

O QUE VOSSA EXCELÊNCIA ANDA ENSINANDO? ELEMENTOS PARA UMA ANÁLISE CRÍTICA DAS IDEIAS NEOCONSTITUCIONALISTAS EXPOSTAS EM OBRAS DE MINISTROS DO STF

Victor Ribeiro da Costa¹

Resumo: A presente pesquisa objetivou compreender como os Ministros Gilmar Mendes, Luis Roberto Barroso e Alexandre de Moraes apresentam, direta ou indiretamente, o tema do neoconstitucionalismo em seus cursos de direito constitucional. Este assunto é relevante porque possui impacto direto na forma como é exercida a jurisdição constitucional no país, refletindo em questões como ativismo e autocontenção judicial. Para tanto, empreendeu-se uma pesquisa bibliográfica qualitativa, de cunho documental, e com arrimo no método hipotético-dedutivo, elencando-se como hipótese central a ideia de que, a despeito de discordâncias pontuais, os três Ministros compartilhariam de um mesmo pano de fundo teórico neoconstitucional. Além da apresentação direta do tema, investigou-se como eixos temáticos correlatos a distinção entre regras e princípios, os meios de solução de conflitos normativos (especialmente da colisão entre princípios) e os comentários sobre o ativismo judicial em si. Após uma análise conjunta e crítica das obras propostas, confirmou-se a hipótese de trabalho inicial, frisando-se ao fim que, a despeito das diferenças de estilo entre os cursos de cada Ministro, os três lecionam em sentidos confluentes, partilhando de um paradigma que se pode chamar “neoconstitucionalista”, cujo principal risco é o de debandar para decisionismos e ativismos

¹ Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Pelotas (UFPel – Pelotas, RS, Brasil). Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Sergipe (UFS). Advogado. Servidor Público Federal.

que agravam o déficit de efetividade e seletividade das promessas constitucionais.

Palavras-Chave: Neoconstitucionalismo; STF; Doutrina constitucionalista; Teoria do Direito.

WHAT YOUR HONOR HAS BEEN TEACHING? ELEMENTS FOR A CRITICAL ANALYSIS OF NEOCONSTITUTIONALISTS IDEAS EXPOSED ON BRAZILIAN SUPREME COURT JUDGES BOOKS

Abstract: This research aimed to comprehend how does the Brazilian Supreme Court's Judges Gilmar Mendes, Luis Roberto Barroso, and Alexandre de Moraes presents (directly or not) the theme of neoconstitucionalism in their constitutional law books. This subject is relevant because it has a straight impact on Brazilian constitutional jurisdiction and also in questions such as activism or judicial self-restraint. For so, it was made bibliographic and qualitative research (documentary) based on the hypothetic-deductive method. It was elected as the main hypothesis the idea that, despite some punctual disagreements, the three Judges would share the same theoretical neoconstitutional framework. Besides the direct presentation of this theme, it was inquired as correlated thematical lines the distinction between rules and principles, the solutions to normative conflicts (especially to collisions between norms and principles), and the commentaries about judicial activism itself. After an analysis of the purposed literature, it was confirmed the initial hypothesis, highlighting in the end that, notwithstanding the stylistics differences between each Judge, all of them teaches in similar directions, sharing a paradigm which can be called "neoconstitutionalist", whose main risk is to allow decisionism and activism that worse the lack of effectiveness and selectiveness from constitutional promises.

Keywords: Neoconstitutionalism, Brazilian Supreme Court, Constitutionalist doctrine, Theory of Law.

INTRODUÇÃO



Amplio tema da jurisdição constitucional tem suscitado debates inesgotáveis e variados, especialmente a partir do robustecimento do controle de constitucionalidade promovido pela CRFB/88². Apesar dos debates, o raciocínio por trás do tema parece simples: se, no Estado contemporâneo, a Constituição determina o modo de ser do direito e da política, e deste poder de direção decorre a necessidade de fiscalizar a obediência aos ditames da Lei Maior, conclui-se caber ao Judiciário o relevante papel de custodiá-la, vigiando a conformidade formal e material de todos os atos do Poder Público para fazer valer a força normativa da Constituição³.

A aparente simplicidade do silogismo esconde uma densa complexidade acerca dos limites e possibilidades da atuação judicial neste campo, agravada em um país cuja carência de direitos sociais e de acesso ao mínimo existencial é contraposta às promessas constitucionais (imantadas de normatividade) de uma vida digna para todos. Tal complexidade se agudiza no campo dos direitos sociais: até onde podem ir os juízes para dar cobro aos compromissos constitucionais com justiça social, sem esbarrar em outros deveres de mesma ordem, como o de manter a separação entre poderes e a repartição de funções?

Toda e qualquer resposta a esta difícil pergunta deverá se sustentar em uma teoria da Constituição que discorra sobre o que

² Para uma visão mais aprofundada sobre evolução histórica do tema, *vide* Streck, (2019, p. 16 a 109).

³ A necessidade de uma Jurisdição Constitucional como mecanismo de preservação da força normativa da Constituição é uma decorrência direta da reflexão promovida por Hesse (1991).

ela exige, permite ou proíbe. E em uma teoria do direito que permita compreender como a Constituição deve ser aplicada e qual o papel dos magistrados nesta tarefa. Sem adentrar em outras metateorias (como a do conhecimento), cabe dizer que a empreitada teórica aqui delineada é tão complicada que Dworkin, em exercício de abstração, preferiu relegá-la a uma figura mitológica: o Juiz Hércules⁴.

Contudo, no Brasil real das promessas constitucionais e de muitas carências materiais, os juízes humanos é que são responsáveis por, ainda que implicitamente (ou inconscientemente), manejar teorias de base⁵ em que serão ancoradas suas decisões. São estas teorias que dirão como a Jurisdição Constitucional deve atuar e, no limite, o que podem os juízes. As matrizes paradigmáticas são muitas, mas este texto destaca a controvérsia acerca do fenômeno denominado “neoconstitucionalismo” e sua problematização no debate entre constitucionalistas positivistas ou garantistas, a exemplo de Ferrajoli (2012) e, em certo sentido, Ávila (2009), e constitucionalistas pós positivistas, como Aienza (2014) e Streck (2017).

O debate entre estas correntes tem como cerne questões que remontam à discussão entre substancialistas e procedimentalistas e, revolvendo mais o solo histórico do direito, entre positivistas e jusnaturalistas. Discute-se sobre o papel dos juízes,

⁴ Para dar conta de decidir corretamente em casos difíceis, Dworkin cria a figura do juiz Hércules, um exercício de elucubração que analisa como procederá um jurista de “capacidade, sabedoria, sagacidade e paciência sobre-humanas” (2002, p. 165).

⁵ Nesta pesquisa, o termo “teoria de base” ou simplesmente teoria será substituído daqui em diante por “paradigma” sempre que fizer menção ao neoconstitucionalismo. Conforme Kuhn (1998, *passim*), paradigma pode ser definido como uma constelação de valores, crenças, exemplos e representações da realidade partilhados por um grupo de cientistas em dada época. Preferiu-se o uso deste termo em lugar de “teoria” por dois motivos. Primeiro porque “teoria” induz a pensar em uma unidade e coerência de determinada corrente de pensamento, o que não se vislumbra no fenômeno do neoconstitucionalismo. O segundo motivo decorre de a expressão paradigma representar a dimensão ideológica partilhada pelos membros desta comunidade científico-doutrinária, dando conta de representar o neoconstitucionalismo como elemento da cultura jurídica e judiciária.

sobre posturas ativistas ou de autocontenção⁶, dentre outros assuntos. A centralidade desse tema é maximizada quando observadas as decisões do Supremo Tribunal Federal (STF), órgão de cúpula do Judiciário, a quem compete precipuamente a guarda da Constituição (art. 102, *caput*, da CRFB/88), dado o amplo alcance da eficácia normativa de seus julgados.

Neste contexto, considerando a relevância do embate teórico subjacente aos temas relativos à Jurisdição Constitucional e, especificamente, a necessidade de investigar como os Ministros compreendem o fenômeno do neoconstitucionalismo, esta pesquisa objetivou analisar como os atuais Ministros do STF (notadamente Gilmar Mendes, Luis Roberto Barroso e Alexandre de Moraes) apresentam esse fenômeno em seus cursos de Direito Constitucional e quais implicações teóricas as visões que tais autoridades professam podem ter sobre o exercício da Jurisdição Constitucional.

Para tanto, este estudo empreendeu uma pesquisa documental (bibliográfica), servindo-se do método hipotético-dedutivo, e tendo como hipótese inicial de trabalho a ideia de que os Ministros, apesar de suas divergências doutrinárias em questões pontuais, apresentariam relativa concordância quanto ao pano de fundo teórico do neoconstitucionalismo (como a caracterização dos tipos normativos, o método de aplicação desses tipos e a função das Cortes e Magistrados nesta aplicação).

Por fim, cabe destacar que a pesquisa está dividida em cinco partes, além desta introdução. Inicialmente, demarca-se a controvérsia doutrinária acerca do “neoconstitucionalismo”. Em seguida, apresenta-se com detalhes a metodologia empregada. Em um terceiro momento, analisa-se propriamente as visões encampadas pelos ministros em suas obras sobre o fenômeno em

⁶ Segundo Bello, Bercovici e Lima (2019, p. 1779), “Enquanto a primeira denota posicionamentos adotados por magistrados que exacerbam sua esfera de atuação jurisdicional enquanto intérpretes da constituição e da legislação infraconstitucional, a segunda revela uma postura de deferência da magistratura às decisões do Parlamento e do Executivo por terem sido formuladas em espaços de representação democrática.”

estudo e questões correlatas. O quarto ato do texto tratou de apresentar algumas críticas a tais visões. Ao cabo, são apresentadas as conclusões, que confirmam parcialmente a hipótese de trabalho adotada.

