

**“NEOCONSTITUCIONALISMO”: ENTRE A “CIÊNCIA DO
DIREITO” E O “DIREITO DA CIÊNCIA”**

Prof. Humberto Ávila

*Livre-Docente em Direito Tributário pela USP. Ex-Pesquisador
Visitante das Universidades de Harvard, EUA, e Heidelberg,
Alemanha. Doutor em Direito pela Universidade de Munique -
Alemanha. Professor da UFRGS. Advogado e Parecerista.*

SUMÁRIO: 1. Fundamento normativo: da regra ao princípio. 2. Fundamento metodológico: da subsunção à ponderação. 3. Fundamento axiológico: da justiça geral à justiça particular. 4. Fundamento organizacional: do Poder Legislativo (ou Executivo) ao Poder Judiciário. Conclusões.

INTRODUÇÃO

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.

É certo que não há apenas um conceito de “neoconstitucionalismo”. A diversidade de autores, concepções, elementos e perspectivas é tanta, que torna inviável esboçar uma teoria única do “neoconstitucionalismo”. Não por outro motivo, costuma-se utilizar, no seu lugar, a expressão plural “neoconstitucionalismo(s)”.¹ Mesmo assim, podem ser apontadas algumas

¹ COMDANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: um análisis metateórico, in: CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2006. p. 75. Sobre o assunto, no direito brasileiro, incluindo um panorama dos elementos e pressupostos do neoconstitucionalismo, bem como dos autores brasileiros que, direta ou indiretamente, o

supostas mudanças fundamentais — ocorridas ou meramente desejadas, em maior ou em menor intensidade — desse movimento de teorização e aplicação do Direito Constitucional denominado de “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 Legislativo ou Executivo (ou mais Poder Judiciário e menos Poderes Legislativo e Executivo); Constituição em substituição à lei (ou maior, ou direta, aplicação da Constituição em vez da lei).²

As mudanças propostas pelo neoconstitucionalismo, na versão aqui examinada, não são independentes, nem paralelas. Elas mantêm, em vez disso, uma relação de causa e efeito, ou de meio e fim, umas com relação às outras. O encadeamento entre elas poderia ser construído, de forma sintética, da seguinte forma: as Constituições do pós-guerra, de que é exemplo a Constituição Brasileira de 1988, teriam previsto mais princípios do que regras; o modo de aplicação dos princípios seria a ponderação, em vez da subsunção; a ponderação exigiria uma análise mais individual e concreta do que geral e abstrata; a atividade de ponderação e o exame individual e concreto demandariam uma participação maior do Poder Judiciário em relação aos Poderes Legislativo e Executivo; o ativismo do Poder Judiciário e a importância dos princípios radicados na Constituição levariam a uma aplicação centrada na Constituição em vez de baseada na legislação.

Nesse quadro, o ponto zero estaria na positivação e na aplicação, exclusiva ou preponderante, dos princípios no lugar das regras. Da preferência normativa ou teórica por determinado tipo de norma (os princípios) decorreria um método diferente de aplicação (a ponderação), do qual, por sua vez, adviria tanto a preponderância de uma perspectiva distinta de avaliação (individual e concreta), quanto o predomínio de uma dimensão específica da justiça (a particular), os quais, a seu turno, conduziriam à dominância de um dos Poderes (o Judiciário) e de uma das fontes (a Constituição). Em suma, a mudança da

defendem, ver: MOREIRA, Eduardo Ribeiro. *Neoconstitucionalismo – a invasão da Constituição*. São Paulo: Método, 2008. Sobre uma visão do movimento de constitucionalização do Direito, bem como do neoconstitucionalismo, ver: SARMENTO, Daniel. SOUZA NETO, Cláudio Pereira (orgs.). *A Constitucionalização do Direito – Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007. Nesse livro, conferir sobre o neoconstitucionalismo: BARROSO, Luis Roberto. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional do Brasil)*, p. 203-249; SCHIER, Paulo Ricardo. *Novos Desafios da Filtragem Constitucional no Momento do Neoconstitucionalismo*, p. 251-269.

² Esses são, precisamente, os elementos apresentados, dentre outros, por: CARBONELL, Miguel. *El neoconstitucionalismo en su laberinto*, in: *Teoría del neoconstitucionalismo*. Madrid: Trotta, 2007. pp. 9 a 12; SANCHÍS PRIETO, Luis. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2000. p. 132; FERRJOLI, Luigi, in: *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003. p. 15 e ss; MOREIRA, Eduardo Ribeiro. *Neoconstitucionalismo – a invasão da Constituição*. São Paulo: Método, 2008, especialmente pp. 19, 22, 35. 36-39, 48,50, 54, 56, 68 e 96.

espécie normativa implicaria a modificação do método de aplicação; a transformação do método de aplicação causaria a alteração da dimensão prevalente de justiça; e a variação da dimensão de justiça produziria a alteração da atuação dos Poderes. Ou, de modo ainda mais direto: a norma traria o método; o método, a justiça; a justiça, o Poder.

Pode-se afirmar, dando seguimento ao raciocínio ora desenvolvido, que o “neoconstitucionalismo” (ou a versão aqui analisada ou o modo peculiar de teorização e aplicação do Direito Constitucional, antes referido, independente da sua denominação) possui, dentre outros que poderiam ser mencionados, quatro fundamentos: o normativo (“da regra ao princípio”); o metodológico (“da subsunção à ponderação”); o axiológico (“da justiça geral à justiça particular”) e o organizacional (“do Poder Legislativo ao Poder Judiciário”). São esses fundamentos, inseparáveis no seu sentido, mas discerníveis do ponto de vista teórico, que serão analisados nas quatro partes que compõem este artigo. O seu objetivo não é descrever nem explicar a evolução teórica ou temporal do mencionado fenômeno. A sua finalidade é avaliar criticamente esses quatro fundamentos, testando sua consistência teórica e sua compatibilidade com o ordenamento constitucional brasileiro. É o que se passa a fazer.

1. FUNDAMENTO NORMATIVO: DA REGRA AO PRINCÍPIO

O fundamento normativo do “neoconstitucionalismo” estaria na instituição, exclusiva ou preferencial, dos princípios nas Constituições do pós-guerra, de que seria exemplo a Constituição Brasileira de 1988.

Mesmo considerando que a Constituição Brasileira de 1988 possui princípios e regras e, por isso, não pode ser qualificada como tendo adotado nem um modelo exclusivo de princípios, nem um arquétipo único de regras, qual seria o qualificativo mais adequado para representar o seu conjunto normativo, se um deles tivesse que ser escolhido para exprimir a espécie normativa típica do ordenamento constitucional: “Constituição principiológica” ou “Constituição regulatória”?

