NEOCONSTITUCIONALISMO: UM MODELO CONSTITUCIONAL OU UMA CONCEPÇÃO DA CONSTITUIÇÃO?*

NEOCOSTITUZIONALISMO: UN MODELLO COSTITUZIONALE O UNA CONCEZIONE DELLA COSTITUZIONE?

Susanna Pozzolo**

Recebido para publicação em agosto de 2005

Resumo: Apresentarei uma breve introdução sobre a noção de neoconstitucionalismo. A isso seguirá a análise de alguns pontos especialmente interessantes e problemáticos sobre os quais se confrontam os opostos sustentadores do jurispositivismo e neoconstitucionalismo. No ponto 1.1 desenvolverei algumas considerações sobre o modelo preceptivo e sobre sua relação entre direito e moral. No ponto 1.2 apresentarei algumas considerações sobre o modelo preceptivo e sobre a tese da especificidade da interpretação constitucional. No ponto 1.3 desenvolverei algumas considerações sobre a ponderação dos princípios constitucionais. No ponto 2 apresentarei algumas considerações conclusivas, argumentando a favor de uma diferente configuração do papel da jurisdição no sistema das fontes (nos países de direito codificado). A tese que pretendo defender com essa análise afirma que as exigências interpretativas perseguidas pela doutrina neoconstitucionalista são intimamente dependentes da forma em que ela concebe a constituição, por nada objetivas. Em segundo lugar, os meus argumentos serão dirigidos também à crítica da proposta neoconstitucionalista pela perspectiva do constitucionalismo garantista.
Palavras-chave: Interpretação. Constituição. Princípio.

Riassunto*:* Proporrò una breve introduzione sulla nozione di *neocostituzionalismo*. A ciò farà seguito l'analisi di alcuni punti particolarmente interessanti e problematici sui quali si confrontano gli opposti sostenitori di giuspositivismo e neocostituzionalismo. Nel punto 1.1. svolgerò alcune considerazioni sul modello precettivo e sul rapporto fra diritto e morale. Nel punto 1.2. svolgerò alcune considerazioni sul modello precettivo e sulla tesi della specificità dell'interpretazione costituzionale. Nel punto 1.3. svolgerò alcune considerazioni sulla ponderazione dei principi costituzionali. Nel punto 2. svolgerò alcune considerazioni conclusive, argomentando a favore di una diversa configurazione del ruolo della giurisdizione nel sistema delle fonti (nei paesi a diritto codificato). La tesi che intendo suffragare con tale analisi afferma che le esigenze interpretative avanzate dalla dottrina neocostituzionalista sono strettamente dipendenti dalla forma in cui essa concepisce la costituzione e per nulla oggettive. In secondo luogo, i miei argomenti saranno diretti anche alla critica della proposta neocostituzionalista dalla prospettiva del costituzionalismo garantista.
Parole chiave: Interpretazione. Costituzione. Principi.

Abstract: I will propose a short introduction on the knowledge of *neoconstitutionalism*. It will be followed by the analysis of a few points particularly interesting and problematic which the opposites supportive of legal positivism and neoconstitutionalism are compared on. In the point 1.1. I will develop a few considerations on the preceptive model and on the connection between law and moral. In the point 1.2. I will develop a few considerations on the preceptive model and on the thesis of the specificity of the constitutional interpretation. In the point 1.3. I will develop a few considerations on the balancing (*ponderazione*) of the constitutional principles. In the point 2. I will develop a few (partial) conclusive considerations, deducing in favor of a different configuration of the role of the jurisdiction in the system of the sources of law (in civil law systems). The thesis I intend to support with such analysis claims that the interpretative demands advanced by the neoconstitutionalism doctrine are tight dependent from the form in which it conceives the constitution and for nothing objective. In second place, my subjects will be directed also to the criticism of the neoconstitutionalist proposal by the perspective of the constitutionalism as guarantor of liberties and rights.
Key Words: Interpretation. Constitution. Principles.

---

*Tradução do italiano para português por Juliana Salvetti, revisto por Marcelo Lamy e Luiz Carlos de Souza Auricchio.

**Ricercatore in Filosofia del diritto presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Brescia (Indirizzo: via del Camoscio 10/7, 16142 Genova (Italia), tel: 00 39 010 8376591-cellulare 0039 347 4140485; email:susanna.pozzolo@giuri.unige.it; pozzolo@jus.unibs.it)

Introdução

O termo 'neoconstitucionalismo' foi originariamente criado para identificar uma perspectiva jusfilosófica que se coloca como intermediária entre positivismo jurídico e jusnaturalismo: doutrinas das quais o neoconstitucionalismo teria, por assim dizer, eliminado os defeitos e reunidos os méritos. O vocábulo neoconstitucionalismo, todavia, sofreu quase imediatamente algumas depreciações significativas, interligadas à sua ampla difusão no vocabulário dos jusfilósofos, que lhe permitiram indicar até outros fenômenos. Uma primeira modificação ampliou a sua capacidade denotativa e reduziu as suas potencialidades conotativas: 'neoconstitucionalismo' foi empregado também para indicar o constitucionalismo *tout court*. Uma segunda modificação permitiu ao vocábulo indicar não mais uma doutrina, mas o modelo de sistema jurídico dotado de específicas características (uma constituição longa e densa): o estado constitucional de direito (MAZZARESE, 2002). Seguidamente, outras modificações, qualitativamente diferentes, permitiram ao vocábulo ser empregado para operar uma série de paráfrases da subdivisão de Bobbio de positivismo jurídico: individualizando assim um neoconstitucionalismo como teoria, como ideologia e como metodologia (COMANDUCCI, 2002).

Essas modificações, evidenciadas ocasionalmente, criam também uma certa confusão. Os vários sentidos, na realidade, estão ligados entre si construindo um mosaico cujas pastilhas são difíceis de separar, já que entre eles existe uma forte interdependência e interligação. Creio que a primeira modificação permitiu a segunda: assumindo 'neoconstitucionalismo' como uma espécie de 'exatidão' do 'constitucionalismo', uma vez individuados os caracteres que determinam sua especificidade, os mesmos podem ser isolados de modo a reconstruir um modelo peculiar de sistema jurídico. Dado que aos caracteres desse último modelo pareceriam poder adequar-se em geral as constituições do segundo pós-guerra, o neoconstitucionalismo representaria a doutrina do constitucionalismo contemporâneo. Por uma perspectiva diferente, 'neoconstitucionalista' seria aquele ordenamento jurídico que tenha sofrido, em qualquer medida, um processo de 'constitucionalização', um processo que leva o ordenamento jurídico ser totalmente impregnado pela constituição (GUASTINI, 1998).

O uso de neoconstitucionalismo para indicar o modelo jurídico do estado constitucional de direito gera uma espécie de redundância e é fonte de confusão. Considero inapropriado esse uso porque o termo foi originariamente pensado para indicar e continua indicando uma doutrina antijuspositivista que nega utilidade justamente àquele tipo de ciência do direito que se preocupa em individuar o modelo de estado o qual se decidiu recentemente denominar neoconstitucionalista. Parece-me, ao contrário, interessante associar a perspectiva neoconstitucionalista com o fenômeno da constitucionalização, já que nesse caso serão esclarecidas algumas características peculiares e distintivas. Refiro-me à paráfrase bobbiana, de frente às vantagens analíticas que dela derivam, ela finda por reconhecer um elevado grau de elaboração que o neoconstitucionalismo não possui.

A tese que defendo nessas páginas é dirigida à reafirmação da originalidade do sentido atribuído ao termo 'neoconstitucionalismo' e é dirigida a oferecer argumentos hábeis que sustentem as exigências interpretativas prosseguidas pelo neoconstitucionalismo, em relação ao estado de direito constitucional, são intimamente dependentes do modo em que tal doutrina concebe a constituição. Considero que o

modo de interpretar a constituição está intimamente ligado ao modo de concebê-la, ou seja, a metodologia interpretativa e as exigências interpretativas interligadas não dependem de uma configuração, por assim dizer, neutra, objetiva ou verdadeira, mas sim da específica reconstrução neoconstitucionalista. Particularmente eles derivam da adoção do modelo *preceptivo da constituição como norma*. Não compartilho, portanto, da tese daqueles que individualizam um modelo institucional essencialmente neoconstitucionalista, se não como produto interpretativo-reconstrutivo com base em certas assunções ideológicas-políticas relativas à constituição. Ocorre, todavia, lembrar-se que a afirmação de uma concepção da constituição (no nosso caso neoconstitucionalista) determina certas exigências interpretativas e o uso de técnicas particulares (por exemplo, a ponderação dos valores) que se tornam exercício compartilhado e nesse modo contribuem para redesenhar ou reconfigurar o objeto interpretado (a constituição). Nesse sentido, tais práticas acabam conformando o estado de direito constitucional, tornando-o conforme as assunções das concepções de partida, ou seja, a concepção acaba determinando uma certa percepção da realidade por parte dos operadores, portanto, endereçam-lhes as praxes, e, finalmente, reconfigura a própria realidade onde eles operam: os ordenamentos contemporâneos estão quase todos envolvidos em um processo de constitucionalização (no sentido de Guastini).

Diversos são os aspectos aptos para caracterizar o neoconstitucionalismo como doutrina da interpretação constitucional. Entre esses, aquele central que consiste na peculiar e específica crítica que os autores subsumíveis, sob esse apelativo, retornem ao positivismo jurídico. Esse último, muitas vezes e em diversos modos criticado e elogiado, viu em anos recentes surgir uma reflexão e uma crítica que, às vezes, provinha do mesmo positivismo jurídico e, outras vezes, de áreas teóricas aparentemente próximas e não opostas. No mundo anglo-saxão, em especial, foi uma crítica dworkiniana que colocou em dificuldade o sofisticado positivismo hartiano, dando vida a um intenso debate em torno da dicotomia *positivismo inclusivo - positivismo exclusivo* (ESCUDERO, 2004).