1. DEMARCANDO A CONTROVÉRSIA – O QUE É ISTO, O NEOCONSTITUCIONALISMO?

Os incontáveis desacordos acerca do que é o “neoconstitucionalismo” escamoteiam um relativo consenso sobre a importância das transformações provocadas pela miríade de elementos congregados sob este rótulo. Como exemplo desse consenso, Ávila (2009, p. 1) reconhece que o tema ora estudado “foi um dos fenômenos mais visíveis da teorização e aplicação do Direito Constitucional nos últimos 20 anos no Brasil”. Com entendimento similar, Galvão (2012, p. 32) apresenta uma série de menções ao termo não só em votos e obras de Ministros do STF, mas também em doutrinas nacionalmente prestigiadas⁷, o que evidencia a atualidade e relevância do neoconstitucionalismo para a compreensão teórica e prática do direito contemporâneo.

O consenso quanto à absoluta importância do fenômeno não torna mais fácil a tarefa de caracterizá-lo como movimento ou teoria coesa. Esta dificuldade é reconhecida também por Ávila (2009, p. 1), Galvão (2012, p. 33) e Atienza (2014, p. 1 *et seq.*), dentre outros. O principal motivo para tanto é a pluralidade de perspectivas, autores, elementos e concepções acerca do assunto. Desse modo, Ávila (2009, p. 2) considera compreensível falar em “neoconstitucionalismos”, no plural, e Atienza (2014,

⁷ Para ilustrar esta afirmação, registre-se que Galvão (2012, p. 31 e 32) menciona expressamente alguns posicionamentos dos Ministros Fux (em obra coletiva) e Celso de Mello (no Ag. Reg. no R.E. nº 477.544/MG. Além disso, o autor citou as obras de Barroso (que viria a compor a Corte poucos meses após a publicação da pesquisa de Galvão), Sarlet, Sarmiento e Streck (este em 2009), como exemplos de juristas que aderiram explicitamente à corrente neoconstitucionalista. Frise-se que este último mudou seu posicionamento, tornando-se crítico desta corrente (*vide* STRECK, 2017, p. 67).

p. 2) preferiu dizer que não saberia o que isto vem a ser (porque não seria possível saber), e que só poderia afirmar (com paradoxal certeza) que ele próprio não se considera um autor neoconstitucionalista.

A despeito da mixórdia conceitual e da pluralidade de elementos que o termo evoca, considera-se necessário construir uma compreensão mínima a respeito do que será entendido aqui como “neoconstitucionalismo”. Entretanto, não se pode perder de vista que conceituações e classificações, em direito, costumam servir a fins práticos, possuindo uma dimensão política acentuada, pois, como bem pontuado por Ferraz Júnior (2018, p. 132), a doutrina amiúde cria categorias normativas para dar conta de necessidades da prática jurídica, por vezes sem a devida rigidez classificatória.

Sendo as classificações necessariamente contingentes, resta, em nome do rigor científico, explicitar ao menos a finalidade pretendida com a delimitação do termo. Neste texto, busca-se uma compreensão de neoconstitucionalismo que seja abrangente o suficiente para permitir abarcar a maior parte dos autores comumente enquadrados nesta corrente (*vide* a nota de rodapé nº 6), e sistemático o suficiente para permitir fracionar os principais elementos caracterizadores do fenômeno a fim de facilitar a análise subsequente das doutrinas dos Ministros do STF (especialmente o tratamento de dados, já que se empreendeu uma pesquisa qualitativa e de análise de conteúdo).

Em razão disso, adotou-se aqui a delimitação teórica traçada por Ávila (2009, p. 2 e 3), para quem o neoconstitucionalismo consiste em uma série de câmbios: 1) normativos (princípios em lugar de regras), 2) metodológicos (ponderação em lugar de subsunção), 3) judiciários (pois o modelo de justiça geral e abstrata cede lugar à justiça casuística e atomizada) e, por fim, 4) políticos (pois o Poder Judiciário assume a centralidade do jogo institucional em substituição ao Executivo e Legislativo).

Portanto, a rigor, não se trata de conceituar – o que

provocaria um fechamento arriscadamente impróprio do sentido do termo, mas de traçar os elementos essenciais do fenômeno investigado. Nessa ordem de ideias, as mudanças apontadas por Ávila são reconhecidas também, de certo modo, por Galvão (2012, p. 34 e 35), para quem, partindo das lições de Barroso e Carbonell, pode-se considerar o neoconstitucionalismo como um “modo específico de enxergar o direito, no qual se valoriza o papel dos juízes na concretização das promessas contidas no texto constitucional”.

Esse modo específico de interpretação constitucional converte-a em uma categoria diferenciada de hermenêutica jurídica, marcada pelo exercício criativo do controle de constitucionalidade, ampliado pela valorização dos princípios, pelos juízes de ponderação e a constitucionalização dos diversos ramos do ordenamento jurídico (GALVÃO, 2012, p. 35 e 36). Em síntese precária, para recobrar o que disse Ávila (2009, p. 3), tais mecanismos encadeiam-se logicamente, de modo que a norma (principiológica) leva ao método (ponderação e sopesamento), que conduz à forma de fazer justiça (em casos concretos, *ad hoc*), que aponta para o Poder encarregado de fazê-la (Judiciário).

Este encadeamento opera uma mudança paradigmática no papel dos tribunais constitucionais, cuja tarefa precípua deixa de ser a manutenção dos compromissos democráticos contraídos pela sociedade (sejam eles legislativos ou constitucionais) e lança a jurisdição ao patamar de suprapoder concretizador das promessas feitas pela CRFB/88 (postura ativista). Dada a fluidez interpretativa decorrente destes câmbios, há o risco de debandar em decisionismos, porquanto “o próprio destinatário da norma, que deveria agir seguindo sua prescrição, termine por definir o seu conteúdo, decidindo, ele próprio, o que deve fazer” (ÁVILA, 2009, p. 10).

O exemplo acima é apenas um dentre tantos que expõem preocupações com relação à configuração “neoconstitucional”

da jurisdição. Os riscos desse paradigma são expostos também por Ferrajoli (2012, p. 52), para quem o “constitucionalismo principiológico” (aqui identificado como neoconstitucionalismo) conduz ao enfraquecimento e ao colapso virtual da normatividade dos princípios constitucionais e à degradação dos direitos fundamentais. Neste sentido, o principal problema deste paradigma, a ser detalhado na quarta seção deste texto, é justamente o decisionismo, como exposto por Ávila, que leva ao debilitamento da força normativa da Constituição a pretexto de robustecê-la, como dito por Ferrajoli.

Não sendo este o *locus* adequado para aprofundar as críticas ao fenômeno analisado, cabe seguir investigando de forma enxuta as raízes históricas do neoconstitucionalismo. Em apertada síntese, a doutrina costuma apontar a positivação de valores, a partir do pós-guerra, como fator determinante para as mudanças operadas no paradigma normativista (em suas diversas vertentes, inclusive no positivismo lógico vienense) que preponderava até então. Vale lembrar a lição de Bobbio (2004, p. 67 *et seq.*), para quem, com a Declaração de Direitos do Homem de 1948, os direitos universalizaram-se e multiplicaram-se (sem perder de vista as especificidades subjetivas, demasiado humanas).

Essa multiplicação universalizante dos direitos trouxe consigo uma pluralidade de novas atribuições para o Estado, que, de *Gendarme* (guarda-noturno) dos direitos civis e políticos, passou a ser o garante da dignidade da pessoa humana (Art. 1º, DUDH; Art. 1º, III, CRFB/88), cuja concretização demanda não só a vedação a ações e omissões que violem a dignidade, mas também o acesso ao mínimo existencial pela via dos direitos sociais, consistindo a um só tempo em limite (contra condutas atentatórias) e tarefa (de fornecer condições materiais dignas) para o Poder Público, conforme leciona amiúde Sarlet (2007, p. 376; 2010, p. 95 e 2018; p. 127).

O princípio da dignidade humana é possivelmente o

exemplo mais evidente da constitucionalização de valores a partir da segunda metade do século XX, que conduziu o mundo a um renascimento de concepções jusnaturalistas (segundo SILVA, 2005, p. 554), dada a insuficiência das teorias positivistas, incapazes de fornecer um fundamento axiológico ou valorativo extrajurídico (COMPARATO, 1998, p. 63).

É nesta quadra da história em que se situa o nascimento do neoconstitucionalismo, composto por variadas formulações que talvez pudessem ser melhor descritas como correntes pós-positivistas ou não-positivistas (na esteira de ATIENZA, 2014, *passim*). Sem adentrar nesta confusão conceitual novamente, resta elucidar que o primeiro trabalho a utilizar o termo “neoconstitucionalismo”, segundo Atienza (2014, p. 3), foi o de Susana Pozzolo, jurista italiana. Em seguida, como narrado por Galvão (2012, p. 30), outro marco doutrinário foi a publicação de uma coletânea de artigos sobre o tema, organizada pelo mexicano Miguel Carbonell em 2003.

As raízes teóricas deste novo paradigma são mais antigas e remontam à teoria dos direitos fundamentais de Alexy e ao interpretativismo dworkiniano, ambos produzidos em meados da década de 1980, conforme Galvão (2012, p. 30). Da obra lançada por Carbonell em 2003, não demorou para que a doutrina constitucional brasileira iniciasse o processo de recepção e (re)produção das teorias neoconstitucionalistas. Nesse sentido, um marco relevante foi a publicação de um artigo intitulado “Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil”, em 2006, escrito por Barroso.

Este triunfo, para Streck (2017, p. 67), “implicava ir além de um constitucionalismo de feições liberais – que, no Brasil, sempre foi um simulacro em anos intercalados por regimes autoritários – em direção a um constitucionalismo compromissório de feições dirigentes”. É este o sentido político desta nova cultura jurídica – o reconhecimento a supremacia de uma

Constituição dirigente⁸, cujos princípios positivam valores de justiça substantiva, como dignidade (art. 1º, III), solidariedade (Art. 3º, I), igualdade material (art. 3º, III e IV), dentre tantos outros, transmutados em finalidades estatais juridicamente vinculantes.