Antes de responder a essa indagação, é preciso realçar um ponto: a Constituição Brasileira de 1988 tem princípios e regras, cada qual com funções diferentes, não se podendo falar, desse modo, da primazia de uma norma sobre outra, mas, tão-só, de funções e eficácias diferentes e complementares.³ No entanto, seguindo o modelo aqui criticado, caso se insista em escolher um rótulo que melhor represente a estrutura normativa típica da Constituição Brasileira de 1988, no aspecto quantitativo, ele deverá ser “Constituição regulatória” e, não, como costumeiramente se tem afirmado, “Constituição principiológica”.

³ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 8. Ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 104.

Com efeito, embora ela contenha, no Título I, princípios, todo o restante do seu texto é composto de alguns princípios e muitas, muitas regras: o Título II (Direitos e Garantias Fundamentais), o Título III (Organização do Estado), o Título IV (Organização dos Poderes), o Título V (Defesa do Estado e das Instituições Democráticas), o Título VI (Tributação e Orçamento), o Título VII (Ordem Econômica), o Título VIII (Ordem Social), o Título IX (Disposições Constitucionais Gerais) e o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, são compostos, basicamente, de normas que descrevem o que é permitido, proibido ou obrigatório, definindo, atribuindo, delimitando ou reservando fontes, autoridades, procedimentos, matérias, instrumentos, direitos. Em outras palavras, a opção constitucional foi, primordialmente, pela instituição de regras e, não, de princípios. Tanto que a Constituição Brasileira de 1988 é qualificada de “analítica”, justamente por ser detalhista e pormenorizada, características estruturalmente vinculadas à existência de regras, em vez de princípios. Essa característica, aliás, compõe o diferencial da Constituição Brasileira de 1988 relativamente a outras constituições, como a estadunidense e a alemã, para usar dois exemplos paradigmáticos, cada qual com suas particularidades. A leitura do ordenamento constitucional facilmente comprova essa constatação — a Constituição Brasileira de 1988 é uma Constituição de regras.

A escolha constitucional por regras tem uma justificativa relacionada às suas funções: as regras têm a função eliminar ou reduzir problemas de coordenação, conhecimento, custos e controle de poder.⁴ A descrição daquilo que é permitido, proibido ou obrigatório diminui a arbitrariedade e a incerteza, gerando ganhos em previsibilidade e em justiça para a maior parte dos casos. Em vez de deixar aberta a solução para uma ponderação posterior a ser feita pelo aplicador, o próprio Constituinte, quando tratou de direitos e garantias, da organização do Estado e dos Poderes, da defesa do Estado e das instituições democráticas, da tributação e do orçamento, da Ordem Econômica e Social, decidiu, na maior parte dos casos, fazer uma ponderação pré-legislativa, definindo, atribuindo, delimitando ou reservando fontes, autoridades, procedimentos, matérias, instrumentos e direitos que, se tivessem sua definição e aplicação vinculadas a uma ponderação horizontal destinada a atribuir-lhes algum peso, talvez terminassem sem peso algum.

Se for verdadeira a afirmação no sentido de que a Constituição Brasileira de 1988, no aspecto quantitativo, é (mais) regulatória, em vez de principiológica, dois problemas surgem, um de natureza científica, outro de natureza metodológica.

O obstáculo científico reside no fato de que a afirmação, no nível da meta-linguagem, de que a Constituição Brasileira de 1988 é composta mais de princípios do que de regras, é falsa, na medida em que não encontra corroboração na linguagem-objeto que procura descrever. Tal afirmação até pode ser verdadeira noutros sistemas, mas não no brasileiro.

⁴ ALEXANDER, Larry e SHERWIN, Emily. *The Rules of Rules – Morality, Rules and the Dilemmas of Law*. Durham e Londres: Duke University Press, 2001. p. 30-31.

O empecilho metodológico está na conseqüência da adoção de uma “Constituição regulatória”: como a ponderação (no sentido específico de sopesamento entre razões conflitantes mediante a criação de regras concretas de prevalência entre elas) é uma decorrência do fenômeno da positividade normativa por meio de princípios, a constatação de que Constituição Brasileira de 1988 é composta primordialmente de regras conduziria a uma ruptura no encadeamento lógico dos fundamentos do “neoconstitucionalismo” no Brasil: tendo a Constituição de 1988 estabelecido um fundamento normativo básico diferente da maior parte das Constituições do pós-guerra, haveria, por conseqüência, também uma alteração do fundamento metodológico, pois o modo de aplicação típico deveria ser a correspondência conceitual vinculada a finalidades em vez da ponderação horizontal. Isso modificaria, igualmente, os fundamentos axiológicos e organizacionais, adiante examinados.

Reitere-se: as regras e os princípios desempenham funções diferentes, não se podendo falar, portanto, da primazia de uma norma sobre outra. Mesmo assim, e seguindo o raciocínio aqui criticado, poder-se-ia afirmar que os princípios, agora do ponto de vista qualitativo, teriam uma importância maior do que as regras, isto é, mesmo havendo mais regras do que princípios, esses, pelas suas funções eficazes, teriam, de qualquer modo, uma importância relativa superior à das regras. Isso poderia ocorrer de duas formas: no caso de regras constitucionais, os princípios constitucionais atuariam, quer afastando as regras constitucionais imediatamente aplicáveis, quer modificando suas hipóteses por extensão ou restrição teleológicas, mesmo além do significado mínimo das palavras; no caso de regras infraconstitucionais, os princípios constitucionais agiriam por meio das suas funções interpretativas, bloqueadoras e integrativas das regras infraconstitucionais existentes. Mesmo do ponto de vista qualitativo, porém, não se pode atribuir uma prevalência dos princípios sobre as regras, pelos seguintes motivos.

No caso de regras constitucionais, os princípios não podem ter o condão de afastar as regras imediatamente aplicáveis situadas no mesmo plano. Isso porque as regras têm a função, precisamente, de resolver um conflito, conhecido ou antecipável, entre razões pelo Poder Legislativo Ordinário ou Constituinte, funcionando suas razões (autoritativas) como razões que bloqueiam o uso das razões decorrentes dos princípios (contributivas).⁵ Daí se afirmar que a existência de uma regra constitucional elimina a ponderação horizontal entre princípios pela existência de uma solução legislativa prévia destinada a eliminar ou diminuir os conflitos de coordenação, conhecimento, custos e controle de poder. E daí se dizer, por conseqüência, que, num conflito, efetivo ou aparente, entre uma regra constitucional e um princípio constitucional, deve vencer a regra.⁶ Por exemplo, se a Constituição possui uma regra vedando, de modo categórico, a utilização de prova ilícita,

⁵ SCHAUER, Frederick. Formalism. *The Yale Law Journal*. v. 97, n. 4, mar./1988, p. 537. PILDES, Richard H.. Avoiding Balancing: The Role of Exclusionary Reasons in Constitutional Law. *Hastings Law Journal*. v. 45, n. 4, abr./1994, p. 750.

