lammêgo Bulos (2011, p. 64) entende que o neoconstitucionalismo apenas reflete o desenvolvimento do constitucionalismo a partir do fim do século XVIII.

Partindo da análise das propostas trazidas pelos autores acima, denota-se que o movimento neoconstitucionalista surge como uma necessária reformulação do constitucionalismo que objetivava romper com este cenário caracterizado por um “constitucionalismo fraco”, afirmando a importância da Constituição, em uma pretensa ruptura com o pensamento positivista.

2.2. CARACTERÍSTICAS DO NEOCONSTITUCIONALISMO

Acerca das características do neoconstitucionalismo, até por ser um fenômeno tão amplo, longe se está de se estabelecer uma unanimidade sobre quais são e quais merecem maior estatura. Dentre elas, consoante Ricardo Guastini, citado por Möller, destacam-se: a) constituição rígida; b) garantia jurisdicional da constituição; c) a força vinculante da Constituição; d) a sobreinterpretação da Constituição; e) a aplicação direta das normas constitucionais; e f) a influência da Constituição sobre as relações políticas, (MÖLLER, 2011, p. 30).

Quando se fala em rigidez constitucional se entende a presença de uma constituição escrita, positivada em um texto próprio, ocupando o ápice do ordenamento jurídico, hierarquicamente acima das demais legislações. Essa rigidez constitucional também se apresenta em um rito próprio para a alteração de seu texto, com *quórum* qualificado para tanto, em um processo mais gravoso do que a elaboração das leis ordinárias, e, em alguns casos, pela presença de cláusulas pétreas, que não estão sujeitas a modificação. A rigidez constitucional é elemento indispensável para garantir a supremacia hierárquica da constituição, assim como proteger seus conteúdos materiais.

A garantia jurisdicional da Constituição advém da compreensão de que os poderes estão vinculados aos mandamentos constitucionais, e normalmente a garantia da autoridade dos comandos da Lei Maior é responsabilidade de um Tribunal Constitucional.

Evento: XXII Jornada de Pesquisa

Ricardo Guastini citado por Max Möller (2011, p.32), destaca que nas constituições contemporâneas é possível encontrar várias formulas e sistemas de controle de constitucionalidade das leis, como por exemplo, um controle *a priori* ou *a posteriori*, ou seja, antes ou depois da promulgação das leis, o controle concreto (difuso), feito por um juiz em um caso concreto e o abstrato (concentrado), o qual se faz diretamente sobre o texto da lei. O que importa realmente para o (neo) constitucionalismo é a existência de um controle externo ao Poder Legislativo, de preferência exercido por um controle neutro, o Tribunal Constitucional.

Para Gomes Canotilho, em citação de Möller, a jurisdição constitucional constitui um reequilíbrio entre os poderes do Estado, sendo que esta não é mero aplicador das normas criadas pelo Poder Legislativo, mas que se afirma como um poder igual e não dependente do Legislativo, assumindo assim uma função de controle dos atos legislativos, e por consequência do próprio direito. Exsurge, daí, a centralidade da função judiciária para o êxito do modelo neoconstitucional (MÖLLER, 2011, p.32).

Em relação à força vinculante da Constituição, entende-se seu reposicionamento dentre as fontes do direito, bem como a atribuição de seu caráter normativo, não considerando mais a constituição como mero instrumento normativo de organização do poder, que consagra tão somente normas secundárias. As normas constitucionais devem orientar a atuação dos poderes estatais, permitindo que em alguns casos possam ser aplicadas tanto no sentido negativo, no caso do controle de constitucionalidade de outras normas infraconstitucionais, bem como de forma afirmativa, orientando um posicionamento interpretativo ou mesmo de fundamento para deferimento de uma prestação individual.

A força vinculante da Constituição rompe com o caráter meramente político, como observa Guastini, citado por Möller (2011, p. 34):

“Um dos elementos essenciais do processo de constitucionalização é precisamente a difusão, no seio de uma cultura jurídica, da ideia de que toda norma constitucional – independentemente de sua estrutura ou de seu conteúdo normativo – é uma norma jurídica genuína, vinculante e suscetível de produzir efeitos jurídicos.