Na área dos países de *civil law* as vozes críticas são mais diversificadas, mas tudo somado convergem sobre uma tese de fundo que consiste na afirmação da incompatibilidade entre positivismo jurídico e *constitucionalismo contemporâneo*: essa última crítica e a doutrina que a sustenta foi denominada *neoconstitucionalismo* (POZZOLO, 1997, 2001).

A crítica neoconstitucionalista individualiza na teoria e na metodologia do positivismo jurídico uma ligação incindível com o estado de direito do século VIII, assim sendo, com a supremacia da lei ordinária do sistema das fontes, com a supremacia da vontade do legislador sobre a justiça. Essa ligação e tudo que a segue tornariam inadequado o juspositivismo para enfrentar o direito do estado constitucional. Direito que seria caracterizado:

1 - Pela supremacia da constituição sobre a lei ordinária;

2 - Pela subordinação da vontade legislativa aos conteúdos de justiça constitucionalmente previstos (a constituição não constitui um mero invólucro político e de inspiração para o sistema e nem ao menos um simples grau superior de formalidade, mas introduz um vínculo substancial à criação do direito positivo);

3 - Pela rigidez;

4 - Pela garantia da constituição (PRIETO SANCHES, 2003, pp. 112-117). A capacidade penetrante que caracteriza o texto constitucional, permeado de princípios

e de conteúdos de valor, determina a constitucionalização do inteiro ordenamento (GUASTINI, 1998) e, portanto, favorece:

5 - A aplicação direta da constituição às relações interparticulares, coisa que implica;

6 - A exigência da obediência diretamente aos cidadãos: a constituição não é mais só norma para os órgãos do estado (GUASTINI, 2001, 63-67).

Para esse direito adequar-se-iam instrumentos conceituais mais moderados e flexíveis do que aqueles positivistas. É apropriado, desde já, notar que atrás da objeção descritivo-explicativa dirigida ao positivismo jurídico se oculta uma normativa que se detém na impermeabilidade do direito, juspositivisticamente compreendido, à crítica moral construída baseando-se nos valores constitucionais.

O neoconstitucionalismo, portanto, afirma a arcaicidade do positivismo jurídico, não por razões a ele internas, mas porque, como um antigo instrumento de relevância científica, uma vez conferida a maior complexidade do fenômeno que deveria medir, então, constatada a sua imprecisão e ineficiência descritiva, é substituído por instrumentos mais atuais e sofisticados, resultado da evolução científica. Substancialmente, o argumento neoconstitucionalista sustenta que, determinada a mais complexa natureza do objeto 'direito positivo' no âmbito do estado constitucional (em relação ao estado de direito), o instrumento 'positivismo jurídico' deve ser substituído porque obsoleto. Pode-se duvidar dessa reconstrução 'científico-descritiva', que torna necessária a escolha neoconstitucionalista, se não outra, porque isso que o neoconstitucionalismo apresenta como um objetivo modelo institucional corresponde mais a uma característica concepção da constituição. Para os teóricos do direito a adoção de uma concepção preceptiva da constituição não é uma necessidade, mas uma escolha: um modo de conceber o papel e a função da constituição é tudo o que determina a reconstrução neoconstitucionalista do direito do estado constitucional.

Nas reflexões que se segue sinalizarei alguns pontos críticos que, a meu ver, podem contribuir para demonstrar como a doutrina neoconstitucionalista avança em pretensões e exigências interpretativas do direito constitucionalizado que dependem intimamente do modo em que a própria doutrina concebe a constituição e não são, ao contrário, exigências objetivas determinadas pelo objeto constituição. No ponto 1.1 desenvolverei algumas considerações sobre o modelo preceptivo e sobre a relação entre direito e moral. No ponto 1.2 desenvolverei algumas considerações sobre modelo preceptivo e sobre a tese da especificidade da interpretação constitucional. No ponto 1.3 desenvolverei algumas considerações sobre a ponderação dos princípios constitucionais.

1.1 O 'modelo preceptivo da constituição concebida como norma'. Direito e moral.

Se o jurispositivismo afirma que o direito identifica-se com a lei e que essa pode ter qualquer conteúdo, o neoconstitucionalismo afirma que o direito do estado constitucional não se adapta a essa descrição ou, pelo menos, não completamente.

Se bem que 'constituição' seja termo polissêmico, aos presentes fins podem ser considerados somente dois tipos abstratos de constituição: um tipo *procedimental* e um tipo *substantivo-preceptivo*. As constituições contemporâneas, longas e densas, caracterizam-se por fundir esses dois tipos juntos, apresentando meta-regras no sentido lato organizativas e meta-regras que estabelecem princípios e valores aos quais se deve conformar a legislação infraconstitucional. Por isso são rígidas e garantistas.

Depois de ter individuado nesse modo o objeto 'constituição' restam, todavia, possíveis diversas concepções da constituição: pelo menos, uma concepção *descritiva* de uma concepção preceptivo-substantiva.

Segundo a primeira, a constituição é um conjunto de regras jurídicas positivas consideradas superiores ou fundamentais em relação às outras regras do sistema. A constituição representa uma norma sobre o exercício do poder e em particular sobre a produção do direito: falaremos em primeiro lugar dos órgãos que exercitam o poder jurídico nas suas várias formas, submete o juiz à restrita observância da lei e o legislador em relação ao princípio de legalidade.

Essa concepção constitucional é divisionista, visa descrever fenômenos sociais que pertencem ao mundo do *dever ser* mantendo-os separados do ser e corresponde a uma leitura constitucionalística liberal, baseada na confiança para com os governantes e legisladores de quem procura limitar o poder.

A segunda também concebe, a concepção preceptivo-substantiva, a constituição como um conjunto de regras jurídicas positivas expressas e fundamentais, em relação as outras regras, todavia, diferentemente da outra, afirma que tais regras assumem o caráter constitucional em razão do especial conteúdo que exprimem. Não é qualquer disciplina fundamental dos poderes públicos que pode ser qualificada como 'constituição', mas só aquela que exprime certos valores, o que permite discriminar as constituições verdadeiras daquela 'aparentes'. Essa concepção da constituição não distingue entre o plano do ser e o plano do dever ser, a carta constitucional é concebida como um documento normativo que apresenta especificas características e conteúdos de valor pelos quais se distingue dos outros documentos jurídicos. Nessa perspectiva, a constituição, caracteristicamente situada acima das maiorias parlamentares e acima das vontades contingentes, constitui um acordo sobre os valores fundamentais que irradia seus efeitos sobre todo o ordenamento, chamando o legislador ao seu desenvolvimento.

O estado de direito constitucional impõe, efetivamente, uma profunda mudança ao sistema das fontes: subordina a lei a critérios formais e materiais de validade. Tal mutação, porém, tem diversos efeitos dependendo do modo em que se concebe a própria constituição. Adotando uma concepção preceptivo-substantiva, a constituição não é só a norma de grau jurídico-hierárquico mais elevado, mas constitui a norma axiologicamente suprema. A constituição então não exige só respeito, não é só vínculo negativo para o legislador, ela impõe o próprio progresso e a própria declinação positiva. A constituição representa o ponto de conexão entre a esfera jurídica e a esfera moral veiculando uma concepção da justiça que avança pretensões universais. Nesse sentido o direito do estado constitucional não deve ser só legal, mas também justo: avança pretensões de justiça ("Direito injusto" e "Gelo fervente" seriam ambos oxímoros).

As constituições contemporâneas têm efetivamente demonstrado uma notável e geral força penetrante, que unida a uma concepção preceptivo-substantiva impôs a tendência à adequação do ordenamento (de modo positivo, não só a respeito dos) aos princípios de justiça nelas expressas. A lei, contudo, não pode ter qualquer conteúdo, mas principalmente o direito não se exaure na lei. Todavia, a introdução de um mais elevado nível normativo e de limites à legislação são fatos que não implicam na adoção da perspectiva neoconstitucionalista. Do ponto de vista de uma concepção positivística descritiva, tais eventos assi-

nalam a determinação de um duplo nível de legislação e de uma qualquer forma, mais ou menos acentuada, de necessária compatibilidade entre os dois níveis normativos, ou seja, o necessário respeito ou adequação do grau de legislação inferior (lei) àquele superior (constituição). Nesse sentido, é claro que a lei não possa ter um conteúdo qualquer: ela deve ser compatível com a constituição. Nessa perspectiva o direito certamente não se exaure na *lei ordinária*, mas poderia ser sustentado que se exaure na *lei constitucional*. O conteúdo do direito é, portanto, um dado contingente determinado pela vontade dos constituintes, do legislador e dos intérpretes. Nesse contexto modificado, a lei tendencialmente assumirá deveres de atuação, de progresso e de aplicação da constituição: o grau de desenvolvimento dessa tendência reduzirá de modo diferente o caráter de livre expressão do poder político da lei.

O processo de constitucionalização demonstra como a organização estatal não é um mero *árbitro*, mas antes um *jogador*. Embora a simples introdução da constituição, mesmo do gênero longo e denso (sobre os conceitos 'densos' ver CELANO, 2002, 1994), no sistema das fontes deixa abertos muitos caminhos, em relação à definição das relações entre órgãos constitucionais (entre os quais estão divididas as funções do poder) e à reconstrução do seu sentido e da sua importância, representa de qualquer modo um dos elementos centrais daquele processo de juridicização da política e de difusão do léxico dos direitos que, evidenciando a exigência política de recobrir com a neutralidade ou com a universalidade certos valores, permite colocar às claras, paradoxalmente, o caráter ativo e participativo da organização estatal, distribuidora de políticas públicas que remanejam a riqueza segundo uma concepção qualquer da justiça ou do bem.

