

NEOCONSTITUCIONALISMO – REFLEXOS, CONCEITOS E INCERTEZAS

Marília Benelli Nunes¹

Luís Antônio de Aguiar Bittencourt²

RESUMO

O presente trabalho objetiva, precipuamente, analisar o fenômeno do neoconstitucionalismo, seus reflexos, conceitos e incertezas. Destaque-se, de antemão, que, para elaboração do presente trabalho, utilizou-se, principalmente, de fontes documentais, bem como de pesquisa bibliográfica. Inicialmente, busca-se fazer algumas considerações introdutórias sobre o que se tem entendido no meio acadêmico por direito constitucional contemporâneo ou neoconstitucionalismo. Em seguida, analisam-se suas implicações, notadamente no campo processual, o que se tem denominado de neoprocessualismo. Por fim, serão abordadas algumas questões peculiares, tais como as incertezas e imprecisões conceituais que cercam os estudos desse tema, assim como suas principais críticas.

PALAVRAS CHAVES: NEOCONSTITUCIONALISMO. REFLEXOS. CONCEITOS. NEOPROCESSUALISMO. PRINCIPAIS CRÍTICAS.

¹ Bacharela em Direito pelas Faculdades Integradas Vianna Júnior.

² Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora (1992), graduação em Administração pela Faculdade Machado Sobrinho (1986); Mestrado em Direito pela Universidade Gama Filho (2002), MBA em Gestão de Empresa FGV-RJ (2009). Professor titular das Faculdades Integradas Vianna Júnior (Processo Civil e Consumidor), Diretor-Sócio Advogado da Empresa Bittencourt e Bissoli Advogados Associados; Coordenador do Curso de Direito das Faculdade Vianna Júnior; Consultor nas áreas de Gestão de Qualidade e Gestão na Educação Superior (Processos Avaliativos); Consultor Jurídico da Agência de Desenvolvimento de Juiz de Fora e Região - ADJFR; Membro da Diretoria da OAB/MG, Subseção Juiz de Fora, na Função de Secretário Geral Adjunto.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por escopo analisar o fenômeno do neoconstitucionalismo, suas implicações, imprecisões conceituais e principais críticas.

Anote-se, que, para elaboração do presente trabalho, utilizou-se, principalmente, de fontes documentais, bem como de pesquisa bibliográfica.

Sabemos que este fenômeno reflete-se em todos os ramos do direito, haja vista o reconhecimento da necessidade de uma filtragem hermenêutico-constitucional, desaguando, inexoravelmente, na famigerada constitucionalização do direito.

Desse modo, busca-se contextualizar as implicações da mudança de um Estado Legislativo de Direito para um Estado Constitucional de Direito. Outrossim, buscar-se-á delinear as principais ideias e características do neoprocessualismo, assim como suas principais críticas.

Nessa toada, perceber-se-á que várias são as facetas através das quais o neoconstitucionalismo se expressa, isso porque ainda não se conseguiu, de forma peremptória, definir e enumerar todas as suas bases e características.

Assim é que, como tudo que é novo, este fenômeno traz desconfiças e, ao mesmo tempo, coloca em evidência toda a mudança de paradigmas que vem ocorrendo não só campo jurídico, mas também no campo filosófico.

1 O NEOCONSTITUCIONALISMO – reflexos, conceitos e incertezas

1.1 Considerações iniciais

Muito se discute sobre o que se tem chamado de a Nova Ordem Constitucional ou Neoconstitucionalismo³, que representa, segundo Dirley da Cunha Junior (2012, p. 39), o constitucionalismo atual.

³ “Trata-se de um conceito formulado sobretudo na Espanha e na Itália, mas que tem reverberado bastante na doutrina brasileira nos últimos anos. Os adeptos do neoconstitucionalismo buscam embasamento no pensamento de juristas que se filiam a linhas bastante heterogêneas, como Ronald Dworkin, Robert Alexy, Peter Häberle, Gustavo Zagrebelsky, Luigi Ferrajoli e Carlos Santiago Nino.”