Para Luís Roberto Barroso, (2006, p. 486), as normas constitucionais são dotadas de imperatividade, que é atributo de todas as normas jurídicas, e sua inobservância há de deflagrar os mecanismos próprios de coação, de cumprimento forçado.

A força normativa da Constituição é elemento importante para o neoconstitucionalismo, passando muito pela atuação dos intérpretes sua afirmação. Nesse aspecto, tendo em vista que a Constituição não prevê apenas regras, mas também princípios, o método de subsunção não dá conta da aplicabilidade da totalidade de suas normas, entrando em cena a interpretação e, em particular, a ponderação. Pela ponderação há a criação do direito de acordo com o caso concreto, pelo que se passa da análise geral abstrata para a análise concreta. Nesse processo, o julgador não tem todos os parâmetros de atuação definidos, inovando o ordenamento dentro de uma construção racional, ponderando valores envolvidos, daí advindo o protagonismo judicial.

Evento: XXII Jornada de Pesquisa

A sobreinterpretação é uma das mais importantes características propostas pelo neoconstitucionalismo, significando, a extensão da constituição a todos os espaços vazios do ordenamento, de forma que a matéria não prevista em uma regra específica encontre na Constituição um mínimo de regulação (MÖLLER, 2011, p.36).

A interpretação tradicional não está superada como um todo, pelo contrário, é no seu âmbito que continua a ser resolvida boa parte das questões jurídicas. No entanto, os operadores do direito se deram conta nos últimos tempos de uma situação de carência, pois as categorias tradicionais da interpretação jurídica não estão inteiramente ajustadas para a solução de um conjunto de problemas ligados à realização da vontade constitucional. A partir de então deflagrou-se um processo de elaboração doutrinária de novos conceitos e categorias, agrupados sob a denominação de nova interpretação constitucional, que se utiliza de um arsenal teórico diversificado, em um verdadeiro sincretismo metodológico, (BARROSO, 2006, p. 488).

Quando um texto normativo apresenta lacunas, essas lacunas devem ser objeto de interpretação que por sua vez, podem estar presentes tanto no interior de uma norma, como consistir em situação de fato não prevista pelo sistema jurídico. Para os casos em que não há previsão legal usa-se a discricionariedade, pois é dever do juiz buscar uma solução para todos os casos, de acordo com uma norma constitucional, trazendo à baila a figura do ativismo judicial.

A questão da aplicação direta das normas constitucionais está intimamente ligada com a força vinculante da constituição, ou seja, a constituição tem força vinculante quando suas normas são diretamente aplicadas; e as normas são diretamente aplicadas em razão da força vinculante da constituição. Esta última constituiria um dogma do neoconstitucionalismo, ao passo que a aplicação direta seria a consequência da aceitação da força vinculante.

A aplicabilidade direta das normas constitucionais constitui um passo adiante em relação ao controle de constitucionalidade, a partir disso, é possível utilizar a norma constitucional não apenas para orientar e limitar o conteúdo das leis, mas também para fundamentar pretensões diretamente em uma norma constitucional. Aplicabilidade direta da norma consiste em um argumento ideológico do neoconstitucionalismo que propõe mudança de postura por parte dos juízes nos casos de ausência de lei ou de sua contrariedade à Constituição.

Por fim, a influência da Constituição sobre as relações políticas, constitui-se em um argumento central da teoria neoconstitucionalista, pois a partir dele se constroem e fundamentam todas as demais características. Para Dieter Grimm, citado por Möller, esse tema é tão ou mais importante que a jurisdição constitucional, em razão do seu protagonismo, principalmente no que se refere à falta de legitimidade dos juízes para construir soluções jurídicas a partir de princípios ou de deixarem de aplicar determinada norma para entendê-la conflitiva com um valor constitucionalmente positivado (MÖLLER, 2011, p. 41).

Tecidas algumas considerações acerca das principais características do neoconstitucionalismo, passamos a adentrar no tocante a importância dos princípios para o neoconstitucionalismo.

2.3. INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL E A IMPORTÂNCIA DOS PRINCÍPIOS

Evento: XXII Jornada de Pesquisa

O neoconstitucionalismo trouxe significativas alterações em campos do direito atual, particularmente no âmbito da interpretação normativa. A consideração do caráter normativo da Constituição e a necessidade de regular campos jurídicos e proteger valores através de soluções que necessitam ser construídas a partir da ponderação de valores contrapostos, desencadeia um processo de alteração da atividade de aplicação de normas jurídicas, que passa a constituir um processo mais complexo que a subsunção.

