

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

Eduardo de Oliveira Valory

Constitucionalismo e Neoconstitucionalismo Brasileiro:
O “anticonstitucionalismo” do Neoconstitucionalismo Brasileiro

Porto Alegre
2021

EDUARDO DE OLIVEIRA VALORY

Constitucionalismo e Neoconstitucionalismo Brasileiro:
O “anticonstitucionalismo” do Neoconstitucionalismo Brasileiro

Eduardo de Oliveira Valory

Tese de doutoramento apresentada
como requisito parcial para a obtenção
do grau de Doutor em Direito pelo
Programa de Pós-Graduação em
Direito, da Universidade Federal do
Rio Grande do Sul.

Orientador: Prof. Dr. Luís Fernando
Barzotto.

Porto Alegre
2021

Eduardo de Oliveira Valory

CONSTITUCIONALISMO E NEOCONSTITUCIONALISMO
BRASILEIRO:
O “ANTICONSTITUCIONALISMO” DO
NEOCONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO

Tese de doutoramento apresentada
como requisito parcial para a obtenção
do grau de Doutor em Direito pelo
Programa de Pós-Graduação em
Direito, da Universidade Federal do
Rio Grande do Sul.

Aprovada em _____ de _____ de _____.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Luís Fernando Barzotto – PPGD-UFRGS
(orientador)

Prof. Dr. Elton Somensi de Oliveira – PUC-RS

Prof. Dr. Marcello Raposo Ciotola – UERJ

Prof. Dr. Marcelo Schenk Duque – PPGD-UFRGS

Prof. Dr. Rafael de Freitas Valle Dresch – PPGD-UFRGS

CIP - Catalogação na Publicação

de Oliveira Valory, Eduardo
Constitucionalismo e Neoconstitucionalismo
Brasileiro: O "anticonstitucionalismo" do
Neoconstitucionalismo Brasileiro / Eduardo de Oliveira
Valory. -- 2021.
823 f.
Orientador: Luis Fernando Barzotto.

Tese (Doutorado) -- Universidade Federal do Rio
Grande do Sul, Faculdade de Direito, Programa de
Pós-Graduação em Direito, Porto Alegre, BR-RS, 2021.

1. Constitucionalismo. 2. Neoconstitucionalismo. 3.
Liberalismo. 4. Antiliberalismo. 5. República. I.
Fernando Barzotto, Luis, orient. II. Título.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a meus pais por me possibilitarem, mais uma vez, os meios para a realização de meus estudos.

À Renata Marian, minha amada namorada, agradeço pela compreensão diante de minhas ausências e, principalmente, por todo o apoio ao longo desta etapa cansativa.

Ao Prof. Luís Fernando Barzotto, agora meu amigo, agradeço por ter aceitado orientar-me, mesmo sabendo de nossas divergências intelectuais. Como pudemos concluir ao fim dos trabalhos, as ideias que nós compartilhamos são bem mais numerosas do que as ideias que nos diferenciam.

Aos Profs. Marcello Ciotola e Alberto Oliva, meus mestres e amigos, devo um agradecimento especial. Este doutoramento, em boa medida, deveu-se à confiança e aos incentivos constantes dos Profs. Ciotola e Oliva.

Aos amigos da U.F.R.G.S., além da revigorante troca de ideias, agradeço pelo cordial acolhimento que tive nesta minha nova casa, o Rio Grande do Sul.

Ao Daniel Leal Sá, meu amigo de graduação em Direito, agradeço pelo companheirismo durante todo esse trajeto.

“Todo aquele que usa a força sem direito, como acontece na sociedade cada vez que um homem recorre à força sem o apoio da lei, coloca-se num estado de guerra face àqueles contra quem a emprega; e nesse estado todos os vínculos anteriores são desfeitos, todos os outros direitos cessam e cada um tem o direito de se defender e de resistir ao agressor”. (LOCKE, John. Dois Tratados do Governo Civil. Tra. de Miguel Morgado. Lisboa: Edições 70, 2012, p. 383).

