

BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE OS PRINCÍPIOS: DO CONSTITUCIONALISMO AO NEOCONSTITUCIONALISMO PÓS-POSITIVISTA¹

BRIEF OBSERVATIONS ON THE PRINCIPLES: FROM THE CONSTITUTIONALISM TO THE POSTPOSITIVIST NEOCONSTITUTIONALISM

Luiz Carlos da Rocha²

RESUMO

Os embriões dos modelos de constituições que as democracias constitucionais conhecem foram as constituições americana e francesa, frutos de dois processos revolucionários que marcaram o final do século XVIII, e vigoraram até o início do século XX, quando as duas grandes guerras desafiaram as democracias a buscarem constituições capazes de impedir que novas violações de direitos fundamentais se repetissem, fazendo surgir as constituições rígidas, principiológicas e dotadas de força normativa. O longo caminho percorrido pelos princípios nos textos constitucionais foi tema de intensa reflexão no século XX e que deve continuar no século XXI, dada a permanente necessidade de concretizá-los e impedir retrocessos.

Palavras-chave: Constituições, princípios, histórico, força normativa, concretização, desafios.

ABSTRACT

The embryos models of constitutions as constitutional democracies know were the American and French constitutions, results from two revolutionary processes that marked the end of the eighteenth century, and were applied until the early twentieth century, when the great world wars challenged the democracies to seek constitutions capable of preventing new violations of fundamental rights to be repeated, giving rise to the rigid, principiological and endowed with legal force constitutions. The long path covered by the principles in the constitutional texts were subject to intense reflection in the twentieth century and should remain so in the 21st century, given the ongoing need to achieve them and prevent setbacks.

Keywords:

Constitutions, principles, historical, normative force, implementation, challenges.

1 INTRODUÇÃO

A presença e a importância dos princípios no universo jurídico é objeto de intensa controvérsia a partir do momento em que foram radicados nas constituições pelas revoluções americana e francesa, substituindo o príncipe que, então, de referência para o universo jurídico passou à condição de déficit civilizatório por agredir a igualdade, um dos pilares de sustentação do novo sistema.

¹Artigo científico apresentado como requisito parcial à obtenção do título de Mestre, Programa de Mestrado em Direito Constitucional – Direitos Fundamentais e Democracia, Teorias do Direito e da Argumentação, Faculdades Integradas do Brasil – UniBrasil, Curitiba, Professor Dr. Paulo Ricardo Schier, primeiro semestre de 2013.

²Advogado, bacharel em direito pela Faculdade de Direito de Curitiba (1985), mestrando na UniBrasil. Caderno de Estudos Ciência e Empresa – ISSN 1983- 4141, Teresina, Ano 12, n. 1, jul. 2015.

Os princípios ganharam especial relevo após a Segunda Guerra em face da tarefa posta pelos vencedores do conflito da busca de um modelo de constituição capaz de impedir que as violações dos direitos fundamentais, cujo grau de crueldade e proporção atingiu ali níveis inimagináveis, pudessem voltar a ocorrer.

O geral e o abstrato, que caracterizavam a presença dos princípios nas constituições que reinaram entre as revoluções americana e francesa e a Grande Guerra, separando o Direito da moral, deram lugar ao individual e ao concreto, exigindo a ponderação no lugar da subsunção e, como consequência, demandando uma intervenção mais ativa do Poder Judiciário em relação aos outros poderes, pois toda a legislação passou a gravitar em torno de um astro central: a constituição.

A busca de uma metodologia que fosse capaz de dar conta dessa nova tarefa ganhou o centro de uma controvérsia que perdura até os dias de hoje e se coloca como um importante desafio para o novo século num mundo que ainda se vê diante de graves violações dos direitos fundamentais.

O que se propõe aqui é uma rápida caminhada pela trilha percorrida pelos princípios desde que foram encartados nas constituições até assumirem a importância que continuam a ter hoje nas democracias constitucionais, de modo que o leitor possa compreender por que os princípios jogam um papel tão importante nas democracias constitucionais contemporâneas.

Por ter chegado tardiamente ao Brasil, já na parte final do século 20, esse novo modelo de universo jurídico constitucional ainda tem pela frente como seu grande desafio a concretização do programa de princípios encartados na Constituição, que se destinam a combater um processo de exclusão social secularizado.

A transição entre o velho e o novo em matéria constitucional foi e tem sido marcada pela velha dicotomia inerente aos conflitos entre as gerações: o novo já nasceu e o velho ainda vive.