A título conceitual, impera esclarecer, previamente, que “neoconstitucionalismo” não se confunde com “pós-positivismo”. Sobre o pós-positivismo⁴, Luis Roberto Barroso (2009, p. 242) pontifica que:

A superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação. O pós-positivismo é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem algumas idéias de justiça além da lei e de igualdade material mínima, advindas da teoria crítica, ao lado da teoria dos direitos fundamentais e da redefinição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica.

Clareando ainda mais o que se entende por esta corrente, denominada pós-positivismo, segundo Luis Roberto Barroso (2009), tal corrente figura como marco filosófico do novo direito constitucional. O debate acerca de sua concretização situa-se na confluência das duas grandes correntes de pensamentos que oferecem paradigmas opostos para o Direito: o jusnaturalismo e o positivismo. Opostos, mas, por vezes, singularmente complementares. O autor observa, ainda, que o quadro atual é assinalado pela superação dos modelos puros por um conjunto difuso e abrangente de ideias, agrupadas sob o rótulo genérico de pós-positivismo.

Condensando em sua essência de significado, o renomado processualista Luiz Guilherme Marinoni (2009), sintetiza todas essas ideias ensinando que a compreensão da lei a partir da Constituição expressa uma outra configuração do positivismo, que pode ser qualificada de positivismo crítico ou de pós-positivismo, não porque atribui às normas constitucionais o seu fundamento, mas sim porque submete o texto da lei a princípios materiais de justiça e direitos fundamentais,

SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades**. Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

⁴ Apenas para o fim de nos contextualizarmos e, antes de adentrarmos no breve conceito e diferenciação de pós-positivismo para neoconstitucionalismo, insta esclarecer, rapidamente, o que é o positivismo jurídico. Para Luis Guilherme Marinoni (2009, p. 32): “O positivismo não se preocupava com o conteúdo de norma, uma vez que a validade da lei estava apenas na dependência da observância do procedimento estabelecido para sua criação. Além do mais, tal forma de pensar o direito não via lacuna no ordenamento jurídico, afirmando a sua plenitude e, portanto, sempre teria que dar resposta aos conflitos de interesse” MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil: Teoria Geral do Processo**. V.1. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

permitindo que seja encontrada uma norma jurídica que revele a adequada conformação da lei.

Relativamente ao neoconstitucionalismo, Dirley da Cunha Jr. (2012), aponta que o surgimento dessa nova teoria jurídica denominada de neoconstitucionalismo reconhece, basicamente, a supremacia da Constituição, sua força normativa e expansiva, colocando-a como fundamento de validade de todas as demais normas.

Nesse passo, esclarece que isso se deu, precipuamente, em razão do fracasso do Estado Legislativo de Direito (lei e legalidade como fundamento do direito). Surge, então, em reação às atrocidades cometidas na segunda guerra, o neoconstitucionalismo, que veio modificar esse paradigma de um Estado Legislativo para um Estado Constitucional de Direito (Constituição como fundamento do direito). Anote-se, contudo, a existência de posicionamentos divergentes quanto a esta contraposição entre Estado legalista e Estado constitucionalista, como será analisado posteriormente.

Corroborando com essas ideias, Marinoni (2009), sustenta que o princípio da legalidade, obviamente, não pode mais ser visto como à época do positivismo clássico. Lembra-nos, da mesma forma, que o mencionado princípio, no Estado legislativo, implicou na redução do direito à lei, cuja legitimidade dependia apenas da autoridade que a emanava.

Verifica-se, desse modo, uma reaproximação entre o direito e a moral (remoralização do direito), bem como entre o direito e justiça. Assim, em consonância com tais ideias, uma lei formalmente válida poderá ser considerada materialmente inválida, por exemplo. Ora, a própria história se encarregou de mostrar as arbitrariedades, brutalidades e discriminações procedidas por leis formalmente perfeitas (MARINONI, 2009).