Não é a introdução da constituição que determina a constitucionalização, antes é a adoção de uma concepção substancialística e da leitura que dela procede o fator determinante. Mesmo aceitando uma concepção substancialística da constituição, de qualquer modo, os valores que ela exprime poderiam ser diferentemente declinados, nesse sentido permaneceria uma ampla margem de discricionariedade política para o legislador, e o juiz das leis poderia operar um julgamento de compatibilidade constitucional. Todavia, na medida em que se difunde uma concepção preceptivo-substantiva acentua-se o recurso ao sindicato de constitucionalidade e dele se espera um mero juízo de compatibilidade. Sendo nesse caso um desencontro sobre os valores e sobre a sua leitura, já que são múltiplas as concepções do bem que podem derivar dos princípios e dos valores aceitos no texto de modo amplo e genérico, na medida em que se abandona a postura descritiva (que torna tais concepções entre elas compatíveis e, portanto, torna legítima a escolha entre uma delas, escolha que nesse sentido envolve a liberdade política do legislador), os diversos sujeitos interessados recorrerão ao juízo das cortes (percebidas ainda, pelo menos idealmente, como meros lugares do saber jurídico objetivo) para ver afirmado a própria concepção 'verdadeira' do bem. Eis que mudam e aumentam as competências atribuídas à constituição: a ela é confiada a função específica de modelar as relações sociais através da aplicação dos princípios expressos; a constituição perde o caráter de limite e garantia da atividade política, perde o dever de preservar o mais alto grau de legalidade e torna-se programa ou endereço que legislador deve perseguir.

Comparando a concepção descritiva juspositivística e a concepção preceptivo-substantiva neoconstitucionalista deli-

neiam-se mais claramente os dois modelos constitucionais:

1 - Um próprio do liberalismo garantista, enquanto a constituição representa uma moldura aberta, no qual interior, respeitando alguns limites, desenvolve-se livremente o jogo das forças políticas (por exemplo, a concepção kelseniana);

2 - O outro próprio do neoconstitucionalismo, enquanto a constituição é endereço vinculante, é um ordenamento de valores estruturados e dominantes do progresso da legislação (por exemplo: ZAGREBELSKY, 1992, p. 209). Definitivamente, embora o estado constitucional repouse na noção, tornada mais genérica, de 'estado de direito', na perspectiva neoconstitucionalista distingue-se ou especifica-se pela substancialização e a penetrabilidade da constituição e, sobretudo, pela pretensão de justiça universalística dos princípios constitucionais, e, portanto, do direito positivo (como na perspectiva jusnaturalista, um direito separado dos conteúdos de justiça não seria um 'verdadeiro' direito, mas mera coerção).

Para defender a pretensão de justiça do direito constitucionalizado, o neoconstitucionalismo paradoxalmente saqueia instrumentos conceituais positivísticos. Particularmente, menciona-se a distinção hartiana entre o ponto de vista interno e o ponto de vista externo, reinterpretando-a como distinção entre participantes e observadores externos ao direito. O direito do estado constitucional colocaria em evidência a prioridade lógica do ponto de vista do participante sobre aquele do observador, em razão da necessária consideração que se deveria oferecer às argumentações morais, que claramente emergem da perspectiva interna (sobre o ponto e as dificuldades que dela resultariam para o positivismo jurídico ver GOLDSWORTHY, 1990; PERRY, 1998; NAVARRO, 2000), assim seria conferida a necessidade de uma interpretação moral do direito positivo.

A essa primeira reutilização de instrumentos hartianos segue-se à adoção de uma noção de normas jurídicas inseparavelmente ligada àquela de 'razão para agir', ou seja, de razão que justifica a ação (RAZ, 1999; REDONDO. 1996; BAYON, 1991): o ordenamento jurídico seria um sistema normativo que oferece razões para agir (NINO, 1994). Para poder oferecer razões capazes de justificar ações e decisões, o direito deve apresentar determinados *conteúdos moralmente corretos*: um sistema separado por tais conteúdos não seria um *verdadeiro* sistema jurídico, poderia no máximo oferecer razões meramente de cautela, isto é, fundada no temor da sanção cominada (mas uma razão de cautela não é uma razão para agir; por exemplo, RAZ, 1999). O direito do estado constitucional, de fato, não seria um mero sistema coercitivo e teria, ao contrário, o dever fundamental de desenvolver o bem comum, por cujo exercício da força não lhe representa o elemento definitório, mas um elemento acessório e determinado por circunstâncias contingentes. Em última instância, para qualificar como 'jurídico' um sistema normativo ou uma simples norma seria necessário o conteúdo de justiça expresso (Alexy, 1994).

Diferentemente das tradicionais formas de jusnaturalismo, das quais por essa razão o neoconstitucionalismo delas se distingue, o conteúdo de justiça do ordenamento não seria um ideal externo ou naturalístico, mas um elemento constitutivo intrínseco determinado por valores constitucionalizados. Os princípios de justiça, de fato, primeiramente relegados ao papel de proclamações políticas sem real força vinculante, seriam agora confirmados, enriquecidos e generalizados, tanto que se tornariam deveres para serem alcançados pelos poderes públicos, cujo agir legítimo deve ser conforme. Nessa perspectiva, fa-

lha aquela aspiração liberal que dirige a atenção aos direitos em função da liberdade, para adotar aquela outra perspectiva anti-individualística que pensa nos direitos em função da justiça (ver, por exemplo, ZAGREBELSKY, 1992, pp. 123-125). E, de fato, o neoconstitucionalista afirma que com a positivação dos valores constitucionais começou a fazer parte dos critérios de validade o critério moral, de modo que o juízo externo ou ético sobre a justiça do direito positivo (por exemplo, de uma lei) transforma-se em juízo interno na sua validade (PRIETO SANCHIS, 2003, p. 133). Desse modo, a justiça (na verdade, uma concepção do bem) começa a fazer parte dos critérios de validade do sistema, começa a fazer parte dos critérios da regra de reconhecimento.

Parece pacífico que as constituições incorporem uma visão ética qualquer, uma concepção qualquer do bem. Todavia, as constituições contemporâneas caracterizam-se por um certo grau de pluralismo, ou seja, a visão ética acolhida, afortunadamente, é mais genérica e ampla, para permitir um número múltiplo de concretizações compatíveis com o ditado constitucional. Nesse quadro, a perspectiva descritiva juspositivista permite verificar a mera compatibilidade das concretizações interpretativas, de vez em quando propostas, com o ditado constitucional, sem que a escolha de uma ou de outra, conservem-se dentro desse pluralismo, incida sobre a validade. Essa perspectiva permite e implica um juízo externo sobre a justiça ao menos da opção escolhida. A argumentação a favor de uma concretização particular, nesse sentido, oferece razões e critérios para influenciar o juízo externo, subjetivo, sobre ela. Mas a tese argumentativa que sustenta a escolha conservar-se sempre uma opção entre mais teses e escolhas compatíveis, capazes de declinar positivamente e, mais ou menos, coerentemente os princípios constitucionais em questão. Trata-se de uma escolha política, baseada em uma certa reconstrução do conceito de justiça e/ou de bem compatível com as diversas concepções veiculadas pelo texto constitucional. Nesse sentido, porém, a justiça e a moral não representam um critério de validade, mas um sistema de valores externos sobre o qual medir e criticar o direito positivo.

Ao contrário, asseverar que a justiça (ou a moral) começa a fazer parte dos critérios de validade sugere que a tese argumentativa como sustento da concretização escolhida, individua a única solução possível ou aquela correta. Todavia, na medida em que a concretização corresponda a uma concepção do bem geral compartilhada, ela simplesmente reflete uma concepção da moral positiva, uma moral difundida entre os participantes, mas nada autoriza a atribuir-lhe uma objetividade transcendental. O argumento neoconstitucionalista faz colapsar a distinção entre normas jurídicas e normas morais: existe um só conceito de norma, aquele moral, já que para ser juridicamente justificada a norma deve apresentar uma última justificação, ou seja, baseada em um princípio que não se justifica, mas que pode ser somente assumido. Nesse sentido, aparentemente, é ainda menor a exigência da autoridade, já que tudo que tem valor, vale por méritos intrínsecos.

Do ponto de vista positivista e descritivo não se nega que entre direito e moral existam algumas relações, nega-se que seja a bondade do princípio moral que lhe determina a juridicidade, por isso ocorre um ato de vontade autoritária: direito e moral continuam dois âmbitos separados. Aqui a distinção entre normas jurídicas e normas morais é de caráter conceitual: mesmo se os conteúdos dos dois conjuntos de normas fossem co-extensivos permaneceriam dois

conceitos diferentes, já que são diversas as definições das umas e das outras. É claro que nessa direção a descrição do direito positivo remete e exige um juízo externo sobre justiça e a bondade do direito positivo e é igualmente evidente que nessa perspectiva a investigação teórica em torno ao direito positivo não responde ao quesito sobre a justiça, não oferece razões a favor ou contra a obrigatoriedade do direito. Moral e justiça são sistemas externos ao direito positivo.