RESUMO

Na Teoria Constitucional brasileira atual predomina um pensamento jurídico principialista, o qual, dentre outras intitulações, denomina-se Neoconstitucionalismo Brasileiro. Na qualidade de um Moralismo Jurídico alinhado à ideologia política de certa esquerda, o Neoconstitucionalismo Brasileiro disseminou um conjunto de ideias que, a partir de sua influência nos juízes, tem redefinido as concepções jurídicas tradicionais ao Direito brasileiro. Diante desse fato, o objetivo deste estudo é demonstrar o caráter “anticonstitucional” do pensamento jurídico desenvolvido pelo Neoconstitucionalismo Brasileiro. Como será analisado, as ideias político-jurídicas essenciais do Neoconstitucionalismo Brasileiro representam a negação, deliberada e sistemática, das ideias político-jurídicas essenciais do Constitucionalismo, a concepção constitucional adotada pela Constituição Federal de 1988. Portanto, este trabalho revela que o pensamento jurídico do Neoconstitucionalismo Brasileiro promove uma verdadeira “revolução silenciosa” no Brasil. Por ser um estudo de Teoria da Constituição, esta investigação será realizada por meio da confrontação do tipo-ideal da concepção constitucional do Constitucionalismo, com o tipo-ideal da concepção constitucional do Neoconstitucionalismo Brasileiro. Em razão de exigências metodológicas, as análises aqui empreendidas terão como eixo as concepções de Constituição, de Direito e de jurisdição propugnadas pelo Constitucionalismo e pelo Neoconstitucionalismo Brasileiro.

Palavras-chave: Constitucionalismo; Neoconstitucionalismo; Liberalismo; Antiliberalismo; República; Autocracia; Revolução Silenciosa.

ABSTRACT

In the current Brazilian Constitutional Theory prevails a principialist legal thought, which, among other titles, is called Brazilian Neoconstitutionalism. As a Legal Moralism aligned with the political ideology of certain left-wing beliefs, Brazilian Neoconstitutionalism disseminated a set of ideas that, from its influence on judges, have redefined the traditional legal conceptions of Brazilian Law. That said, the objective of this study is to demonstrate the “anti-constitutional” character of the legal thinking developed by Brazilian Neoconstitutionalism. As will be exposed, the essential political-legal ideas of Brazilian Neoconstitutionalism represent the deliberate and systematic denial of the essential political-legal ideas of Constitutionalism, the constitutional conception adopted by the Federal Constitution of 1988. Therefore, this work reveals that the legal thinking of Brazilian Neoconstitutionalism promotes a true “silent revolution” in Brazil. Being a study of Constitutional Theory, this investigation will be carried out by confronting the ideal-type of the constitutional conception of Constitutionalism, with the ideal-type of the constitutional conception of Brazilian Neoconstitutionalism. Due to methodological requirements, the analyzes undertaken here will focus on the conceptions of Constitution, Law and jurisdiction advocated by Constitutionalism and Brazilian Neoconstitutionalism.

Keywords: Constitutionalism; Neoconstitutionalism; Liberalism; Antiliberalism; Republic; Autocracy; Silent Revolution.

