NEOCONSTITUCIONALISMO*
NEOCONSTITUTIONALISMO

Mauro Barberis**

Recebido para publicação em julho de 2005

Resumo: O artigo analisa o conceito de neo-constitucionalismo usado recentemente na teoria do direito da Itália e da Espanha a fim de significar a teoria do direito característica do Estado Constitucional e, frequentemente, o próprio Estado Constitucional. Em sua primeira parte conta a história do surgimento do termo 'neoconstitucionalismo' – inventado, definido e aplicado especialmente por Escolas de teóricos de Gênova. Em segundo lugar, o ensaio redefine 'neoconstitucionalismo' nos termos de uma teoria intermediária entre jusnaturalismo e juspositivismo, e critica as principais teses neoconstitucionalistas. Na terceira parte, finalmente, aborda três típicos problemas neoconstitucionais: o problema da distinção entre regras e princípios; o problema da ponderação judicial; o problema dos direitos.
Palavras chave: Positivismo legal. Constitucionalismo. Jurisprudência. Direito. Moral.

Riassunto: L'articolo analizza il concetto di neocostituzionalismo (it. *neocostituzionalismo*,, cast. *neocostitucionalismo*), usato nella recente teoria del diritto italiana e spagnola per indicare la teoria del diritto caratteristica dello Stato costituzionale e, spesso, lo stesso Stato costituzionale. Nella *prima* sezione del lavoro si racconta brevemente la storia dell'apparizione del termine, inventato, definito e applicato soprattutto da teorici della Scuola di Genova; nella *seconda*, si fornisce una ridefinizione di 'neocostituzionalismo' come teoria intermedia a giusnaturalismo e giuspositivismo, e una critica delle principali tesi neocostituzionaliste; nella *terza* sezione, infine, si accenna a tre problemi tipici del necostituzionalismo: il problema della distinzione fra regole e princìpi; il problema della ponderazione giudiziale; il problema dei diritti.
Parole Chiave: Positivismo giuridico. Costituzionalismo. Giurisprudenza. Diritto. Moral.

Abstract: The paper focuses on the concept of neo-constitutionalism (it. *neocostituzionalismo*, cast. *neocostitucionalismo*) – a concept used in recent Italian and Spanish theory of law in order to signify the theory of law typical of Constitutional State and, frequently, the Constitutional State itself. In his *first* section, the paper tells the story of the term 'neoconstitutionalism' – a term invented, defined and applied especially by School of Genoa's theorists. In the *second* one, the paper re-defines 'neo-constitutionalism' in term of a third theory of law between natural law and legal positivism, and criticizes three important neo-constitutionalist theses. In the *third* section, finally, the paper touches three typical neo-constitutionalist problems: the problem of distinction between rules and principles; the problem of constitutional balancing; the problem of rights.
Key Words: Legal positivism. Constitutionalism. Jurisprudence. Law. Morals.

Na recente teoria do direito, italiana e espanhola, surgiu um novo termo, que talvez indica um novo conceito: respectivamente, o termo 'neoconstitucionalismo', e o conceito de neoconstitucionalismo. Na *primeira* seção desse trabalho será contada uma breve história, ainda não muito conhecida, do surgimento tanto do termo quanto do conceito; na *segunda* seção será fornecida uma redefinição de 'neocons-

* Texto traduzido por Juliana Salvetti e revisto por Marcelo Lamy e Luiz Carlos de Souza Auricchio.

** Prof. ordinario di Filosofia del diritto presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Trieste. Indirizzo: via Battisti 4/14, 16145 Genova (Italia), tel. 00.39.010. 3624101.

titucionalismo' - uma definição do termo mais rigorosa de muitos dos seus usos habituais - e uma crítica das principais teses neoconstitucionalistas; na *terceira* seção, finalmente, serão indicados três exemplos de problemas típicos do neoconstitucionalismo: o problema do princípio; o problema da ponderação judicial e o problema dos direitos.

1. Uma história do conceito

O termo 'neoconstitucionalismo' origina-se evidentemente do 'constitucionalismo': termo que por sua vez indica tanto a doutrina (normativa) da limitação jurídica do poder político, como as instituições positivas - em particular as constituições - funcionais para tal limitação. Essa ambivalência de significado de 'constitucionalismo' é conservada nos usos prevalentes de 'neoconstitucionalismo', que indicam como sempre doutrinas *e* instituições: apesar de que, como veremos na próxima seção, enquanto 'constitucionalismo' indica tanto doutrinas quanto instituições, 'neoconstitucionalismo' poderia ser redefinido para indicar somente doutrinas. 'Neoconstitucionalismo', mais precisamente, deveria indicar teorias (cognitivas) e doutrinas (normativas) relativas ao direito *constitucionalizado*: o direito típico daquela forma de Estado que é o Estado constitucional.

Se o próprio fato, a teoria ou doutrina neoconstitucionalista, é fruto de muitas contribuições, tanto anglo-americanas (DWORKIN, 1977 e 1985), como latino-americanas (NINO, 1999), e europeu-continentais (ALEXY, 1987; DREIER, 1991), o termo e o conceito de neoconstitucionalismo são frutos, sobretudo, do trabalho de alguns teóricos da escola de Gênova: Suzana Pozzolo pela invenção do termo: Mauro Barberis pela sua redefinição; Riccardo Guastini pela elaboração de um conceito intimamente interligado ao precedente, o conceito de constitucionalização; Paulo Comanducci e Tecla Mazzarese por algumas das análises meta teóricas mais aprofundadas do argumento. É o caso de avisar desde já, contudo, que nenhum desses estudiosos adere ao neoconstitucionalismo: ao contrário, trata-se freqüentemente de seus críticos mais ferozes.