No ambiente constitucional um importante elemento de contato entre o velho e o novo tem sido o positivismo, que resiste ao argumento de que não tem mais lugar nos novos modelos de constituição em que a concretização dos seus princípios insiste em introduzir definitivamente o uso da moral.

2 O VELHO: DAS REVOLUÇÕES AMERICANA E FRANCESA ATÉ A SEGUNDA GUERRA MUNDIAL

Em 1776, o poder da monarquia inglesa sucumbiu nas colônias da América do Norte por não admitir a representação dos colonos no Common Law, onde pretendiam, como membros da comunidade, resistir ao crescente aumento dos impostos cobrados pela Coroa.

O resultado disso é que, com a independência das colônias, o novo regime nasceu ali desconfiando dos poderes do parlamento, a instância que cancelava os atos do Rei impondo os pesados impostos aos colonos.

Essa desconfiança com o parlamento levou os constituintes americanos a atribuir poderes ao juiz, que passou então a exercer a função de instrumento de controle dos atos do parlamento naquele novo universo jurídico.

A essência desse sonho americano é o homem livre e a tarefa da Constituição é concretizar esse objetivo máximo do sistema.

Pela primeira vez foi concebido um órgão superior no Judiciário como guardião da Constituição e contendo o natural ímpeto dos poderes Legislativo e Executivo de intervir, controlar e taxar, o fantasma da prática imposta aos colonos pela monarquia inglesa até então.

Os artigos de Madison e Hamilton, que marcaram os debates que precederam a elaboração da Constituição americana, revelam o quanto essas preocupações estavam presentes nas mentes dos revolucionários que buscavam um universo jurídico que assegurasse a máxima sagrada do cidadão livre, o que foi idealizado no equilíbrio entre os três poderes e de modo que um não viesse a sucumbir diante da prática de invasões por parte dos outros.³

Essa desconfiança dos revolucionários americanos com o parlamento

se traduce aquí en una limitación del poder político y, en especial, del que se considera más amenazador de los poderes, el legislativo que encarna la voluntad de la mayoría, mediante la cristalización jurídica de su forma de proceder y de las barreras que no pudo traspasar en ningún caso. En esse esquema, es verdad que el constitucionalismo se resuelve en judicialismo, pero – con independencia ahora de cuálha ya sido la evolución del Tribunal Supremo norte americano – se trata en

³HAMILTON, Alexander; MADISON, James. **O federalista**. 2. ed. n. 47-51. Campinas: Russel Editores, 2005. p. 301-305.
Caderno de Estudos Ciência e Empresa – ISSN 1983- 4141, Teresina, Ano 12, n. 1, jul. 2015.

principio de un judicialismo estrictamente limitado a vigilar el respeto hacia las reglas básicas de la organización política.⁴

Desse modo, foi na experiência revolucionária americana que primeiramente se consagrou o conceito da Constituição como norma superior do ordenamento jurídico e de um órgão judicial superior com a atribuição de assegurar sua eficácia, com o império da noção de que uma lei ou um ato normativo, do Legislativo ou do Executivo, pode ser declarado ineficaz pelo juiz quando emergir em afronta ao texto constitucional.

Mas apesar de a revolução americana ter concebido uma Constituição escrita com a tarefa fundamental de proteger o indivíduo contra a ação estatal, o sistema criado não se afastou do que era praticado na Inglaterra. Assim, em muitos aspectos, os revolucionários americanos reproduziram o sistema do Common Law nas suas colônias, pois antes haviam tentado fazer parte dele.

Disso resulta que o Direito concebido pela revolução americana nasceu fiel à singular noção jurídica inglesa que sustentava a monarquia, fortemente marcada pela tradição e pela liberdade contratual.

Já a Revolução Francesa, ocorrida pouco mais de uma década depois, é um marco na superação do Estado absoluto no continente europeu e da ascensão da ideologia da burguesia ao poder, produzindo a transição do jusnaturalismo revolucionário de oposição ao Rei para um jusnaturalismo conservador no poder, fato estampado na Declaração dos Direitos do Homem e da Cidadania, em 26 de agosto de 1789.

A França revolucionária também consagrou a Constituição como o poder do povo, mas com a representação assentada num parlamento se sobrepondo aos outros poderes e emanando todo o direito, restando ao juiz somente a tarefa de interpretar a regra jurídica conforme seu sentido literal e para fazer valer a vontade do legislador.