Sumário

1	INTRODUÇÃO	12
2	O CONSTITUCIONALISMO	18
2.1	AS CONCEPÇÕES CONSTITUCIONAIS PRÉVIAS	18
2.1.1	Considerações conceituais preliminares	18
2.1.2	A concepção constitucional medieval	25
2.1.3	A concepção constitucional da Monarquia Absoluta	39
2.1.4	A crise constitucional da Monarquia Absoluta e o contexto do surgimento do Constitucionalismo	54
2.2	A CONCEPÇÃO LIBERAL-REPUBLICANA DE CONSTITUIÇÃO DO CONSTITUCIONALISMO	68
2.2.1	A forma da Constituição do Constitucionalismo	68
2.2.1.1	A Constituição como Lei Constitucional	68
2.2.1.2	A Lei Constitucional como Direito Constitucional	77
2.2.1.3	A rigidez da Lei Fundamental	79
2.2.2	O conteúdo da Constituição do Constitucionalismo	81
2.2.2.1	Os Direitos Individuais e a Constituição do Constitucionalismo	81
2.2.2.2	A ideia de soberania do Povo	84
2.2.2.3	Da Constituição Mista à divisão das funções do Governo: a ideia republicana	91
2.2.2.4	A República-Democrático-Representativa do Constitucionalismo	100
2.2.3	A essência da concepção de Constituição do Constitucionalismo	113
2.3	A CONCEPÇÃO LIBERAL-REPUBLICANA DE DIREITO DO CONSTITUCIONALISMO	118
2.3.1	A Lei Natural e a Tirania da Monarquia Absoluta	118
2.3.2	O estado de natureza e a necessidade de passagem para o Governo Civil	126
2.3.3	O “caráter demoníaco do poder político”, a Constituição do Constitucionalismo e a instituição de uma nova concepção de Direito	133
2.3.4	A concepção liberal-republicana de Direito: uma concepção formalista de Direito	141
2.3.5	Os Direitos Individuais e a concepção liberal-republicana de Direito	149
2.3.6	O autogoverno democrático-representativo, o consentimento dos governados e a concepção liberal-republicana de Direito	160
2.3.7	O Estado de Direito (“ <i>Rule of Law</i> ”) e a concepção liberal-republicana de Direito	172
2.4	A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL, SEGUNDO SEUS IDEALIZADORES	188
2.4.1	O Constitucionalismo e o controle jurisdicional do Governo	188
2.4.2	A Constituição do Constitucionalismo e a jurisdição constitucional	192
2.4.3	A “Revisão Judicial da Legislação”: o modelo americano de jurisdição constitucional	197
2.4.3.1	Panorama geral	197
2.4.3.2	<i>Sir</i> Edward Coke e a supremacia do <i>Common Law</i>	198
2.4.3.3	A recepção das ideias de Coke nas Colônias americanas	204
2.4.3.4	A Constituição Federal americana e o instituto da Revisão Judicial da Legislação	214
2.4.3.5	A decisão para o caso <i>Marbury v. Madison</i>	224
2.4.4	O Tribunal Constitucional como o “Guardião da Constituição”: o modelo kelseniano de Jurisdição Constitucional	233
2.4.4.1	A Jurisdição Constitucional na Europa	233
2.4.4.2	Kelsen e a Constituição como Direito Constitucional	237
2.4.4.3	O Tribunal Constitucional kelseniano	242
3	O NEOCONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO	258
3.1	O CONTEXTO DE SEU SURGIMENTO	258
3.1.1	Algumas considerações iniciais	258
3.1.2	A influência da Teoria Crítica do Direito	262
3.1.3	A influência do Neoconstitucionalismo Europeu	279
3.1.4	O projeto político do Neoconstitucionalismo Brasileiro	291
3.2	A CONCEPÇÃO DE CONSTITUIÇÃO DO NEOCONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO	293