⁶ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 8. Ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 105.

não cabe ao intérprete, por meio de uma ponderação de princípios constitucionais eventualmente aplicáveis, permitir a sua utilização, pois, nesse caso, a própria Constituição fez uma escolha que não pode ser desconsiderada pelo intérprete. Entender de modo contrário, é interpretar como descartáveis normas que a Constituição quis resistentes a uma ponderação horizontal, flexibilizando aquilo que ela quis objetivamente enrijecer.

Tampouco se pode aceitar a idéia de que os princípios constitucionais, por meio de uma interpretação sistemática, poderiam modificar as hipóteses das regras constitucionais, para além do significado mínimo das suas palavras, nos âmbitos normativos em que os problemas de coordenação, conhecimento, custos e controle de poder devem ser evitados. É certo que, se as regras não forem meramente conceituais e vinculadas a valores eminentemente formais, mas, em vez disso, materiais e vinculadas à promoção de finalidades específicas, a sua interpretação teleológica pode ampliar ou restringir as suas hipóteses por meio das chamadas extensão e restrição teleológicas. Isso, porém, não pode ir, no plano constitucional e para casos ordinários, além do significado mínimo das palavras constantes das hipóteses das regras. Entender dessa forma é acabar com as funções das regras, que são as de eliminar ou diminuir os conflitos de coordenação, conhecimento, custos e controle de poder.

No caso de regras infraconstitucionais, os princípios constitucionais de fato servem para interpretar, bloquear e integrar as regras infraconstitucionais existentes. Os princípios constitucionais, no entanto, só exercem a sua função de bloqueio, destinada a afastar a regra legal, quando ela for efetivamente incompatível com o estado ideal cuja promoção é por eles determinada. O aplicador só pode deixar de aplicar uma regra infraconstitucional quando ela for inconstitucional, ou quando sua aplicação for irrazoável, por ser o caso concreto extraordinário. Ele não pode deixar de aplicar uma regra infraconstitucional simplesmente deixando-a de lado e pulando para o plano constitucional, por não concordar com a consequência a ser desencadeada pela ocorrência do fato previsto na sua hipótese. Ou a solução legislativa é incompatível com a Constituição, e, por isso, deve ser afastada por meio da eficácia bloqueadora dos princípios, sucedida pela sua eficácia integrativa, ou ela é compatível com o ordenamento constitucional, não podendo, nesse caso, ser simplesmente desconsiderada, como se fora um mero conselho, que o aplicador pudesse, ou não, levar em conta como elemento orientador da conduta normativamente prescrita.

Todas essas observações levam à conclusão de que não se pode categoricamente afirmar que os princípios são quantitativa ou qualitativamente mais expressivos que as regras no ordenamento jurídico brasileiro. Pode-se, apenas, afirmar que há um ordenamento composto de regras e de princípios, com funções eficácia complementares e diferentes. Assim, a assertiva, feita de chofre e sem qualquer ressalva, no sentido de que o paradigma normativo passou ou deveria passar “da regra ao princípio”, e o metodológico, conseqüente do anterior, moveu-se “da subsunção à ponderação”, não encontra corroboração no ordenamento constitucional brasileiro. Em suma, o

enunciado, estritamente universal, de que todas as Constituições do pós-guerra são principiológicas, e o enunciado, numericamente universal, de que as normas da Constituição Brasileira de 1988 são principiológicas, ou de matriz principiológica, não encontram referibilidade no ordenamento jurídico brasileiro.

Sendo isso verdadeiro, o enunciado de que a Constituição Brasileira de 1988 é uma “Constituição principiológica”, além de tomar a parte pelo todo e baralhar preponderância com funcionalidade, revela uma sobreposição de enunciados doutrinários ao próprio ordenamento jurídico que eles pretendem descrever e explicar. Ele revela, em suma, aquilo que a “Ciência”, equivocadamente, vê ou quer ver no “Direito”, mas que, em verdade, nele não encontra corroboração. Nessa hipótese, em vez de “Ciência do Direito”, tem-se o “Direito da Ciência”. O “neoconstitucionalismo”, nessa acepção, está menos para uma teoria jurídica ou método, e mais para uma ideologia ou movimento, defendido com retórica, vagueza e subserviência à doutrina estrangeira.

2. FUNDAMENTO METODOLÓGICO: DA SUBSUNÇÃO À PONDERAÇÃO

Independente de a Constituição Brasileira de 1988 ser uma Constituição composta de regras e princípios que desempenham funções complementares e diferentes e de existirem regras infraconstitucionais compatíveis com os princípios constitucionais e que, por isso, não poderiam ser desconsideradas no processo aplicativo, poder-se-ia sustentar que a ponderação, mesmo assim, assumiria uma função metodológica preponderante no ordenamento jurídico brasileiro. Isso porque — seguindo o raciocínio criticado —, embora existente uma regra infraconstitucional regulando determinada conduta, o intérprete poderia saltar do plano legal para o nível constitucional sempre que um princípio pudesse servir de fundamento para a decisão, isto é, toda vez que fosse possível uma correta fundamentação referida a direitos fundamentais.⁷ E, uma vez no plano constitucional, deveria fazer uma ponderação entre os princípios colidentes. Em suma, devendo os princípios constitucionais serem ponderados sempre que pudessem servir de fundamento para uma decisão; e servindo os princípios, dada a sua amplitude, sempre como fundamento para uma decisão, toda a decisão deveria ser baseada numa ponderação de princípios constitucionais.

Nesse passo, porém, o teste desse fundamento depende da resposta à seguinte indagação: deve o paradigma da ponderação ser aceito como critério geral de aplicação do ordenamento jurídico? Aqui, mostra-se o segundo problema: o paradigma da ponderação não pode ser aceito como critério geral de aplicação do ordenamento jurídico.