Se nas colônias inglesas os revolucionários desejavam fazer parte da monarquia, integrando-se ao Common Law para opor-se, dentro daquele sistema, às taxações da Coroa, na França os revolucionários tiveram como objetivo acabar com a monarquia, eliminando todo e qualquer resquício do seu direito e, para isso, foi necessário garrotar o responsável pela execução do direito do Rei: o juiz.

⁴SANCHÍS, Luis Prieto. **Justicia constitucional y derechos fundamentales**. Madrid: Trotta, 2003. p. 108.

Com efeito, se os revolucionários americanos desconfiavam do parlamento e criaram um tribunal para controlá-lo e impedi-lo de alterar a Constituição, os franceses desconfiavam do juiz e criaram um parlamento para controlá-lo, obrigando que suas interpretações não fossem além do texto ditado por este. Operava-se na França a substituição do príncipe pelo princípio e o início de uma nova fase que, como anota Luiz Fernando Coelho,

consagrou politicamente um conjunto de princípios perfeitamente estruturados, sob a égide do jusnaturalismo racionalista dos séculos XVII e XVIII. Esse jusnaturalismo, além da concepção maximalista que o fazia abranger o direito todo, que se achava inscrito na natureza e na sociedade, introduziu o sentido subjetivo, alheio ao jusnaturalismo escolástico, pois se referia a determinados direitos imprescritíveis, imutáveis e eternos, inerentes ao ser humano. O que a revolução francesa pretendeu no campo político foi justamente realizar esses direitos naturais, afirmados exhaustivamente pelos enciclopedistas contra o despotismo dos reis; assim se compreende como um dos grandes objetivos da revolução francesa, no campo jurídico, e também a sua maior obra, a construção de um sistema normativo estruturado de acordo com as normas da natureza, com o fito de assegurar os direitos subjetivos fundamentais do homem.⁵

O Código Civil napoleônico é o ícone do pensamento jurídico desse período e também inaugura um longo processo que se desenvolveu pelos séculos seguintes com o nascimento de tendências de questionamento desse modo de interpretar o direito, especialmente o historicismo.

A introdução do historicismo na interpretação do direito sofreu resistências no continente europeu e fora dele⁶, pois cada local buscou seu caminho a partir da influência que sua realidade e sua história repercutiam no seu Direito.

Além da França e da Inglaterra, também a Alemanha tornou-se um importante centro do desenvolvimento do pensamento jurídico no continente europeu, onde a escola histórica ganhou importância com Hugo, Adam Müller, Pucha, Stahl e Savigny, que finalmente sistematizou os cânones de interpretação com os métodos gramatical, lógico, histórico e sistemático⁷:

É porém com Frederico Carlos de Savigny que o historicismo jurídico aparece como sistema melhor elaborado de compreensão do direito, e a sua obra deve ser encarada

⁵COELHO, Luiz Fernando. **Lógica jurídica e interpretação das leis**. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 225.

⁶Ibid., p. 232.

⁷SILVA, Virgílio Afonso da. **Interpretação constitucional**. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 116.

também em função de sua época, dominada pela polêmica em torno da codificação provável do direito alemão.⁸

Foi na Alemanha que a escola da jurisprudência conceitual conciliou as posições historicistas e exegetas para considerar

os textos legais como sustentáculo de significações objetivas oriundas do legislador e capazes de ministrar novas soluções segundo as circunstâncias; a atitude positivista volta assim a suas raízes racionalistas, porém contando já com o novo elemento, o dado histórico, introduzido por Savigny e sua escola. O corifeu da escola histórica considerou que os processos interpretativos gramatical, lógico, histórico e sistemático não são quatro espécies de interpretação, mas operações distintas que devem atuar em conjunto.⁹

Ao longo dos séculos que se seguiram às experiências inauguradas pelas revoluções americana e francesa, sob a égide do positivismo, o ocidente experimentou um modelo de Constituição no qual as

disposições voltavam-se para os Poderes, especialmente o Legislativo e o Executivo. Não vinculavam o Judiciário, nem o cidadão que não podia, em princípio, fundamentar uma pretensão perante o juiz valendo-se deste ou daquele preceito constitucional. Os direitos individuais consagrados nas primeiras Constituições francesas eram empreendidos como meras declarações que desafiavam, para operar força normativa a favor do cidadão, legislação interpretativa.¹⁰

Esse, aliás, é o flagrante que se pode extrair do constitucionalismo no Brasil desde a sua primeira Carta, que, “sobretudo o anterior à Constituição de 1988, sempre foi um direito constitucional da organização estatal, da organização dos Poderes, e menos um direito constitucional dos direitos fundamentais”.¹¹

Sanchís aponta para a tradição americana para identificar esse modelo de Constituição, que

alude apenas a una cierta forma de organizar el Estado de Derecho que presenta algunas peculiaridades respecto al modelo liberal clásico e, en especial, em sometimiento de la ley a un Derecho superior [...] como pacto de mínimos que

⁸COELHO, 1981, p. 233-234.