O neoconstitucionalismo afirma que a regra de reconhecimento pode incorporar critérios morais, de tal modo defende a tese da unidade do raciocínio prático. Como é conhecida a regra de reconhecimento permite identificar ou determina os critérios de validade e de identificação das normas do sistema. Embora, diferentemente do neoconstitucionalismo, com uma perspectiva descritiva juspositivista, o processo de produção do direito não é necessariamente um processo de pesquisa da correção moral, a eventual presença de critérios morais entre aqueles da regra de reconhecimento não é coisa que falte à tese da separação (NARVAEZ-POZZOLO, 2003). De fato, mesmo se toda regra de reconhecimento exigisse que o direito válido fosse moralmente correto isso não enfraqueceria a distinção conceitual, já que a correção moral e aquela jurídica seriam de qualquer forma definições diferentes e a sua coincidência seria um fato contingente: haveria co-extensividade, mas não co-intencionalidade. A relação entre direito e a moral social entendida como uma questão de fato, não é negada pelo positivismo jurídico: que a criação e a modificação ou a manutenção de normas jurídicas esteja interligada à adoção de certos valores não qualifica, nem ao menos para aqueles que crêem em qualquer tipo de correção moral, como moralmente correto nem os valores nem as normas jurídicas. A transformação jurídica de um princípio moral depende de um ato de vontade dotado de autoridade. E, enfim, os princípios constitucionais são parte de um documento jurídico autoritário, considerado vinculante e observado pelos membros do grupo social, um documento que incorpora uma certa teoria política suscetível de diferente concretização. É sobre essa última que se exercita a argumentação, que é em grande parte uma prática persuasiva, sujeita às contingências que conformam o caso, o tempo histórico, o grupo social, as ideologias dos juristas e dos participantes. E, ainda, é uma decisão autoritária, aquela que determina o sentido específico dos princípios. Com a adoção de uma perspectiva juspositivística, também para análise do direito do estado constitucional, não há nenhuma necessidade de estabelecer um equivalente entre 'norma jurídica' e 'norma obrigatória moralmente', nem para aqueles que afirmam nem para aqueles que negam a existência da moral objetiva.

1.2 Modelo preceptivo da constituição e especificidade da interpretação constitucional.

O problema determinado pela elevada conflituosidade entre princípios constitucionais parece-me intimamente interligada à concepção neoconstitucionalista da constituição. De fato, pode considerar-se que um certo grau de conflituosidade entre princípios, direitos fundamentais e valores constitucionais seja um dado 'natural' das constituições longas e densas, ou seja, não se trata tanto de um vício de origem quanto de um elemento característico (CELANO, 2002). Os direitos, especificamente, caracterizam-se por serem formulados genérica e amplamente, com expressões freqüentemente 'absolutas' que se não determinam antinomias abstratamente quase sempre as

determinam concretamente. Bem, a determinação de tais conflitos e a procura por sua solução torna-se problema na medida em que seja aceita uma concepção preceptivo-substantiva da constituição, já que ela pressupõe a compatibilidade necessária entre princípios ou direitos constitucionais (COMANDUCCI, 2003). A adoção de uma tal concepção pressupõe a possibilidade de distinguir as 'verdadeiras' constituições das 'falsas constituições', mas não existe maneira, além da convenção significativa em relação ao termo 'constituição', de distinguir entre as primeiras e as outras: o discurso neoconstitucionalista, portanto, tende a fazer passar por uma descrição tudo o que se caracteriza como, no mínimo, uma sugestão estipuladora e, no máximo, uma prescrição ou um discurso persuasivo.

A isso se une a tese da especificidade da interpretação constitucional. Que é, se existe, a especificidade da interpretação constitucional? O que distingue a interpretação da constituição da interpretação de qualquer outro texto normativo? A interpretação da constituição é diferente da interpretação da lei? A minha tese sustenta que as peculiares exigências persistidas pelo neoconstitucionalismo resultam da forma em que ele concebe a constituição, ou seja, pela conformação do objeto que quer interpretar (POZZOLO, 1997).

De interpretação específica do texto constitucional pode-se raciocinar em diversos sentidos (PRIETO SANCHIS, 1991; GUASTINI, 1996; 2004), algumas características peculiares da constituição permitem falar de especificidade. Pode-se individuar uma especificidade com base: I) nos sujeitos peculiares da interpretação; II) no uso de características técnicas interpretativas/aplicativas adotadas pelo texto constitucional; III) nos efeitos peculiares causados pelas sentenças do juiz constitucional; IV) na rigidez ou flexibilidade da constituição; V) no objeto 'constituição'.

Observando os sujeitos da interpretação constitucional, a especificidade dependerá da estrutura do ordenamento jurídico (GUASTINI, 1996 b, pp. 238-241; PRIETO SANCHIS, 1991, p. 176): se o ordenamento prevê um juízo constitucional concentrado em um órgão, pode-se individualizar uma especificidade da interpretação da constituição em relação à interpretação da lei enquanto que a competência da interpretação/aplicação de uma e de outra é atribuída pelo ordenamento a um sujeito diferente. Todavia, se tal ordenamento prevê um controle difuso de constitucionalidade, a especificidade não acontecerá, dado que diversificado será o sujeito competente pela interpretação/ aplicação de constituição e lei.

Se observarmos os efeitos causados pelas sentenças do juiz constitucional, falaremos de especificidade, por exemplo, em relação aos ordenamentos onde está previsto um controle concentrado de constitucionalidade, já que nesses casos as sentenças de acolhimento do juiz constitucional têm efeitos *erga omnes*, mas não raciocinaremos pelos ordenamentos, onde é previsto um controle difuso, já que as sentenças têm validades *inter partes*. Especificidades, pois, podem originar-se da maior relevância político-social que as decisões constitucionais costumam apresentar.

No tocante às técnicas interpretativas é duvidoso que se possa falar de especificidade se por atividades interpretativas entende-se atribuição de significado para um texto. Todavia, com esse propósito, o neoconstitucionalismo afirma que os enunciados constitucionais que exprimem princípios não são interpretáveis da mesma maneira daqueles que exprimem regras: a operação que aqui atribui significado não se limitaria a uma análise lingüística (aparentemente adaptada às regras), o significado dos princípios deveria ser toma-

do baseando-se nas concepções morais e políticas que pressupõem. Esses *standard* são conceitos que necessariamente retornam às concessões, mas na linguagem constitucional eles são convenientemente admitidos como indeterminados para que se adaptem às diversas concepções. Cabe ao legislador e em parte ao juiz (segundo o neoconstitucionalismo, em relação às exigências do caso concreto) estabelecer, a cada vez, a melhor concepção possível conforme e coerentemente com todo o sistema (DWORKIN, 1977). Pode-se individuar uma especificidade em relação às técnicas argumentativas no direito constitucional: freqüentemente o juízo constitucional (principalmente se concentrado) motiva baseando-se em argumentos de princípio e em argumentos de justiça. Essas peculiaridades, todavia, são de caráter contingente, não necessário. E será contingente também a especificidade da interpretação constitucional em razão da rigidez ou da flexibilidade da constituição.

Parece, portanto, que, querendo sustentar uma tese da especificidade suficientemente forte, deva-se incentivar a especificidade do objeto constitucional. E é isso o que faz o argumento neoconstitucionalista. Aqui, de fato, o objeto constituição está configurado como um documento normativo que se especifica em relação à lei e que, portanto, deve ser tratado de modo distinto. A constituição não é moldura e garantia, mas constitui uma espécie de ponte entre o discurso jurídico e o discurso moral, para a qual sua interpretação e aplicação não podem prescindir de avaliações éticas. O intérprete constitucional, para atribuir significado às disposições constitucionais, e em primeiro lugar àquelas de princípio, deve referir-se a uma tese moral: a linguagem constitucional não é interpretável com os instrumentos habitualmente utilizados para a interpretação do direito infraconstitucional.

A diversidade do objeto 'constituição' baseia-se fundamentalmente na presença de princípios que, uma vez caracterizados como valores morais positivados, para serem compreendidos necessitam de considerações morais, resolvendo o problema interpretativo do direito constitucional em uma interpretação moral da constituição. Isso pressupõe que o intérprete aja comparando um modelo ideal de constituição com o modelo real e interprete esse último com base nas assunções de valores originados pelo primeiro (NINO, 1996b); obviamente, pressupondo que tudo isso aconteça concretamente e nunca abstratamente (ZAGREBELSKY, 1992, capítulo VII, par. 4). Certamente, ainda que a hierarquia axiológica que resolve o conflito seja colocada pelo juiz em razão do caso concreto, colocando-se no ponto de vista do 'bom juiz', as diferentes interpretações deverão ser argumentadas de modo a formar um quadro coerente. Apesar disso a hierarquia axiológica instituída mudará continuamente em relação às exigências de justiça substancial que todo intérprete, a cada vez, considerará relevantes no caso concreto.

Assumindo uma concepção descritiva positivista, igualmente à lei, a interpretação da constituição consiste na atribuição de significado de um texto normativo: a atribuição de significado no caso de um juiz ou levantamento de outras atribuições no caso de um observador. Nesse sentido, se trata de especificidade será relativa a outras características peculiares do ordenamento examinado, mas não do objeto 'constituição' (GUASTINI, 1996 b, PRIETO SANCHIS, 1991). Ela poderá ser determinada: a) pelo sujeito específico, se aqui existe, destinado a interpretação da constituição; b) pelo uso específico ou particular de técnicas argumentativas; c) pelos efeitos específicos que possam determinar

a interpretação da constituição, e assim por diante. Todavia, nessa perspectiva, é evidente que não se possa distinguir entre 'verdadeiras' e 'falsas' atribuições de significado ao ditado constitucional, será possível, porém, dar vida a uma crítica externa de tais decisões com base em argumentos de justiça.

A tese da especificidade da interpretação constitucional é dirigida a sufragar a necessidade da interpretação moral da constituição que, por sua vez, é operacional a escopos de política do direito e não exatamente a escopos cognoscitivos. Colocam-se, todavia, algumas dificuldades, pelo menos do ponto de vista garantista.

Em primeiro lugar, a interpretação moral da constituição implica que ela não possa mais ser assumida como norma mais elevada do ordenamento jurídico: a constituição não fecha o sistema, pressupõe ser interpretada com base em princípios superiores, supraconstitucionais (TROPER, 1996), da qual não está clara a sua natureza.