Em primeiro lugar, porque leva, inexoravelmente, a um “anti-escalonamento” (*Entstufung*) da ordem jurídica, na medida em que os vários

⁷ ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. ed. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994. p. 61 e 86.

níveis de concretização normativa (Constituição, lei, regulamento, ato administrativo, decisão judicial, contrato, etc.), a rigor relacionados numa complexa rede de relações hierárquicas e cada qual exercendo uma função específica, cedem lugar a um só nível, onde estão previstas as normas que irão orientar a decisão. Vale dizer, se os princípios devem ser usados direta ou indiretamente, sempre que eles possam servir de fundamento para uma dada decisão, eles sempre deverão ser utilizados, pois sempre poderão servir, dada a sua abrangência, de fundamento para uma decisão; e se sempre deverão ser empregados, todas as outras manifestações normativas assumem papel secundário em face dos princípios constitucionais. Daí se afirmar que o paradigma da ponderação, se universalmente aceito, conduz a uma constitucionalização da ordem jurídica (*Konstitutionalisierung der Rechtsordnung*).⁸

Em segundo lugar, o paradigma da ponderação, tal como aqui analisado, aniquila com as regras e com o exercício regular do princípio democrático por meio da função legislativa. A Constituição Brasileira de 1988, além de estabelecer que nada poderá ser exigido senão em virtude de lei e de prever que todo poder emana do povo, que o exercerá por meio de representantes eleitos ou diretamente, reserva ao Poder Legislativo, inúmeras vezes em numerosas matérias, a competência para regular, por lei, determinado âmbito normativo. Ao se admitir o uso dos princípios constitucionais, mesmo naquelas situações em que as regras legais são compatíveis com a Constituição e o emprego dos princípios ultrapassa a interpretação teleológica pelo abandono da hipótese legal, está-se, ao mesmo tempo, consentindo com a desvalorização da função legislativa e, por decorrência, com a depreciação do papel democrático do Poder Legislativo. Se a própria Constituição não contém regra a respeito de determinada matéria, antes reservando ao Poder Legislativo a função de editá-la, se ele exercer a sua liberdade de configuração e de fixação de premissas dentro dos limites constitucionais, aliás também fornecidos pelos princípios constitucionais, especialmente os formais, a mera desconsideração da regra legal (que, insista-se, não se confunde com a interpretação conforme a Constituição, nem com interpretação mediante extensão ou restrição teleológicas, nem, ainda, com a não-aplicação de regra geral a caso particular por meio do postulado da razoabilidade) culmina com a desconsideração do próprio princípio democrático e, por conseqüência, do princípio da separação dos Poderes. Eis o paradoxo: a interpretação centrada nos princípios constitucionais culmina com a violação de três princípios constitucionais fundamentais — os princípios democrático, da legalidade e da separação dos Poderes. Obedece-se à (parte da) Constituição, violando-a (noutra parte). Esse primeiro paradoxo conduz a um segundo: quando tudo está na Constituição, e nada na legislação que deveria estar conforme a ela, a supremacia constitucional perde seu significado, pois a Constituição deixa de servir de referência superior pela inexistência ou irrelevância do elemento inferior. Privilegia-se a supremacia constitucional,

⁸ JESTAEDT, Matthias. Die Abwägungslehre - ihre Stärken und ihre Schwächen, in: *Staat im Wort - Festschrift für Josef Isensee*. Otto Depenhauer e outros (orgs.). Heidelberg: C. F. Müller, 2007. p. 269.

eliminando-a.⁹ Daí a importância de insistir na eficácia das regras frente aos princípios, na separação dos Poderes e no controle fraco de proporcionalidade como mecanismos de salvaguardar a liberdade de configuração do Poder Legislativo, no lugar de simplesmente exaltar a importância dos princípios e da ponderação.¹⁰

Em terceiro lugar, o paradigma da ponderação conduz a um subjetivismo e, com isso, à eliminação ou severa redução do caráter heterolimitador do Direito. Uma norma jurídica (ou mandamento) diferencia-se de um conselho por dever ser considerada e por dever servir de orientação para a conduta a ser adotada. Um conselho é aquilo que não precisa ser levado em consideração, mas mesmo que o seja, não necessariamente precisa orientar a conduta a ser adotada.¹¹ Além de dever servir de critério orientador da conduta, um mandamento caracteriza-se por ser externo e autônomo relativamente ao seu destinatário: o mandamento só exerce sua função de guia de conduta se for independente do seu destinatário. E para ser independente do seu destinatário, ele precisa ser por ele minimamente reconhecível antes da conduta ser adotada.¹²

Pois bem, aceita a tese de que os princípios constitucionais devem ser ponderados sempre que puderem servir de fundamento para uma dada decisão, e feita a constatação banal de que, dada a sua abrangência, eles sempre poderão cumprir tal desiderato, perder-se-á, conseqüentemente, parte substancial da normatividade do Direito.

De um lado, porque — se acatada a tese, não necessária, de que eles constituem sempre deveres *prima facie* — os princípios terão seu peso atribuído pelo aplicador, diante do caso concreto, por meio de uma ponderação, ao final da qual os princípios poderão receber peso igual a zero. Em outras palavras, admitida a tese de que toda interpretação é uma interpretação baseada nos princípios constitucionais, independentemente de regras infraconstitucionais, aceita estará a conseqüência de que, em muitos casos, a norma exercerá a função de mero conselho, assim considerado aquele enunciado que pode ou não ser considerado, mas mesmo que seja considerado, não precisa servir de guia para a conduta a ser adotada. E isso porque os princípios se caracterizam — se seguida a tese de que são normas descartáveis — por poderem ou não ser considerados, mas mesmo que sejam, não precisam servir de guia para a conduta a ser adotada.

⁹ JESTAEDT, Matthias. Die Abwägungslehre - ihre Stärken und ihre Schwächen, in: *Staat im Wort - Festschrift für Josef Isensee*. Otto Depenhauer e outros (orgs.). Heidelberg: C. F. Müller, 2007. p. 271.

¹⁰ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 105 e 174.

¹¹ RAZ, Joseph. *The Authority of Law – Essays on Law and Morality*. Oxford: Clarendon Press, 2002. p. 17.

¹² ALEXANDER, Larry. SHERWIN, Emily. *Demystifying Legal Reasoning*. Cambridge: CUP, 2008. p. 11.

De outro lado, porque, sendo os princípios aplicados mediante ponderação, e não sendo fornecidos critérios intersubjetivamente controláveis para a sua execução, reconhecíveis antes da adoção da conduta, somente *depois* do processo de ponderação é que se saberá o que *antes* deveria ter sido feito. Se quem faz a ponderação é o próprio destinatário, ele mesmo termina por guiar a sua conduta, o que conduz à eliminação do caráter heterolimitador do Direito. O próprio destinatário da norma, que deveria agir seguindo sua prescrição, termina por definir o seu conteúdo, decidindo, ele próprio, o que deve fazer. Se quem faz a ponderação é o Poder Judiciário, sem critérios antecipados e objetivos para sua execução, aquilo que o destinatário deveria saber antes ele só ficará sabendo depois, o que leva à supressão do caráter orientador do Direito e da função legislativa. O aplicador da norma, que deveria reconstruir um sentido normativo anterior e exterior, acaba por construí-lo, decidindo, ele próprio, o que a Constituição atribuiu ao Poder Legislativo definir.