3.2.1	O pano de fundo para a recepção do Neoconstitucionalismo Europeu: A tese da inefetividade do Direito Constitucional brasileiro.....	293
3.2.2	O “Constitucionalismo do Estado Social” como o abandono do “Constitucionalismo Liberal”.....	302
3.2.3	O Moralismo Jurídico e a “Doutrina da Leitura Moral da Constituição”.....	311
3.2.4	A concepção substancialista de Constituição do Neoconstitucionalismo Brasileiro.....	323
3.3	A CONCEPÇÃO SUBSTANCIALISTA DE DIREITO DO NEOCONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO.....	345
3.3.1	O “novo paradigma de Direito” do “Estado Social”: a concepção substancialista de Direito.....	345
3.3.2	O “modelo principalista de Direito”.....	352
3.3.3	A “concepção material de Estado de Direito”.....	370
3.3.4	A “concepção material de Democracia”.....	385
3.4	A JURISDIÇÃO NO NEOCONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO.....	394
3.4.1	A concepção substancialista de jurisdição.....	394
3.4.2	A função jurisdicional no “Estado Social”.....	402
3.4.3	A jurisdição constitucional, de acordo com o Neoconstitucionalismo Brasileiro.....	411
4	O NEOCONSTITUCIONALISMO COMO “ANTICONSTITUCIONALISMO”	428
4.1	ALGUMAS CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES.....	428
4.1.1	O Neoconstitucionalismo Brasileiro como movimento ideológico de política do Direito.....	428
4.1.2	O Positivismo Jurídico e o Neoconstitucionalismo Brasileiro.....	451
4.1.2.1	A incompreensão do Positivismo Jurídico Conceitual do século XX.....	451
4.1.2.2	Positivismo Jurídico, totalitarismo e autoritarismo: Nazismo e Positivismo?.....	459
4.1.2.3	O mito de uma tradição jurídica positivista no Brasil.....	470
4.1.2.4	O Neoconstitucionalismo Brasileiro como um pensamento jurídico antiformalista.....	473
4.2	O NEOCONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO E O CONSTITUCIONALISMO.....	477
4.2.1	O “Constitucionalismo Liberal” e o Constitucionalismo.....	477
4.2.2	As Constituições do Estado Social de Direito como Constituições do Constitucionalismo.....	502
4.2.2.1	O Neoconstitucionalismo Brasileiro e a Constituição do Estado Social de Direito.....	502
4.2.2.2	O Constitucionalismo da Constituição do Estado Social de Direito.....	514
4.2.2.3	A Constituição de 1988 e os equívocos do Neoconstitucionalismo Brasileiro.....	521
4.2.3	A concepção substancialista de Constituição como rejeição da Constituição do Constitucionalismo.....	531
4.2.3.1	O moralismo constitucional como “ <i>anticonstitucionalismo</i> ”.....	531
4.2.3.2	A “Doutrina da Ordem Objetiva de Valores” como o caminho para a “tirania dos valores”.....	539
4.3	O NEOCONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO E A DESTRUIÇÃO DO DIREITO LIBERAL-REPUBLICANO.....	564
4.3.1	A incompreensão da “Doutrina da Força Normativa da Constituição”.....	564
4.3.2	A eficácia jurídica dos Direitos Fundamentais e o Neoconstitucionalismo Brasileiro.....	573
4.3.2.1	O sentido dos Direitos Individuais.....	573
4.3.2.2	A “supereficácia” dos Direitos Fundamentais é incompatível com a liberdade individual.....	581
4.3.2.3	A “eficácia direta e imediata” dos Direitos Fundamentais nas relações privadas: a destruição do Direito Privado.....	585
4.3.2.4	Os Direitos Sociais prestacionais, como regra, não podem ter eficácia jurídica plena.....	596
4.3.2.5	A interpretação constitucionalista do art. 5º, § 1º, da Constituição Federal de 1988.....	608
4.3.3	A Tirania da “Democracia Material” do Neoconstitucionalismo Brasileiro.....	613
4.3.3.1	A “Democracia Formal” e a República-Democrática-Representativa do Constitucionalismo.....	613
4.3.3.2	A “Democracia Material” do Neoconstitucionalismo Brasileiro como Tirania.....	623

4.3.3.3 A Democracia-Representativa e a concretização da Constituição: a imprescindibilidade da interposição legislativa infraconstitucional.....	642
4.3.4 O Neoconstitucionalismo Brasileiro e a derrubada da concepção liberal-republicana de Direito.....	652
4.3.4.1 O “Novo Direito” do Neoconstitucionalismo Brasileiro: um moralismo jurídico “anticonstitucionalista”.....	652
4.3.4.1.1A concepção substancialista de Direito, do Neoconstitucionalismo Brasileiro, e o formalismo do Direito liberal-republicano	652
4.3.4.1.2A “substância material de moralidade” da Constituição como o fundamento do formalismo jurídico.....	661
4.3.4.2 A concepção material de “Estado de Direito”: a subversão do Estado de Direito.....	670
4.3.4.2.1A confusão entre a <i>Rule of Law</i> e o <i>Rechtsstaat</i>	670
4.3.4.2.2A concepção material de Estado de Direito como a destruição da ideia de Estado de Direito.....	682
4.3.4.2.3A concepção material de Estado de Direito como Tirania	697
4.4 O NEOCONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO E A JURISDIÇÃO: “GOVERNO DOS JUÍZES”.....	704
4.4.1 A CONCEPÇÃO SUBSTANCIALISTA DE JURISDIÇÃO E A AUTOCRACIA DO PODER JUDICIÁRIO.....	704
4.4.1.1 A jurisdição do Neoconstitucionalismo Brasileiro frente à Constituição do Constitucionalismo.....	704
4.4.1.2 A jurisdição do Neoconstitucionalismo Brasileiro frente ao formalismo do Direito liberal-republicano.....	720
4.4.1.3 A concepção neoconstitucionalista de jurisdição como “Justiça do Cádi”.....	732
4.4.2 A CONCEPÇÃO SUBSTANCIALISTA DE JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL COMO PERVERSÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL.....	749
4.4.2.1 A jurisdição constitucional neoconstitucionalista sob a perspectiva dos idealizadores da jurisdição constitucional.....	749
4.4.2.1.1 A jurisdição constitucional no Direito Constitucional americano.....	752
4.4.2.1.2 A jurisdição constitucional em Hans Kelsen.....	765
4.4.2.1.3A jurisdição constitucional e o Neoconstitucionalismo Brasileiro.....	773
4.4.2.2 O “Fórum de Princípios”: o substancialismo jurídico na jurisdição constitucional americana.....	775
4.4.2.2.1 A origem e o passado do substancialismo jurídico na jurisdição constitucional americana.....	775
4.4.2.2.2 Duas lições práticas sobre o “Fórum de Princípios”.....	786
5 CONCLUSÃO.....	794
REFRÊNCIAS.....	800