Da mesma forma, destaca-se a importância do caráter normativo dos princípios, antes considerados simples adornos da Constituição, de modo a ser possível afirmar que a compreensão dos sistemas jurídicos contemporâneos passa, necessariamente, pela compreensão da função dos princípios dentro dos novos ordenamentos constitucionais.

Diante da crise da noção tradicional da norma limitada à estrutura de regra, volta-se o direito à consideração dos critérios normativos de princípios, antes considerados como meras normas políticas dirigidas ao legislador. Tal estrutura de norma, em razão de características peculiares, como a maleabilidade, que permite alcançar um âmbito regulativo mais amplo, sem a necessidade de previsão detalhada do suposto fático, acaba por apresentar-se como adequada para o controle jurídico do poder, função importante do direito particularmente nos modelos intervencionistas como o do Estado Social.

Essa abertura e diversidade de aplicação destaca a importância do intérprete, que não mais está atrelado a uma estrutura demasiado rígida de interpretação, tal como a proposta do método subsuntivo. Os princípios permitem ao intérprete alcançar situações que antes não se enquadrariam no suposto fático, ou mesmo criar soluções distintas das previamente previstas, na medida em que se reconheça o caráter normativo dos princípios constitucionais.

Entretanto, esse triunfo dos princípios como norma jurídica e sua constante aplicação pelos juízes e tribunais, das mais diversas formas, demanda maior atenção teórica por parte dos juristas. A inclusão dos princípios no processo interpretativo torna mais complexo o caminho entre a situação fática e a solução jurídica gerando um novo paradigma de interpretação jurídica. Não se trata de substituição do método de subsunção por um modelo principiológico de ponderação, mas de agregar os princípios e a ponderação ao processo de interpretação que, em razão disso, torna-se mais complexo, tal como aponta Luis Prieto (2003, p. 132):

Talvez os princípios sejam um dos últimos e mais vistosos artifícios fabricados pelos juristas capazes de servir por igual a malabarismos conceituais que a propósitos ideológicos, de valer o mesmo para estimular uma certa racionalidade argumentativa que para encobrir as mais disparadas operações hermenêuticas. E, talvez por isso os princípios não gozam da mesma fama ou opinião em todos os círculos jurídicos.

Dessa forma, os princípios já não são mais considerados mera retórica constitucional, mas normas jurídicas em sentido estrito. A questão que projeta os princípios ao centro da discussão normativa atual é a constatação de que, não restam dúvidas sobre o seu caráter normativo. Se por um lado é verdadeiro o fato de que muitas das potencialidades normativas atribuídas a normas chamadas de

Evento: XXII Jornada de Pesquisa

princípios são absolutamente discutíveis e controversas, por outro lado é necessário admitir que seu caráter normativo já esteja consolidado pela possibilidade de sua aplicação direta, mesmo ante a presença de eficácias diversas.

Assim, os princípios possuem ampla utilização como razão jurídica e argumentativa nos processos de ponderação, principalmente nos casos em que encontram como barreira outro princípio que lhe seja contrário. Para Müller (2011, p. 18):

Os princípios, como normas abertas, que alcançam um número muito maior de situações e não trazem uma consequência jurídica específica, acabam por revolucionar o campo da interpretação jurídica e do direito constitucional, o momento em que deixam de ser meras normas orientadoras da ação do legislador e passam a influenciar diretamente nos processos de aplicação do direito.

Antes de avançar no exame da subsunção e da ponderação, convém assentar o que se entende por princípio, cujo significado está distante de obter consenso doutrinário ou jurisprudencial. Asseverese a significativa evolução da concepção de princípio, que no constitucionalismo contemporâneo assume feições normativas muito diversas de um passado não muito remoto, no qual os princípios eram considerados mero instrumento de retórica ou, no máximo, normas complementares com a finalidade de preencher lacunas eventualmente existentes no ordenamento positivado.