Ocorre que, para cumprir o compromisso político com a transformação social⁹, o paradigma neoconstitucionalista se socorreu dos câmbios expostos por Ávila (2009, p. 2 *et seq.*), que, recobrando-os, seria uma crença na prevalência dos princípios sobre as regras, que se reflete no método utilizado para solução de incongruências normativas no ordenamento jurídico (com a ponderação se sobrepondo à subsunção), o que, por seu turno, descamba no protagonismo judicial e na solução atomizada e casuística de conflitos. Como exposto, os riscos potenciais mais preocupantes desta visão sobre o direito e a jurisdição constitucional perpassam pelo ativismo e pelo enfraquecimento da força normativa da Constituição.

Situada a controvérsia – que é ampla e abarca desde o que se entende por “neoconstitucionalismo”, até o debate sobre qual o papel da jurisdição constitucional nesta quadra da história, deve-se agora esmiuçar a metodologia utilizada para analisar o que os Ministros do STF andam ensinando sobre o tema. Vale recobrar que esta investigação é duplamente relevante, pois suas

⁸ Vale sublinhar que, para Bercovici (1999, p. 38), “o problema da constituição dirigente é um problema de transformação da realidade”, pois ela vincula os Poderes Públicos a promessas (fins) tão estáveis quanto devem ser os Estados, para além da instabilidade da sucessão governamental. Esta assunção de compromissos transformadores indica a necessidade de pensar a eficácia normativa e a efetividade fática do programa constitucional. Após rebater as críticas feitas por setores da doutrina ao dirigismo constitucional, Bercovici conclui que o problema fulcral do dirigismo são os dirigidos, ou seja, é fático, não normativo.

⁹ Essa transformação – ou sede de efetividade, é um dos elementos repisados também por Galvão (2012, p. 37) em sua análise do fenômeno. Para ele, tal feição está presente desde as raízes jurisprudenciais norte-americanas (o mandato do *judge* Warren na Suprema Corte) do neoconstitucionalismo, sendo nítida em casos como o *Brown v. Board Education*, por exemplo, que versou sobre discriminação racial em escolas estadunidenses.

doutrinas possuem prestígio nos meios jurídicos (dada a presunção de notório saber jurídico que acompanha a suprema toga) e porque estas obras sinalizam como tais autoridades costumam decidir as controvérsias atinentes à guarda da CRFB/88, razão de ser da Jurisdição contemporânea.

2. METODOLOGIA DA PESQUISA: SOBRE RECORTES, ESCOLHAS E PROCEDIMENTOS ANALÍTICOS

Como indicado desde a introdução, o objetivo desta pesquisa é compreender criticamente quais as visões de neoconstitucionalismo transmitidas pelas obras dos Ministros do STF. Após delimitar teoricamente a controvérsia que circunda o neoconstitucionalismo, torna-se imprescindível detalhar a metodologia empregada no estudo. Isto porque foi preciso fazer escolhas – recortes e renúncias, e estabelecer procedimentos metodológicos para a análise, devido ao expressivo número de ministros que já atuaram na Corte, bem como pela vastidão numérica e variedade temática das obras por eles publicadas,

A escolha de analisar a doutrina, tratando de forma tangencial da jurisprudência (isto é, somente se e quando citada nas obras estudadas) é já um fator limitante. Optou-se por investigar o neoconstitucionalismo tal qual ensinado pelos Ministros, que frequentemente possuem ou possuíram carreira acadêmica ao lado das demais atribuições profissionais. É dizer – estudou-se o “faça o que eu digo” doutrinário, não o “faça o que eu faço”, da prática jurisdicional. Ficaré por explicar a relação entre o que os Ministros escrevem como docentes e pesquisadores e o que decidem enquanto magistrados, sendo este um bom tema para pesquisas futuras.

A este primeiro recorte – concomitantemente escolha e renúncia, somam-se outros. Foi preciso selecionar sobre quais Ministros e quais doutrinas se debruçar. Considerando que o neoconstitucionalismo – trabalhado com este nome, é um

fenômeno novo no Brasil, como visto na seção anterior, julgou-se pertinente trabalhar apenas com os Ministros que ainda estão na ativa, o que confere maior atualidade à pesquisa e torna-a mais oportuna. Ainda assim, sobriariam onze nomes e incontáveis obras. Foi preciso filtrar um pouco mais.

Embora todos os onze atuem como juízes constitucionais, nem todos eles são reconhecidos no meio jurídico como constitucionalistas, o que se revelou como novo filtro. Para manter a pertinência temática, foram excluídos os Ministros cuja formação acadêmica não se concentrou na área de direito constitucional, isto é, que não possuíam Doutorado nessa área¹⁰. Restaram três nomes: Gilmar Mendes, Luis Roberto Barroso e Alexandre de Moraes. Os três possuem sólida atuação como docentes constitucionalistas e em instituições de renome (respectivamente na UnB, UERJ e USP), sendo selecionados para a análise aqui empreendida.

Mesmo reduzidos a três, o número de obras publicadas por eles (considerando de artigos científicos a capítulos e livros completos) ainda demandaria um esforço analítico sobre-humano, de forma que foi necessário delimitar o que mais interessava à pesquisa neste oceano bibliográfico. Dentre tantas produções, foram selecionadas as obras doutrinárias que possuem maior alcance – os cursos de direito constitucional que os três ministros publicam e atualizam periodicamente, normalmente a cada ano.

Por se serem compilados, com a apresentação completa da disciplina, estas são as obras que contam com maior circulação, especialmente dentre alunos da graduação ou entre aqueles que estão se preparando para concursos públicos. Esta maior difusão foi um fator decisivo na escolha e filtragem da bibliografia a ser analisada. Até porque seria inadequado comparar um artigo

¹⁰ Foram excluídos, portanto, os Ministros Luiz Fux (processualista), Rosa Weber (trabalhista), Marco Aurélio (sem doutorado), Lewandowski (internacionalista), Cármen Lúcia (sem doutorado), Dias Toffoli (sem doutorado), Edson Fachin (civilista) e Nunes Marques (sem livros publicados na área).

especializado (e monográfico) a uma obra de sistematização com a doutrina completa acerca da matéria (ampla, porém sem tanta profundidade). Portanto, foram selecionadas as obras de Mendes e Branco (2020), Barroso (2020) e Moraes (2020) como objetos de pesquisa.

Feitas tais escolhas – e esclarecidas as renúncias e recortes, entendidos como limitações, mas também como condições de possibilidade do fazer científico, deve-se agora explicitar a metodologia e os procedimentos utilizados. O método empregado foi o hipotético dedutivo, descrito por Mezzaroba e Monteiro (2017, pp. 68 a 70) como aquele no qual o pesquisador elege um conjunto de hipóteses viáveis (falseáveis) a partir do qual abordará o objeto de pesquisa, que será posto à prova (isto é, ao teste de falseamento ou verificação empírica) para que sejam refutadas ou corroboradas provisoriamente.

Esse método, desenvolvido por Karl Popper, é considerado por Rodrigues e Grubba (2012, p. 109 *et seq.*) como o mais adequado à ciência do direito, pois evita a redução da pesquisa em direito à mera parecerística¹¹ (conceito forjado por Marcos Nobre). Deste modo, tomou-se como hipótese inicial a ideia de que a análise qualitativa das doutrinas selecionadas demonstraria que os Ministros, apesar de divergências pontuais, endossam o paradigma neoconstitucionalista, tal qual caracterizado na seção anterior. Isto implica dizer que havia a expectativa de que suas obras informassem os cambios normativos, metodológicos, jurídicos e políticos expressos por Ávila (2009) e contextualizados por Galvão (2012).

Para submeter a hipótese de trabalho à prova, este estudo

¹¹ Conforme lições de Rodrigues e Grubba (2012, p. 89 a 108), a parecerística se trata de uma pesquisa instrumental, na qual não há teste de falseabilidade das premissas, postulados, hipóteses e conjecturas. Nela costuma ocorrer a mera bricolagem caótica e nada sistemática de doutrinas e jurisprudências. Em outro giro, o purismo metodológico radicado na pretensão dogmática da teoria kelseniana, por encarar o direito como fenômeno meramente deontológico, mina qualquer possibilidade de realização de testes empíricos, o que fere de morte a falseabilidade, principal critério de delimitação científica da epistemologia popperiana.

se serviu de uma pesquisa bibliográfica (documental) e qualitativa das obras selecionadas, mormente através da técnica de análise de conteúdo, em sua modalidade de análise temática. Gerhardt e Silveira (2009, p. 84 e 85) relembram que essa modalidade trabalha com a noção de tema – um feixe de afirmações sobre determinado assunto, e consiste em descobrir os núcleos de sentido através do estudo da presença ou da frequência de determinados temas em um documento.

Aqui, operou-se com o tema do “neoconstitucionalismo”. Utilizando-se de buscadores de texto, pesquisou-se em cada obra pelos termos “neoconstitucionalismo”, “neoconstitucional”, “ponderação”, “princípios”, “ativismo” e “separação de poderes”, visando encontrar trechos particulares em cada livro que tratassem da pauta invocada quando se discute esse tema. Além disso, buscou-se nos índices por capítulos ou seções específicas sobre o assunto estudado. Os termos “ativismo” e “separação de poderes” foram inseridos pela potencial pertinência temática.

Após esta busca textual, foi feita a pré-análise, na qual foram selecionados, por meio de leitura flutuante, os trechos que seriam explorados mais a fundo. Em seguida, sucedeu-se a exploração do material, em que se realizou o tratamento dos resultados, etapa na qual as informações foram agregadas em quatro eixos, seguindo os câmbios neoconstitucionais elencados por Ávila. Cada eixo visava responder a uma pergunta específica (ou a um feixe de perguntas correlatas) que ajudaria a revelar a posição do autor acerca do tema (endosso, crítica ou concordância parcial com o paradigma neoconstitucional).

Como Ávila (2009, p. 3) divide as mudanças operadas por esse “novo constitucionalismo” em quatro (norma, método, justiça e Poder), foram definidos inicialmente os seguintes eixos¹²: 1) Como apresentam o tema do neoconstitucionalismo? 2)

¹² Note-se que, embora o autor gaúcho trabalhe com quatro categorias, optou-se por não guardar completa correlação com as quatro, de modo que os eixos foram definidos

como os autores diferenciam princípios de regras? 3) Quais soluções propõem para os conflitos normativos (antinomias e colisões) e para as lacunas? Como explicam a ponderação? 4) O que pensam sobre o ativismo judicial? Como o expõem?