Em segundo lugar, coloca-se em discussão o equilíbrio entre os poderes, oferecendo uma falsa solução. Se ao juiz constitucional que aparece como agente consciente da mutação constitucional (ou da necessária evolução da interpretação constitucional), observa-se que do mesmo dever é empossado também o juiz ordinário, na medida em que o texto constitucional está sujeito a uma interpretação dirigida a deduzir normas diretamente aplicáveis às controvérsias.

Embora esteja claro que a divisão das funções do poder baseia-se em parte sobre o ideal somente regulador de uma jurisprudência neutra, além da sua dimensão ideológica, ele oferece um instrumento de garantia dos direitos individuais. Nesse esquema, de fato, é só o poder legislativo aquele legitimado para produzir novo direito, posição de poder o qual corresponde a responsabilidade política, enquanto o poder jurisdicional tem deveres de garantia e tutela contra leis lesivas dos direitos. A constituição, desse ponto de vista, age como barreira para as decisões políticas adotadas pelo legislador, limitando e circunscrevendo a sua competência para produzir novo direito. O poder judiciário se configura nesse quadro, mas, principalmente, se auto-representa como um instrumento de contrapeso do poder legislativo que anula as decisões que ultrapassam os limites de tal competência legislativa.

A configuração neoconstitucionalista tolhe o dever das escolhas políticas das mãos do legislador aumentando o poder da jurisdição, sem que lhe modifique as responsabilidades institucionais e continuando a pressupô-lo como um poder de qualquer outro sentido, como o detentor do direito objetivo. Nesse modo, possibilita-se o perigo do chamado 'governo dos juízes' e, pelo menos em parte, o perigo de um governo dos juristas, embora se dissolva o receio do perigo da 'tirania da maioria'.

Todavia, sempre do ponto de vista constitucionalístico, o moderno estado de direito constitucional é uma democracia o que implica, pelo menos: o princípio de igualdade, aquele de autonomia e de autodeterminação dos membros da comunidade política; a regra de maioria (pelo menos como necessidade funcional), não só fechada à mudança, mas restrita, da qual sejam excluídos alguns âmbitos normativos. Nesse quadro os sujeitos *delegados* a cumprir as escolhas políticas têm, dentro da moldura constitucional, liberdade de instituir hierarquias axiológicas, das quais são considerados politicamente responsáveis, em relação aos objetivos sócios-políticos que eles consideram ter de perseguir. Nessa perspectiva, a interpretação moral da constituição desperta grande perplexidade.

Se a discussão intersubjetiva que caracteriza a democracia é um valor fundamental (porque estimula a autonomia dos indivíduos, a sua participação à vida social, e assim por diante); se considerarmos que o processo democrático e a discussão intersubjetiva sejam mais profícuos do que a reflexão individual: a superioridade moral do juízo do juiz em relação à avaliação do legislador não se elucida. Isso não invalida a utilidade de um controle de constitucionalidade das leis, porque as decisões tomadas pela maioria poderiam apresentar alguns vícios de forma e de conteúdos e o controle de constitucionalidade é um juízo de compatibilidade constitucional. Ao contrário, a interpretação moral confiada aos juízes enfraquece o princípio da autodeterminação e confia deveres educativos à aplicação do direito. Também essa objeção não invalida a utilidade do juízo de constitucionalidade das leis, na medida em que tenham sido os indivíduos (nas autoridades do poder constituinte) a estabelecer uma forma de autopaternalismo através do texto constitucional. Isso que se atinge com a interpretação moral judicial da constituição são as mesmas razões em favor do processo democrático e aquelas em favor da persistência da constituição. Nessa perspectiva, de fato, coloca-se o sujeito politicamente mais irresponsável e inamovível, para reformular as decisões políticas-valorativas adotadas através do processo democrático: se a reflexão moral individual do único juiz (ou de alguns 'ensaios') é considerada superior à discussão intersubjetiva, que sentido há em manter um procedimento para a tomada das decisões coletivas de tipo democrático? A persistência da constituição, se compreendida como documento auto-obrigatório estabelecido pelos cidadãos, não teria razão de ser porque o juízo moral do juiz individual seria cada vez mais justo daquilo que estabelecem as normas constitucionais. Mas se colocam ainda outros problemas. Um desses é do tipo garantístico institucional: quem controla o controlador? (GUASTINI, 1990). O outro é mais genérico: na medida em que a tutela dos direitos não é mais confiada às palavras do direito, mas à interpretação moral do juiz, diminui a relevância do próprio direito . Todavia, a histórica precariedade dos direitos encontrou um terreno mais sólido justamente na sua afirmação jurídica e não meramente moral. Além de que, não tendo obtido atualmente nenhum acordo sobre um conjunto determinado de normas morais, a operação que para lá transfere os direitos, tolhendo-os do plano jurídico, cria a ilusão da sua segurança, escondendo a sua intrínseca fragilidade (sobre esse ponto, consultar WALDROM, 1993; contra MORESO, 1997; HOLMES, 1988; BULYGIN, 1991; GUASTINI, 1994).

Finalmente, aplicação *dúctil* (ZAGREBELSKY, 1992) do direito incide diretamente sobre a tutela dos direitos. A perspectiva neoconstitucionalista fiase naquela do 'bom juiz dotado de bom senso'. Todavia, do ponto de vista constitucionalístico-garantístico, seria melhor adotar a perspectiva do '*bad man'*, já que o direito apresenta duas faces: uma de garantia e uma de opressão. Defender a prioridade das exigências de justiça concreta e substancial sobre as exigências de certeza, determinação e legalidade, portanto, da interpretação moral sobre a *dura* aplicação da lei, parece ir bem até quando nos encontrarmos perante o 'bom juiz dotado de bom senso', mas deve estar claro que a dimensão garantística do direito se dissolve, e assim permanece até quando não seja o bom juiz aquele chamado para julgar.

Em defesa da interpretação moral, contra o duro positivismo jurídico, às vezes, é lembrada a tristemente conhecida

locução 'a lei é lei'. Isso, porém, é somente um artifício retórico, é necessário de fato esclarecer a ambigüidade de tal locução, caso venha ser retirada do contexto histórico em que nasceu. No âmbito de uma sociedade constitucional-democrática-pluralista tal locução pode ser interpretada pela perspectiva positiva do garantismo legislativo. Se a autonomia e a liberdade são valores e o direito um 'mal necessário', a afirmação do valor da lei torna-se uma garantia contra as imposições morais de quem quer que seja. 'A lei é lei', em suma, pode representar uma prescrição restritiva da liberdade interpretativa do juiz, uma interpretação que, fazendo referência ao significado comum das palavras, restringe o âmbito dispositivo da interpretação judicial. Isso pode parecer um defeito quando a solução legislativa não satisfaz o senso de justiça, e freqüentemente nesses casos os juízes configuram a existência de uma lacuna axiológica. Mas é necessário fazer uma particularização. Existe diferença entre o caso em que seja judicialmente prevista uma exceção ao ditado legislativo em base de uma consideração *abstrata* da lei e o caso em que a exceção seja construída em base de uma consideração *concreta* da lei: no primeiro caso, a exceção permanecerá também para os casos futuros (satisfazendo o princípio de igualdade e de certeza), mas não no segundo.

1.3 Neoconstitucionalismo e ponderação dos princípios.

A dimensão constitucionalística do direito do estado constitucional derivaria da introdução dos princípios no sistema jurídico. E seria justamente a interpretação dos *princípios* constitucionais a pretender uma aproximação e uma metodologia diferentes daqueles positivísticos, em particular, seria diferente a sua interpretação.

O argumento neoconstitucionalista opõe à técnica da subsunção aquela da ponderação, assumindo uma e outra como técnicas *interpretativas*. A primeira, considerada, com razão ou não, própria do juspositivismo, seria refletida e concebida por um direito formado exclusivamente por regras; a segunda, não empregando instrumentos rigorosamente dedutivos, mas somente instrumentos eqüitativos mais flexíveis, ou de raciocínio prático, seria aquela própria de um direito composto (também) de princípios, seria, de fato, dirigida a equilibrar os valores, levando em conta as exigências de justiça erguidas por cada caso concreto.

Não está claro o que sejam os princípios, o que denote e como conote o termo 'princípio' (para uma panorâmica sobre esse ponto, consultar POZZOLO, 2001 e bibliografia indicada). Seguramente, são um tipo de norma, mas distintos são os modos para caracterizá-los. Nem ao menos está claro o que exija a ponderação (ou balanceamento), ou seja, quais são as suas características. Todavia, podem ser desenvolvidas algumas considerações sobre esses aspectos.