Assim é que, conforme a doutrina de Marinoni (2009, p. 46):

se essa nova concepção de direito ainda exige que se fale de princípio da legalidade, restou necessário dar-lhe uma nova configuração, compreendendo-se que, se antes esse princípio era visto em uma dimensão formal, agora ele tem conteúdo substancial, pois requer a conformação da lei com a Constituição e, especialmente, com os direitos fundamentais. Por isso não há mais qualquer legitimidade na velha ideia de jurisdição voltada à atuação da lei; não é possível esquecer que o judiciário deve compreendê-la

e interpretá-la a partir dos princípios constitucionais de justiça e dos direitos fundamentais.

Adicione-se a tais ideias, o fato de que os princípios passam a ter o mesmo (e não maior!) valor que as regras, exatamente em razão do reconhecimento de que a mera interpretação subsuntiva não mais é suficiente para atender às demandas da sociedade hodierna.

Nessa esteira, consoante os estudos de Humberto Ávila (2009, p. 6):

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 com posto de regras e de princípios, com funções eficaciais 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.

Na medida em que a Constituição passa a ser o fundamento de validade de todo o ordenamento, não restam dúvidas de que todas as leis, agora, submetem-se a uma filtragem hermenêutico-constitucional, o que, conforme os estudos de Lenio Streck⁵, implica necessária diferenciação entre texto e norma e entre vigência e validade. Este é o ponto de partida e de chegada da chamada filtragem hermenêutico-constitucional.

Bernardo Gonçalves Fernandes (2014) salienta, ainda, que a noção de filtragem constitucional é um referencial, na medida em que não há como trabalhar um texto normativo apartado e desvinculado da normatividade constitucional. E, acrescenta que, assim sendo, toda hermenêutica (jurídica) só pode ser por definição Hermenêutica Constitucional, ainda que haja algumas diferenças entre as normas constitucionais que não podem ser olvidadas.

De maneira notável, Luis Roberto Barroso (2007, p. 11) assim resume o fenômeno do novo direito constitucional, estado democrático de direito ou, ainda, estado constitucional de direito:

⁵ STRECK, Lenio Luiz. Bem jurídico e constituição: da proibição de excesso (*übermassverbot*) à proibição de proteção deficiente (*untermassverbot*) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. Disponível em: <<http://www.leniostreck.com.br>>. Acesso em: 24 jul. 2014.

O neoconstitucionalismo ou novo direito constitucional, na acepção aqui desenvolvida, identifica um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, em meio às quais podem ser assinalados, (i) como marco histórico, a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; (ii) como marco filosófico, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética; e (iii) como marco teórico, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. Desse conjunto de fenômenos resultou um processo extenso e profundo de constitucionalização do Direito. (grifo do autor)

Percebe-se, dessa forma, que os reflexos da constitucionalização do direito, corolário da teoria jurídica do neoconstitucionalismo, espraiam-se por todo o ordenamento jurídico, de modo que toda a sua interpretação submete-se aos ditames de compatibilidade com as normas constitucionais. Barroso (2009) acentua, também, que uma Constituição não é um documento apenas técnico. Segundo ele, tem de haver, por trás dela, a capacidade de simbolizar conquistas e de mobilizar o imaginário das pessoas para novos avanços.

Uma vez que se reconhece a supremacia da Constituição, reconhece-se, também, que os princípios possuem força normativa, o que autoriza o juiz a aplicar a Constituição diretamente, sem a necessidade de aguardar a intermediação legislativa para, então, dar a ela efetividade⁶.

Consigne-se, entretanto, o alerta de Paulo Gustavo Gonet Branco (2014), relativo ao fato de que determinados direitos, a exemplo do direito de acesso à justiça (art. 5º, XXXV), não dispensam que a lei venha a dispor sobre o direito processual que viabilize a atuação do Estado na solução de conflitos. O autor acrescenta que a plenitude de efeito dessas normas (a exemplo também da garantia do Júri) depende de ação legislativa, uma vez que essas normas constitucionais caracterizam-se por uma densidade normativa baixa. Quanto a elas, não obstante o que diz o §1º do artigo 5º⁷ da Constituição, a maior medida da sua eficácia queda na

⁶ Tal entendimento, contudo, não é unânime. Contra o argumento apresentado, ver: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. O Constitucionalismo. In: José Carlos Francisco. (Org.). Neoconstitucionalismo e atividade jurisdicional. 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, v. 1, p. 3-16.