Nos parâmetros atuais, não há dúvida acerca das possibilidades de alargamento do alcance do direito que é possibilitado a partir do novo modelo normativo baseado em princípios, os quais funcionam como mecanismo de abertura, superando o outrora sistema fechado e rígido de regras. No intento de se aproximar de uma definição de princípios, Humberto Ávila (2009, p. 12), afirma:

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação demandam uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes na conduta havida como necessária à sua promoção.

Robert Alexy (1998, p. 12) assim define princípios:

[...] princípios são normas que ordenam que algo se realize na maior medida possível, em relação às possibilidades jurídicas e fáticas. Os princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização que se caracterizam porque podem ser cumpridos em diferentes graus e porque a medida de seu cumprimento não só depende das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. [...].

O mesmo autor esclarece que,

Evento: XXII Jornada de Pesquisa

(...) por outro lado, as regras são normas que exigem um cumprimento pleno e, nessa medida, podem sempre ser somente cumpridas ou não. Se uma regra é válida, então é obrigatório fazer precisamente o que se ordena, nem mais nem menos. As regras contêm por isso determinações no campo do possível fático e juridicamente (ALEXY, 1998, p. 138).

A ideia central no que tange à conceituação de princípios é a de concebê-los com caráter normativo, portanto são normas. Acerca do caráter axiológico dos princípios, eles devem ser entendidos como normas parciais em seus enunciados, mas que interagem com outras normas opostas através de um processo quase político de negociação, cedendo ou preponderando, dependendo do caso. Caracterizam-se, assim pela aplicação a partir de um processo de ponderação (ALEXY, 1998, p. 138).

A partir dessa concepção, é possível definir os princípios jurídicos como normas jurídicas de forte caráter axiológico, que ocupam posição fundamental nos sistemas e subsistemas como razões de justificação própria e de outras normas, possuindo normalmente uma estrutura diferenciada, não impondo uma solução única, interagindo com outras normas contrárias através do processo de ponderação (ALEXY, 1998, p. 140).

A respeito dos princípios, ao longo do tempo eles passaram por várias mudanças e atualmente possuem força normativa. A subsunção ocorre quando existe uma norma que se encaixa como solução para um caso concreto. Com a evolução da sociedade, novas situações surgiram, as quais nem sempre se encontram subsumidas a determinada regra, como por exemplo, nos possíveis conflitos resultantes dos avanços tecnológicos e científicos. Nesses casos, cresce a importância dos princípios constitucionais, os quais são uma espécie de ferramenta hermenêutica de solução de controvérsias.

A riqueza e amplitude dos princípios elencados na Constituição de 1988 é inegável, e inúmeras relações sociais ali encontram suporte jurídico. No entanto, diante fluidez das relações modernas que se modificam a todo o momento, há situações em que esses princípios colidem, as quais podem ser solucionadas pelo caminho da ponderação, elevando-se a estatuta daquele que se considera mais adequado à situação concreta.

No que concerne aos princípios de subsunção e ponderação, Barroso (2008, p. 53), trás a seguinte lição:

A existência de colisões de normas constitucionais leva à necessidade de *ponderação*. A subsunção, por óbvio, não é capaz de resolver o problema, por não ser possível enquadrar o mesmo fato em normas antagônicas. Tampouco podem ser úteis os critérios tradicionais de solução de conflitos normativos – hierárquico, cronológico e da especialização – quando a colisão se dá entre disposições da Constituição originária. Neste cenário, a ponderação de normas, bens ou valores (v. *infra*) é a técnica a ser utilizada pelo intérprete, por via da qual ele (i) fará *concessões recíprocas*,

Evento: XXII Jornada de Pesquisa

procurando preservar o máximo possível de cada um dos interesses em disputa ou, no limite, (ii) procederá à *escolha* do direito que irá prevalecer, em concreto, por realizar mais adequadamente a vontade constitucional.

O juízo de ponderação é construído a partir da própria concretização do entendimento extraído de um determinado princípio. Dessa forma, a prática da ponderação não desqualifica e não nega a validade de um princípio preterido, mas tão somente dá maior peso a outro no solucionar determinado caso. A ponderação é um método para a solução de conflitos constitucionais, necessária quando temos pelo menos dois princípios com o mesmo valor que são aplicáveis ao mesmo caso. Ponderar é, então, buscar a melhor decisão quando na argumentação jurídica concorrem razões que justificam duas decisões de igual valor (SANCHÍS, 2003, p. 136).