Nos escritos dos teóricos genoveses, todavia, o termo 'neoconstitucionalismo' faz a sua aparição nos fins de 1990, para indicar teorias (cognitivas) e doutrinas (normativas), por um lado críticas do positivismo jurídico, por outro lado não inteiramente redutíveis ao tradicional jusnaturalismo. O termo talvez tenha sido usado pela primeira vez em uma comunicação de Suzana Pozzolo no XVIIIº Congresso Mundial de Filosofia Jurídica y Social, acontecido em Buenos Aires, em 1997, e depois publicada em *Doxa* (POZZOLO, 1997). Nessa conversação, e no livro consecutivo intitulado *Neoconstitucionalismo e Positivismo Jurídico*, a autora usa 'neoconstitucionalismo' para indicar, sem compartilhá-las, uma série de teses intermediárias ao jusnaturalismo e positivismo jurídico apoiadas por autores como Robert Alexy, Carlos Nino e Gustavo Zagrebelsky.

O conceito de neoconstitucionalismo foi depois de definido e usado sistematicamente por Barberis em trabalhos históricos e teóricos: especificamente em manuais de *Filosofia del diritto. Un'introduzione storica* (BARBERIS, 2000), *Breve storia della filosofia del diritto* (BARBERIS, 2004) e *Filosofia del diritto. Un'introduzione teórica* (BARBERIS, 2003 a, 2005). O neo-constitucionalismo foi redefinido pelo subscritor como teoria ou doutrina do direito intermediária ao jusnaturalismo e positivismo jurídico. O jusnaturalismo sustenta a tese da conexão necessária, o juspositivismo a tese da separabilidade, o

neoconstitucionalismo a tese da interligação necessária entre direito e moral *limitadamente aos Estados constitucionais*, ou *constitucionalizados*: Estados caracterizados especialmente pela rigidez constitucional pelo controle de legitimidade constitucional das leis.

Essa tese pode ser atribuída a Ronald Dworkin: talvez o primeiro e o principal dos autores hoje batizados de neoconstitucionalistas. Aplicando ao direito, idéias provenientes da doutrina da justiça de John Rawls e do direito norte-americano, caracterizado pela constituição rígida e Corte suprema, Dworkin critica Herbert Hart e o positivismo jurídico: expondo-se, porém, à réplica de prosseguir uma teoria do direito nem geral (válida para todo direito), nem cognitiva (não normativa: HART, 1994). As teses Dworkin foram reformuladas por Alexy e por Nino em relação à conexão necessária entre direito e moral nos Estados constitucionais (seção 2): tese que o subscritor reputa autocontraditória, porque uma conexão que vale somente para os Estados constitucionais não é absolutamente necessária (BARBERIS, 2003 b e 2005).

A virtude principal do neoconstitucionalismo, em relação ao juspositivismo tradicional, consiste ao contrário na atenção dirigida à constitucionalização do direito: onde 'constitucionalização' indica o processo, enfatizado pela afirmação de rigidez constitucional e controle de legitimidade constitucional das leis, que leva a completude do direito a ser invadida por princípios e valores constitucionais. É essa a noção de constitucionalização elaborada por Guastini (GUASTINI, 1998): o qual, contudo, não se exprime em termos de neoconstitucionalismo, considerando esse último reduzível a uma das tantas formas de (neo)jusnaturalismo. Efetivamente, enquanto Pozzolo fala do neoconstitucionalismo sem dele compartilhar as teses, e Barberis a fim de demonstrar a autocontraditoriedade, Guastini nem fala sobre isso, considerando-o evidentemente um conceito inútil.

Contudo, o ceticismo de Guastini acerca da utilidade do conceito de neoconstitucionalismo não impediu outros notáveis da escola de Gênova - particularmente Comanducci e Mazzarese - de desenvolver minuciosas análises do termo 'neoconstitucionalismo': análises até muito minuciosas, ao invés disso, se considerarmos que o uso do próprio termo está decididamente não consolidado. Comanducci, especialmente, afirma que 'neoconstitucionalismo', como 'constitucionalismo', indicaria não só doutrinas, mas também instituições: assim correndo risco de confundir os dois conceitos, ou de tornar inútil o primeiro (COMANDUCCI, 2002; MAZZARESE, 2002). E mais, retirar justamente a ambigüidade e a indeterminação do 'neoconstitucionalismo' facilitaram o sucesso encontrado pelo conceito de neoconstitucionalismo na recente literatura italiana e espanhola.

Na Itália, com efeito, já são muitos os trabalhos dos estudiosos mais jovens que usam o conceito de neoconstitucionalismo, e o termo relativo, como se tratassem de igualmente dados adquiridos (BONGIOVANNI, 2000; AMENDOLA, 2003; GIORDANO, 2004, mas também, em uma resenha, FARALLI, 2001). Além dos mesmos Dworkin, Alexy e Nino, a qualificação dos neoconstitucionalistas é freqüentemente ampliada por, pelo menos, dois importantes autores italianos: Zagrebelsky já citado, docente de direito constitucional e Presidente da Corte constitucional italiana, mas também autor de *Il diritto mite* (ZAGREBELSKY, 1992), e, sobretudo, o Luigi Ferrajoli, teórico do direito muito conhecido também na América latina, e defensor de uma forma de

positivismo jurídico efetivamente muito próxima ao neoconstitucionalismo (FERRAJOLI, 1989).

Na Espanha, o atual sucesso da noção de neoconstitucionalismo deve-se a muitos fatores: antes de qualquer coisa, ao retorno da democracia, marcado pela constituição de 1978 e pela entrada em vigor, três anos depois, do Tribunal constitucional (LAPORTA, 2003); depois, à atenção dada pela nova filosofia do direito espanhol ao debate teórico-jurídico internacional, e especialmente às obras de Dworkin, Alexy e Nino; afinal, para uma reflexão sobre constitucionalismo, paralela e antes precedente à reflexão italiana sobre neoconstitucionalismo, exemplificada particularmente pelas obras de Luis Prieto como *Constitucionalismo y positivismo* (PRIETO, 1997). O sucesso da noção de neoconstitucionalismo, por último, foi consagrado pela cuidadosa antologia de Miguel Carbonell *Neoconstitucionalismo(s)* (CARBONELL, 2003).