É preciso dizer, no entanto, que não é a ponderação, enquanto tal, que conduz à constitucionalização do Direito, à desconsideração das regras (constitucionais e legais), à desvalorização da função legislativa e ao subjetivismo. O que provoca essas conseqüências 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.

Nesse aspecto, a ponderação, intersubjetivamente controlável e compatível com o sistema de separação de Poderes, deve observar as seguintes diretrizes. 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.¹³ O dever de não desconsiderar a regra constitucional imediatamente aplicável não impede, por óbvio, o aplicador de, dentro dos limites semânticos da regra e obedecendo às suas funções, interpretar a regra conforme os princípios constitucionais axiologicamente sobrejacentes ou a sua finalidade. O que ele não pode é, para casos ordinários, desconsiderar a função específica da regra, desprezando aquilo que ela permite, proíbe ou obriga. Uma das formas de desprezar — insista-se — é saltar ao plano constitucional mesmo nos casos em que há regras infraconstitucionais não inequivocamente contrárias à Constituição, quer

¹³ O Supremo Tribunal Federal, em vários casos, já garantiu a prevalência de regras frente a princípios constitucionais. Sobre o assunto, ver: ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 106-7.

sob a alegação de que elas, embora compatíveis com a liberdade de configuração do Poder Legislativo, não representam o melhor meio para “otimizar” princípios constitucionais, quer, ainda, sob o argumento de que toda regra infraconstitucional deve ser sustentada pela ponderação entre princípios constitucionais colidentes.

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 de uma competência. Nesse caso, tendo o Poder Legislativo editado regra legal por meio do exercício regular da sua liberdade de configuração e de fixação de premissas, sem inequívoca violação do ordenamento constitucional, não pode o aplicador simplesmente desconsiderar a opção legislativa em favor daquela que melhor lhe aprouver ou daquela que entende ser a ótima. O que ele pode é interpretar a regra legal existente conforme os princípios constitucionais, adotando, dentre os sentidos possíveis, aquele que melhor se compatibilize com o ordenamento constitucional; interpretar a referida regra legal por meio das eficácias interpretativa, bloqueadora e integrativa dos princípios; interpretar a mencionada regra legal de acordo com a sua finalidade, ampliando a sua hipótese, quando ela for restrita demais relativamente à sua finalidade, ou restringindo a sua hipótese, quando ela for ampla demais no cotejo com a sua finalidade; ou, mesmo, interpretar a tal regra legal para os casos normais, afastando sua aplicação para os casos efetivamente extraordinários com base no postulado da razoabilidade. O que o aplicador, porém, não pode fazer é simplesmente desconsiderar a regra legal, editada no exercício regular da função legislativa operada dentro da liberdade constitucional de configuração e de fixação de premissas, mesmo que essa desconsideração seja supostamente suportada por princípios constitucionais aplicáveis que ele pretende “otimizar”.

Em terceiro lugar, caso não haja regra constitucional imediatamente aplicável, nem regra legal editada no exercício regular da função legislativa, ou caso 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. Mesmo nesse caso, no entanto, essa ponderação deve (a) indicar os princípios objeto de ponderação (pré-ponderação), (b) efetuar a ponderação (ponderação) e (c) fundamentar a ponderação feita.¹⁴ Nessa fundamentação, deverão ser justificados, dentre outros, os seguintes elementos: (i) a razão da utilização de determinados princípios em detrimento de outros; (ii) os critérios empregados para definir o peso e a prevalência de um princípio sobre outro e a relação existente entre esses critérios; (iii) o procedimento e o método que serviram de avaliação e comprovação do grau de promoção de um princípio e o grau de restrição de outro; (iv) a comensurabilidade dos princípios cotejados e o método utilizado para fundamentar essa comparabilidade; (v) quais os fatos do caso que foram

¹⁴ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 144.

considerados relevantes para a ponderação e com base em que critérios eles foram juridicamente avaliados.¹⁵

Sem a observância desses requisitos ou fases, a ponderação não passa de uma técnica, não jurídica, que *explica* tudo, mas não *orienta* nada.¹⁶ E, nessa acepção, ela não representa nada mais de que uma “caixa preta” legitimadora de um “decisionismo” e formalizadora de um “intuicionismo moral”.¹⁷ Esclareça-se que defender a ponderação sem, ao mesmo tempo e de saída, apresentar os critérios intersubjetivamente controláveis para sua aplicação, é legitimar doutrinariamente a sua utilização excessiva e arbitrária, de nada valendo a constatação tardia do seu desvirtuamento.

3. FUNDAMENTO AXIOLÓGICO: DA JUSTIÇA GERAL À JUSTIÇA PARTICULAR

O fundamento axiológico, antes mencionado, reside na alteração da justiça prevalente no modelo baseado na ponderação de princípios: como a ponderação, segundo o modelo aqui criticado, exige o sopesamento de princípios concretamente colidentes, apesar da existência de regras constitucionais e legais, a aplicação demandaria uma análise mais individual e concreta do que geral e abstrata. Em virtude disso, esse modelo, em vez de privilegiar a justiça geral, baseada em normas prévias, gerais e abstratas, daria primazia ou preponderância a uma justiça individual, fundada em normas posteriores, individuais e concretas.

Nesse ponto, o teste do aqui denominado fundamento axiológico depende da resposta ao seguinte questionamento: independente de a Constituição Brasileira de 1988 conter mais regras do que princípios e atribuir, em inúmeras situações sobre numerosas matérias, ao Poder Legislativo a competência para instituir regras legais concretizadoras dos ideais constitucionais, deve a dimensão de justiça particular ser aceita como prevalente sobre a justiça geral?

A primazia da justiça particular sobre a geral parte do pressuposto de que o exame das particularidades do caso é o melhor caminho para a solução justa. Essa concepção segue a idéia correta de que a aplicação das regras provoca, em algumas situações, resultados injustos. De fato, as regras são aquelas normas que determinam um curso de ação a ser seguido pelos destinatários nas situações em que o caso se enquadra nos seus termos. Para

¹⁵ JESTAEDT, Matthias. Die Abwägungslehre - ihre Stärken und ihre Schwächen, in: *Staat im Wort - Festschrift für Josef Isensee*. Otto Depenhauer e outros (orgs.). Heidelberg: C. F. Müller, 2007. pp. 265 e 267.

¹⁶ POSCHER, Ralf. *Grundrechte als Abwehrrechte*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2003. pp. 75 e 76.