⁷ “Art. 5º, § 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

dependência do legislador infraconstitucional e que, nessas hipóteses, o princípio contido no §1º do artigo 5º terá que ceder.

1.2 Os reflexos da nova ordem constitucional

Seguindo as mesmas diretrizes do pensamento de Luis Roberto Barroso, Ana Pula de Barcellos (2007) também elenca como características desse fenômeno a normatividade da Constituição, sua superioridade e a centralidade da Carta nos sistemas jurídicos, por força do fato de que os demais ramos do Direito devem ser compreendidos e interpretados a partir do que dispõe a Constituição. Nas palavras da autora:

A particularidade do neoconstitucionalismo consiste em que, consolidadas essas três premissas na esfera teórica, cabe agora concretizá-las, elaborando técnicas jurídicas que possam ser utilizadas no dia-a-dia da aplicação do direito. O neoconstitucionalismo vive essa passagem, do teórico ao concreto, de feérica, instável e em muitas ocasiões inacabada construção de instrumentos por meio dos quais se poderá transformar os ideais da normatividade, superioridade e centralidade da Constituição em técnica dogmaticamente consistente e utilizável na prática jurídica.

Como exemplo da inserção desses conceitos na prática jurídica, pode-se identificar o que se tem denominado de neoprocessualismo, que nada mais é do que o reflexo de tais ideias no campo processual.

Consoante as explicações de Gisele Leite (2012), o neoprocessualismo trata do estudo e aplicação do direito processual de acordo com o novo repertório teórico que corresponde à quarta fase da evolução do direito processual.

Para entender quais são as fases anteriores do direito processual, prossegue a autora nas seguintes palavras:

A evolução histórica do direito processual costuma ser apontada em três fases. A primeira corresponde ao praxismo ou sincretismo, no qual não havia distinção entre processo e direito material; a segunda fase é chamada de processualismo, no qual se demarcam as fronteiras entre o direito processual e o direito material, e as categorias processuais conhecem o desenvolvimento científico; e a terceira fase é chamada de instrumentalismo, que embora se reconheça diferenças funcionais entre direito processual e material, se estabelece entre estes uma relação de interdependência e complementaridade, posto que o direito processual concretiza e

materializa o direito substantivo o que vale dizer que o primeiro dá sentido instrumental ao segundo. (LEITE, 2012, p. 42)

A referida autora aduz, ainda, que o neoprocessualismo possui como símbolo a obra de Luiz Guilherme Marinoni, pois, embora o autor não utilize o termo, propõe importante reflexão sobre as categorias fundamentais do direito processual (como jurisdição, ação, defesa e processo).

E, de fato, Marinoni (2009) deixa claro que o processo deixou de ser um instrumento voltado à atuação da lei para passar a ser um instrumento preocupado com a proteção dos direitos, na medida em que o juiz, no Estado constitucional, além de atribuir significado ao caso concreto, compreende a lei na dimensão dos direitos fundamentais.

Luis Roberto Barroso (2007, p. 02), na busca pela explicação dos prefixos neo e pós, introduz seu artigo sobre o Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito, da seguinte forma:

Sabe-se que veio depois e que tem a pretensão de ser novo. Mas ainda não se sabe bem o que é. Tudo é ainda incerto. Pode ser avanço. Pode ser uma volta ao passado. Pode ser apenas um movimento circular, uma dessas guinadas de 360 graus”

Nesta mesma linha, Eduardo Cambi (2007, p. 43), autor que fez pela primeira vez referência ao termo em sua tese de Doutorado:

o neoconstitucionalismo e o neoprocessualismo servem de suporte crítico para a construção não somente de “novas” teorias e práticas, mas sobretudo para a construção de técnicas que tornem mais efetivas, rápidas e adequadas a prestação jurisdicional. O “novo” deve se impor na medida em que mostre ser uma alternativa melhor que a velha. A mudança não pode ser feita para que as coisas continuem substancialmente as mesmas, apenas com uma aparência diferente. Mudar por mudar é esconder a vontade de manter as coisas como já eram ou dar uma aparência nova para poder retroceder aos avanços já conquistados.