⁹Ibid., p. 234.

¹⁰CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 22.

¹¹SILVA, Vergílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 66.

permite asegurar la autonomía de los individuos como sujetos privados y como agentes políticos a fin de que sea nellos, em un marco democrático y relativamente igualitário, quienes desarrollen libremente su plan de vida personal y adopten en lo fundamental las decisiones colectivas pertinentes en cada momento histórico. En líneas generales, ésta es la tradición norteamericana originaria, cuya contribución básica se cifra en la idea de supremacía constitucional y en su consiguiente garantía jurisdiccional: dado su carácter de regla de juego y, por tanto, de norma lógicamente superior a quienes participan en ese juego, la Constitución se postula como jurídicamente superior a las demás normas y su garantía se atribuye al más “neutro” de los poderes, a aquel que debe y que mejor puede mantenerse al margen del debate político, es decir, al poder judicial.¹²

Essa modelagem constitucional foi fortemente influenciada por Kelsen, que em sua obra,

en efecto, se mostró como un firme partidario del constitucionalismo escueto, circunscrito al establecimiento de normas de competencia y de procedimiento, esto es, a una idea de Constitución como norma *normarum*, como norma reguladora de las Fuentes del Derecho y, con ello, reguladora de la distribución y del ejercicio del poder entre los órganos estatales.¹³

Assim, a Constituição desse tempo é definitivamente

una norma interna a la vida del Estado, que garantiza solo el pluralismo en la formación parlamentaria de la ley, e no una norma externa que desde la soberanía popular pretenda dirigir o condicionar de manera decisiva a acción política de ese Estado, es decir, el contenido de sus leyes.¹⁴

O traço dessa época, em resumo, é de “un sistema carente de valores éticos, fundado sobre meros criterios formales de pertenencia: un derecho legalista compuesto de normas ligadas entre ellas por criterios formales”¹⁵.

Embora já reinante a noção de constituição como lei suprema no âmbito normativo de um Estado, a dogmática das constituições escritas estava fortemente impregnada pela ideia de que suas normas eram submetidas inexoravelmente aos chamados fatores reais de poder e só mantinham normatividade quando não entravam em conflito com eles.

¹²SANCHÍS, 2003, p. 101-135.

¹³Ibid., p. 110.

¹⁴SANCHÍS, 2003, p. 101-135.

¹⁵POZZOLO, Susanna. Um constitucionalismo ambíguo. In: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003. p. 192.
Caderno de Estudos Ciência e Empresa – ISSN 1983- 4141, Teresina, Ano 12, n. 1, jul. 2015.

Portanto, só tinham força vinculante quando caminhavam na mesma direção desses fatores reais de poder e essa é a razão que levou Lassale a utilizar a expressão “folha de papel”¹⁶ para se referir àquele modelo de Constituição.

No pensamento de Lassale, “a Constituição, embora seja uma espécie de lei, é muito mais que uma simples lei, pois, dotada de um procedimento qualificado para sua modificação, é suprema no âmbito normativo de um Estado”¹⁷.

Como dito, esse modelo de Constituição depende do que Lassale denomina poder real, pois

a constituição jurídica (a “folha de papel”) apenas é vinculante quando corresponde à Constituição Real. Onde não houver tal correspondência (e portanto existir conflito), a Constituição escrita sucumbirá necessariamente à real. Destarte, o esvaziamento da normatividade constitucional da “folha de papel” é inescusável no pensamento do autor: jamais a Constituição Jurídica poderá se impor às condições reais de poder na hipótese de conflitos ou descompassos pois, na verdade, o que possui força normativa é a dimensão fática do poder e não a sua codificação. Destarte, as seguintes conclusões são lógicas no pensamento de Lassale: a) a essência da Constituição forma-se pelos fatores reais de poder vigentes em uma determinada sociedade; b) a Constituição é tipificada pelo caráter da necessidade, não podendo a Constituição Jurídica atuar no sentido de transformar ou se impor frente às condições reais de poder; c) em caso de conflito entre Constituição Real e escrita, esta sucumbirá àquela por tratar-se de mera folha de papel, pois os problemas constitucionais não são problemas jurídicos mas, sim, políticos.¹⁸