Essa antologia pode ser considerada atualmente, talvez, o texto referencial em relação ao neoconstitucionalismo; junto aos trabalhos de autores que podemos chamar de neoconstitucionalistas, como Ferrajoli, Alexy e Alfonso Garcia, ou que são contíguos ao neoconstitucionalismo, como José Juan Moreso, Juan Carlos Bayón e Santiago Sastre, a antologia abriga também alguns textos dos inventores genoveses do neoconstitucionalismo: Guastini, Comanducci, Pozzolo e Barberis. Como os livros já citados, contudo, também nos textos compreendidos na antologia de Carbonell confirmam a tendência de dilatar excessivamente o conceito de neoconstitucionalismo: estendendo o seu uso pelas teorias das mesmas instituições teorizadas (POZZOLO, 2003). A essa tendência reagiremos na próxima sessão, operando uma redefinição do termo 'neoconstitucionalismo'.

2. Uma redefinição do conceito

Por 'neoconstitucionalismo', como já adiantamos, não deveriam ser entendidas nem doutrinas e nem instituições, como no caso de 'constitucionalismo', mas somente doutrinas: em especial a teoria ou doutrina do direito, intermediária ao jusnaturalismo e juspositivismo, pela qual entre direito e moral existiria uma interligação necessária, ainda que limitada aos Estados constitucionais. Segundo os neoconstitucionalistas, em outros termos, a tese juspositivista da separabilidade entre direito e moral valeria no máximo para o direito do Estado legislativo do século XIX: direito cuja fonte principal, se não única, era a lei. A mesma tese não valeria mais, ao contrário, para o Estado constitucional do século XX, onde não apenas a fonte principal do direito é a constituição, mas a totalidade do direito é constitucionalizada, refreada por princípios e valores constitucionais.

As constituições do século XX, segundo os neoconstitucionalistas, incorporariam a moral através das suas disposições de princípio (ALEXY, 1992); no Estado constitucional, de maneira especial, o direito injusto, discordando com a moral, não seria mais direito (válido), ao mesmo tempo em que contrastaria com a constituição e poderia ser anulado pelas Cortes constitucionais. Os neoconstitucionalistas tendem a apresentar o Estado constitucional como solução do milenar problema da justiça: os tradicionais parâmetros externos de justiça, através da constituição, se tornariam internos ao direito positivo do Estado constitucional (ZAGREBELSKY, 1992). Note-se que 'Estado constitucional' indica justamente as instituições as quais muitos se referem com o mesmo termo 'neoconstitucionalismo': termo, portanto, que pode ser reservado às simples doutrinas.

De fato, especialmente entre os teóricos, que se referem àquela inédita experiên-

cia constitucional que é a União Européia, são muito comuns os usos do termo 'neoconstitucionalismo', ou de locuções como 'novo constitucionalismo', para indicar as instituições do Estado constitucional em geral ou as instituições da União Européia especificamente (WEILER, 1999; MANCINI, 2000); e é provável que precisamente para esses usos da palavra pensem alguns, como Comanducci e Mazzarese, em termos de doutrinas *e* de instituições. Mas usos de 'neoconstitucionalismo' para indicar qualquer progresso recente do constitucionalismo são muito genéricos: dispõe-se de termos muito mais específicos - como 'Estado constitucional' - para indicar os mesmos progressos. Mesmo por isso 'neoconstitucionalismo' é usado aqui somente no significado de teoria ou doutrina.

O neoconstitucionalismo, nesse significado, propõe-se como uma alternativa mais atraente em relação ao jusnaturalismo e ao juspositivismo. Em relação ao jusnaturalismo, como já foi dito, o neoconstitucionalismo oferece uma solução positiva - a constituição, o Estado constitucional - ao antigo problema da lei injusta; em relação ao juspositivismo, o neoconstitucionalismo se apresenta como uma 'superação' da tese juspositivista da separabilidade entre direito e moral, a tese que seria válida no Estado legislativo, mas não no Estado constitucional. O neoconstitucionalismo, efetivamente, gira em torno da tese da conexão necessária entre direito e moral no Estado constitucional: tese que já implicitamente Dworkin, e explicitamente Alexy e Nino, prosseguem em relação a três diferentes problemas (NINO, 1999).

2.1. O *primeiro* problema é cognitivo, ou mais precisamente definitório, relativo à definição do direito: os neoconstitucionalistas prosseguem na tese da conexão *definitória* entre direito e moral nos Estados constitucionais. Afirmado igualmente, pelo menos em relação ao Estado constitucional, no qual a moral seria nesse momento incorporada na constituição, não se poderia mais distinguir entre direito e moral, sendo direito imoral oposto à constituição, e, portanto, não-direito. Essa tese definitória, desenvolvida por Alexy (ver ALEXY, 1997), pode, contudo, ser considerada verdadeira somente analiticamente, ou por definição: ou seja, somente sob a condição de definir o direito constitucionalizado em termos de moral. Nino defende uma tese diferente e mais plausível: poderiam ser dadas diversas definições do direito, algumas das quais reúnem, outras separam o direito da moral (NINO, 1999).