1. Introdução

O Direito Constitucional brasileiro vivencia uma “*revolução silenciosa*”. Embora tenha sido acolhido pela Constituição Federal de 1988, o Constitucionalismo, a cada dia que passa, vem sendo eclipsado por um pensamento jurídico insurgente. Esse pensamento jurídico, dentre outras denominações, intitula-se “Neoconstitucionalismo”. A tese central do Neoconstitucionalismo propõe que a Constituição Federal de 1988, como uma Constituição típica do “Constitucionalismo Social”, teria abandonado o paradigma jurídico do “Constitucionalismo Liberal”. A partir dessa tese, os adeptos do Neoconstitucionalismo extraem a consequência de que todas as concepções jurídicas tradicionais ao Direito Brasileiro, por terem sido desenvolvidas sob o “Constitucionalismo Liberal”, necessitariam ser “reinterpretadas”, “renovadas”, “atualizadas” etc., para se conformarem a transformações profundas trazidas pelo “Constitucionalismo Social”. Muito especialmente, os adeptos do Neoconstitucionalismo defendem que, em vista das inovações do “Novo Constitucionalismo”, caberia ao Poder Judiciário a tarefa de rever a integralidade da Ordem Jurídica formal para adequá-la, com suas decisões, a novas concepções de Constituição, de Direito e de jurisdição comprometidas com a realização material da Justiça.

Apesar da falta de fundamentos fáticos e teóricos, o pensamento jurídico do Neoconstitucionalismo conquistou, sem maiores resistências¹, a generalidade dos estudiosos e dos operadores do Direito brasileiro. De modo ainda mais relevante, após assegurarem a posição de hegemonia na Academia, as ideias jurídicas do Neoconstitucionalismo obtiveram a adesão da maioria dos membros do Poder Judiciário. Como resultado, o Neoconstitucionalismo, efetivamente, tem propiciado transformações profundas na Ordem Jurídica brasileira. Sem exageros, pode-se dizer que,

¹ Embora a generalidade do pensamento jurídico brasileiro não oponha contestações ao Neoconstitucionalismo, algumas exceções devem ser registradas: DIMOULIS, Dimitri. Anotações sobre o “neoconstitucionalismo” (e sua crítica). *Revista Direito GV*. São Paulo: Direito GV, nº 17, mar 2008, pp. 1-17, disponível em <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/2856>, acessado em 18/03/2019, às 14:00 h, e DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo Jurídico – Introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. São Paulo: Editora Método, 2006, p. 82 e ss; FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Notas sobre o direito constitucional pós-moderno, em particular sobre certo neoconstitucionalismo à brasileira. *Revista de Direito Administrativo – RDA*. nº 250, Rio de Janeiro, jan./abril. 2009, disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/4141>, acessado em 18/03/2019, às 14:00 h; ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: Entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”. *Revista Eletrônica de Direito do Estado - Rede*, Salvador, nº 17, jan./fev./mar. 2009. Disponível em <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/836/595>, acessado em 12/03/2019; NOJIRI, Sergio. *Neoconstitucionalismo versus Democracia – Um olhar positivista*. Curitiba: Juruá Editora, 2012.

