

CONSTITUIÇÕES SEM CONSTITUCIONALISMO E A DESPROPORÇÃO DA PROPORCIONALIDADE: DOIS ASPECTOS DA ENCRUZILHADA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO NEOCONSTITUCIONALISMO

CONSTITUTIONS WITHOUT CONSTITUTIONALISM AND THE DISPROPORTION OF PROPORTIONALITY: TWO ASPECTS OF THE CROSSROADS OF THE FUNDAMENTAL RIGHTS IN NEOCONSTITUTIONALISM

CARLOS BERNAL PULIDO

Professor Associado da Macquarie Law School, Sydney, Austrália. Doutor em Direito pela Universidad de Salamanca, Espanha.
carlos.bernal-pulido@mq.edu.au

Recebido em: 21.04.2017

Aprovado em: 17.06.2017

ÁREA DO DIREITO: Constitucional

RESUMO: No direito comparado do mundo ocidental, as tradições dogmáticas norte-americana e alemã lideram as investigações sobre as perguntas teóricas e práticas que a proteção de interesses mediante os direitos fundamentais suscita. Neste ensaio, se discutem dois desafios que surgem na concepção que para os direitos fundamentais deriva do "neoconstitucionalismo": I – os limites das reformas constitucionais ou a impossibilidade de que haja constituições sem constitucionalismo; e II – o uso desproporcionado do princípio de proporcionalidade na aplicação dos direitos fundamentais. No primeiro aspecto, o texto defende que o conteúdo das reformas constitucionais não pode derogar nenhum dos direitos fundamentais específicos, nem os procedimentos que fazem possível que o sistema político institucionalize uma democracia deliberativa. No segundo aspecto, o texto enfrenta os problemas relativos à justificação abstrata do uso do princípio de proporcionalidade e defende que haverá justificação para o uso judicial desse princípio sempre que exista uma maneira racional e legítima para aplicá-lo, que, ademais, permita que os direitos fundamentais conservem sua prioridade dentro do sistema jurídico.

ABSTRACT: In the Western world's comparative law, the North American and the German dogmatic traditions lead the investigations regarding the theoretical and practical questions arising from the protection of interests by means of fundamental rights. Two challenges that arise at the conception which, for the fundamental rights, derives from "neoconstitutionalism" are discussed in this paper: I – the limits of constitutional reforms, or the impossibility for constitutions to exist without constitutionalism; and II – the disproportional use of the principle of proportionality in the application of fundamental rights. In the first aspect, the paper contends that the content of constitutional reforms must not derogate any of the specific fundamental rights, nor any of the procedures which make it possible for the political system to institutionalize a deliberative democracy. In the second aspect, the paper discusses the problems regarding the abstract justification of the use of the principle of proportionality and defends that a justification for the judicial use of this principle will always exist as long as there is a rational and legitimate way to apply, which, in addition, allows fundamental rights to preserve their priority within the juridical system.

PALAVRAS-CHAVE: Neoconstitucionalismo – Direitos fundamentais – Reformas constitucionais – Proporcionalidade – Estado de Direito.

KEYWORDS: Neoconstitutionalism – Fundamental Rights – Constitutional Reforms – Proportionality – Rule of Law.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Constituições sem constitucionalismo. 3. A desproporção da proporcionalidade.

1. INTRODUÇÃO

Quase¹ todas as constituições do mundo incorporam um catálogo de direitos fundamentais. Dessa maneira, quem as promulga busca oferecer a máxima proteção jurídica no direito interno a interesses humanos que são considerados essenciais, frente a vulnerações e ameaças provenientes de poderes públicos e privados.

No direito comparado do mundo ocidental, as tradições dogmáticas norte-americana e alemã lideram as investigações sobre as perguntas teóricas e práticas que a proteção de interesses mediante os direitos fundamentais suscita. A vertente norte-americana buscou dar sentido à jurisprudência da Suprema Corte Federal dos Estados Unidos que versa sobre a aplicação das emendas à Constituição do referido país, nas que se instituem os direitos fundamentais. A tradição germânica, de inegável influência no resto da Europa Continental e na América Latina, tem abordado questionamentos conceituais básicos: o que são os direitos fundamentais? Quais interesses humanos eles devem proteger? Que estrutura têm? Quem são seus titulares e destinatários? Em que medida podem ser limitados? Qual é seu objeto? Como devem ser protegidos²?

Essas duas tradições moldaram as práticas judiciais de um sem-número de jurisdições. Em certos aspectos, tradições e práticas de latitudes distintas se aproximaram. Alguns autores, quiçá não sem exagerar, pregam a existência de um modelo global de direitos fundamentais³. Dentro desse âmbito, neste ensaio se discutem dois desafios que surgem na concepção que para os direitos fundamentais deriva de uma perspectiva de encontro entre diferentes tendências e tradições jurídicas: o “neoconstitucionalismo”.

1. Tradução de Graça Maria Borges de Freitas, Juíza do Trabalho em Minas Gerais, Doutoranda em Direito, em sistema de cotutela internacional, pelas Universidades Externado de Colombia e Universidade Federal de Minas Gerais. Colaboração do Professor Thomas da Rosa de Bustamante, da UFMG, na revisão conceitual da tradução.
2. Cf. Por exemplo, ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. E estudo introdutório de Carlos Bernal Pulido 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
3. Cf. MÖLLER, Kal. *The global model of constitutional rights*. Oxford: Oxford University Press, 2013.