Em sequência, respondidos os questionamentos na seção 3 após consulta às três obras, foi possível caracterizar como cada Ministro aborda o neoconstitucionalismo em suas obras (diretamente ou através de assuntos correlatos). Por fim, já na seção 4, cada doutrina foi avaliada quanto a suas concordâncias ou discordâncias com relação ao *mainstream* da cultura neoconstitucional, tal qual caracterizada na seção 1, realizando-se uma reflexão sobre as posições doutrinárias encontradas a partir de autores críticos do neoconstitucionalismo. Ao cabo, já na seção 5, foram apresentadas as conclusões.

3. OLHANDO MAIS DE PERTO: AS VISÕES DOS MINISTROS EM SUAS OBRAS

3.1 COMO APRESENTAM O TEMA DO NEOCONSTITUCIONALISMO?

Circunscrita a controvérsia e detalhada a metodologia e os procedimentos utilizados na pesquisa, coube expor, nesta subseção e nas seguintes como o neoconstitucionalismo é trabalhado nos cursos de direito constitucional dos Ministros Mendes, Barroso e Moraes. Vale recobrar buscou-se pelo termo “neoconst” em cada obra, visando analisar a incidência textual da expressão¹³.

inspirando-se, mas não totalmente, nos elementos informados por Ávila (2009). Assim, o eixo “1)” cuidou de perguntar diretamente como o tema é abordado nas obras, enquanto os eixos “2)” e “3)” correspondem, respectivamente, às categorias “norma” e “método” desse autor. Por fim, as categorias “Justiça e Poder” foram concentradas no eixo 4), que discute ativismo e autocontenção judiciais.

¹³ Com “expressão textual”, sinaliza-se que somente as ocorrências no corpo dos textos foram computadas. Não se levou em conta as ocorrências do termo em notas de rodapé, títulos de seções, índices, sumários e referências.

Desse modo, em Mendes e Branco (2020), o termo foi utilizado três vezes, apenas. Os autores dedicam uma pequena seção ao assunto, de apenas duas páginas. Mendes e Branco narrram que o neoconstitucionalismo representa um conjunto de fatores que se tornaram centrais a partir da materialização da Constituição (incorporação de valores morais e políticos), a ser garantida pelos mecanismos judiciais de controle de constitucionalidade e que, frequentemente, evidenciam a superação da supremacia parlamentar, conduzindo a uma tensão entre constitucionalismo e democracia, já que os valores constitucionais limitam as possibilidades de deliberação político-democrática (2020, p. 76 e 77). Contam ainda que essa tensão poderia ser contornada caso a materialização constitucional resulte em uma democracia substancial (MENDES, BRANCO, 2020, p. 77), o que reconduz o debate à questão da efetividade do dirigismo e da promoção de justiça social (vide nota de rodapé nº 6).

Em Moraes (2020), o termo “neoconst” não foi encontrado no corpo do texto, sinalizando que a temática recebe pouca atenção deste autor. Todavia, é feita uma abordagem tangencial acerca do neoconstitucionalismo no capítulo sobre controle de constitucionalidade, em subtópico intitulado “A interpretação constitucional e o ativismo judicial” (MORAES, 2020, p. 1436). Por tratar mais diretamente de ativismo, preferiu-se esmiuçar este trecho no tópico 3.4 deste texto.

Por outro lado, Barroso (2020) é de longe o maior entusiasta do “novo constitucionalismo”. Em sua obra, o termo pesquisado apareceu seis vezes no corpo do texto e 44 vezes em suas referências bibliográficas. Considerou-se relevante mencionar a incidência na bibliografia em razão da massiva presença do tema nas leituras utilizadas pelo Ministro para compor seu *Curso de direito constitucional contemporâneo*.

Em tópico intitulado “O constitucionalismo no início do século XXI”, sem tratar do neoconstitucionalismo diretamente, Barroso já aponta para o contexto de seu surgimento, isto é, a

insuficiência da fórmula do Estado de Direito (*Rechtsstaat*) em sentido formal e sua paulatina transformação em Estado Democrático de Direito, considerando aqui a democracia material, que ordena a limitação da vontade da maioria para proteger grupos minoritários, bem como a promoção de inclusão social (2020, p. 57 e 58).

O termo aparece pela primeira vez ao se comentar o desenvolvimento da doutrina da efetividade. Para o Ministro, a doutrina da efetividade construiu as bases a partir das quais os estudos sobre neoconstitucionalismo foram edificados no Brasil. Isto porque tal doutrina defendia a aplicabilidade imediata das normas constitucionais, especialmente as que instituem direitos fundamentais, atribuindo normatividade à Constituição, o que ensejou sua autonomia científica e dogmática, apartando-a do discurso meramente político ou sociológico. Além disso, o constitucionalismo da efetividade lançou holofotes sobre o Judiciário como instância concretizadora da normatividade da CRFB/88 (BARROSO, 2020, p. 220 e 221).

O entusiasmo de Barroso em discutir sobre o neoconstitucionalismo torna-se evidente quando se examina a parte II de seu livro, dedicada integralmente ao “novo direito constitucional brasileiro” (2020, p. 223 a 376). O autor trata dos antecedentes teóricos e filosóficos (capítulo I), das transformações sofridas pelo direito constitucional (capítulo II), da interpretação constitucional (capítulo III), dos novos paradigmas e categorias da interpretação constitucional (capítulo IV) e da constitucionalização do direito (capítulo V). Dada a extensão do tema em sua obra, cuja análise demandaria um artigo à parte, optou-se por investigar nesta seção alguns recortes temáticos em que o termo “neoconst” é expressamente indicado.

Após dissertar sobre a doutrina da efetividade, tida como base dos estudos neoconstitucionais, Barroso se refere novamente ao termo para comentar sobre as transformações do direito constitucional contemporâneo, cuja gênese teórica se deu a

partir de três mudanças paradigmáticas: o reconhecimento da força normativa da constituição, a expansão subsequente da jurisdição constitucional e a reelaboração doutrinária da interpretação constitucional (2020, p. 236 *et seq.*).

Para o autor, tais câmbios forjaram um novo modelo designado “neoconstitucionalismo”, que “identifica, em linhas gerais, o constitucionalismo democrático do pós-guerra, desenvolvido em uma cultura filosófica pós-positivista, marcado pela força normativa da Constituição, pela expansão da jurisdição constitucional e por uma nova hermenêutica” (2020, p. 260). Para o Ministro, existem múltiplas vertentes neoconstitucionalistas, mas, independentemente do termo que se utilize para denominar o fenômeno, ele considera não ser possível desconsiderar as mudanças pelas quais o direito passou, pois atualmente não se firma somente em um modelo de regras ou de subsunção, nem se busca mais ocultar o papel criativo da jurisdição (2020, p. 255 a 260).

Em síntese, a investigação dentro deste primeiro eixo analítico mostrou que a atenção dispensada pelos Ministros ao tema é variável e heterogênea (ao menos explicitamente e sob o rótulo “neoconst”). Enquanto Moraes praticamente não o aborda, a obra de Mendes e Branco comenta o assunto de forma pouco aprofundada, destacando a materialização das Constituições e o potencial atrito entre estas e a democracia (formal).

Por fim, frise-se que Barroso é o autor que apresenta maior entusiasmo em debater sobre o neoconstitucionalismo, reconhecendo-o como a (inevitável) configuração do constitucionalismo contemporâneo e fornecendo uma conceituação para este fenômeno, como visto acima. Como o tema não é abordado apenas de forma explícita, com menção direta ao termo pesquisado, cabe agora investigar sua influência nos demais eixos analíticos propostos.

3.2 QUAL DIFERENÇA ESTABELECEM ENTRE

PRINCÍPIOS E REGRAS?

Como estabelecido por Ávila (2009, p. 3 a 7), o fundamento normativo do neoconstitucionalismo é a constatação de que os princípios seriam quantitativa ou qualitativamente mais expressivos que as regras no ordenamento jurídico brasileiro. Desse modo, é necessário compreender como as doutrinas aqui examinadas abordam a distinção entre estas espécies normativas. Por uma questão de coerência, esta subseção, bem como as seguintes, manterá a mesma ordem de apresentação dos autores da anterior.

Assim, os primeiros deles, Mendes e Branco (2020, p. 101 a 103) trazem uma seção específica sobre modalidades de normas constitucionais, na qual trabalham a distinção entre regras e princípios. Inicialmente, eles relembram que as diferenças entre esses tipos normativos são estruturais e atraem perspectivas diversas de solução de problemas relativos à aplicabilidade. Reforçam também ser frequente a utilização do critério do grau de generalidade ou abstração (princípios, sendo mais abstratos, careceriam de mediação concretizadora) e do critério funcional (princípios têm múltiplas funções, como a argumentativa) para distinguir entre as espécies.

Contudo, esses mesmos autores consideram que a diferença debatida não é só de grau, mas sim qualitativa, apresentando acerca do tema as conhecidas reflexões de Alexy (princípios como mandatos de otimização) e Dworkin (dimensão de peso dos princípios *versus* tudo ou nada das regras) (MENDES, BRANCO, 2020, p. 103 a 106). Ao final da seção, os autores argumentam que as Constituições contemporâneas são compostas de regras e princípios, em modelos híbridos, pois um modelo puro de regras prestigiaria a segurança, mas seria pouco prático (por engessar a dinâmica social e jurídica), enquanto um modelo puro de princípios ameaçaria a estabilidade e segurança das relações sociais (MENDES, BRANCO, 2020, p. 106).

Moraes (2020) não trouxe tópicos específicos sobre a distinção aqui debatida. A pesquisa por palavras chaves (utilizando a expressão “princípio”) conduziu a uma seção intitulada “Interpretação das normas constitucionais” (MORAES, 2020, p. 73 a 76), que, no entanto, versa mais sobre os princípios da hermenêutica constitucional contemporânea – extremamente relevantes para solucionar colisões, por exemplo. Em razão disso, optou-se por examinar este trecho na próxima seção deste estudo.