independentemente de qualquer alteração constitucional ou legislativa, as ideias do Neoconstitucionalismo têm promovido a transmutação, por via jurisdicional, das concepções de Constituição, de Direito e de jurisdição adotadas por nosso Direito positivo. Essa transmutação das concepções de Constituição, de Direito e de jurisdição foi possibilitada pela reformulação, uma reformulação verdadeiramente revolucionária, das concepções político-jurídicas mais essenciais da concepção constitucional do Constitucionalismo, que estruturou a Constituição de 1988. Isto é, as ideias difundidas pelos neoconstitucionalistas, ao ofuscarem o sentido original das concepções político-jurídicas de Constituição escrita, formal e rígida, de Direitos Individuais (civis e políticos), de soberania do Povo, de divisão das funções do Governo, de Estado de Direito e de República-Democrático-Representativa, permitiram que o Poder Judiciário, elevado a uma posição autocrática, passasse a arrogar-se a competência para redefinir o conteúdo essencial do Direito e da política do Governo.

Sob esse pano de fundo, o objetivo deste estudo é demonstrar que o pensamento jurídico do Neoconstitucionalismo, apesar do que possa sugerir sua denominação, opõe-se ao Constitucionalismo. Dito de modo mais claro: este trabalho defende a tese de que o Neoconstitucionalismo, em verdade, revela-se como um “*anti*”-Constitucionalismo. Como será exposto, a concepção substancialista de Direito, propugnada pelos defensores do Neoconstitucionalismo, muito mais do que uma concepção jurídica equivocada, representa a negação, deliberada e sistemática, da concepção formalista de Direito, que é intrínseca ao Constitucionalismo e suas concepções de Constituição, de Direito e de jurisdição. Tal negação do Constitucionalismo e de suas concepções de Constituição, de Direito e de jurisdição deriva da perversão das concepções político-jurídicas essenciais da Constituição do Constitucionalismo. Em termos concretos, as ideias jurídicas substancialistas, dos proponentes do Neoconstitucionalismo, importam a perversão das concepções político-jurídicas de Constituição escrita, formal e rígida, de Direitos Individuais (civis e políticos), de soberania do Povo, de divisão das funções do Governo, de Estado de Direito e de República-Democrático-Representativa, que caracterizam a Constituição do Constitucionalismo. Desse modo, evidentemente, o pensamento jurídico do Neoconstitucionalismo não pode ser tomado a base para a compreensão da Constituição Federal de 1988, uma Constituição estruturada conforme as concepções político-jurídicas do Constitucionalismo.

Em nome do rigor da pesquisa, algumas considerações metodológicas devem ser realizadas.

Antes de qualquer coisa, é importante destacar que este trabalho limitar-se-á ao estudo e à crítica do Neoconstitucionalismo *Brasileiro*. Como se sabe, e será exposto, o pensamento jurídico do Neoconstitucionalismo Brasileiro revela-se, em boa parte, como a reprodução de certas ideias do Neoconstitucionalismo Europeu, um movimento jurídico congênere. Embora seja importante ter algum conhecimento das fontes europeias do Neoconstitucionalismo Brasileiro, não se pode perder de vista que o objeto de nossa análise será, exclusivamente, a manifestação brasileira dessa vertente de pensamento jurídico. De qualquer modo, sempre que elas auxiliarem na compreensão ou no esclarecimento das ideias do Neoconstitucionalismo Brasileiro, será feita a referência às ideias de autores neoconstitucionalistas europeus.

Em acréscimo, como será analisado, o Neoconstitucionalismo Brasileiro é um movimento jurídico difuso, fluido e heterogêneo. Assim, os autores identificados com esse movimento jurídico defendem ideias e abordagens diferentes e, em diversos pontos, conflitantes. Para se contornarem as divergências doutrinárias verificadas no interior do próprio Neoconstitucionalismo Brasileiro, este estudo formulará uma tipificação-ideal desse pensamento jurídico, a qual se baseará nas ideias centrais e mais geralmente compartilhadas pela maior parte dos neoconstitucionalistas brasileiros. Isso não significa, naturalmente, que desconhecamos o fato de que as teses aqui apresentadas como nucleares ao Neoconstitucionalismo Brasileiro detenham, no interior do pensamento de cada um de nossos neoconstitucionalistas, alguma peculiaridade. Como já ressaltado, o Neoconstitucionalismo Brasileiro é um movimento jurídico difuso, fluido e heterogêneo.