Sobre a oposição subsunção/ponderação como técnicas interpretativas nota-se o que se segue.

a) A ponderação (ou balanceamento) tipicamente se aplica para conflitos entre normas (princípios) não solucionáveis através dos tradicionais critérios de solução das antinomias: trata-se de normas do mesmo nível hierárquico (quando não é aplicável o critério da *lex superior*), entre as quais não se verifica uma relação de especialidade (quando não é aplicável o critério da *lex specialis*), contemporânea entre elas (quando não é aplicável o critério da *lex priori*), caracteristicamente normas ou princípios constitucionais (do balanceamento constitucional faz parte ainda um terceiro elemento, constituído pela norma da qual deve ser julgada a

constitucionalidade). Os princípios, além disso, trazem dificuldades interpretativas porque freqüentemente são formulados através de uma linguagem genérica, com tom absoluto e o seu campo de aplicação tende constantemente a se sobrepor, gerando (no mínimo) antinomias do gênero parcial bilateral. É necessário notar que, de qualquer modo, a técnica ponderativa não é exclusiva do juízo de constitucionalidade ou não exaure ali os seus efeitos; ela tem influências ou joga um papel também na atribuição do significado às normas infraconstitucionais. A ponderação dos princípios, portanto, é algo com mais de um método de solução das antinomias. Observando, por esse ponto de vista, a ponderação, pode-se notar que não se trata tanto de uma técnica interpretativa quanto de uma técnica aplicativa. De fato, para resolver o conflito são comparadas (no mínimo) duas normas, ou seja, duas entidades às quais já foi conferido significado, a interpretação, portanto, já aconteceu: com a ponderação escolhe-se qual norma dar aplicação. Também a subsunção acontece quando intérprete já produziu a norma; poderia ser então sustentado que, depois de ter ponderado, o intérprete subsume o caso sob a norma a qual decidiu dar aplicação (nesse significado, PRIETO, 2003).

b) O neoconstitucionalismo afirma que para dar conteúdo aos princípios, ou seja, para atribuir significado às disposições que expressam princípios, a fim de resolver o conflito, é necessário recorrer a argumentos morais e sopesar as exigências de justiça veiculadas pelo caso concreto, escolhendo a melhor solução, avaliando todas as variáveis da situação específica, e particularmente o grau de satisfação do princípio vencedor em relação à lesão do princípio preterido (ALEXY, 1994). Isso, na verdade, não diz muito sobre o processo de ponderação, não nos diz como os juízes equilibram os princípios e como realmente resolvem os conflitos. Isso nos diz somente que o intérprete deve procurar construir a melhor relação entre os princípios em conflito, defendendo sua base de argumentos morais, que trazem seu sentido de justiça; a argumentação assim oferecida representa a justificação externa da decisão judicial, ou seja, é dirigida para oferecer argumentos para suporte da interpretação adotada. Nesse sentido poderia ser individuada uma acentuação das exigências argumentativas a cargo do intérprete, mas a técnica da subsunção.

c) A argumentação neoconstitucionalista, embora não seja unívoca a caracterização dos princípios, parece indicar critérios eqüitativos ou de proporcionalidade para dar conteúdo, tornar compatíveis, resolver os conflitos entre princípios constitucionais. Também essa indicação deve ser esclarecida. A exigência em empregar métodos eqüitativos deriva do tipo de consideração que se deva dar ao caso concreto objeto de juízo. Em particular, o método eqüitativo parece indicar um comportamento do tipo particularista, ou seja, o quanto é relevante para individuar a solução, depende do contexto em que a ação deve se desenvolver: é o contexto da ação que faz a diferença prática e explica a diferente importância que assumem as propriedades relevantes ao objeto de juízo (sobre particularismo e universalismo das razões para agir, consultar REDONDO, 2005). A oposição com a subsunção, portanto, nesse caso se baseia no fato que essa última parece pressupor uma interpretação do gênero literário, tal que não permita uma renúncia ao ditado normativo: a norma individuada deve ser aplicada. Ao contrário, o uso do critério equitativo incidiria justamente sobre a aplicação da norma individuada, mas, ainda uma vez, não sobre sua interpretação: seria consideração particular do

caso concreto que conduziria a uma aplicação dúctil da normativa, ou seja, permitiria também uma decisão *contra legem*. Nesse sentido, porém, a configuração do caso pareceria determinar a construção da norma: é necessário então notar que se é o caso individual que determina a identificação da norma ou do princípio, ou seja, a sua formulação ou o seu conteúdo, é difícil sustentar que seja aquela ou aquele que regule o caso, já que não preexistiriam à solução.

Sobre a natureza dos princípios e sobre a solução das antinomias daqueles gerados observa-se o que se segue:

a) Segundo uma certa reconstrução (por exemplo, GUASTINI, 2004) a ponderação daria lugar a uma hierarquia axiológica móvel entre princípios. O intérprete atribuindo significado aos princípios em conflito daria a eles um certo peso ou valor instituindo entre eles uma relação de precedência que vale para o caso concreto. Observada por essa perspectiva, a ponderação incide ainda sobre a aplicação da norma, mas não sobre sua interpretação. Nesse caso, baseando-se em propriedades relevantes externas à formulação dos princípios, propriedades determinadas pelo caso concreto, o intérprete atribui maior peso ou valor ou força a um deles que regulará o caso. A requisição de operar segundo eqüidade incide, justamente, sobre a aplicação dos princípios que serão aplicados seguindo um critério de raciocínio eqüitativo. Nessa perspectiva, todavia, a formulação dos princípios não depende das circunstâncias do caso, desse depende a sua hierarquização.

b) Segundo uma outra perspectiva (por exemplo: MORESO, 2002, 2002 b), a ponderação cairia sobre normas defectíveis; o conflito seria resolvido através da introdução de novas condições de aplicação no antecedente, modificando o conteúdo do princípio e não somente a sua formulação. Nesse modo, a premissa maior da decisão judicial seria constituída pela reformulação de um princípio que leva em conta uma normativa complexa, obtida para explicitar condições de aplicação precedentemente implícitas. O resultado, portanto, é uma nova norma ou um novo princípio solicitado pelas circunstâncias do caso.

No primeiro caso, na reconstrução da ponderação como hierarquização axiológica entre princípios, a teoria ética com base na qual, segundo o neoconstitucionalismo, deve operar o intérprete, incide sobre a aplicação: o sentido da norma, o sentido dos princípios é invariável e constante, não muda com as circunstâncias do caso; aquilo que muda é a sua relação de força ou de hierarquia com base em propriedades que emergem do caso concreto.

No segundo caso, na reconstrução da ponderação como solução de um conflito entre normas defectíveis, a teoria moral com base na qual se encontraria a operar o intérprete, parece incidir sobre o significado da norma, sobre o sentido dos princípios: se as normas jurídicas (os princípios) são defectíveis e as razões morais podem modificar o antecedente, então são as razões morais que serão universais e constantes, enquanto aquelas jurídicas são somente auxiliares.

O juízo de ponderação, que resolve o conflito entre princípios constitucionais, representa metaforicamente o estabelecimento de pesos diferentes aos princípios para determinar qual deles tem maior força (MORESO, 2002); esse juízo caracteriza-se por estender a uma antinomia concreta, ou seja, sobre uma contradição entre duas normas entre cujas classes de ações reguladas não existe vínculo conceitual, mas que no caso específico mostram-se ambas aplicáveis, regulando de modo distinto a ação objeto de juízo. Os princípios são ambos válidos, ocasionalmente as suas áreas de

aplicação se sobrepõem e tal antinomia deve ser resolvida sem expulsar nenhum deles do sistema.

As dificuldades surgem porque nesse quadro não parece possível prever antecipadamente os casos de contradição de modo a definir um critério estável de solução ou precedência. Isso obviamente determina diversos problemas, mesmo institucionais, colocando em discussão o conhecimento *ex ante* do direito positivo, o equilíbrio entre as funções legislativa e jurisdicional, o papel próprio da jurisdição. É, de fato, o debate em torno do juízo de ponderação ou, melhor ainda, em torno do modo de resolver os conflitos entre princípios constitucionais deriva do fato que aqui não parece ser oferecida uma solução razoavelmente fundamentada e controlável. O ponto, então, é como evitar a conclusão que o resultado da atividade ponderativa, seja para ser considerado como meramente subjetivo e particularista, ou seja, "não [possa] ser justificado e, nessa acepção, que os conflitos entre princípios constitucionais não [possam] ser resolvidos em um modo racionalmente controlável: [senão] a sua motivação não estaria sujeita a controle" (MORESO, 2002, p.206). A idéia de Moreso é aquela de tornar racionalmente controlável e previsível a solução do conflito entre princípios através da sua revisão, que permanece sujeita a múltiplos vínculos, para obter como resultado a produção de duas normas compatíveis. Como explica Comanducci, "As razões, que parecem impelir Moreso a configurar os princípios constitucionais que conferem direitos fundamentais como normas defectíveis, são de ordem ética política. Se concebêssemos (e aplicássemos) os princípios constitucionais como normas indefectíveis, seriam produzidos, na fase da sua aplicação, conflitos práticos insanáveis: no sentido que teríamos dois princípios constitucionais em conflito, nenhum dos quais pode ceder frente ao outro. Seria por isso um conflito prático sem solução. Enquanto que concebidos como normas defectíveis, isso permite uma solução racional dos conflitos entre direitos fundamentais" (COMANDUCCI, 2003, p. 328). Celano, todavia, destacou que somente demonstrando a estabilidade das revisões dos princípios defectíveis, conseqüentemente a sua definitiva transformação em deveres condicionais indefectíveis, seria possível refutar o particularismo (CELANO, 2002 b). Mas se existem razões éticas-políticas para considerar defectíveis dois princípios constitucionais em conflito, por que essas mesmas razões não deveriam ser consideradas nos casos de conflitos entre princípios constitucionais revistos? Por que essas razões jogam um papel na primeira revisão e não deveriam jogá-lo mais nas sucessivas?

Seja concebida a ponderação como instituição de uma hierarquia axiológica móvel que resolve um conflito entre princípios, seja concebida como reformulação de normas defectíveis, persiste o problema do controle da motivação da decisão. Tal controle poderá ser desenvolvido sobre a congruência do raciocínio, da razão, mas certamente isso torna palpável o poder dispositivo em mão dos intérpretes e coloca em discussão o papel da jurisdição no esquema tripartite do poder no estado de direito constitucional.

A proposta de Moreso é interessante também porque me parece indicar um percurso, necessariamente jurisprudencial, de especificação e articulação daquelas propriedades relevantes, implícitas na formulação dos princípios, que poderiam constituir uma complexa grade de condições de aplicação em grau de circunscrever, certo que sempre parcialmente, o poder dispositivo dos intérpretes, constituindo também limite à argumentação interpretativa. A

proposta, em suma, registra de qualquer maneira um movimento já em ato, mas creio que sugira ainda a adoção de um ideal regulador ao longo do qual se moveria a jurisprudência. Isso tudo que ela põe às claras, realmente, é o papel mudado que se encontra para desenvolver a jurisdição no direito contemporâneo. Voltarei ao assunto nas conclusões.