A necessidade de superação desse modelo de constituição também foi posto pelas Constituições mexicana e de Weimar¹⁹, sendo que esta, inequivocamente, nas palavras de Écio Oto, trouxe o intento de reconciliar o Estado com a sociedade, até então divorciados pela ciência jurídica positivista, e que já manifestava um claro

interesse de superação de uma normatividade formal concebida desde a ideia da Constituição como uma mera folha de papel do racionalismo (Lassale) em direção a um modelo de Estado social que absorvesse a programatividade das normas constitucionais tão inoperante, senão excluídas da tese jurídica, de caráter neutralizante, dos fundamentos políticos sustentada pelo Estado-legislação.²⁰

¹⁶LASSALE, Ferdinand. **A essência da constituição**. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1985.

¹⁷SCHIER, Paulo Ricardo. **Filtragem constitucional**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1999. p. 68.

¹⁸SCHIER, 1999, p. 69-70.

¹⁹COMPARATTO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

²⁰DUARTE, Écio Oto Ramos. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**. As faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição. 2. ed. São Paulo: Landy, 2010. p. 17. Caderno de Estudos Ciência e Empresa – ISSN 1983- 4141, Teresina, Ano 12, n. 1, jul. 2015.

No dizer do autor, aquela codificação idealizada do Estado liberal que se propunha a abranger todas as preferências de uma sociedade já não resolvia os crescentes conflitos de uma sociedade cada vez mais plural, e precisamente essa mutação social é que

terminará por questionar sua capacidade para ordenar adequadamente a vida social e política e suporá a definitiva superação do Estado legislativo de direito como modelo de ordenação social e a necessidade de reformular e restaurar a eficácia do direito como limite ao poder.²¹

3 AS CONSTITUIÇÕES DO PÓS-GUERRA E SEUS MÉTODOS HERMENÊUTICOS

A Segunda Guerra Mundial emergiu em meio ao questionamento ao modelo do Estado legislativo de direito e em decorrência da sua incapacidade de ordenar os conflitos sociais que emergiam naquelas sociedades cada vez mais plurais do início do século XX.

O conflito trouxe definitivamente outro ingrediente, além daqueles que emergiam naturalmente do caráter cada vez mais plural das sociedades, já expostos no conflito da Primeira Guerra, desta feita consubstanciado na brutal violação dos direitos humanos que caracterizou a Segunda Guerra, de tal modo que uma das tarefas emergentes do pós-guerra foi a busca de constituições que impedissem que aquela cena de horror viesse a se repetir no futuro.

E assim nasce o novo²², caracterizado por constituições longas, densas, contendo um extenso rol de direitos sociais e individuais, cujas cláusulas são dotadas de força e eficácia normativa e cuja concretização exige uma boa dose de intervenção política na sua hermenêutica.

A controvérsia hermenêutica deixa o âmbito acadêmico e doutrinário para torna-se um imperativo político.

A questão fundamental e que definitivamente distingue a transição do modelo de constituição positivista está em que o

²¹DUARTE, 2010, p. 19.

²²MONEDERO, Juan Carlos. **El gobierno de las palabras. Política para tempos de confusión.** Caracas: PRENSA CIM, 2012.
Caderno de Estudos Ciência e Empresa – ISSN 1983- 4141, Teresina, Ano 12, n. 1, jul. 2015.

resultado desta espécie de visão foi que os jurisdicionados não poderiam invocar a normatividade constitucional perante os Tribunais, além de se fazer perder a dimensão prospectiva das instituições jurídicas. Nesta perspectiva, as consequências apontadas por este tipo de concepção acarretam em prejuízos para os cidadãos que restam sem efetivas garantias no jogo político da história de sua sociedade: devem se conformar com o resultado da somatória dos fatores reais de poder onde, se não houver organização suficiente, ficarão apenas com um mínimo de garantias e, ainda assim, dentro de certos limites, relativos à consciência coletiva e à cultura geral da Nação.²³

Essa é a distinção que sobressai diante da comparação entre as constituições do antes (positivistas) e as que emergiram como imperativo político do pós Guerra (pós-positivistas), ou seja, a força normativa que não existia no primeiro modelo e a que emergiu com força no segundo, cujo processo de transição marcou todo o debate no transcorrer dos séculos XVIII, XIX e início do XX.