Exatamente por essa razão, embora se examinem vários autores que integram o Neoconstitucionalismo Brasileiro, fixar-se-á como o fio condutor dessa tipificação-ideal a obra de Luís Roberto Barroso². A decisão de tomar Barroso como a direção cognitiva basilar da investigação resultou das seguintes considerações: (1) Barroso revela-se como o mais coerente e conseqüente defensor do Neoconstitucionalismo Brasileiro; (2) sua concepção substancialista de Direito é colocada de maneira mais clara e mais declarada; (3) dos autores neoconstitucionalistas brasileiros, a obra de Barroso é a que, de longe, tem mais difusão entre os estudiosos do Direito brasileiro; (4) Barroso, atualmente, ocupa o cargo de Ministro do Supremo Tribunal Federal, o que sobreleva a influência de sua

² Outro integrante do S.T.F. que também defende um pensamento inserido no interior do Neoconstitucionalismo Brasileiro, é o Ministro Luiz Edson Fachin. Em verdade, Fachin é um dos principais expoentes da “*Teoria Crítica do Direito Civil*”, vertente doutrinária que, pela aplicação da Teoria Crítica do Direito ao âmbito do Direito Civil, revela-se como uma das subespécies do Neoconstitucionalismo Brasileiro.

doutrina no pensamento jurídico nacional e em nosso próprio Direito. Novamente: apesar de se recorrerem a vários autores integrantes do Neoconstitucionalismo Brasileiro para se desenvolver esta pesquisa, sempre que houver discrepâncias maiores ou que for necessária mais clareza, empregaremos a doutrina de Barroso como o paradigma dessa vertente de pensamento jurídico. Outra advertência que deve ser ressaltada é de que nosso estudo limitar-se-á à análise do Neoconstitucionalismo desenvolvido, estritamente, no campo do Direito Constitucional. Apesar de as ideias do Neoconstitucionalismo Brasileiro já se terem difundido pelo restante das áreas do Direito, conforme a demarcação de nosso objeto de investigação, somente as analisaremos pela perspectiva de autores relacionados com a análise da Constituição.

Em relação ao âmbito da pesquisa, deve-se ressaltar que a investigação será realizada sob a perspectiva da Teoria da Constituição. Desse modo, a comprovação da tese aqui sustentada será desenvolvida com base no estudo das concepções político-jurídicas essenciais que fundamentam a concepção de Constituição e, conseqüentemente, a concepção de Direito defendidas, diferentemente, pelo Constitucionalismo e pelo Neoconstitucionalismo Brasileiro.

Sobre a concepção de Teoria da Constituição aqui adotada, duas observações devem ser feitas. A primeira diz respeito à concepção de “*teoria*” empregada. Nossa concepção de “*teoria*” pretende retomar o significado original e, conforme acreditamos, preciso do termo. Portanto, “*teoria*”, tanto por razões etimológicas quanto por razões filosóficas³, será aqui entendida como o resultado da atividade humana de teorizar, de “*observar*”, de “*olhar*”, de “*ver*” e, de modo mais importante, de “*contemplar*”. O que quer dizer: a pesquisa desenvolverá uma abordagem essencialmente *descritiva*. Conseqüentemente, este estudo não é uma investigação de Filosofia Constitucional, a qual poderia propor, a partir de algumas concepções político-jurídicas essenciais, uma concepção ideal de Constituição e de Direito. Nossa investigação não tem por finalidade afirmar como deveria ser, segundo certa apreciação, a Constituição e o Direito, e sim retratar, de acordo com o Direito Constitucional positivo, os aspectos essenciais das concepções político-jurídicas que foram institucionalizadas. Nesse quadro, a investigação manter-se-á no interior dos limites político-jurídicos já estabelecidos. A distinção fundamental entre o “*ser*” e o “*dever-ser*”, resultante de uma postura conceitual-

³ Sobre a raiz etimológica do termo “*teoria*” e sua relação com concepções filosóficas, veja-se FERRATER MORA, J. *Dicionário de Filosofia*. Tomo IV. São Paulo: Edições Loyola, 2001, p. 2851 e ss.

cognitiva, tentará ser observada com toda a seriedade. Como se percebe, essa concepção de Teoria da Constituição acolhe o Positivismo Jurídico Conceitual (ou Metodológico)⁴.