A tese da conexão *definitória* necessária entre direito e moral nos Estados constitucionais, todavia, poderia até parecer plausível (se não se tratasse de uma contradição em termos): o termo 'direito' em relação aos Estados constitucionais, deveria necessariamente definir-se em alusão à moral incorporada nas constituições: o direito constitucionalizado seria necessariamente interligado à moral, reivindicaria uma pretensão de correção moral e cessaria de ser direito em caso de graves violações da moral (ver ALEXY, 1992). Exceto que, tudo aquilo que existe de premente, ou analítico, ou necessário nessa tese é somente o que se define 'direito' assim, *por conseguinte* todas essas conseqüências seguem-no por definição; mas, como admite o próprio Nino, nada e ninguém podem nos obrigar a definir 'direito' exatamente assim.

Além disso, não é absolutamente óbvio que nos Estados constitucionais a moral seja incorporada no direito: a incorporação, efetivamente, é admitida pelo juspositivismo inclusivo, mas negada pelo juspositivismo exclusivo (ESCUDERO, 2004). O subscritor, baseando-se em uma velha ob-

servação do teórico institucionalista Santi Romano, sustenta que não se trata absolutamente de incorporação, mas de simples restituição do direito à moral: o direito positivo pode contingentemente reconduzir à moral, mas não se confunde por isso com ela (BARBERIS, 2005). Restituía à moral já o direito do Estado legislativo do século XIX, através das assim chamadas cláusulas gerais (*Generalklauseln*); que o direito do Estado constitucional restitua à moral através dos princípios constitucionais, na sua essência, não introduz nenhuma diferença qualitativa entre Estado legislativo e Estado constitucional.

2.2 O *segundo* problema é normativo, o mais precisamente *justificativo*, e é relativo à justificação da aplicação (por parte dos juízes) e da obediência (por parte dos cidadãos) ao direito: os neoconstitucionalistas prosseguem na tese da conexão *justificativa* necessária entre direito e moral nos Estados constitucionais. No Estado constitucional, a aplicação do e a obediência ao direito positivo seriam devidas somente se ele for idêntico à constituição, ou melhor, à moral incorporada na constituição; pelo assim chamado Teorema fundamental de Nino, efetivamente, somente a moral, em última instância, poderia justificar ações ou decisões jurídicas (NINO, 1993). Nino fala sobre esse propósito de imperialismo da moral: o direito poderia exigir aplicação e obediência não nessa tal qualidade, mas somente se conformado à moral (NINO, 1999).

A tese neoconstitucionalista da conexão justificativa necessária entre direito e moral nos Estados constitucionais parece plausível, e antes suscetível de receber formulações mais radicais. Efetivamente, o direito positivo *é* moralmente justificado somente se conformado à moral: sem nenhuma diferença entre Estados legislativos e Estados constitucionais. Se há aqui uma conexão justificativa necessária, essa vale para qualquer direito, produzido em qualquer Estado: justamente como pretendia, desde sempre, o jusnaturalismo sem outras qualificações. Na realidade - como observou por último Bulygin (BULYGIN, 2000), mas como já havia admitido o próprio Alexy (ALEXY, 1992) - não existem conexões justificativas necessárias: as únicas conexões necessárias são definitórias. Os neoconstitucionalistas prosseguem somente teses justificativas mais ou menos plausíveis, não decerto analíticas verdadeiras.

2.3. O *terceiro* problema é interpretativo, relativo à atribuição de significados às disposições jurídicas; os neoconstitucionalistas sustentam a tese da conexão *interpretativa* necessária: o direito constitucionalizado deveria necessariamente ser interpretado em conformidade com a moral. É esse o conteúdo de várias doutrinas de Dworkin, em particular das teses do direito como interpretação (*law as interpretation*), da única resposta correta (*one right answer*) e da interpretação moral (*moral reading*) da constituição. O direito, para Dworkin, consiste em atividade de interpretação, como investigação da única solução juridicamente e moralmente correta; entre os vários significados lingüísticos e jurídicos atribuíveis a uma disposição, ou seja, deveria ser necessariamente escolhido o significado juridicamente e moralmente mais justo (DWORKIN, 1977 e 1986).

A tese da conexão interpretativa necessária entre direito constitucionalizado e moral - as disposições jurídicas poderiam cada vez mais exprimir diferentes normas, como admite até Dworkin, mas entre essas os juristas e os juízes deveriam necessariamente escolher a ou as normas mais idênticas à moral - é talvez a menos plausível das três. Na realidade, mesmo a tese

da conexão interpretativa necessária, longe de ser analítica, é simplesmente uma tese normativa: tese muito óbvia do ponto de vista moral, mas igualmente opinável do ponto de vista jurídico. Do ponto de vista moral, é totalmente óbvio que mesmo a interpretação, como o resto do direito, deva perseguir a justiça; e é verdade que o Estado constitucional oferece aos juristas e aos juízes instrumentos para persegui-la muito mais eficazes do que o Estado legislativo.

Permanece, porém, o fato que, mesmo no Estado constitucional, juristas e juízes devem aplicar o direito, não a justiça; quando a Corte constitucional anula uma lei injusta, não a anula na qualidade de injusta - o controle de legitimidade, ou seja, não se transforma em um controle de justiça - mas porque inconstitucional. As constituições, por sua vez, remetem a princípios e valores morais, de modo que controlem mais dificilmente algumas leis disposições injustas; mas a injustiça de uma disposição constitucional não é absolutamente excluída: pode até acontecer que o juiz constitucional deva anular leis justas com base em disposições constitucionais injustas. O Estado constitucional pode ser somente um *aperfeiçoamento imperfeito* do Estado legislativo: não exatamente a solução definitiva do secular problema da injustiça das leis (BARBERIS, 2005).