A exemplo da obra de Mendes, também em Barroso (2020, p. 203 a 208), foi dedicada uma seção à diferenciação entre os tipos normativos. Para esse autor, a discussão é relevante porque “a atribuição de normatividade aos princípios são elementos essenciais do pensamento jurídico contemporâneo [... pois eles] são a porta pela qual os valores passam do plano ético para o mundo jurídico [... sendo] alçados ao centro do sistema jurídico.” (BARROSO, 2020, sem colchetes no original).

Note-se que este Ministro coloca a normatividade axiologicamente aberta dos princípios como pedra angular do que se pode entender como neoconstitucionalismo (o dito pensamento jurídico contemporâneo). Além disso, Barroso (2020, p. 204 a 206) sistematiza os critérios de distinção entre regras e princípios em apenas três: a) conteúdo (estes são decisões políticas, fins públicos ou valores, aquelas são comandos objetivos); b) estrutura normativa (estes contam com certa indeterminação de sentido e diferentes meios de concretização, sendo normas finalísticas, enquanto aquelas são normas predominantemente descritivas); e c) modo de aplicação (estes são mandados de otimização com dimensão de peso; aquelas são mandados, aplicáveis via subsunção).

Outro trecho bastante curioso é que, segundo Barroso, “o conteúdo aberto [dos princípios] permite a atuação integrativa e construtiva do intérprete, capacitando-o a produzir a melhor solução para o caso concreto, assim realizando o ideal de justiça”

(2020, p. 206). Aqui, torna-se nítida a relação exposta por Ávila (2009) entre a norma (principiológica), o método (a ponderação), a justiça (casuística, como informa Barroso) e o Poder (Judiciário, como se lê abaixo).

Contudo, o mais interessante na distinção entre os tipos normativos, é que, para o Ministro, ela possui “importante repercussão prática, notadamente porque ajuda a demarcar os espaços de competência entre o intérprete constitucional – sobretudo o intérprete judicial - e o legislador” (2020, p. 208). Portanto, neste trecho é feita a ponte entre a justiça casuística e o Judiciário, seguindo a linha de raciocínio do autor. A divisão entre funções e Poderes é um dos principais pontos de tensão do debate sobre o neoconstitucionalismo, que impõe demarcar a fronteira entre ativismo constitucionalmente vedado e o protagonismo permitido pelo dirigismo da CRFB/88. Tal tema será discutido nas seções 3.4 e seguintes desta pesquisa.

3.3 QUAIS SOLUÇÕES SUGEREM PARA AS INCONSISTÊNCIAS NORMATIVAS (COLISÕES, ANTINOMIAS E LACUNAS)?

Após estudar mais de perto o modo como os Ministros abordam o fenômeno do neoconstitucionalismo e como diferenciam regras e princípios, investigou-se como o tema das inconsistências normativas (ambiguidades, antinomias, lacunas e colisões) é trabalhado em cada obra. Isto se fez necessário porque, como dito por Ávila (2009, p. 3), o método de aplicação normativa defendido pelos autores do “novo constitucionalismo” é preponderantemente o da ponderação e o sopesamento entre princípios ou entre estes e regras (sic). Assim, também nessa matéria considerou-se que os Ministros revelariam suas posições acerca das polêmicas que circundam a atuação da Jurisdição Constitucional contemporaneamente.

Neste sentido, a primeira obra analisada foi a de Mendes

e Branco (2020). Os autores abordam o tema inicialmente em tópico sobre as noções elementares de interpretação constitucional (2020, p. 111 a 126). Neste trecho, expõem sobre ambiguidades e vagezas, incoerências normativas (antinomias), lacunas (técnicas ou axiológicas) e sobre métodos de interpretação da CRFB/88. Tais assuntos dizem respeito aos conflitos normativos entre regras constitucionais, não adentrando na seara das colisões envolvendo princípios.

Ocorre que, diante dos conflitos expostos neste tópico, é comum reconhecer, inclusive dentre autores positivistas, a existência de certa margem de poder discricionário para que os juízes atuem colmatando lacunas, solucionando ambiguidades e demais conflitos entre regras¹⁴ constitucionais ou não. Em razão de ser este um ponto menos problemático, não consistindo propriamente em uma novidade neoconstitucional, optou-se por centrar a análise nas colisões e na ponderação como (meta)regra de solução de conflitos entre princípios ou entre estes e as regras.

Assim, Mendes e Branco (2020, p. 237 *et seq.*), tratam dessa questão ao debater a colisão entre direitos fundamentais, na qual a prevalência de princípios (em lugar de regras) é maior. A esse respeito, considerando os princípios como mandados de otimização, os autores creem ser factível que a concretização destes seja gradativa, conforme as limitações impostas pela colisão com outros direitos, princípios e valores do ordenamento jurídico, tutelados *prima facie*. Portanto, para eles, “a normatividade dos princípios é, nesse sentido, provisória, potencial, com virtualidades de se adaptar à situação fática, na busca de uma solução ótima” (2020, p. 238 e 239). Para essa adaptação, dizem

¹⁴ Exemplo do reconhecimento deste poder discricionário pode ser visto no debate entre Hart e Dworkin, exposto principalmente na crítica dworkiniana ao modelo de regras de Hart (DWORKIN, 2002, p.23 a 72). A despeito disso, é controvertida a ideia de que juízes possam colmatar lacunas, considerando que o trabalho de nomogênese primária em países de *civil law* compete aos legisladores. Um autor crítico desse poder de colmatção é Ferrajoli (2012, p. 52), que se considera adepto do constitucionalismo garantista ou positivista.

que se deve realizar um juízo de ponderação (ligado ao princípio da proporcionalidade), de forma que “a prevalência de um direito sobre outro se determina em função das peculiaridades do caso concreto” (2020, p. 239).

Mais adiante, Mendes e Branco dedicam extensa seção ao princípio da proporcionalidade e algumas de suas decorrências, como a vedação da proteção insuficiente (2020, p. 281 a 304), realizando denso comentário sobre o surgimento de tais doutrinas no *BVerfGE* (Tribunal Constitucional alemão) e sua recepção e desenvolvimento pelo STF. Contudo, o que merece destaque aqui é a seção própria sobre “colisão de direitos fundamentais” (2020, p. 305 *et. seq.*). Nela, os autores lecionam que só existe autêntica colisão quando o exercício de determinado direito fundamental afeta o âmbito de proteção de outro direito igualmente fundamental, destacando ademais que, caso se trate de direito submetido à reserva legal expressa, caberá ao legislador, não ao magistrado, tratar os limites adequados (2020, p. 306).

Novamente, após longa digressão sobre a evolução jurisprudencial do tema, os autores principiam apontando como não solucionar colisões autênticas entre direitos fundamentais – não se deve estabelecer uma hierarquia abstrata rígida, pois isso os desnaturaria tanto quanto eventual tentativa de limitar *a priori* o âmbito de proteção desses direitos que não tenham sido restringidos legalmente (em linha argumentativa similar à de SILVA, 2006, p. 33 a 35). Já que a limitação a direitos fundamentais em havendo colisões é excepcional, cabe justificá-la realizando um juízo de ponderação, definido por Mendes e Branco com base nas lições de Alexy (2020, p. 311).

A segunda obra examinada, do Ministro Moraes, aborda tangencialmente o tema das colisões e conflitos normativos. O tema é discutido com maior ênfase ao comentar-se acerca da relatividade dos direitos e garantias individuais e coletivos. O autor defende a limitabilidade desses direitos em nome do

“princípio da relatividade ou convivência das liberdades públicas” (2020, p. 106), “de forma a coordenar e combinar os bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros, realizando uma redução proporcional do âmbito de alcance de cada qual” (2020, p. 107). Frise-se ainda que o termo “colisão” somente é mencionado três vezes na obra de Moraes: no trecho acima, no índice e na ementa de um julgado citado em seção sobre controle concentrado de constitucionalidade (2020, p. 37, 106 e 1552). A baixa incidência do termo demonstra que o assunto não foi trabalhado com profundidade nessa obra.

Por fim, analisou-se a obra de Barroso. Nesta, o autor dedica uma seção introdutória (2020, p. 249 a 254) para tratar da formação histórico-doutrinária do princípio da proporcionalidade (assim entendido no direito alemão) ou da razoabilidade (conforme trabalhado no direito americano – como *substantive due process of law*). Para o Ministro, a utilização da proporcionalidade para invalidar escolhas administrativas deve ser cuidadosa, pois “não cabe ao Judiciário impor a realização de melhores políticas, em sua própria visão, mas tão somente o bloqueio de opções que sejam manifestamente incompatíveis com a ordem constitucional.” (2020, p. 254). Além disso, Barroso indica que o princípio opera como critério de ponderação entre proposições constitucionais potencialmente colidentes entre si.

Contudo, o tópico sobre “interpretação constitucional como interpretação construtiva” (BARROSO, 2020, p. 282 *et. seq.*) revelou-se ainda mais importante para a reflexão tecida nesta seção da pesquisa. Na mesma linha do Hércules de Dworkin (2002), Barroso defende que, diante de casos difíceis (isto é, daqueles que não podem ser solucionados a partir de simples subsunção), deverá o hermenauta realizar uma leitura moral da Constituição, atualizando o sentido de suas normas (interpretação evolutiva), produzindo o melhor resultado possível para a sociedade (interpretação pragmática) em atividade construtiva,

por atribuir ao texto sentidos que ultrapassam a dicção expressa da norma (2020, p. 282 e 283).

Esse autor segue expondo lições da hermenêutica clássica. Mais adiante, discute as novas categorias e paradigmas da interpretação constitucional (2020, p. 303 *et seq.*). Tais mudanças tiveram como base, para Barroso (2020, p. 307 e 308), a superação do formalismo jurídico, o advento de uma nova cultura jurídica (que recorre a valores como a ideia de justiça para interpretar o direito) e, por fim, a ascensão do direito público e o reconhecimento da força normativa da Constituição. Nesse novo paradigma, surgem categorias novas, como as de normatividade dos princípios, colisões de normas constitucionais, ponderação e argumentação jurídica, que deverão ser manejadas pelo intérprete na condição de coparticipante do processo de nomogênese (BARROSO, 2020, p. 309).