Por se tratar de pesquisa inserida no domínio da Teoria da Constituição, a metodologia utilizada será exclusivamente bibliográfica.

A relevância desta pesquisa assenta-se no fato de que as ideias propostas pelo Neoconstitucionalismo Brasileiro, desde aproximadamente o início dos anos 2000, conquistaram a hegemonia tanto na Academia quanto no Poder Judiciário do Brasil --- muito especialmente nas Cortes Superiores e no Supremo Tribunal Federal. Nesse sentido, a demonstração de que o Neoconstitucionalismo Brasileiro revela-se, verdadeiramente, como um “anticonstitucionalismo”, detém relevância por duas razões: (1) por contribuir para o aprimoramento de nosso pensamento jurídico, principalmente no âmbito do Direito Constitucional; (2) por, sobretudo, contribuir para que nossa Constituição seja respeitada e aplicada de acordo com seu conteúdo normativo real.

Por força dessas considerações, a pesquisa divide-se em três partes. Na primeira parte, analisar-se-á o Constitucionalismo. Nela, formular-se-á uma tipificação-ideal da concepção constitucional do Constitucionalismo. Essa tipificação-ideal, elaborada por meio do estudo teórico desse fenômeno histórico, pretende oferecer um quadro conceitual-compreensivo das concepções político-jurídicas essenciais do Constitucionalismo. E, em razão do objetivo específico desta pesquisa, essas concepções político-jurídicas essenciais do Constitucionalismo serão examinadas sob a ótica de sua relação com as concepções de Constituição, de Direito e de jurisdição. Na segunda parte do trabalho, analisar-se-á o Neoconstitucionalismo Brasileiro. Nessa etapa, ao se realizar um estudo teórico de suas ideias centrais, elaborar-se-á uma tipificação-ideal da concepção constitucional do Neoconstitucionalismo Brasileiro. Tal como foi feito com o Constitucionalismo, formular-se-á um quadro conceitual-compreensivo das ideias político-jurídicas essenciais ao Neoconstitucionalismo Brasileiro. Portanto, esse segundo momento do trabalho ocupar-se-á do exame das ideias político-jurídicas essenciais do Neoconstitucionalismo Brasileiro sob a ótica de sua relação com as concepções de Constituição, de Direito e de jurisdição. Na terceira parte do trabalho, com base nos tipos-

⁴ Para mais informações sobre a concepção de Positivismo Conceitual (ou Metodológico), concepção neste trabalho pressuposta, vejam-se NINO, Carlos Santiago. *Introdução à análise do Direito*. Trad. de Elza Maria Gasparotto. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2010, pp. 42-50; DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo Jurídico*: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Editora Método, 2006, p. 78 e seguintes; e HOERSTER, Norbert. *En defensa del positivismo jurídico*. Trad. de Ernesto Garzón Valdés. Barcelona, España: Editora Gedisa, 2000, pp. 9-27; VALORY, Eduardo. Cinco minutos de Positivismo jurídico. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ - RFD*, v. 1, p. 1, 2013.

ideais formulados, far-se-á o confronto dialético entre as ideias político-jurídicas essenciais do Constitucionalismo e as concepções político-jurídicas essenciais do Neoconstitucionalismo Brasileiro. Nessa etapa, por meio da exposição das desconsiderações históricas, dos equívocos teóricos, das imprecisões conceituais e das distorções ideológicas inerentes aos Neoconstitucionalismo Brasileiro, fundamentar-se-á a tese aqui sustentada, isto é, a afirmação do caráter “anticonstitucionalista” dessa vertente de pensamento jurídico. Desse modo, esse terceiro momento do trabalho demonstrará, de modo justificado, que as ideias político-jurídicas do Neoconstitucionalismo Brasileiro, sob a ótica das concepções de Constituição, de Direito e de Jurisdição, resultam, definitivamente, na rejeição do Constitucionalismo.