Mesmo se baseando na redefinição aqui proposta - como na base das definições habituais - o neoconstitucionalismo aparece como uma noção nada unívoca: existem aqui grandes diferenças, de fato, entre os seus três principais notáveis - Dworkin, Alexy, Nino - e diferenças ainda maiores se considerarmos outros notáveis como Zagrebelsky e Ferrajoli. Por outro lado, essas diferenças não são maiores que as diferenças que acontecem, respectivamente, entre os expoentes do jusnaturalismo ou do juspositivismo: todos os termos que terminam em "...ismo" são de maneira especial expostos ao risco da indeterminação combinatória (BARBERIS, 2005). O neoconstitucionalismo poderia ser somente uma família de doutrinas concordadas entre elas por teses (não comuns a todas, mas) simplesmente aparentadas, apresentando meras semelhanças de família (*family resemblances*).

A mesma tese da conexão necessária entre direito e moral nos Estados constitucionais apresenta formulações sensivelmente diferentes nos diversos autores; e formulações ainda mais diferentes apresentam três sub-teses que já vimos especificar a primeira tese: as (sub)teses da conexão necessária respectivamente definitória, justificativa e interpretativa. Que nenhuma dessas três sub-teses específicas do neoconstitucionalismo seja sustentável, como de resto é insustentável também a tese genérica (BARBERIS, 2005), não é, contudo, uma razão para excluir a utilidade da noção de neoconstitucionalismo: essa poderia convir, em última hipótese, para indicar uma série de erros. Como veremos na próxima e conclusiva seção, efetivamente, se o neoconstitucionalismo é importante não o é tanto pelas teses que sustenta, quanto pelos problemas que levanta.

3. A importância do Neoconstitucionalismo.

A maior parte das teses neoconstitucionalistas, como já foi visto, não é somente errada, mas desastrosamente errada: e desse ponto de vista entende-se - mas não se justifica - que muitos se recusem falar de neoconstitucionalismo, assimilando-o ao jusnaturalismo, como faz Guastini, ou ao juspositivismo, como faz Moreso (ver MORESO, 2001). A importância do neoconstitucionalismo, todavia, não consiste absolutamente nas teses que sustenta, mas nos problemas que levanta: que são, pois,

os problemas principais do direito contemporâneo. Que algo de semelhante ao neoconstitucionalismo não tenha sido ainda destacado na teoria do direito de língua inglesa, desse ponto de vista, depende principalmente da subestimação ou da simples ignorância, típica de grande parte da *jurisprudence*, em especial a americana, por tudo o que não esteja escrito em inglês.

Este comportamento chauvinista e de fundo provinciano nos confrontos da teoria do direito não anglófona é ainda mais injustificável em teóricos do direito *liberal* como Dworkin. Mesmo sendo considerado o iniciador do neoconstitucionalismo, e ainda tendo repetidamente cortejado as filosofias hermenêuticas continentais, Dworkin declara que se interessa somente pelo direito anglo-americano, ou melhor, da *jurisprudence* inglesa ou americana: justamente aquilo que fazem comumente os seus colegas de língua inglesa, sem afirmá-lo e repetidamente sem nem mesmo sabê-lo. Apesar disso, continuando, aqui serão sinalizados os três problemas típicos do neoconstitucionalismo, e que exemplificam a sua importância: o problema dos princípios e da sua distinção das regras; o problema da ponderação entre princípios constitucionais; o problema dos direitos.

3.1. O problema da *distinção entre regras e princípios* é relativo à nova apreciação - operada por Dworkin ignorando toda a literatura continental sobre princípios, e logo abandonando a distinção - de um tipo de norma diferente das regras da tradição juspositivista: os princípios, exatamente. Com o termo 'princípio', no debate moderno, nos referimos principalmente a três tipos de norma: os princípios gerais (e abstratos) da doutrina europeu-continental, deduzidos por universalização de normas positivas menos gerais e abstratas; os princípios de decisão (ou *rationes decidendi)* da jurisprudência de *common law*, deduzidos por universalização das decisões particulares e concretas dos juízes anglo-americanos; os princípios constitucionais, expressos nos documentos constitucionais ou elaborados pela jurisprudência constitucional (BARBERIS, 2005).

Admitindo que todas as normas sejam enunciados condicionais da forma 'se x então y' - se verificarmos o caso x, então deve seguir a conseqüência y - qual é a diferença entre regras (*rules)* e princípios (*principles)*? A distinção originária de Dworkin, mas também as distinções consecutivas de Alexy, Manuel Atienza e Juan Ruiz Manero (ATIENZA, RUIZ MANERO, 1996) são baseadas nas variantes do critério da defectibilidade *defeasibility*: denomina-se defectível uma norma pela qual, mesmo se verificando o caso x, não lhe segue a conseqüência y, em conseqüência da verificação de exceções implícitas, não previstas, e especialmente de conflitos com outros princípios. Os princípios seriam distinguidos pelas regras justamente na qualidade de defectíveis: verificando-se o caso, não o seguiria necessariamente a conseqüência, porque um princípio pode sempre conflitar com outros.

Na realidade, o critério da defectibilidade não funciona, como deixa pensar o próprio tácito abandono, por parte de Dworkin, da distinção regras/princípios: as regras, de fato, podem ser igualmente defectíveis como os princípios (GUASTINI, 2004). Concentrando-se nos princípios, regras e defectibilidade, todavia, a discussão de teoria da norma iniciada pelo neoconstitucionalismo foi cada vez mais se desenvolvendo na direção da teoria da interpretação e da argumentação, principalmente constitucional. Em especial, da idéia neoconstitucionalista que os princípios podem sempre conflitar entre si, desenvolveu-se a teoria do balanceamento ou da ponderação

dos princípios: ou seja, análise da técnica, elaborada principalmente pelo Tribunal constitucional alemão, através dos quais os juízes constitucionais escolhem o princípio para aplicar ao caso.