Para o autor, essas categorias se relacionam, formando um novo contexto de interpretação e aplicação do direito que lança holofotes sobre o Judiciário. Isto porque, se princípios são normas cogentes (ainda que gradualmente ou *prima facie*), em havendo colisões entre direitos fundamentais expressos por princípios, caberá ao magistrado argumentar ponderadamente sobre qual das normas colidentes prevalecerá no caso concreto, em qual medida e por qual motivo. Isto porque, para Barroso, “as decisões que envolvem a atividade criativa do juiz potencializam o dever de fundamentação, por não estarem completamente legitimadas pela lógica da separação de Poderes”. (2020, p. 313).

Contudo, somente mais adiante o Ministro discorreu sobre a colisão entre normas constitucionais. Para ele, colisões são inevitáveis porque decorrem da positivação de valores diversos pela CRFB/88, os quais eventualmente entram em choque. Assim, categoriza as colisões entre normas constitucionais em três espécies: a) entre princípios, b) entre direitos fundamentais e c) entre direitos fundamentais e outros valores ou interesses constitucionais. Barroso também mapeia as características comuns às

três espécies e indica a existência de desacordos doutrinários quanto à adequação da ponderação como método para resolver adequadamente tais colisões¹⁵ (2020, p. 326 a 329).

Para o Ministro, resumidamente, a ponderação seria “uma técnica de decisão jurídica aplicável a casos difíceis, em relação aos quais a subsunção se mostrou insuficiente. A insuficiência se deve ao fato de existirem normas de mesma hierarquia indicando soluções diferenciadas.” (2020, p. 330). Nesse sentido, o juízo de ponderação se dá em três etapas – identifica-se as normas aplicáveis, circunscrevendo o conflito; examina-se os fatos e circunstâncias concretas relevantes para o caso e como elas interagem com o conjunto normativo; e, por último, realiza-se o sopesamento entre os princípios e/ou direitos colidentes, graduando a intensidade da solução adotada por meio do princípio da proporcionalidade ou razoabilidade (BARROSO, 2020, p. 331 e 332).

Por último, cabe mencionar que o Ministro se diz ciente dos riscos decorrentes de uma má utilização da ponderação (de abrigar casuísmos e voluntarismos), alertando que, para minorá-los, é preciso vincular as decisões às normas jurídicas produzidas por maiorias legitimadas democraticamente (seja a constituinte, sejam as legislativas), utilizando parâmetros universalizáveis e que objetivem estabelecer uma concordância prática entre as regras colidentes – isto é, sem sacrificar o núcleo essencial de nenhum direito fundamental (BARROSO, 2020, p. 333).

¹⁵ Segundo o Ministro, “Características comuns de todas as três modalidades de colisões expostas e exemplificadas acima são (i) a insuficiência dos critérios tradicionais de solução de conflitos para resolvê-los, (ii) a inadequação do método substantivo para formulação da norma concreta que irá decidir a controvérsia e (iii) a necessidade de ponderação para encontrar o resultado constitucionalmente adequado. A ponderação será objeto do tópico seguinte. Cabe apenas o registro de que, apesar de disseminada como técnica indispensável para solução dos conflitos normativos, não é ela objeto de unanimidade absoluta na doutrina. Há correntes que negam, total ou parcialmente, a realidade dos conflitos normativos, como o denominado *conceptualismo*; e há os que reconhecem a existência de conflitos, mas têm a pretensão de oferecer alternativas para seu equacionamento, como é o caso da hierarquização dos elementos normativos em conflito.” (2020, p. 328 e 329).

Superado este tópico, resta discutir sobre como as obras investigadas trabalham o tema do ativismo e da autocontenção judicial.

3.4 O QUE PODEM OS JUÍZES? SOBRE ATIVISMO E AUTOCONTENÇÃO

O último eixo a ser trabalhado nesta análise versa sobre qual postura os autores estudados defendem que seja adotada pela Jurisdição Constitucional – se mais ativista ou se autocontida (estas categorias serão melhor delimitadas conforme forem apresentadas as visões dos Ministros). Esta controvérsia é essencial para compreensão de como as obras discutem o neoconstitucionalismo, reconhecido por incentivar posturas de maior protagonismo (e, no limite, de ativismo) judicial a pretexto de robustecer a força normativa da CRFB/88, como visto no tópico 1 desta pesquisa.

De partida, Mendes e Branco empreendem uma retomada histórica da sindicabilidade de questões políticas pelo STF, da doutrina brasileira do *habeas corpus*, encabeçada por Rui Barbosa, até os dias atuais. Esses autores narram que “alterando momentos de maior e menor ativismo judicial, o Supremo Tribunal Federal, ao longo de sua história, tem entendido que a discricionariedade das medidas políticas não impede o seu controle judicial, desde que haja violação a direitos assegurados pela Constituição” (2020, p. 552).

Portanto, a inafastabilidade da jurisdição (Art. 5º, XXV) é a norma que prevalece quando violado ou ameaçado direito previsto na Constituição (seja ele titularizado por particulares ou por agentes políticos). Desse modo, exemplificativamente, o controle judicial do devido processo legislativo (enquanto direito de parlamentar, por exemplo), justifica o controle dos pressupostos de relevância e urgência demandados pelo Art. 62 da CRFB/88 para edição de Medida Provisória por parte do Executivo. De igual maneira, embora o processo de intervenção federal

ou estadual não costume ser sindicável, caso haja inobservância dos requisitos constitucionais ou lesão a direitos de particulares, poderá o ato ser controlável judicialmente.

Em outro giro, no que diz respeito à concretização dos direitos sociais (a prestações), esses autores entendem que a judicialização do acesso a tais direitos deve ser excepcional, por caber ao legislador a tarefa de delimitá-los, já que envolvem escolhas trágicas (sacrifícios e definição de prioridades orçamentárias, por exemplo), legitimáveis pela via parlamentar (MENDES, BRANCO, 2020, p. 211 e 212). Portanto, tais autores consideram inadmissível uma postura de protagonismo judicial em matéria de direitos sociais, negando inclusive a aplicabilidade imediata do art. 5º, §2º, da CRFB/88 a esses direitos¹⁶. Apesar disso, em curta nota (2020, p. 1033), Mendes e Branco consideram possível que a jurisdição constitucional sirva como instrumento para aperfeiçoar a formulação e controle de políticas públicas em matéria de direitos sociais, nas linhas descritas por Courtis e Abramovich.

Ainda em Mendes e Branco (2020, p. 2068 *et seq.*), o tema da autocontenção judicial reaparece quando se discute a eficácia *erga omnes* das decisões prolatadas pelo STF em sede de controle concentrado de constitucionalidade seguindo a fórmula do art. 52, X, da CRFB/88 (suspensão da execução da Lei pelo Senado Federal em casos de declaração incidental). Para esses autores, essa fórmula é obsoleta, pois consideram que o STF pode conferir efeitos *erga omnes* às suas decisões relativas ao controle de constitucionalidade – seja ele direto ou incidental, e independente de seu resultado – com ou sem redução de texto,

¹⁶ Apesar dessa visão mais autocontida, os autores elucidam que isto “Não significa isso que essas normas sejam desprovidas de toda eficácia. Elas servem de parâmetro de controle da constitucionalidade de medidas restritivas desses direitos e revogam normas anteriores incompatíveis com os programas de ação que entronizam. Servem, ainda, como modelo interpretativo das demais normas do ordenamento jurídico, que com elas hão de encontrar conciliação sistemática.” (MENDES, BRANCO, 2020, p. 213).

por exemplo. Assim, em síntese, esses autores consideram sindicáveis as questões políticas (reconhecendo inclusive a supremacia do controle de constitucionalidade no equilíbrio entre os poderes), mas guardam parcimônia quando dizem respeito à concretização de direitos sociais.

Avançando na análise, a obra de Moraes comenta o tema do ativismo judicial em tópico sobre interpretação conforme a Constituição (2020, p. 1431 a 1441). O Ministro elucida que a interpretação conforme só terá lugar quando houver um espaço de decisão, isto é, uma pluralidade de significados para a norma – alguns compatíveis com a Constituição, outros não. Além disso, destaca que o Judiciário não pode, a pretexto de realizar uma interpretação conforme, substituir o legislador positivo – criando significado que não estava presente dentre as múltiplas significações da interpretação normativa (2020, p. 1431 e 1432). E que tal vedação valeria para toda modalidade de interpretação conforme – com ou sem redução de texto.

Embora essa passagem do texto já sinalize certa postura de autocontenção, cabe investigar atentamente o subtópico sobre “a interpretação constitucional e o ativismo judicial”. O ativismo judicial é definido por Moraes, citando o *Black’s Law Dictionary*, como “uma filosofia quanto à decisão judicial mediante a qual os juízes permitem que suas decisões sejam guiadas por suas opiniões pessoais sobre políticas públicas, entre outros fatores” (2020, p. 1436). Outras definições correlatas o colocam como método de interpretação constitucional que permite ao Judiciário colmatar lacunas (como legislador) e definir rumos de políticas públicas (como Administrador), o que representa clara afronta ao princípio da separação de Poderes (MORAES, 2020, p. 1438). Diante deste fenômeno, Moraes entende ser necessária uma postura mais moderada – autocontida, que se preocupe com a utilização minimalista desse método decisório, restringindo-o às questões que envolvam a proteção de direitos fundamentais e evitando-o em questões estritamente políticas (2020, p. 1439).

Por último, Barroso é, novamente, o autor que se debruça mais demoradamente sobre esse tema. Isso porque o faz amiúde, de maneira esparsa, em subtemas correlatos (como mutação constitucional¹⁷, inconstitucionalidade por omissão¹⁸, constitucionalização do direito e interpretação conforme¹⁹, e judicialização da política²⁰, por exemplo). Além disso, o Ministro trabalha a questão do ativismo em tópico específico, dentro do interessante capítulo intitulado “Jurisdição Constitucional: a tênue fronteira entre o direito e a política” (2020, p. 443 a 485), analisado abaixo.