¹⁷ JESTAEDT, Matthias. Die Abwägungslehre - ihre Stärken und ihre Schwächen, in: *Staat im Wort - Festschrift für Josef Isensee*. Otto Depenhauer e outros (orgs.). Heidelberg: C. F. Müller, 2007. pp. 265 e 267.

eliminar conflitos com um mínimo de efetividade, as regras devem prescrever, de modo inteligível e relativamente incontestado, uma dada resposta para uma determinada gama de circunstâncias.¹⁸ Para fazê-lo, porém, elas precisam selecionar os fatos que serão considerados juridicamente relevantes, incluindo-os na sua descrição legal. Esse procedimento traz, inelutavelmente, duas consequências.

De um lado, pode fazer com que alguns elementos, que eventualmente deveriam ter sido considerados, dependendo do ponto de vista, não sejam considerados na descrição legal contida na regra e, com isso, não possam ser considerados pelo aplicador, diante do caso concreto. É o fenômeno da “super-inclusão” ou “sobre-inclusão”: como as regras selecionam elementos a serem considerados, aqueles elementos por elas não selecionados, dependendo da rigidez com que a regra seja compreendida (que pode variar da rigidez absoluta de um modelo de formalismo puro à flexibilidade total de um modelo de particularismo puro, passando por modelos intermediários de rigidez moderada), não podem ser considerados no ato de aplicação, o que pode gerar uma solução injusta ou sub-ótima. Seria, por exemplo, o caso de aplicação da regra que proíbe a condução de animais de estimação em veículos de transporte público também para o caso de um cego cuja liberdade de locomoção depende do auxílio de um adestrado e dócil cão-guia. Nessa situação anormal, poder-se-ia afirmar que a hipótese da regra foi *além* do exigido pela sua finalidade.

De outro lado, esse procedimento pode fazer com que alguns fatos, que foram considerados pela regra legal, mas não deveriam ter sido, dependendo do ponto de vista, devem ser desconsiderados pelo aplicador, diante do caso concreto. É o fenômeno da “sub-inclusão” ou “infra-inclusão”: como as regras selecionam fatos, os fatos por elas escolhidos não podem ser desconsiderados no ato de aplicação, o que também pode provocar uma solução injusta ou sub-ótima. Seria, por exemplo, o caso de não aplicação da regra que proíbe a condução de animais de estimação em veículos de transporte público para o caso de alguém que pretendesse viajar com um leão. Nessa situação extraordinária, poder-se-ia afirmar que a hipótese da regra foi *aquém* do exigido pela sua finalidade.

Esses dois casos, porém, são extraordinários, isto é, não são casos que normalmente ocorrem. Nessas situações, comprovada e visivelmente anômalas, caberá ao aplicador deixar de aplicar a regra geral ao caso particular, com base no postulado da razoabilidade, no sentido de equidade, sempre que o afastamento *da regra* não comprometer a aplicação *do sistema de regras*.¹⁹

¹⁸ ALEXANDER, Larry. SHERWIN, Emily. *Demystifying Legal Reasoning*. Cambridge: CUP, 2008. p. 11.

¹⁹ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 119.

Entre o caso normal e o caso anormal, no entanto, existe um extenso universo dentro do qual a solução dada pelas regras, embora não provoque manifesta injustiça, não se revela, ao olhar do aplicador, a melhor solução. Que cabe ao aplicador, com base no postulado da razoabilidade, afastar a aplicação da regra geral, quando a sua aplicação a um caso particular extraordinário provocar manifesta e comprovada injustiça, não há dúvida. Mas — e aqui se chega ao cerne da questão — se a solução dada pela regra não se apresenta, sob o seu ponto de vista, ainda que alicerçada numa alegada interpretação sistemática e principiológica, como sendo a melhor solução, pode o aplicador desprezar o curso de ação prescrito pela regra quando o caso se enquadra nos seus termos? Em outras palavras: está o aplicador autorizado a buscar a melhor solução por meio da consideração de todas as circunstâncias do caso concreto, eventualmente desprezando a “solução da lei” em favor da construção da “lei do caso”?

A resposta a essa indagação depende de considerações a respeito da justiça do caso concreto. Costuma-se afirmar que a consideração de todas as circunstâncias do caso concreto, apesar das circunstâncias selecionadas pela regra legal, é algo necessariamente positivo, e a consideração das circunstâncias selecionadas pela regra legal, apesar das circunstâncias do caso concreto, é algo necessariamente positivo. Essa concepção, no entanto, desconsidera a imprescindibilidade dos mecanismos de justiça geral numa sociedade complexa e pluralista.

Numa tal sociedade, embora os cidadãos possam entrar em acordo abstrato a respeito dos valores fundamentais a serem protegidos, dificilmente concordam com a solução específica para um conflito concreto entre valores. A maioria concorda com a proteção da propriedade, da liberdade e da igualdade, por exemplo, mas discorda com relação aos modos mais justos e eficientes para proteger esses mesmos valores.²⁰ Essa interminável divergência conduz à necessidade de regras, cuja função é, precisamente, eliminar ou substancialmente reduzir problemas de coordenação, conhecimento, custos e controle de poder. A justiça do mundo real, não do ideal, exige a existência de regras.

Ocorre que para que as regras efetivamente cumpram a sua função de eliminar ou substancialmente reduzir problemas de coordenação, conhecimento, custos e controle de poder, elas precisam ser, em alguma medida, resistentes à superação ou ampliação da sua hipótese. Uma regra, cuja hipótese não oferece nenhuma resistência, não é uma regra, mas um princípio, que se caracteriza — se aceita a tese de que os princípios são necessariamente normas que estabelecem deveres *prima facie* — por carecer de um sopesamento concreto que lhe atribua algum peso, maior ou menor e por não oferecer um limite rígido ao aplicador. Dessa forma, a regra deixa, automaticamente, de exercer as funções para as quais foi editada: para funcionar como mecanismo eliminador ou diminuidor dos conflitos de

²⁰ ALEXANDER, Larry. SHERWIN, Emily. *Demystifying Legal Reasoning*. Cambridge: CUP, 2008. p. 13.

coordenação, conhecimento, custos e controle de poder, a regra precisa ser, em alguma medida, resistente à subjetividade do aplicador: por exemplo, se o aplicador, seja ele o julgador ou o destinatário, puder desconsiderar o sinal de trânsito ou o limite de velocidade, adotando comportamento divergente com o curso de ação determinado pela regra, os interesses dos motoristas não serão coordenados, pois cada um irá passar o cruzamento quando lhe convier e dirigir na velocidade que bem lhe aprouver; as circunstâncias pessoais de cada um não serão neutralizadas, pois cada um irá entender como relevante algo relacionado a sua vida particular; os custos necessários à avaliação de cada situação concreta não serão afastados, pois, inexistindo um seletor de elementos relevantes, o próprio julgador deverá decidir quais são os elementos que irá considerar e como e com que peso os irá valorar, o que demandará tempo e causará extensos custos de deliberação; e o uso do poder não será limitado, já que, inexistindo critérios impessoais a guiar a solução, decisões arbitrárias serão tomadas. Em outras palavras, se a regra não for, em alguma medida, rígida relativamente à subjetividade do aplicador, as funções que ela desempenha ficam prejudicadas. E como os aplicadores têm concepções diferentes a respeito de como devem ser resolvidos os conflitos morais, bem como são dotados de variável capacitação técnica e inconstante rigidez moral, não só cresce a chance de incerteza, quanto aumenta o grau de arbitrariedade. O aplicador real, não o ideal, também demanda a existência de regras.