É importante perceber que, na atual conjuntura do direito, o juiz passa a ser figura essencial para velar sobre as garantias processuais, isto é, cuidar para que em todo o procedimento sejam observadas as garantias constitucionais.

Relativamente à nomenclatura “neoprocessualismo”, temos que esta não é a única a designar estes novos paradigmas trazidos pela nova hermenêutica

constitucional. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira (2014) traz a baila o formalismo-valorativo ou mesmo formalismo ético, propondo soluções ao formalismo excessivo, analisando valores e princípios aplicáveis ao processo, ideias que, pelo que se observa, coadunam-se com o neoprocessualismo.

O neoprocessualismo, portanto, mostra-se como corolário do fenômeno estudado alhures, isto é, faz-se uma releitura constitucional de todo o processo civil, de sorte que apenas há falar em processo justo quando todos os preceitos constitucionais são devidamente atendidos.

1.3 As incertezas conceituais

Os estudos sobre o tema do neoconstitucionalismo, notadamente a intenção de uma definição para o termo, encontram seu alicerce maior na obra do atual ministro do Supremo, Luis Roberto Barroso. E, na medida em que são inúmeras as dificuldades de se definir fenômenos, ideias ou acontecimentos, muitas são as críticas às definições de Barroso.

Dentre elas, destaca-se a crítica de Dimitri Dimoulis⁸ (2009), segundo o autor, a proposta de neoconstitucionalismo baseada na ideia de reconhecimento da força normativa da Constituição, na expansão da jurisdição constitucional e na nova interpretação constitucional se mostra despida de pertinência e utilidade.

Alerta o autor que a dicotomia entre o Estado legal do século XIX e o Estado constitucional do século XX decorre de uma confusão feita sob dois aspectos, quais sejam, a hierarquia normativa e a natureza das garantias.

Antes de analisar tais aspectos, lembra o autor que Sieyès e Guizot, ambos nascidos no século XVIII, já proclamavam a supremacia e a pura juridicidade da Constituição, conceitos-base do neoconstitucionalismo. Assim é que, segundo o autor, afirmar que as Constituições eram despidas de qualquer superioridade não pode ser apropriado.

Sobre os aspectos referidos, elucida que o simples fato de existir uma Constituição rígida em determinado ordenamento jurídico de um Estado faz com que

este seja necessariamente constitucional, devendo todas as autoridades estatais e, em primeiro lugar, o legislador ordinário, se submeterem à Constituição.

Relativamente à natureza das garantias, o autor aduz que a diferença reside na previsão ou não de controle judicial de constitucionalidade. E, havendo, demonstra, certamente, a rigidez constitucional presente no ordenamento jurídico. Não havendo, ainda assim, tal situação não isenta o legislador do dever jurídico de respeitar a Constituição, nem afasta a supremacia Constitucional e a possibilidade de sancionar, jurídica e politicamente, legisladores que violem mandamentos constitucionais.