Esse capítulo é subdividido em três seções: i) jurisdição

¹⁷ Barroso escreve todo um capítulo tributado à mutação constitucional (2020, p. 141 a 156), mecanismo que reconhece como legítimo e compatível com a CRFB/88. Para ele, esse mecanismo consiste na “transformação do sentido e do alcance das normas da constituição, sem que se opere, no entanto, qualquer modificação do seu texto” (2020, p. 142). Essa transformação poderia ter um fundamento fático ou axiológico (valorativo, ético). O autor chega a reconhecer a existência de um poder constituinte difuso, titularizado pelo povo e exercido pelos órgãos do poder constituído, a exemplo do Judiciário, tornado coparticipante do processo de criação do direito, já que a plenitude do sentido do enunciado normativo “dependerá da atuação integrativa do intérprete, a quem cabe fazer valorações e escolhas fundamentadas à luz dos elementos do caso concreto” (2020, p. 148). Nota-se aqui o reconhecimento da mutação como um método de modificação *informal* da CRFB/88 admitido pelo Ministro, o que pode favorecer posturas ativistas travestidas de atualizações da normatividade constitucional.

¹⁸ Ao comentar sobre as omissões inconstitucionais e os remédios para saná-las (ADOs e MIs individuais ou coletivos), Barroso reforça que “Tal circunstância [a jurisprudência de autocontenção do STF em relação à colmatção de lacunas e correção de inércias legislativas], todavia, não impediu que juízes e tribunais, na maioria das situações, dessem máxima efetividade às normas constitucionais, na extensão possível permitida pela densidade normativa de seus textos” (2020, p. 2020, sem colchetes no original).

¹⁹ Ao comentar os efeitos da Constitucionalização do direito, o Ministro complementa o dito na nota de rodapé anterior, afirmando que “o Judiciário estaria autorizado a invalidar um ato do Legislativo, mas não a substituí-lo por um ato de vontade própria” (2020, p. 354 e 355). Contudo, para Barroso, o exercício da interpretação conforme permitiria evocar a pluralidade de sentidos do texto constitucional para que o Judiciário formate uma norma de mote próprio (2020, p. 355).

²⁰ Barroso parece falar de judicialização da política no mesmo sentido de Mendes e Branco, supracitados. Isto é, como sindicalização de atos entendidos como políticos, visando tutelar a normatividade da CRFB/88 (2020, p. 409).

constitucional, judicialização e ativismo judiciário, ii) as concepções tradicionais sobre a relação entre direito e política como instâncias estanques e iii) uma leitura realista dessa relação. Aqui, a análise se ateu à terceira parte da seção “i)”, sobre ativismo judicial especificamente. Resgatando as raízes políticas do fenômeno – que remontam à chefia de Warren na Suprema Corte estadunidense (entre 1954 e 1969), bem como apontando as raízes ideológicas das críticas e elogios à postura ativista, Barroso define o ativismo como “uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes.” (2020, p. 451).

Assim, o ativismo atribui aos tribunais e magistrados uma função de aplicação do direito que se aproxima da criação da norma ou da administração de políticas públicas, tarefas resguardadas respectivamente ao legislador e ao Executivo no esquema clássico de repartição de Poderes. A esta postura, Barroso diz contrapor-se a autocontenção judicial, “conduta pela qual o Judiciário procura reduzir sua interferência nas ações dos outros poderes” (2020, p. 452). O Ministro reconhece que o Judiciário não pode usurpar a função legislativa e elenca as três críticas mais recorrentes ao ativismo, a saber: a legitimação democrática indireta da judicatura (juízes não são eleitos e possuem dificuldades contramajoritárias), a formação específica dos magistrados (incapacidade decisional técnica) e a limitação do debate nas instâncias judiciárias (limitação institucional) (BARROSO, 2020, p. 453 e 454).

Ao fim desta subseção, o autor apresenta um recorte temático – um certo protagonismo judicial seria justificável quando a matéria *sub judice* fosse relativa aos procedimentos democráticos ou à tutela de direitos fundamentais. Ou seja, em situações de exercício razoável do poder discricionário pelo Administrador ou de poder legiferante pelo Legislativo, não seria admissível uma interferência do Judiciário (BARROSO, 2020,

p. 455 e 456). Portanto, o Ministro se aproxima da visão de Mendes e Branco, para os quais a judicialização da política é justificável quando envolve a guarda da Constituição (inclusive dos procedimentos nela previstos) e de Moraes, que admite o ativismo como meio de proteção de direitos fundamentais, conforme visto acima.

Por fim, cabe frisar que, segundo Barroso, um certo grau de ativismo no labor judicial é inevitável, posto que o esquema de separação estanque entre Poderes e funções estatais, cujo pressuposto é a absoluta cisão entre direito e política, seria nitidamente irreal. Isto porque a própria interpretação jurídica é, em certo sentido, um ato político, o que fica claro quando se analisa a tessitura aberta da linguagem do direito (com seus inúmeros conceitos indeterminados, por exemplo) e os desacordos morais razoáveis subjacentes aos *hard cases*, quando da colisão entre princípios constitucionais (2020, p. 465 e 466). Em síntese, a visão do Ministro sobre o trabalho interpretativo dos juízes, por si só, leva-o a advogar uma postura de protagonismo judicial, ao menos na tarefa *hercúlea* de socorrer-se de elementos de filosofia moral e política para decidir (BARROSO, 2020, p. 467).

Feita esta rápida digressão sobre como os Ministros se posicionam quanto às principais controvérsias identificadas no debate acerca do neoconstitucionalismo, cumpre agora apresentar uma rápida crítica a partir de segmentos da doutrina contrários aos pressupostos do neoconstitucionalismo (como exposto por ÁVILA, 2009).

4. UMA AVALIAÇÃO CRÍTICA A PARTIR DE MÚLTIPLOS APORTES: QUAIS RISCOS TRAZ O PARADIGMA NEOCONSTITUCIONALISTA?

Esta seção objetivou trazer uma síntese das ideias apresentadas pelas obras estudadas, cotejando as posições defendidas pelos Ministros em cada eixo e analisando-as a partir de

setores da doutrina críticos de visões ditas neoconstitucionalistas. Acerca do primeiro eixo, isto é, da abordagem direta e literal do neoconstitucionalismo, Mendes e Branco realizaram rápida introdução, frisando o potencial atrito entre a Jurisdição Constitucional e o exercício da vontade da maioria na democracia. Moraes, de outro lado, não apresentou conceituações, nem dedicou seções específicas ao tema. Por fim, Barroso é o que mais extensamente aborda o assunto, considerando o neoconstitucionalismo a configuração contemporânea do direito constitucional, isto é, como uma realidade insofismável e desejável.

No segundo eixo, sobre a diferença entre regras e princípios, com exceção de Moraes (que novamente não se aprofundou no tema), os outros dois Ministros esboçaram leituras similares. A distinção entre estes tipos normativos seria qualitativa, para ambos, que seguiram a tradição teórica fixada por Alexy e Dworkin. Mendes e Branco demonstraram ter uma visão mais restrita de princípios se comparados a Barroso, porque admitem que a diferença em questão é também funcional, de sorte que regras e princípios, para além de se contrapor hierarquicamente, possuem ainda funções estruturalmente complementares.

Barroso, de outro lado, destacou que princípios seriam os poros pelos quais os valores adentram no ordenamento jurídico, ocupando seu centro. Aqui, revela-se uma ligação direta entre a interpretação construtiva defendida por esse autor e a ideia de justiça casuística criticada por Ávila (2009). Essa ligação se torna mais clara na exposição do terceiro eixo, acerca do método de solução de conflitos normativos, especialmente da ponderação. Neste ponto, embora Barroso reconheça que o Judiciário deva ocupar uma posição de retaguarda na proteção da normatividade da CRFB/88, finda também por admitir uma leitura moral da Constituição que conduza a algo além de sua textualidade, o que, aliado ao elogio da interpretação construtiva, pode conduzir a decisionismos *ad hoc*.

Diferentes são as posturas de Moraes (novamente raso,

mas aludindo à “relatividade” dos princípios, que parece apontar como papel dos magistrados definir seus valores em cada caso) e de Mendes e Branco, para os quais as colisões entre princípios devem respeitar as zonas de reserva legal expressa, sinalizando maior rigor quanto aos limites da ponderação e sua justificação, no que se aproximam de Silva (2006, p. 33 a 35; 2011, p. 377)²¹.

Por fim, no quarto eixo (sobre ativismo), Mendes e Branco mais uma vez apresentam postura intermediária – entre a tendência à autocontenção de Moraes (que defende um ativismo “minimalista”) e a postura elogiosa de Barroso. Isto porque restringem o protagonismo judicial aos casos que envolvam diretamente a salvaguarda da CRFB/88 (de seus procedimentos políticos e dos direitos fundamentais, principalmente), e, excepcionalmente, quando se trate de direitos sociais e controle de políticas públicas.

Barroso, também aqui, é o que mais se aproxima de uma defesa do ativismo. Inobstante presente ressalvas, sobretudo por conta do déficit de legitimação democrática dos juízes e das limitações institucionais do Judiciário, ele aborda o tema do ativismo como algo inevitável e justificável, em linha similar à de Mendes e Branco, mas radicalizada pela defesa da interpretação construtiva, cujo principal risco é o decisionismo, como se vê adiante.

Como foi possível perceber, a postura de cada Ministro em relação ao neoconstitucionalismo varia bastante – indo desde a aparente indiferença (Moraes) ao reconhecimento expresso e elogioso do fenômeno (Barroso), passando ainda por uma postura intermediária de reconhecimento com ressalvas críticas (Mendes e Branco). A despeito disso, é notável nas três obras a

²¹ Para Virgílio Afonso da Silva, é possível controlar racionalmente a subjetividade ínsita ao processo de sopesamento que integra a ponderação. Isto seria feito, por exemplo, com a observância da história jurisprudencial e dos precedentes do tribunal, sem se desgarrar da textualidade da Constituição (SILVA, 2011, p. 377). Acredita-se que Mendes e Branco se aproximem dessa leitura mais criteriosa da ponderação pela forma como apresentam as etapas nela envolvidas.

presença de um *mainstream* conceitual marcado pela distinção entre regras e princípios, pelo juízo de ponderação e pelo modo casuístico de realização da justiça.