Dessa forma, a ponderação consiste em uma técnica de decisão judicial diante de casos essencialmente difíceis, principalmente em discussões acerca do princípio da proporcionalidade e referente à matéria de direitos fundamentais. Sobre o princípio da ponderação, Ana Paula de Barcellos, (2005, p. 128), menciona que:

A ponderação pode ser descrita como uma técnica de decisão própria para casos difíceis (do inglês 'hard cases'), em relação aos quais o raciocínio tradicional da subsunção não é adequado. A estrutura geral da subsunção pode ser escrita da seguinte forma; premissa maior – enunciado normativo – incidindo sobre premissa menor – fatos – e produzindo como consequência a aplicação da norma ao caso concreto. O que ocorre comumente nos casos difíceis, porém, é que convivem, postulando a aplicação, diversas premissas maiores igualmente validas e da mesma hierarquia que, todavia, indicam normativas diversas e muitas vezes contraditórias. A subsunção não tem instrumentos para produzir uma conclusão que seja capaz de considerar todos os elementos normativos pertinentes; sua lógica tentará isolar uma única norma para o caso.

A aplicação da ponderação envolve três momentos distintos, em que o intérprete formulará os fundamentos para o devido sopesamento em questão. No primeiro momento, o interprete identifica o sistema que opera as normas relevantes para a possível solução do caso concreto. É a fase de preparação da ponderação, devendo ser analisados todos os elementos de fundamentação para a concretização do sopesamento (BARCELLOS, 2005, pg. 136) .

Em um segundo passo, devem ser analisados os fatos em consonância com os elementos normativos, momento em que ocorre o preenchimento do real sentido dos princípios em colisão, é em síntese, a realização da ponderação strictu sensu, fundamentando-se a relação estabelecida entre os elementos do objeto de sopesamento. O intérprete deve sopesar cada princípio em conflito, observando os efeitos e consequências práticas do uso do princípio que irá preferir. Já o momento derradeiro é caracterizado pela apuração dos pesos atribuídos aos elementos em disputa na relação do sopesamento. Nessa fase, o grupo de normas deve ter prevalência no caso concreto, devendo haver, se possível, disposição quanto à graduação da intensidade da solução prática escolhida, (BARCELLOS, 2005, pg. 138).

Evento: XXII Jornada de Pesquisa

O que não pode ser esquecido é que para aplicação da ponderação é necessário fazer o uso da argumentação, não sendo mais satisfatórias somente as premissas ideológicas nas quais se erigiu a constituição. Nesse sentido, Barroso (2006, p. 489) leciona:

Assim: (i) quanto ao *papel da norma*, verificou-se que a solução dos problemas jurídicos nem sempre se encontra no relato abstrato do texto normativo. Muitas vezes só é possível produzir a resposta constitucionalmente adequada à luz do problema, dos fatos relevantes, analisados topicamente; (ii) quanto ao *papel do juiz* já não lhe caberá apenas uma função de conhecimento técnico, voltado para revelar a solução contida no enunciado normativo. O interprete torna-se participante do processo de criação do Direito, completando o trabalho do legislador, ao fazer valorações de sentido para as cláusulas abertas e ao realizar escolhas entre soluções possíveis.

A ponderação em si mesma é uma atividade subjetiva por parte do intérprete, não controlável racionalmente. Dessa forma, quando não há uma legislação específica para um caso concreto, e, em não havendo a possibilidade de o julgador isentar-se de decidir sobre a situação posta, surge à necessidade de buscar a solução nos princípios. E quando há a colisão de princípios ou a necessidade de sopesamento entre eles, a ponderação suaviza, ou seja, o intérprete, analisando o caso, vai decidir baseado em seus conceitos e circunstâncias (GUASTINI, 2003, p. 53-55).

3. CONCLUSÃO

A presente abordagem se propôs a demonstrar a nova configuração do Direito a partir do neoconstitucionalismo. Este fenômeno trouxe inovações, fundamentado na Constituição Federal de 1988, a partir do momento está positivou uma gama enorme de princípios que possibilitam a abertura para uma maior interpretação dos mesmos. Buscou-se neste contexto, compreender um pouco do significado do neoconstitucionalismo a partir de suas características.