Veremos no próximo ponto do que se trata; aqui é necessário ainda expor algo sobre o problema da distinção regras/princípios. A falência do critério da defectibilidade, nas versões tanto de Dworkin quanto dos seus seguidores, abriu o caminho para critérios distintivos mais frágeis: hoje muitos, como Prieto, pensam que podem ser dados somente critérios distintivos quantitativos, e não qualitativos, de modo que poderia bem acontecer o caso que uma mesma norma fosse considerada uma regra ou um princípio. Talvez, porém, seja necessário ainda considerar pelo menos o seguinte critério, mais forte: as regras são normas prescritivas, que regulam diretamente o comportamento; os princípios são normas avaliadoras, que não regulam o comportamento diretamente, mas só indiretamente, através das regras justificáveis baseadas nos próprios princípios (REDONDO, 2005; BARBERIS, 2005).

3.2. O problema de *balanceamento* (*ou ponderação*) dos princípios, geralmente ressalta o confronto entre dois princípios a fim de estabelecer de qual deles deve ser extraída a regra que decide um caso; o balanceamento ou ponderação constitucional, especialmente, consiste no confronto entre dois ou mais princípios constitucionais a fim de estabelecer qual deles deve exercer o papel de parâmetro de legitimidade constitucional de uma lei submetida a controle. O equilíbrio do qual se ocuparam imensamente na doutrina constitucional e na teoria do direito recente, não somente neoconstitucionalista, permite um confronto entre pelo menos cinco normas: dois princípios constitucionais, confrontados para estabelecer qual deve exercer o papel de parâmetro de constitucionalidade de uma lei; duas regras do caso, justificáveis com base nos dois diferentes princípios; a própria lei objeto de controle de constitucionalidade.

Na tradicional teoria do direito juspositivista, o equilíbrio deveria ser tratado sob a denominação das antinomias entre normas: em especial, como antinomia entre princípios constitucionais. O problema é, porém, que no conflito entre princípios não se aplicam os critérios habituais para a solução das antinomias: não o critério hierárquico, como os dois princípios têm ambos grau constitucional; não o critério cronológico, como os dois princípios são coetâneos; não o critério de especialidade, afinal, como - para usar o léxico de Ross (1958) - não se trata de antinomia total-parcial, que permite estabelecer entre os dois princípios uma relação da regra a exceção, mas de antinomia parcial-parcial, que permite somente estabelecer entre os dois princípios uma hierarquia de valor, ou axiológica, estabelecendo qual dos dois tenha maior peso ou importância (GUASTINI, 2004).

Certamente, a Corte poderia estabelecer uma hierarquia axiológica *fixa* entre os dois princípios, decidindo de uma vez por todas qual das duas deva prevalecer (MORESO, 2002); mas as Cortes, geralmente, se limitam em estabelecer uma hierarquia axiológica *móvel*, decidindo qual dos dois deva prevalecer somente caso a caso (GUASTINI, 2001): em um caso poderia prevalecer o primeiro princípio, em um outro caso o segundo. Para os críticos do balanceamento, esse modo de proceder serviria para as Cortes somente para 'ter suas mãos livres': os juízes não se vinculariam a uma hierarquia estável entre os princípios constitucionais, a fim de permanecer árbitros de decidir caso a caso. Contudo,

pelo menos no controle de legitimidade constitucional centralizado, 'caso a caso' significa, não 'caso a caso *específico'*, mas 'caso a caso *genérico'*: a Corte não decide sobre fatos, como os juízes de mérito, mas sobre normas gerais e abstratas.

Além disso, se os princípios remetem a valores morais, não parece possível evitar o balanceamento caso a caso: segunda a teoria (meta)ética chamada pluralismo ético, e defendida por Isaiah Berlin e Bernard Williams, os últimos valores morais, cujos princípios recuperam, não se prestam a hierarquias estáveis (BIN, 1992; CELANO, 2002). De qualquer modo, tanto os neoconstitucionalistas, e em especial Alexy, têm freqüentemente sustentado que o equilíbrio seja uma técnica interpretativa e argumentativa alternativa à subsunção: enquanto a subsunção extrai de uma regra geral e abstrata a regra particular e concreta que decide o caso, o equilíbrio escolhe o princípio aplicável. Mas, como atualmente admite o próprio Alexy, equilíbrio e subsunção não são absolutamente incompatíveis e alternativos: ao contrário, trata-se de raciocínios compatíveis e complementares.

A subsunção intervém no raciocínio do juiz - principalmente ordinário, mas até constitucional, - mais vezes, antes ou depois do equilíbrio: em primeiro lugar, o juiz (ordinário) procura regra sob cujo caso poderia ser subsumido, encontrando freqüentemente mais de uma, justificáveis com base em diversos princípios; depois, o juiz (ordinário) aplica ao caso a regra justificável com base no princípio vencedor do equilíbrio (PRIETO, 2003). O equilíbrio, ao invés, intervém no raciocínio do juiz - principalmente constitucional, mas também ordinário - na fase intermediária às duas fases de subsunção: o juiz escolhe entre os princípios que justificam a aplicação de diversas regras (ALEXY, 2003 a, 2003 b). A diferença de quanto Alexy defendia originariamente, pois, subsunção e equilíbrio não parecem absolutamente se excluir alternadamente.

3.3. O problema dos *direitos* – especialmente, dos direitos constitucionais (MAZZARESE, 2003) - é na verdade um emaranhado de problemas, que o juspositivismo sempre teve dificuldade para resolver. Se pensarmos nos direitos do homem, ou humanos, declarados nas constituições; a tentativa juspositivista de reduzi-los às mesmas normas constitucionais positivas, como mero produto delas, desencontra-se com o notório fato que os direitos humanos são sempre declarados, não colocados, e que, na jurisprudência das Cortes internacionais e constitucionais, não existe um catálogo fechado de direitos fundamentais, mas somente catálogos mais ou menos abertos, e, todavia, sempre extensíveis por meio da interpretação. Ainda para sair das dificuldades encontradas pelo juspositivismo, os neoconstitucionalistas elaboraram teorias dinâmicas dos direitos morais, como razões para produzir normas e direitos jurídicos.