Esse período que marcou uma longa transição do positivismo para o chamado neoconstitucionalismo²⁴, ou pós-positivismo, foi bem retratado no confronto entre os discursos que buscavam encontrar o ideal de uma hermenêutica jurídica útil para a leitura da constituição na atualidade, e, cronologicamente, pode-se ressaltar que desde muito tempo

tergiversam os autores relativamente à adoção de um conceito de Constituição em sentido material ou formal, indagando-se acerca do relativo prevalectimento de uma perante a outra, cuja maior expressão poderia ser resumida através da contraposição que se busca estabelecer, no presente estudo, entre Ferdinand Lassale e Konrad Hesse, através de dois textos que, embora produzidos em épocas distintas, permitem visualizar uma espécie de diálogo sobre a força normativa da Constituição.²⁵

Esses novos modelos de constituição que atribuem força normativa ao seu texto apontam para a superação do positivismo e também demandam novos métodos de interpretação.

O trabalho de Écio Oro Ramos Duarte expõe de modo extraordinariamente claro as classes e os modelos do positivismo jurídico contemporâneo e suas incompatibilidades com essa nova ordem constitucional, especialmente nas reflexões de Herbert Hart²⁶, e que a necessária conexão entre a teoria jurídica e a teoria política determina os intensos debates

²³MONEDERO, 2012, p. 70-71.

²⁴SARMENTO, Daniel. **Livres e iguais**: estudos de direito constitucional. São Paulo: Lúmen Juris, 2006. p. 311-312.

²⁵SCHIER, 1999, p. 67-68.

²⁶DUARTE, 2010.

teóricos entre os métodos hermenêuticos que sustentam a necessidade da adaptação do positivismo no novo universo constitucional e os que propõem sua superação definitiva, ou seja, um constitucionalismo antipositivista, bem estampado no diálogo crítico de Hard e Dworkin²⁷.

Esse contexto também está fortemente retratado no trabalho de Müller:

Os meios tradicionais da metódica jurídica referem-se explicitamente apenas ao tratamento dos textos. Implicitamente eles contêm possibilidades de incluir na concretização teores materiais provenientes dos âmbitos das normas de forma hermenêutica não refletida e metodicamente não diferenciada. Eles devem ser complementados por elementos metódicos que permitam aproveitar o teor material dos âmbitos das normas de forma expressa e racionalmente verificável para a decisão normativamente orientada de casos jurídicos. Além disso os meios da interpretação do texto das normas devem ser complementados para a metódica do direito constitucional por princípios da interpretação da Constituição [...] Savigny distinguiu quatro elementos da interpretação. Eles devem em princípio ser preservados. No entanto eles devem ser: a) especialmente fundamentados para a metódica do Direito Público e do Direito Constitucional; b) examinados mais precisamente em termos hermenêuticos e metódicos, sobretudo com vistas aos seus nexos com a estrutura de normas jurídicas e com a não identidade de norma e texto da norma; c) complementados pelos elementos adicionais exigidos pela concretização de normas do direito constitucional; e d) colocados em uma relação praticamente operacionalizável, bem como em parte normativamente garantida e nessa medida vinculante de atuação ou hierarquia [...] O processo da implementação prática de normas jurídicas a casos jurídicos regulamentados evidencia-se estruturado.²⁸

Mas, apesar de toda a crítica e resistência dirigida ao constitucionalismo positivista como se viu, foram o aparecimento do nazismo na Alemanha e o de outros regimes supressores de direitos humanos no continente europeu os responsáveis pela eclosão da segunda Grande Guerra e todas as dramáticas violações de direitos fundamentais em seus sítios na Europa e fora dela, que trouxeram como resultado direto, no pós-guerra, a necessidade de se dotar as democracias de regimes constitucionais que fossem suficientemente fortes para evitar o retorno daqueles mesmos regimes e isso demandava a remoção do modelo constitucional positivista que até então vigorava.

O diagnóstico era de que aquele modelo de constituição liberal, cuja concepção de Lassale era o melhor retrato, que impunha o uso de métodos hermenêuticos que separavam a

²⁷DUARTE, Écio Otto. **Entre constitucionalismo cosmopolita e pluriversalismo internacional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

²⁸MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 110.