Sobre princípios e as razões para agir pode-se notar o que se segue.

A noção de defectibilidade não é desprovida da ambigüidade (REDONDO, 2005): uma norma pode ser *defeated* em duas maneiras diferentes e com diferentes implicações no plano da concepção da norma. Uma norma pode ser *defeated* porque vem modificadas as suas condições de aplicação: seja modificado o antecedente da norma e, portanto, o conteúdo da própria norma; em tal caso nos encontraríamos dentro de uma concepção particularista das razões para agir. Uma norma pode ser *defeated* porque a ela é assinalado um peso menor em relação a uma outra, mas sem que se modifique o conteúdo de qualquer das duas normas; nesse caso nos encontraríamos dentro de uma concepção universalista das razões para agir.

Se concebermos os princípios como uma espécie de regras aptas para regular o caso concreto, pede-se a elas que respondam a seguinte pergunta "Como devo agir nesse caso?". A essa pergunta dá a resposta Moreso, que parece ainda satisfazer exigências de garantia: transformando o princípio em uma norma indefectível explicitam-se suas condições implícitas e determina-se o direito. Todavia, isso funciona somente na medida em que o princípio reformulado não esteja efetivamente submetido a uma nova revisão.

Se concebermos os princípios como normas *pro tanto*, ou seja, como normas que indicam a relevância de uma propriedade que deve ser considerada no momento de decidir um caso, um quadro diferente é obtido. Desse modo o princípio não responde à pergunta sobre como se deva agir em um determinado caso, mas indica uma propriedade que invariavelmente deverá ser levada em conta para definir qual o comportamento deve entrar em ação.

Na hipótese que no caso C possam ser aplicados os diferentes princípios A e B, estaremos frente a um conflito se assumíssemos os princípios como tipo de regra; a solução justificada será obtida com a revisão do princípio o qual será aplicado tornando-o compatível com outro preterido.

Mas se assumíssemos princípios como dois deveres incondicionais indefectíveis que indicam a relevância de duas propriedades diferentes e contrastantes pelas quais será necessário ter atenção, não nos encontraríamos necessariamente perante a um conflito. Os princípios poderiam ser vistos como deveres que não indicam o comportamento que deve ser mantido em um determinado caso, mas como deveres dirigidos ao intérprete que deverá, sempre e invariavelmente, considerar no momento de solucionar o caso e do qual deverá ser responsável. Os princípios não indicariam a solução do caso, mas somente a exigência de considerar invariavelmente o dever neles indicado; os princípios imporiam, portanto, o dever ao intérprete de oferecer uma justificação da relevância a eles atribuída. É claro que nesse panorama, ao intérprete é explicitamente atribuído um notável poder dispositivo, mas ao mesmo tempo ele é explícito e em uma certa medida controlável por se basear em critérios de racionalidade, razão e congruência. A solução e a justificação produzidas serão e deverão ser sobrepostas a uma crítica externa baseada em argumentos de justiça, a pretensão de justiça será sempre meramen-

te jurídica e a crítica externa será sempre ética.

Essa reformulação não soluciona as dificuldades da ponderação, mas considero que somente na medida em que as dificuldades não se resolvam, permaneça a necessidade da ponderação ou do balanceamento. Na medida em que fosse possível transformar em regras os princípios se dissolveria a necessidade de ponderar e seria possível operar com mera racionalidade subsumida. Coisa que, no entanto, não solucionaria absolutamente as problemáticas interpretativas. Como já se notou, todavia, uma estabilização da hierarquia axiológica entre princípios constitucionais, para oferecer uma disciplina constitucional racional que satisfaça um outro grau de determinação, evitando as antinomias e reduzindo a discricionariedade interpretativa, como colocou às claras Bruno Celano (2002), não parece possível. Justamente por essas razões parece necessário o juízo de ponderação entre princípios (PRIETO SANCHIS,2003, pp. 199-203) que, definitivamente pode ser representado como um procedimento argumentativo baseado na explicitação das razões que sustentam a escolha do princípio e da sua formulação concreta.

2. Conclusões

Tudo que o tema da ponderação põe claramente é o emergir de uma exigência argumentativa qualitativamente mais forte em relação a outros sistemas jurídicos, diferentes daquele do estado constitucionalizado. Substancialmente, aquela área indeterminada do significado jurídico cuja determinação era reconstruída como resultado de uma atividade meramente discricionária, parece agora reconstituível como uma sagaz obra argumentativa apta a justificar, através de bons argumentos, a escolha significativa operada ou a hierarquia axiológica instituída.

O neoconstitucionalismo reconstrói essa exigência como uma modificação dos critérios de validade: o juízo externo ou ético sobre justiça de uma lei torna-se juízo interno sobre a sua validade (PRIETO SANCHIS, 2003, p. 133). Desse modo a justiça, uma concepção do bem, começa a fazer parte dos critérios de validade do sistema, começa a fazer parte dos critérios da regra de reconhecimento.

Como já foi indicado, parece pacífico que a constituição incorpore uma visão ética qualquer, coisa que já é a escolha de um procedimento em relação a uma outra. As constituições de contemporâneas são pluralistas e permitem um diferente número de concretizações completáveis (nesse modo parecem quase implicar a idéia do conflito).

Nesse quadro, a adoção de um comportamento positivista permite coerentemente verificar a mera compatibilidade da concretização interpretativa escolhida com o princípio constitucional abstrato, abrindo a possibilidade individuar multíplices e possíveis concretizações, ou seja, a escolha de uma ou de outra não tem repercussões no plano da validade. A isso se sujeita a tese da separação conceitual entre direito e moral que se revela útil ainda para sublinhar a autoridade que caracteriza o direito (do qual o neoconstitucionalismo parece se esquecer): não é a bondade do princípio que lhe determinar a juridicidade, por isso ocorre um ato de vontade autoritário. E, finalmente, os princípios constitucionais são parte de um documento jurídico autoritário, considerado vinculante pelos membros do grupo social observado. E é ainda uma decisão autoritária aquela que determina o significado específico dos princípios em conflito e soluciona-o construindo entre eles uma hierarquia axiológica.

Tudo que parece caracterizar o estado constitucionalizado e que realmente muda, dissolvendo definitivamente o mito de uma jurisdição mecanicista, é o papel do juiz. Trata-se de um processo de transformação, provavelmente não previsto nesses termos, em parte principiado pelo próprio modelo constitucional que se afirma no segundo pós-guerra. Não é essa a focalização para ser percorrida novamente, nem mesmo as características proeminentes dessa história, antes se trata de destacar a existência de uma discrasia entre realidade e modelo teórico que exige ou impõe ao constitucionalismo uma profunda reflexão acerca dos instrumentos de garantia à limitação jurídica do poder. A tradicional divisão do poder concede (também na fórmula do *check and balances*) uma função de garantia à jurisdição. E persistente é a idéia que o direito possa ser aplicado ou, no mínimo, individuado em modo objetivo (como uma lei natural), que esse seja o dever da jurisdição, que meramente aplica uma vontade alheia, aquela do legislador, que tem o monopólio da produção jurídica e pela qual é responsável politicamente. Esse sistema de deveres e relações reflete-se na dogmática das fontes do direito, todavia, na medida em que a atividade jurisdicional mostra-se cada vez mais evidentemente construtiva do direito positivo, impõe-se uma profunda reflexão sobre os diversos dogmas, sobre o sistema das fontes, sobre as funções do poder, sobre seus papéis, sobre a estrutura dos contrapesos para limitar juridicamente o poder. Uma vez declinado aquele ideal jurisprudencial, uma vez que tenha sido introduzida a idéia que na passagem do texto à norma se desenvolvem algumas avaliações, enfraquecendo a própria idéia de uma aplicação teórica do direito. Se as coisas estão assim, corre-se o risco de diminuir também o papel de garantia da jurisdição e com ele o princípio de legalidade.

O tema da ponderação dos princípios colocou definitivamente às claras a geral complexidade do fenômeno interpretativo: se não acontece em relação biunívoca entre disposição (enunciado jurídico, texto) e norma (produto da interpretação, significado), a intervenção da jurisdição é algo além de uma mera aplicação, trata-se então de encontrar novos ou mais sofisticados instrumentos de garantia. A ponderação dos princípios tornou evidente a deficiência no plano institucional do controle jurisdicional, parece difícil prever os casos de conflito e os critérios de precedência entre princípios de modo a tornar o direito certo. Mas essas dificuldades não são exclusivas da interpretação dos princípios, eventualmente aqui estão mais evidentes.

A proposta neoconstitucionalista sugere enfrentar essas dificuldades garantísticas do constitucionalismo percorrendo uma via jusnaturalística que, atribuindo validade moral ao direito positivo, paradoxalmente apresenta alguns riscos de positivismo ideológico. Considero-a uma falsa solução, mas principalmente uma solução não constitucionalística, na medida em que se confia na mera boa vontade do intérprete a cada vez dotado de autoridade; pensando em fortalecer o direito positivo, enfraquece-o, atribuindo-lhe uma pretensa correção moral; criando a ilusão de uma perfeita correspondência entre justo e legal, sacrifica a possibilidade de uma crítica externa ao direito positivo.

Pela perspectiva positivista, é necessário, todavia, notar que, tudo somado, propostas como aquela de Moreso buscam reformular o problema dissolvendo-o, ou seja, tão interessantes e úteis no plano da análise, não resolvem absolutamente as dificuldades constitucionalísticas.