Outra crítica sobre a afirmação de Barroso quanto ao surgimento da importância dada hoje aos princípios, é feita pelo autor (2009, p. 221):

Na história do direito ocidental, muitas são as referências teóricas e práticas de interpretação flexível, casuística, até mesmo livre do direito. Basta pensar em termos tais como “direito pretoriano”, “equidade”, “espírito da lei”, “analogia”, “direito livre” para entender que a importância dada aos princípios jurídicos e ao papel-poder criativo do aplicador não constitui novidade. Mais especificamente, no período do constitucionalismo, encontramos já no século XIX críticas contra a aplicação mecânica, literal, automática, subsuntiva etc. de leis supostamente claras, assim como a insistência no papel criativo dos aplicadores e, particularmente, dos juízes. Basta pensar nas notórias publicações de juristas como Oskar Bülow (1837-1907) na Alemanha, Eugen Ehrlich (1862-1922) na Áustria ou François Gény (1861-1959) na França, para entender que não há a menor novidade na interpretação “aberta” e “principiológica” da Constituição.

Da leitura do trecho colacionado, extrai-se que Dimitri Dimoulis discorda, em muito, das aceções trazidas por Barroso em seu texto “Neoconstitucionalismo e a constitucionalização do direito” e finaliza sua crítica nos trazendo a informação de que estudos rigorosos sobre o neoconstitucionalismo, realizados principalmente por teóricos do direito italiano, indicam a heterogeneidade dos autores e abordagens classificadas como tais e observam que não se trata de uma opção teórica clara e sim de “ambiente cultural” cujo elemento preponderante é o distanciamento do positivismo jurídico.

⁸ Pós-doutor em direito pela Universidade de Sarre (Alemanha). Professor visitante da Universidade Panteion e da Universidade Politécnica de Atenas. Presidente do Instituto Brasileiro de Estudos Constitucionais (IBEC).

Nesse contexto, afirma que, independentemente dos problemas de definição, o neoconstitucionalismo não tem nada de novo e que os neoconstitucionalistas seriam juristas que reconhecem como todos os demais, a supremacia constitucional e a necessidade de criar mecanismos para a sua preservação, de modo que o elemento peculiar estaria na crença de que a moral desempenha um papel fundamental na definição e na interpretação do direito. Enfim, assevera que o neoconstitucionalismo é uma forma de reviver uma prática utilizada há mais de 200 anos, como (velha) solução para problemas que acompanham o direito desde sua estruturação com base na Constituição, logo, não seria equivocado dizer que, passados dois séculos, esse conjunto de ideologias e práticas institucionais deveria receber a denominação de paleoconstitucionalismo.

Outro crítico dos ideais neoconstitucionalistas é professor da USP, José Levi do Amaral Júnior (2013). Segundo ele, o neoconstitucionalismo é uma doutrina individualista e aristocrática. Aristocrática por confiar a revolução à juízes concursados e não eleitos. Individualista, na medida em que se dedica sobretudo ao caso concreto, privilegiando a justiça particular em detrimento da justiça geral, com a consequente sobreposição do judiciário sobre o legislativo.

Esclarece, ademais, que o neoconstitucionalismo é sedutor, subverte a organização dos poderes quando chama o judiciário à revolução. Assentando que cabe à jurisdição constitucional desfazer leis inconstitucionais, deixando o campo aberto ao legislador e não assumir os dois papéis.

Humberto Ávila (2009), relacionando os aspectos negativos do fenômeno em questão, elucida que a própria utilização de vocábulos como “supremocracia” ou “juristocracia”, ativismo judicial, demonstram que o neoconstitucionalismo traz consigo demasiada insegurança jurídica, justamente pela ausência de cognoscibilidade pelo jurisdicionado.

E, analisando o instituto da ponderação, tão propalada quando o assunto é princípios, Ávila ressalta, igualmente, a ideia de instabilidade jurídica e assim se posiciona (2009, p. 9):

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. 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.

Interessante também o questionamento feito pelo autor sobre a quem, Legislativo ou Judiciário, incumbe solucionar conflitos morais. E nos explica que tal tarefa cabe tão somente ao Legislador, porquanto deve haver regras gerais destinadas a estabilizar esse tipo de conflito, reduzindo as incertezas e a arbitrariedade decorrente da sua inexistência ou desconsideração, cabendo a sua edição ao Legislativo e sua aplicação ao Judiciário.