Caderno de Estudos Ciência e Empresa – ISSN 1983- 4141, Teresina, Ano 12, n. 1, jul. 2015.

moral do direito, o direito da política, e de recursos procedimentais de interpretação da constituição sem qualquer compromisso com os direitos fundamentais, de fato era responsável pela legitimação daqueles modelos de Estado autoritários, o que impunha a necessidade de substituir o velho pelo novo:

viveu-se no Direito, por longos e longos anos, sob o quarto escuro e empoeirado do positivismo jurídico. Sob a ditadura dos esquemas lógico-substantivos de interpretação, da separação quase absoluta entre direito e moral, da ideia do juiz neutro e passivo, da redução do direito a enunciados linguísticos, da repulsa aos fatos e à vida em relação a tudo que se dissesse jurídico, da separação metodológica e cognitiva entre sujeito e objeto de interpretação, da prevalência sempre inafastável das opções do legislador em detrimento das opções da constituição e da criatividade hermenêutica do juiz, da negação de normatividade aos princípios e, assim, em grande parte, à própria Constituição. Precisou o neoconstitucionalismo trazer a luz e as águas reparadoras ao mundo do Direito. Agora, fala-se do pós-positivismo, da inevitável intervenção da moral na solução dos casos difíceis, da técnica da ponderação na aplicação do direito, no ingresso dos fatos e da realidade na própria estrutura da norma jurídica, reconhece-se certa liberdade interpretativa criativa aos magistrados, a intervenção de sua esfera de pré-compreensão no processo decisório, a união linguística entre sujeito e objeto e, dentre outras conquistas, a afirmação da especial normatividade dos princípios.²⁹

Então, a reação foi o surgimento de modelos de constituições rígidas que positivaram os direitos humanos em forma de cláusulas de direitos fundamentais, introduzindo na sua interpretação questões morais e políticas:

Veja-se que não se trata de novidade a existência de constituições, essas já existiam antes da Segunda Guerra Mundial, entretanto até este momento as Constituições não passavam de meras declarações político-filosóficas e não de documentos normativos vinculantes e de caráter obrigatório, especialmente nos países europeus continentais, nos quais ainda prevalecia a ideia de supremacia do Parlamento.³⁰

O que se constata é que os modelos de constituições contemporâneas que emergiram como imperativo político do pós-guerra (embora as Constituições do México e de Weimar já tivessem realizado esforços nessa direção) inauguraram também o pós-positivismo:

²⁹SCHIER, 1999, p. 21-100.

³⁰BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Staredecisis, integridade e segurança jurídica**: reflexões críticas a partir da aproximação dos sistemas de common law e civil law. Tese (Doutorado), cap. 2, PUCPR, 2011. p. 67.

Com efeito, a mudança do cenário histórico-institucional provocado pela I Guerra Mundial produziu faticamente no momento pós-guerra um sentimento de desconfiança nos postulados da neutralidade e da formalidade da lei geral e abstrata, inerentes à conformação do Estado de Direito legislativo, pois que estes princípios tornavam-se incapazes de acompanhar (e de realizar) as pretensões e finalidades emergentes da necessária ampliação das funções do Estado advindas do politeísmo dos valores imerso nos processos sociais.³¹

O modelo de constituição como “mera folha de papel (Lassale)”³² estava definitivamente superado:

el modelo paleo-iuspositivista del Estado legislativo de Derecho (o Estado legal), que surge com el nacimiento del Estado moderno como monopolio de la producción jurídica, y el modelo neo-iuspositivista del Estado constitucional de Derecho (o Estado constitucional), producido, a su vez, de la difusión en Europa, tras la Segunda Guerra Mundial, de las Constituciones rígidas y del control de constitucionalidad de las leyes ordinarias.³³

Esse Estado constitucional de Direito passa a ser designado como neoconstitucionalismo ou pós-positivismo, como resultado da convergência dos dois tradicionais modelos de históricos de constitucionalismo – o novo e o velho –, mas com forte conteúdo normativo e ao mesmo tempo assegurando a garantia jurisdicional do projeto de sociedade, uma grande novidade em matéria de direito constitucional.

A regra de ouro é que o texto constitucional, nas partes em que maneja direitos fundamentais, não pode ser alterado pelo legislador ordinário e, assim, atribui-se à Constituição uma rigidez que antes não tinha.

As constituições do pós-guerra também surgem propondo mais princípios e mais ponderação, ambos se sobrepondo às regras e à subsunção, prestigiando a concretização individual e coletiva, em detrimento das generalidades e da abstração do positivismo liberal.