Após essa análise, percebemos que houve uma mudança de paradigma no que concerne ao surgimento dos princípios a fim de conferir um novo caráter ao direito vigente. Através da constatação da força normativa dos princípios, eles se tornam exigíveis. Os princípios, que determinariam que algo fosse realizado na maior medida do possível, foram entendidos como norte de aplicação das regras, como verdadeiros mandatos de otimização (Robert Alexy, 1988).

A sociedade democrática do século XXI necessita de maior efetividade dos direitos e garantias fundamentais, inclusive, no âmbito jurisdicional, para dar maior e melhor efeito à pacificação social. Deve-se abrir caminho para as mudanças comportamentais do judiciário, permitindo-se uma postura mais ativa dentro dos limites expressos na Constituição propostos pelo neoconstitucionalismo.

O neoconstitucionalismo representa uma nova ordem constitucional. A Constituição emerge como centro e fonte norteadora de todo o ordenamento jurídico. Releva-se o reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos, sobrepondo-se o formalismo da subsunção pela ponderação

Evento: XXII Jornada de Pesquisa

racional da norma, diante dos valores constitucionais. Desconstrói-se o paradigma de aplicação cega da lei, de modo que esta encontre seu fundamento de validade diretamente na norma constitucional, entendida assim, como as regras e princípios constitucionais, notadamente o catálogo de direitos fundamentais.

Denotou-se também que, o neoconstitucionalismo não constitui uma teoria fixa e imutável, mas um conjunto de preposições para qualificação do direito, sempre pautado na força normativa da constituição e na adoção desta como marco referencial dos ordenamentos jurídicos. Esse movimento representa nitidamente uma mudança de paradigmas tendo como consequência alterações em vários ramos do direito (MÜLLER, 2011).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoría General de los derechos Fundamentals*, Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1993,

ÁVILA, Humberto. "Neoconstitucionalismo: Entre a ciência do direito e o direito da ciência", *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Num. 17, janeiro/fevereiro/março de 2009, Salvador.

BARCELLOS, Ana Paula. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdictional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. *A nova interpretação constitucional- Ponderação, Direitos Fundamenta e relações Privadas*, 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar 2008.

BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*.

BERWANGER, Jane Lucia Wilhelm. VERONESE, Osmar. *Constituição: um olhar sobre minorias vinculadas à seguridade social*. Curitiba: Juruá, 2014.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011. P. 64.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993/ Reimpressão 1999.

COELHO, Inocêncio Mártires. Konrad Hesse: uma Nova Crença na Constituição. Brasília: Rev. de Informação Legislativa, nº 110, 1991.

COMANDUCCI, Paolo, "*Formas de (neo)constitucionalismo: um análise metateórico*", cit., p Disponível em: <http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901>. Pdf Acesso em 25/08/2015.

DIMOULIS, Dimitri. Neoconstitucionalismo e moralismo jurídico. In: SARMENTO, Daniel (coord.).

Evento: XXII Jornada de Pesquisa

Filosofia e teoria constitucional e contemporânea. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris, 2009.

DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel, 1999.

GUASTINI, Ricardo. "Sovranità popolare, legge, giurisdizione", in *interpretazione e diritto giudiziale: regole, metodi, modelli*, (org. <ario Bessone). Torino: Giappichelli, 2002.

FIGUEROA, Alfonso Garcia. *La teoria del derecho em tempos de constitucionalismo*. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo (s)*. 2º ed. Madrid: Trotta, 2005, p. 159.

HESSE, Konrad. A Força normativa da Constituição. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991, p. 38.

MASSINI, Carlos. La teoria del derecho natural em el tempo pós-moderno. Madrid: Cuadernos DOXA, n. 21, vol. II, 1998. p. 300.

PRIETO, Luis. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Editorial Trotta, 2003, p. 86.

SANTRE ARIZA, Santiago. *La ciência jurídica ante el neoconstitucionalismo*. In. A. A.V.V. *Neoconstitucionalismo(s)*, 2ª ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005, p. 240.

ZAGREBELSKI, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, (trad. Marina Gascón). Madrid: Trotta, 1995.