A partir de Dworkin (DWORKIN, 1977) - mas comparando também o juspositivista Joseph Raz (RAZ, 1986) - os neoconstitucionalistas conceberam os direitos como razões morais justificadoras de normas jurídicas: assim invertendo a relação entre normas e direitos típico do juspositivismo. As tradicionais teorias juspositivistas, inspiradas na tabela dos oito conceitos jurídicos fundamentais e à assim chamada tese da correlatividade entre direitos e obrigações de Wesley Hohfeld eram estáticas, faziam dos direitos o produto de normas jurídicas: teríamos um direito humano somente quando uma carta internacional ou constitucional dispusesse as obrigações correlativas ao direito. As

modernas teorias dos direitos, tanto neoconstitucionalistas quanto neo-juspositivistas, são ao contrário dinâmicas: fazem dos direitos morais as razões de normas e obrigações jurídicas.

Os direitos morais, em outras palavras, funcionariam dinamicamente como razões ou valores últimos para produzir uma série não finita, ou precisamente infinita, de normas e obrigações jurídicas correspondentes (ver ainda RAZ, 1986): o que explicaria e justificaria junto aos fatos como a mera declaração de direitos pré-existentes, o ausente encerramento dos vários catálogos dos direitos, e até a inflação dos direitos característica do discurso jurídico moderno. Na realidade, o recurso a direitos morais típicos do neoconstitucionalismo não soluciona o problema da natureza dos direitos, mas somente o desloca: também os direitos morais, de fato, podem ser concebidos, estaticamente, como o produto de normas, não jurídicas mais morais. Por outro lado, o juspositivismo, como teoria da separabilidade entre direito e moral, não tem necessidade de negar os direitos morais: basta distingui-los dos direitos jurídicos.

Por esse ponto de vista, uma teoria juspositivista dos direitos pode não só aceitar a distinção entre direitos morais e direito jurídicos, mas também fazer justamente o ponto de vista dinâmico típico da teoria neo-constitucionalista: em especial, pode ocupar-se dos processos de reconhecimento, ou melhor, de elaboração - doutrinal, judicial, legislativa, constitucional e internacional - dos direitos morais (BOBBIO, 1990). Como teoria (cognitiva) dos direitos, o juspositivismo não tem dificuldade de aceitar a idéia que direitos e razões morais tornem-se, dinamicamente, direitos e razões jurídicos, uma vez que aceitos na lei, constituições e tratados internacionais; a única coisa que o juspositivismo não pode aceitar é a confusão entre direitos morais e jurídicos e, antes ainda, a confusão entre teoria (cognitiva) e doutrina (normativa) dos direitos, típica do neoconstitucionalismo.

Uma teoria (cognitiva) juspositivista dos direitos, além disso, pode desviar-se do *wishful thinking* das doutrinas neoconstitucionalistas acerca da harmonização e não contraditoriedade dos direitos fundamentais (FERRAJOLI, 2001 e COMANDUCCI, 2002-2003). Sempre a partir de Dworkin, e com base na teoria metaética chamada monismo ético, os neoconstitucionalistas consideram de fato que os direitos morais, ou humanos, ou fundamentais, sejam entre eles harmônicos: ou, pelo menos, que eles assim se podem tornar através da interpretação (DWORKIN, 2001). Como sugere, ao contrário, polemizando com Dworkin, o já citado Williams, em base da teoria metaética chamada pluralismo ético os direitos morais, ou humanos, ou fundamentais, não são necessariamente harmônicos: a mesma interpretação, se é capaz de torná-los compatíveis, é capaz também de torná-los incompatíveis (WILLIAMS, 2001).

Essa sintética análise dos três principais problemas discutidos pelo neoconstitucionalismo permite talvez originar pelo menos três conclusões provisórias. A *primeira* conclusão é que os neoconstitucionalistas propuseram freqüentemente soluções insatisfatórias: mais insatisfatórias, pelo menos, das soluções propostas pelos teóricos juspositivistas a fim de responder ao desafio do próprio neoconstitucionalismo. A segunda conclusão é que os neoconstitucionalistas tiveram o mérito de levantar problemas importantes, forçando a tradicional teoria juspositivista a atualizar-se e a afinar-se. A terceira conclusão - última, mas não menos importante - é que a

despeito de falar de neoconstitucionalismo seja e permaneça problemático, como já foi visto, apesar de tudo, existe realmente alguma coisa que esperava somente ser chamado com esse nome: ou até - por que não? - com um nome melhor se alguém o encontrar.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert (1987), Rechtssystem und praktischen Vernunft. *Rechtstheorie*, 18, p. (?).

ALEXY, Robert (1997), *Begriff und Geltung des Rechts* (1992), trad. it. *Concetto e validità del diritto*, Torino, Einaudi.

ALEXY, Robert (2003a), Constitutional Rights, Balancing, and Rationality, *Ratio iuris*, 16, 2, p. 131-140.

ALEXY, Robert (2003b), On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison, *Ratio iuris*, 16, 4, p. 195-205.

AMENDOLA, Adalgiso (2003), *I confini del diritto. La crisi della sovranità e l'autonomia del giuridico*, Napoli, Esi.

ATIENZA, Manuel, RUIZ MANERO, Juan (1996), *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Barcelona, Ariel.

BARBERIS, Mauro (2000), *Filosofia del diritto. Un'introduzione storica*, Bologna, Il Mulino.

BARBERIS, Mauro (2003a), *Filosofia del diritto. Un'introduzione teorica*, Torino, Giappichelli.