Essas considerações revelam que as regras desempenham funções importantes numa sociedade complexa e plural, que são as de estabilizar conflitos morais e reduzir a incerteza e a arbitrariedade decorrente da sua inexistência ou desconsideração. As regras, em outras palavras, servem de instrumento de justiça geral, pela uniformidade de tratamento e estabilidade das decisões que ajudam a produzir. A inexistência de regras implica a existência de conflitos de coordenação, conhecimento, custo e controle de poder. Não se afastam as regras sem se afastarem os problemas que elas ajudam a resolver. Em outras palavras, a desconsideração das regras implica uma forma de injustiça. Num Estado de Direito, em que deve ser protegida a segurança jurídica, em virtude da qual se deve privilegiar a inteligibilidade, a estabilidade e a previsibilidade do ordenamento jurídico, não está o aplicador autorizado a buscar a melhor solução por meio da consideração de todas as circunstâncias do caso concreto, desprezando justiça geral em favor da justiça particular. Em suma, a consideração de todas as circunstâncias do caso concreto, seja o que isso signifique, apesar das circunstâncias selecionadas pela regra legal, não é algo necessariamente positivo, e a contemplação dos elementos valorizados pela regra legal, apesar das circunstâncias do caso concreto, não é algo forçosamente negativo.²¹

²¹ SCHAUER, Frederick. *Profiles, Probabilities and Stereotypes*. Cambridge: Harvard University Press, 2003. p. 73. ÁVILA, Humberto. *Teoria da Igualdade Tributária*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 77 e ss.

4. FUNDAMENTO ORGANIZACIONAL: DO PODER LEGISLATIVO (OU EXECUTIVO) AO PODER JUDICIÁRIO

O fundamento organizacional, antes referido, reside na preponderância de um dos Poderes decorrente das alterações normativas e metodológicas anteriores: como a atividade de ponderação exige uma avaliação maior de aspectos individuais e concretos, em detrimento de elementos gerais e abstratos, a participação do Poder Judiciário, relativamente aos Poderes Legislativo e Executivo, ficaria maior. E desse ativismo judicial adviria, por sua vez, a preponderância da Constituição, em detrimento da legislação.

As críticas, anteriormente feitas aos fundamentos normativos e metodológicos, já afastariam a necessidade de se formular qualquer juízo de valor relativamente ao fundamento organizacional: se a Constituição contém mais regras do que princípios, e se as regras legais não podem ser simplesmente desconsideradas, o papel das regras legais não perde a sua importância e, com isso, nem o método de correspondência conceitual, vinculado à promoção de finalidades, nem a função do Poder Legislativo deixam de assumir relevância. Mesmo assim, o raciocínio, feito com relação aos outros fundamentos, também pode ser feito relativamente ao fundamento organizacional: independente de a Constituição Brasileira de 1988 prever mais regras do que princípios e atribuir, em inúmeras situações sobre numerosas matérias, ao Poder Legislativo a competência para instituir regras legais concretizadoras dos ideais constitucionais, deve o Poder Judiciário assumir a prevalência na determinação da solução entre conflitos morais?

Novamente, os argumentos utilizados anteriormente se aplicam também aqui: o Poder Judiciário não deve assumir, em qualquer matéria e em qualquer intensidade, a prevalência na determinação da solução entre conflitos morais porque, num Estado de Direito, vigente numa sociedade complexa e plural, deve haver regras gerais destinadas a estabilizar conflitos morais e reduzir a incerteza e a arbitrariedade decorrente da sua inexistência ou desconsideração, cabendo a sua edição ao Poder Legislativo e a sua aplicação, ao Judiciário. Independente disso, há, ainda, argumentos em favor da função legislativa que não podem ser considerados.

Na sociedade atual, em que se asseguram as variadas manifestações da liberdade, não só existe uma pluralidade de concepções de mundo e de valores, como, também, há uma enorme divergência com relação a modo como essas concepções de mundo e de valores devem ser realizadas. Vale dizer, há divergência com relação aos valores e com referência ao modo de realização desses valores. A rigor, não há uma solução justa para o conflito e para a realização desses valores, mas soluções que precisam, por algum órgão, ser tomadas para pôr fim ao infundável conflito entre valores e às intermináveis formas de realizá-los.

Pois bem, o Poder onde, por meio do debate, se pode *respeitar e levar em consideração* essa pluralidade de concepções de mundo e de valores, e o

modo de sua realização, é o Poder Legislativo.²² Por meio dele é que, pelos mecanismos públicos de discussão e votação, se pode obter a participação de todos e a consideração da opinião de todos, em matérias para as quais não há uma solução, mas várias soluções para os conflitos de interesses, não um só caminho para a realização de uma finalidade, mas vários caminhos para a sua promoção.

Não se quer, com isso, afirmar que a participação do Poder Judiciário deva ser menor em todas as áreas e em todas as matérias, ou que a edição de uma regra, constitucional ou legal, finda o processo de concretização normativa. Como o Poder Legislativo edita normas gerais, e como a linguagem é, em larga medida, indeterminada, caberá ao Poder Judiciário a imprescindível função de adequar a generalidade das regras à individualidade dos casos, bem como escolher, dentre os vários sentidos possíveis, aquele que melhor se conforme a Constituição, e cotejar a hipótese da regra com sua finalidade subjacente, ora ampliando, ora restringindo o seu âmbito normativo. Em suma, não se quer dizer que o Poder Judiciário é desimportante; quer-se, em vez disso, afirmar que o Poder Legislativo é importante. E que, como tal, não pode ser simplesmente apequenado, especialmente num ordenamento constitucional que, sobre estabelecer que nada poderá ser exigido senão em virtude de lei e de prever que todo poder emana do povo, que o exercerá por meio de representantes eleitos ou diretamente, ainda reserva ao Poder Legislativo a competência para regular, por lei, um sem número de matérias.