Esse *mainstream* remete ao esquema desenhado por Ávila (2009, p. 3) como próprio do neoconstitucionalismo. Ou ao menos de sua versão principiológica (FERRAJOLI, 2012) ou não-positivista (ATIENZA, 2014). O principal problema deste esquema de interpretação constitucional – radicalizado por Barroso (para quem princípios são valores e estão no centro do ordenamento jurídico) e descrito de forma moderada por Mendes e Branco (princípios como deveres *prima facie* cujo peso concreto deve ser aferido pelo intérprete) e por Moraes (todo direito é relativo), é que ele abre margem para subjetivismos e insegurança jurídica.

Isto porque, conforme Ávila, com o alastramento indiscriminado e pouco criterioso da ponderação como método preferencial de aplicação do direito (cuja centralidade normativa seria dos princípios), “o próprio destinatário da norma, que deveria agir seguido sua prescrição, termina por decidir o seu conteúdo, decidindo, ele próprio o que deve fazer” (2009, p. 10). Para esse autor, em linhas gerais (e após criticar também o modo casuístico de realização da justiça e o protagonismo do Judiciário), o neoconstitucionalismo (tal qual descrito por ele), não encontra lastro na CRFB/88 e “defendê-lo, direta ou indiretamente, é cair numa invencível contradição performática: é defender a primazia da Constituição, violando-a.” (2009, p. 19).

Em outro sentido, mas complementarmente, Ferrajoli (2012, p. 52), reforça que os principais riscos e efeitos do neoconstitucionalismo (a que chamou “constitucionalismo principiológico”) seriam: a) o enfraquecimento e o colapso da normatividade dos princípios constitucionais e a redução dos direitos fundamentais ao nível de conselhos ético-políticos (em argumentação similar à de Ávila); b) a subversão da hierarquia das fontes, colocando a discricionariedade judicial acima da

Constituição e dos legisladores ordinários; c) doutrina e jurisprudência voltam a reivindicar seu papel de fonte primordial do direito, desbancando a legislação positiva.

Contra a postura de ativismo judicial (potencialmente decisionista) alimentada pelo neoconstitucionalismo, Ferrajoli (2012, p. 53) advoga por um constitucionalismo garantista, que reafirma, diante de problemas como lacunas e antinomias, a normatividade forte das constituições rígidas, que determinam ser papel da legislação evitar antinomias e colmatar lacunas, bem como incumbir à jurisdição um papel secundário nesta tarefa legislativa, com autocontenção e parcimônia.

Esta posição de deferência do Judiciário aos demais poderes (mormente ao Legislativo) nas tarefas acima apontadas é necessária para manter a sanidade democrática. Além disso, há que se ter em conta as limitações institucionais de que padece a Jurisdição e a transformam em última instância de solução de problemas legislativos ou em matéria de formulação de políticas públicas, por exemplo.

Nesse sentido, para Wang (2018, p. 505 *et seq.*), quando se tem em conta que proteger direitos sociais equivale a solucionar conflitos distributivos e realizar escolhas trágicas que competem por recursos escassos, torna-se evidente que tais limitações tornam a judicialização um processo inadequado para a proteção mencionada, devendo ser utilizada com prudência, dado o risco de reduzir conflitos multipolares em litígios bilaterais que não traduzem a complexidade ínsita à formulação de políticas públicas enquanto conflitos distributivos (a este respeito, vide ainda WANG, VASCONCELOS, 2015, p. 148).

Neste particular, deve ser levada a sério a reflexão de Bello, Bercovici e Lima (2019, p. 1796), para os quais “de um ponto de vista crítico e comprometido com a democracia e a igualdade materiais, cumpre asseverar que a principal questão das normas constitucionais no Brasil não é de efetividade, mas de seletividade.”. Sem ter em vista essa reflexão, as doutrinas

dos Ministros parecem advogar modos de interpretar e de aplicar o direito que, ao reforçar os riscos de decisionismos casuístas e o ativismo judicial, agrava o problema da seletividade, em lugar de reduzi-lo, o que depende de um robustecimento da democracia pelas próprias vias democráticas.

5. CONCLUSÕES

Após o longo itinerário percorrido nesta pesquisa – iniciado com a delimitação das controvérsias acerca do neoconstitucionalismo e do exercício da Jurisdição Constitucional, e que perpassou pelo desenho metodológico do estudo e pela análise descritiva e crítica do que os Exmo. Ministros andam ensinando sobre esse assunto, foi possível confirmar a hipótese de trabalho esboçada anteriormente. Imaginou-se inicialmente que seria encontrado um pano de fundo teórico (neoconstitucionalista) comum às obras dos três autores, a despeito de eventuais divergências em questões específicas.

Nesse sentido, destacando algumas diferenças de estilo e enfoque, a obra de Moraes possui um teor mais dogmático e descritivo, atendo-se ao programa normativo constitucional, enquanto o curso de Mendes e Branco equilibra os comentários normativos com densas explanações sobre teoria da constituição (aí incluídas as teorias dos direitos fundamentais e dos princípios). De outro lado, o livro de Barroso enfatiza a hermenêutica e a teoria constitucional em detrimento de um estudo mais dogmático da textualidade da CRFB/88. Essas diferenças dificultam, de certa maneira, uma comparação direta entre tais obras.

A despeito disso, considerando os achados expostos na seção 3 desta pesquisa, foi possível concluir que, de fato, os autores estudados compartilham de um mesmo paradigma, que, seja ou não nomeado “neoconstitucionalista”, acaba por conduzir a uma aplicação do direito centrada nos princípios, tributária da ponderação e do sopesamento (nem sempre controláveis

objetivamente pelo ônus da argumentação e fundamentação judiciais) e que lança holofotes sobre um modo atomizado de justiça que tende ao ativismo judicial decisionista.

Este pano de fundo teórico é enfaticamente defendido por Barroso (*passim*), mas está presente também na teoria dos princípios exposta por Mendes e Branco (temperada pelo rigor alexyano) e é sub-reptícia à relatividade dos direitos fundamentais de que falou Moraes (embora ele se diga crítico do ativismo). Uma vez investigado o “faça o que eu digo” doutrinário, restou por pesquisar, em outro estudo, a coerência entre ele e o “faça o que eu faço” jurisprudencial dos Ministros.

Por fim, recobrando o dito na aurora deste texto, cabe lembrar a relevância do papel desempenhado pela Jurisdição Constitucional neste país de profundas contradições entre as promessas constitucionais de democratização de condições dignas de vida e as inúmeras carências materiais da população. Entre esgotos a céu aberto e abertura material da constituição a valores (como alardeiam os “novos constitucionalistas”), há um déficit que não é de eficácia normativa, mas de efetividade fática, isto é, trata-se de um problema político de seletividade, como comentado anteriormente. E não se pode corrigir a má seletividade democrática através da seletividade judicial, sob pena de estimular autoritarismos togados e esgotados.



REFERÊNCIAS

- ATIENZA, Manuel. Ni positivismo jurídico ni neconstitucionalismo: una defensa del constitucionalismo postpositivista. *Observatório de Jurisdição Constitucional*, ano 7, n.º 2, jul./dez. 2014
- ÁVILA, Humberto. Neoconstitucionalismo: entre a ciência do

- direito e o direito da ciência. *Revista eletrônica de Direito do Estado*, v. 17, p. 1-19, 2009.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva Educação, 2020
- BELLO, Enzo; BERCOVICI, Gilberto; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. O fim das ilusões constitucionais de 1988?. *Revista Direito e Práxis*, v. 10, n. 3, p. 1769-1811, 2019.
- BERCOVICI, Gilberto. A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, v. 36, n. 142, p. 35-51, 1999.
- BOBBIO, Norberto. *Era dos direitos*. São Paulo: Elsevier Brasil, 2004.
- COMPARATO, Fábio Konder. Fundamento dos direitos humanos. In: *Cultura dos direitos humanos*. São Paulo: LTR, p. 52-74, 1998.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista. In: *Un debate sobre el constitucionalismo: Monográfico revista Doxa*, núm. 34. Ediciones Jurídicas y Sociales, 2012. p. 11-50.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 2018.
- GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. *O neoconstitucionalismo e o fim do Estado de Direito*. 2012. 217f. Tese (Doutorado em Direito do Estado). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.
- GERHARDT, Tatiana Engel; SILVEIRA, Denise Tolfo. *Métodos de pesquisa*. Plageder, 2009.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto

- Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.
- KUHN, Thomas Samuel. *A estrutura das revoluções científicas*, 5ª ed. São Paulo: Editora Perspectiva SA, 1998.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva Educação SA, 2020.
- MEZZAROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Sevilha. *Manual de metodologia da pesquisa no direito*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, pp. 47 a 84.
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2020.
- RODRIGUES, Horácio Wanderlei; GRUBBA, Leilane Serrattine. *Conhecer Direito I: a teoria do conhecimento no século XX e a Ciência do Direito*. Florianópolis: Fundação Boiteux, v. 1, 2012.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 10. rev. ampl. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Art. 1º, III – a dignidade da pessoa humana. In CANOTILHO, José Joaquim Gomes. et al. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva Educação, p. 123-129, 2018.
- SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. *Revista brasileira de direito constitucional*, v. 9, n. 1, p. 361-388, 2007.
- SILVA, Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. *Revista de Direito do Estado*, v. 4, p. 23-51, 2006.
- SILVA, Virgílio Afonso. A Evolução dos Direitos Fundamentais. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*. n. 6. 2005.
- STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 16 a 109

- STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. São Paulo: Saraiva, 2017.
- WANG, Daniel Wei L.; VASCONCELOS, Natália Pires de. Adjudicação de Direitos e Escolhas Políticas na Assistência Social: o STF e o Critério de Renda do BPC. *Novos estudos CEBRAP*, n. 103, p. 135-151, 2015.
- WANG, Daniel Wei Liang. Direitos sociais e a falácia do nirvana. *Revista Jurídica da Presidência*, v. 21, n. 125, p. 482-513, 2020.