Creio que seja necessária ter em mente que, na medida em que o processo de constitucionalização progride e amplia a aplicação direta dos princípios constitucionais, a ponderação é também uma técnica para a aplicação elástica do direito infra-

constitucional, dirigida a evitar a expulsão de normas inválidas que permaneçam preteridas para o caso concreto. Nesse modo, o direito se faz mais fluído, diminuem as áreas de certeza e ao mesmo tempo parecem crescer enormemente os deveres dispositivos da jurisprudência.

É necessário notar, contudo, que tais deveres de dispositivos são em determinada medida conaturais a um discurso jurídico (por natureza?) substabelecido. Trata-se, então, de afinar os instrumentos de controle da obra de determinação dos intérpretes; trata-se de observar como os intérpretes usam as fontes de direito e como os mesmos contribuem para construí-las. Aceitar que a decisão interpretativa seja considerada em todo caso uma escolha seja que se desenvolva sobre princípios seja que se desenvolva sobre regras, não implica considerar os enunciados jurídicos como caixas vazias (antes da interpretação). Trata-se, mais coerentemente, de derivar as conseqüências necessárias da tese interpretativa de partida: se não há relação biunívoca entre texto e norma, as disposições jurídicas veiculam diversos significados e a interpretação (dotada de autoridade) torna concreto um deles (POZZOLO, 2001 b). O intérprete, em suma, tem naturalmente à disposição multíplices normas, todas reconduzíveis ao mesmo texto, entre elas escolhe e decide; essa determinação é necessária à concretização do direito positivo.

A natureza substabelecida do discurso jurídico não se reduz transferindo as dificuldades interpretativas sobre o plano moral, que não é certamente mais determinado. Aliás, isso impõe ainda ao positivismo jurídico uma reflexão, pois que parece claro que ficando assim as coisas, um operador competente não é capaz de responder oferecendo uma única solução jurídica para um caso na base da única análise lingüística do texto. Mais de um são os resultados juridicamente possíveis. Isso mostra o papel necessariamente criativo da jurisdição e impõe o abandono de um certo ideal jurisprudencial. A jurisprudência aplica normas, mas certamente não faz só isso: ela participa como co-autora da criação das normas. Grande parte daquele *background* sobre o qual vão ser depositadas as palavras do legislador foi construído pela jurisprudência e por ela continuamente modificado e renovado. A jurisprudência então é, nesse sentido, fonte do direito, não só em um geral e amplo sentido sócio-político, mas no sentido jurídico: sem a mediação da jurisprudência o direito não seria capaz de intervir onde existe o conflito e desenvolver o seu papel. Em todo caso, ainda se pode dizer que o juiz decide segundo o direito, porque a jurisprudência é só um co-autor, no meu parecer necessário, das normas. O juiz decide o significado das disposições, produz em parte as normas, mas só em parte, porque a sua obra interpretativa é redefinitória e não criativa no sentido restrito. O assim chamado *easy case* não desmente esse fato, mas o confirma. O caso claro, de fato, é um momento, uma conclusão parcial, no âmbito de um sistema de expectativas recíprocas. Ele, porém não é *easy* em virtude da interpretação da única disposição, mas depende de um bom mecanismo de estabilização e de *feedback*, que, regenerando-se continuamente, oferece a impressão que como autoritariamente estabilizado não seja fruto de interpretação e não exija por sua vez interpretação (POZZOLO, 2001 b).

Quanto deve ser modificado da nossa cultura jurídica a fim de que se admita que a jurisprudência faz tudo o que efetivamente faz; não só integrar e manipular (segundo alguns), mas produzir o direito.

Mas talvez ainda seja lícito questionarmos se isso seja útil, ou se, ao contrário, não seja melhor um direito em que "o mago-jurista cura os pacientes justamente porque os engana?" (JORI, 1995).

REFERÊNCIAS

ALEXY, R. [1994], *El concepto y la validez del derecho*, Gedisa, Barcelona, 1994.

BAYON Mohino, J. C. [1991], *La normatividad del derecho. Deber juridico y razones para la acción*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

BULYGIN, E. [1991], *Sobre el status ontológico de los derechos humanos*, in C. E. Alchourrón e E. Bulygin, *Análisis lógico y Derecho*, C. E. C., Madrid, 1991, pp. 619-625.

CELANO, B. [2002], *Come deve essere la disciplina costituzionale dei diritti?*, in S. Pozzolo, *La legge e i diritti*, Giappichelli, Torino, 2002, pp. 89-123.

CELANO, B [2002b], *'Defeseability' e bilanciamento. Sulla possibilità di revisioni stabili*, in «Ragion pratica», 18, pp. 223-239.

CELANO, B. [1994], *Dialettica della giustificazione pratica. Saggio sulla legge di Hume*, Giappichelli, Torino.

COMANDUCCI, P. [2003], *Problemi di compatibilità tra diritti fondamentali*, in «Analisi e diritto 2003-2004», pp. 317-329.

COMANDUCCI, P. [2002], *Forme di (neo)costituzionalismo: una ricognizione metateorica*, in T. Mazzarese (a cura di), *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*, Torino, Giappichelli, 2002, pp. 71-94.

DWORKIN, R. [1977], *Taking Rights Seriously*, Harvard UP, Cambridge.

ESCUDERO ALDAY, RESCUDERO ALDAY. R. (2204), Los calificativos del positivismo juridico: El debate sobre la incorporación de la moral, Civitas, Madrid.

GOLDSWORTHY, J. D. [1990], *The Self-Destruction of Legal Positivism*, in «Oxford Journal of Legal Studies», vol. 10, n. 4, pp. 449-486.

GUASTINI, R. [2004], *L'interpretazione dei documenti normative*, Giuffrè, Milano.

GUASTINI, R [2001], *Il diritto come linguaggio*, Giappichelli, Torino.

GUASTINI, R. [1998], *La costituzionalizzazione dell'ordinamento giuridico italiano*, in «Ragion pratica», 11, pp. 185-206.

GUASTINI, R. [1996], *Specificità dell'interpretazione costituzionale?*, in «Analisi e diritto 1996», pp. 169-185.

GUASTINI, R. [1996b], *Distinguendo*, Giappichelli, Torino.

GUASTINI, R. [1994], *Diritti*, in «Analisi e diritto 1994», pp. 163-174.

GUASTINI, R. [1990], *Le garanzie dei diritti costituzionali e la teoria dell'interpretazione*, in «Analisi e diritto 1990», pp. 99-114.

HOLMES, S. [1988], *Vincoli costituzionali e paradosso della democrazia*, in G. Zagrebelsky, P. P. Portinaro, J. Luther (a cura di), *Il futuro della costituzione*, Einaudi, 1996, pp. 167-208.

JORI, M. [1995], *Definizioni giuridiche e pragmatica*, in «Analisi e diritto 1995», pp. 109-144.

MAZZARESE, T. [2002], *Diritti fondamentali e neocostituzionalismo: un inventario di problemi*, in T. Mazzarese (a cura di), *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*, Torino, Giappichelli, 2002, pp. 1-69.

MORESO, J.J. [2002], *Conflitti tra principi costituzionali*, in «Ragion pratica», 18, pp. 201-221.

MORESO, J.J. [2002b], A proposito di revisioni stabili, casi paradigmatici e ideali regolativi: replica a Celano, in «Ragion pratica», 18, pp. 241-248

MORESO, J. J. [1997], *Diritti e giustizia procedurale imperfetta*, in «Ragion pratica», 10, 1998, pp. 13-39.

NARVAEZ, M e S. POZZOLO [2003], *Il concetto di accettazione non è una minaccia…per il positivismo hartiano*, relazione inedita, presentata al 2° Incontro dei Giovani Filosofi Analitici italiani, Università di Milano, 16 maggio 2003.

NAVARRO, P. E. [2000], *On the self-destruction of Legal Positivism*, in P. Chiassoni (a cura di), *The legal ought*. *Proceeding of the IVR Mid-Term Congress in Genoa (June 19-20, 2000)*, Giappichelli, Torino, 2001, pp. 83-101.

NINO, C. S. [1996b], The *Constitution of Deliberative Democray*, Yale UP, New Haven-London.

NINO, C. S. [1994], *Derecho, moral y política*, Ariel, Barcelona.

PERRY, S. R. [1998], *Hart's Methodological Positivism*, in «Legal Theory», n. 4, pp. 27-67.

POZZOLO, S. [2001], *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, Torino, Giappichelli.

POZZOLO, S. [2001b], *Congetture sulla giurisprudenza come fonte*, in L. Triolo (a cura di), *Prassi giuridica e controllo di razionalità*, Giappichelli, Torino, 2001, pp. 115-145.

POZZOLO, S. [1997], *La especificidad de la interpretación constitutional*, in Doxa, 21, vol. II, pp. 339-353.

PRIETO SANCHÍS, L. [2003], *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid

PRIETO SANCHÍS, L. [1991], *Notas sobre la interpretación constitucional*, in "Revista del Centro del Estudio Constitucionales", 9, pp. 175-198.

RAZ, J. [1999], *Engaging Reason. On the Theory of Value and Action*, Oxford UP, Oxford.

REDONDO, M. C. [2005], *Legal Reasons: Between Universalism and Particularism*, in «Journal of Moral Philosophy», 2, 1, pp. 47-68.

REDONDO, M. C. [1996], La noción de razón para la acción en el análisis jurídico, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

TROPER, M. [1996], *La nozione di principio sovracostituzionale*, in «Analisi e diritto 1996», pp. 255-274.

WALDROM, J. [1993], *A Rights-Based Critique of Constitutional Rights*, in «Oxford Journal of Legal Studies», 13, pp. 18-51.

ZAGREBELSKY, G. [1992], *Il diritto mite*, Einaudi, Torino.