CONCLUSÕES

Todas as considerações anteriores levam à conclusão final de que as mencionadas mudanças fundamentais da teorização e aplicação do Direito Constitucional, preconizadas pelo movimento do neoconstitucionalismo, na versão aqui examinada, não encontram suporte no ordenamento constitucional brasileiro. Não se pode, em primeiro lugar, asseverar que o tipo normativo prevalente adotado pela Constituição Brasileira de 1988 seja o princiológico: embora não se possa afirmar que a Constituição tenha adotado um modelo exclusivo de princípios, nem um arquétipo único de regras, se um qualificativo tiver de ser escolhido para representar a sua espécie normativa típica, esse qualificativo deverá ser o de “Constituição regulatória”. Não é exato declarar, pois, que se *passou* das regras para os princípios, nem que se *deve passar* ou é *necessariamente bom que se passe* de uma espécie para outra. O que se pode afirmar é, tão-só, que a Constituição é um complexo de regras e princípios com funções e eficácias diferentes e complementares.

²² WALDRON, Jeremy. *The Dignity of Legislation*. Cambridge: CUP, 1999. p. 124 e ss. Sobre o assunto, ver: BAUMAN, Richard. KAHANA, Tsvi (orgs.). *The Least Examined Branch – The Role of Legislatures in the Constitutional State*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

Não se pode, em segundo lugar, dizer que a subsunção cede lugar à ponderação como método exclusivo ou prevalente de aplicação do ordenamento jurídico brasileiro. Como a Constituição de 1988 é composta basicamente de regras, e como ela própria atribui, em inúmeras situações, ao Poder Legislativo a competência para editar regras legais, sempre que esse poder exercer regularmente a sua liberdade de configuração e de fixação de premissas dentro dos parâmetros constitucionais, não poderá o aplicador simplesmente desconsiderar as soluções legislativas. Ele deve, é claro, interpretar as regras legais escolhendo, dentre os sentidos possíveis, aquele que melhor se encaixar nos ideais constitucionais; interpretar as regras legais gerais e abstratas, adaptando-as às particularidades do caso individual e concreto, eventualmente afastando a previsão geral diante de um caso efetivamente extraordinário; interpretar as hipóteses constantes das regras legais, cotejando-as com as finalidades que lhes são subjacentes, quer as ampliando, quer as restringindo, quando elas se revelarem muito restritas ou muito amplas relativamente à sua finalidade. O que ele, porém, não pode fazer é simplesmente desconsiderar as soluções legislativas, quando encontradas no exercício legítimo do princípio democrático, mesmo que com base em princípios que pretende “otimizar”. Se assim é, porém, a correspondência conceitual, vinculada a finalidades, persiste como importante método de aplicação do Direito. E se isso for verdadeiro, não é correto afirmar que se *passou* da subsunção para a ponderação, nem que se *deve passar* ou é *necessariamente bom que se passe* de uma para outra.

Não se pode, em terceiro lugar, sustentar que a justiça particular deve prevalecer, em extensão ou importância, sobre a justiça geral. As regras desempenham funções importantes numa sociedade complexa e plural, que são as de estabilizar conflitos morais e reduzir a incerteza e a arbitrariedade decorrente da sua inexistência ou desconsideração, servindo, por isso, de valiosos instrumentos de justiça geral, pela uniformidade de tratamento e estabilidade das decisões que ajudam a produzir. A consideração dos elementos valorizados pela regra legal, apesar das circunstâncias do caso concreto, não é algo forçosamente negativo, antes assume uma importância fundamental num Estado de Direito. Sendo isso correto, não é correto enunciar que se *passou* da justiça geral para a justiça individual, nem que se *deve passar* ou é *necessariamente bom que se passe* de uma para outra.

Não é correto, em quarto lugar, asseverar que o Poder Judiciário deve preponderar sobre o Poder Legislativo (ou Executivo). Numa sociedade complexa e plural, é o Poder Legislativo o Poder onde, por meio do debate, se pode *respeitar e levar em consideração* a pluralidade de concepções de mundo e de valores, e o modo de sua realização. Em matérias para as quais não há uma solução justa para os conflitos de interesses, mas várias, não um só caminho para a realização de uma finalidade, mas vários, é por meio do Poder Legislativo que se pode melhor obter a participação e a consideração da opinião de todos. Num ordenamento constitucional que privilegia a participação democrática e reserva ao Poder Legislativo a competência para regular, por lei, um sem número de matérias, não se afigura adequado sustentar se *passou* do

Poder Legislativo para o Poder Judiciário, nem que se *deve passar* ou é *necessariamente bom que se passe* de um para outro.

Se existe um modo peculiar de teorização e aplicação do Direito Constitucional, pouco importa a sua denominação, baseado num modelo normativo (“da regra ao princípio”), metodológico (“da subsunção à ponderação”), axiológico (“da justiça geral à justiça particular”) e organizacional (“do Poder Legislativo ao Poder Judiciário”), mas esse modelo não foi adotado, não deve ser adotado, nem é necessariamente bom que o seja, é preciso repensá-lo, com urgência. Nada, absolutamente nada é mais premente do que rever a aplicação desse movimento que se convencionou chamar de “neoconstitucionalismo” no Brasil.

Se verdadeiras as conclusões no sentido de que os seus fundamentos não encontram referibilidade no ordenamento jurídico brasileiro, defendê-lo, direta ou indiretamente, é cair numa invencível contradição performática: é defender a primazia da Constituição, violando-a. O “neoconstitucionalismo”, baseado nas mudanças antes mencionadas, aplicado no Brasil, está mais para o que se poderia denominar, provocativamente, de uma espécie enrustida “não-constitucionalismo”: um movimento ou uma ideologia que barulhentosamente proclama a supervalorização da Constituição enquanto silenciosamente promove a sua desvalorização.

Referência Bibliográfica deste Trabalho:

Conforme a NBR 6023:2002, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

ÁVILA, Humberto. “NEOCONSTITUCIONALISMO”: ENTRE A “CIÊNCIA DO DIREITO” E O “DIREITO DA CIÊNCIA”. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.º. 17, janeiro/fevereiro/março, 2009. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: xx de xxxxxx de xxxx

Observações:

- 1) Substituir “x” na referência bibliográfica por dados da data de efetivo acesso ao texto.
- 2) A REDE - Revista Eletrônica de Direito do Estado - possui registro de Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (*International Standard Serial Number*), indicador necessário para referência dos artigos em algumas bases de dados acadêmicas: **ISSN 1981-187X**
- 3) Envie artigos, ensaios e contribuição para a Revista Eletrônica de Direito do Estado, acompanhados de foto digital, para o e-mail: reded@direitodoestado.com.br

A REDE publica exclusivamente trabalhos de professores de direito público. Os textos podem ser inéditos ou já publicados, de qualquer extensão, mas devem ser fornecidos em formato word, fonte arial, corpo 12, espaçamento simples, com indicação na abertura do título do trabalho e da qualificação do autor, constando na qualificação a instituição universitária a que se vincula o autor.

Publicação Impressa:

Informação não Disponível.