BARBERIS, Mauro (2003b), *Diritto com'è/ come deve essere. Hart, Dworkin e la teoria del diritto*, in "Ragion pratica", 21, pp. 325-345.

BARBERIS, Mauro (2004), *Breve storia della filosofia del diritto*, Bologna, Il Mulino.

BARBERIS, Mauro (2005), *Filosofia del diritto. Un'introduzione teorica* (2003), seconda edizione, Torino, Giappichelli.

BIN, Roberto (1992), *Diritti e argomentii. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, Giuffrè.

BOBBIO, Norberto (1990), *L'età dei diritti*, Torino, Einaudi.

CARBONELL, Miguel (edición de) (2003), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta.

CELANO, Bruno (2002), *Come deve essere la disciplina costituzionale dei diritti?*, in S. Pozzolo (a cura di), *La legge e i diritti*, Torino, Giappichelli, p. 89-124.

COMANDUCCI, Paolo (2002), *Forme di (neo)costituzionalismo: una ricognizione metateorica*, MAZZARESE, 2002, p. 71-94.

COMANDUCCI, Paolo (2002-2003), Problemi di compatibilità fra diritti fondamentali, *Analisi e diritto*, 2002-2003, p. 317-330.

CRUZ, Luis (2005), *La constitución como orden de valores. Problemas jurídicos y políticos. Un estudio sobre los orígenes del neoconstitucionalismo*, Granada, Comares.

DREIER, Ralf (1991), Konstitutionalismus und Legalismus. Zwei Arten juristischen Denkens im demokratischen Verfassungstaat, in *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, Beiheft 40, p. (?).

DWORKIN, Ronald (1977), *Taking Rights Seriously*, Harvard U. P., Cambridge (Mass.).

DWORKIN, Ronald (1986), *Law's Empire*, Harvard U. P., Cambridge (Mass.).

DWORKIN, Ronald (2001), Do Liberal Values Conflict?, in LILLA, Mark, DWORKIN, Ronald, SILVERS, Robert (eds.), *The Legacy of Isaiah Berlin*, New York, New York Review Book, p. 73-90.

ESCUDERO, Rafael (2004), *Los calificativos del positivismo jurídico. El debate sobre la incorporación de la moral*, Madrid, Civitas.

FARALLI, Carla (2001), *La filosofia giuridica dei nostri giorni*, appendice di aggiornamento a G. Fassò, *Storia della filosofia del diritto* (1966-1970), Roma-Bari, Laterza, p. 318-423.

FERRAJOLI, Luigi (1989), *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, Laterza.

FERRAJOLI, Luigi (2001), *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, Roma-Bari, Laterza.

GIORDANO, Valeria, *Il positivismo e la sfida dei princìpi*, Napoli, Esi, 2004.

GUASTINI, Riccardo (1998), La "costituzionalizzazione" dell'ordinamento giuridico italiano, *Ragion pratica*, 11, p. 185-206.

GUASTINI, Riccardo (2001), *Lezioni di teoria costituzionale*, Torino, Giappichelli.

GUASTINI, Riccardo (2004), *L'interpretazione dei documenti normativi*, Milano, Giuffrè.

HART, Herbert, *Postscript* (1994) a Id., *The Concept of Law* (1961), ed. P. Bullock, J. Raz, Oxford, Clarendon, p. 238-276.

LAPORTA, Francisco (2003), (edición a cargo de), *Constitución: problemas filosoficos*, Madrid, Centro de estudios políticos y constitucionales.

MANCINI, Giuseppe Federico (2000), *Democracy and Constitutionalism in the European Union. Collected Essays*, Oxford, Hart.
MAZZARESE, Tecla (2002), (a cura di), *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*, Torino, Giappichelli.
MORESO, José Juan (2001), *In Defence of Inclusive Legal Positivism*, in Chiassoni, Pierluigi (ed.), *The Legal Ought*, Giappichelli, Torino, p. 37-64.
MORESO, José Juan (2002), Conflitti fra princìpi costituzionali, *Ragion pratica*, 18, p. 201-222.
NINO, Carlos (1993), Una breve nota sulla struttura del ragionamento pratico, *Ragion pratica*, 1, p. 32-37.
NINO, Carlos (1999), *Derecho, moral y política* (1994), trad. it. *Il diritto come morale applicata*, Milano, Giuffrè.
POZZOLO, Susanna (1997), La especifidad de la interpretación constitucional, in *Doxa*, 21, vol. II, p. 339-353.
POZZOLO, Susanna (2001), *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, Giappichelli, Torino.
POZZOLO, Susanna (2003), Metacritica del neocostituzionalismo. Una risposta ai critici di *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, *Diritto & questioni pubbliche*, 3, p. 51-70.
PRIETO, Luis (1997), *Constitucionalismo y positivismo*, México, Fontamara.
PRIETO, Luis, *El juicio de ponderación constitucional* (2003), in LAPORTA, Francisco (edición a cargo de) (2003), *Constitución: problemas filosoficos*, cit., p. 221-252.
RAZ, Joseph (1986), *The Morality of Freedom*, Oxford, Clarendon.
REDONDO, Maria Cristina (2005), Legal Reasons: Between Universalism and Particularism, *Journal of moral philosophy*, 2.1, p. 47-68.
ROSS, Alf (1958), *On Law and Justice*, London, Stevens.
WEILER, J. H. H. (1999), *The Constitution of Europe*, Cambridge, Cambridge University Press.
WILLIAMS, Bernard (2001), Liberalism and Loss, in LILLA, Mark, DWORKIN, Ronald, SILVERS, Robert (eds.), *The Legacy of Isaiah Berlin*, cit., p. 91-104
ZAGREBELSKY, Gustavo (1992), *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, Torino, Einaudi.