Finalizando sua crítica, o autor nos mostra que, se levadas ao cabo ideias como “menos regras e mais princípios”, “menos subsunção e mais ponderação”, “menos justiça geral e mais justiça particular”, “menos Legislativo e mais Judiciário”, essa doutrina ou ideologia que barulhentemente proclama a supervalorização da Constituição, em verdade, silenciosamente está promovendo sua desvalorização.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não restam dúvidas de que muitas são as acepções nas quais se colocam o neoconstitucionalismo. Bem assim, há quem se pergunte se existe algo realmente novo nessa doutrina, ou se ela apenas traz a tona uma nova denominação, vazia de maiores ideias.

Nessa passo, autores há que acreditam que esta nova teoria subverte a divisão de poderes, enseja o arbítrio judicial e, mais ainda, utiliza a própria Constituição para distanciá-la, dessa forma, da democracia.

Contudo, inobstante todas as divergências doutrinárias concernentes às definições dessa doutrina, não se pode negar que as ideias precípuas que giram em torno do termo “neoconstitucionalismo” circunscrevem-se a remoralização do direito,

a força normativa e expansiva da Constituição, sua aplicação direta e a uma nova interpretação constitucional, de modo que a Constituição passa a ser o centro de todo o ordenamento jurídico.

Enfim, podemos concluir que esta nova teoria jurídica (intimamente ligada à virada hermenêutico-constitucional), cujos marcos teóricos se verificam não só no campo jurídico, instalou em nosso ordenamento um novo paradigma, ainda não detentor de uma definição palpável, mas que assenta-se, sobretudo, na Constituição como ponto comum e essencial a todos os ramos do direito.

NEOCONSTITUTIONALISM - REFLECTIONS, CONCEPTS AND UNCERTAINTIES

ABSTRACT

This work aims, primarily, to analyze the phenomenon of neoconstitutionalism, your reflexes, concepts and uncertainties. Stand out in advance that, for the preparation of this work, it was used primarily documentary sources, as well as literature. Initially, it seeks to make some introductory remarks on what has been understood in the academic environment for neoconstitutionalism or contemporary constitutional law. Then, it is analyzed its implications, especially in the procedural field, which has been called neoprocessualism. Finally, it will be also addressed some unique issues, such as the uncertainty and misconceptions that surrounds the studies on this topic, as well as their main reviews.

KEYWORDS: NEOCONSTITUTIONALISM. REFLECTIONS. CONCEPTS. NEOPROCESSUALISM. MAIN REVIEWS.

REFERÊNCIAS

- AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. **Neoconstitucionalismo e democracia**. 2013. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=oHStWnG2Cao>>. Acesso em: 07/2014.
- ÁVILA, Humberto. Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**. Número 17- janeiro/fevereiro/março de 2009 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-187X.
- BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. **Revista Diálogo Jurídico**. N.º. 15 – janeiro / fevereiro / março de 2007 – Salvador – Bahia – Brasil, p. 1-31.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 1.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. **Revista Eletrônica Sobre a Reforma do Estado**, n. 9, 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/artigo/luis-roberto-barroso/neoconstitucionalismo-e-constitucionalizacao-do-direito-triunfo-tardio-do-direito-constitucional-no-brasil>>. Acesso em: 07/2014.
- CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo. *Panóptica*, ano 1, n. 6, 2007. Disponível em<<http://www.panoptica.org/seer/index.php/op/article/view/59/64>>. Acesso em 07/2014.
- CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2012.
- DIMOULIS, Dimitri. **Neoconstitucionalismo e moralismo jurídico**. Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. Salvador: JusPodivm: 2014..
- LEITE, Gisele. Neopositivismo, Neoconstitucionalismo e o Neoprocessualismo: O Que Há Realmente de Novo no direito? **Revista Síntese: Direito Civil e Processo Civil**, n. 79 – set-out, 2012.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil: teoria geral do processo**. V.1. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- SARMENTO, Daniel (coord). **Filosofia e teoria constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2009.

SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil**: riscos e possibilidades. Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.