Sem dúvida, a concretização individual ou coletiva das normas constitucionais também exige uma participação mais efetiva do Poder Judiciário na cena social.

O debate sobre o melhor método de interpretar o ordenamento constitucional é revigorado e adquire força como nunca.

³¹DUARTE, 2010, p. 16.

³²Ibid., p. 17.

³³FERRAJOLI, Luigi. *Passado y future del Estado de derecho*. In: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. Madri: Editorial Trotta, 2003. Caderno de Estudos Ciência e Empresa – ISSN 1983- 4141, Teresina, Ano 12, n. 1, jul. 2015.

Como teoria, além de mais ponderação que subsunção, o neoconstitucionalismo propõe a presença irradiada da Constituição sobre todas as áreas do direito e em todas as questões como modo de limitação da ação do legislador e também para dar efetividade e concretizar os direitos fundamentais:

el constitucionalismo no equivale sin más a garantismo, pero sí representa el único marco institucional en que éste puede realizarse; como modalidade del Estado de Derecho que impone límites formales y sustantivos al legislador democrático; como filosofía política crítica que requiere partir de una idea del Estado como instrumento artificial diseñado al servicio de una moral pública basada en los derechos; y como teoría del Derecho capaz de poner de relieve las antinomias y laguna internas al sistema, las contradicciones entre los distintos niveles normativos. Lo que ocurre es que, partiendo de las premisas del constitucionalismo, ya hemos visto que no todos sus desarrollos han de terminar abrazando la propuesta garantista, al menos no en todos sus aspectos. Esto es solo una posibilidad, acaso la más fecunda y atractiva.³⁴

Como argumento para estabelecer uma distinção entre o velho e o novo constitucionalismo, ou neoconstitucionalismo, sustenta-se que

como aproximación general, creo que sí es cierto que en el primer caso la Constitución pretende determinar fundamentalmente quién manda, cómo manda y, en parte también, hasta dónde puede mandar; mientras que en el segundo caso la Constitución quiere condicionar también en gran medida qué debe mandarse, es decir, cuál ha de ser la orientación de la acción política en numerosas materias [...] es decir, más bien como centro a alcanzar que como centro del que partir.³⁵

Assim, o estado constitucional de direito do pós-positivismo é o modelo que mantém a força do legislador sob controle e, como tal, também corporificará a melhor e mais justa forma de organização política da sociedade contemporânea, vez que, por um lado, assegura autonomia ao indivíduo com a força normativa das garantias individuais postas na Constituição e, por outro lado, apresenta-se também como projeto político de sociedade na perspectiva de garantir os direitos sociais nela consagrados, circunstância que coloca definitivamente em cena a leitura moral da constituição.³⁶

A partir de todas essas premissas, o neoconstitucionalismo pode apenas representar uma revisão do positivismo ou seu modo de superação na perspectiva de que aquela técnica positivista da subsunção, que resolve todas as questões a partir da hierarquização, não dá

³⁴SANCHÍS, 2003, p. 101-135.

³⁵ZAGREBELSKI, Gustavo. **El derecho ductile**. Madrid: Trotta, 2007. p. 14.

³⁶DUARTE, 2010, p. 17.

conta das questões que decorrem dos princípios constitucionais que se apresentam de forma aberta e que encarnam as diversas contradições até entre eles mesmos, circunstância que traz questões cujas respostas ainda estão sendo perseguidas.

Pode ainda representar a ocorrência dos dois fatores simultaneamente e este tem sido o objeto de um intenso debate que percorreu quase todo o século XX e avança pelo XXI.

O fato é que os modelos de Constituição que surgiram no pós-guerra constituem uma nova etapa no constitucionalismo, mas também trazem ambiguidades, inclusive porque, de fato, também ainda existiria campo para “argumentos a favor de la tesis de la separación conceptual entre Derecho y moral y em favor de la autonomía del iuspositivismo metodológico”.³⁷

Ao sustentar que os novos sistemas jurídico-constitucionais deram origem a uma nova teoria do Direito, Alfonso Figueiroa informa que:

Esta concepción colcabora a veces con una pujante teoría de la argumentación jurídica y moral (Alexy), en otras se halla presidida por el ideário garantista (Ferrajoli), muy a menudo incorpora las objeciones (Dworkin) o las correcciones (Coleman, Walluchov) al positivismo hartiano y casi siempre halla buen respaldo entre teóricos de los derechos fundamentales (Peces-Barba) y la dogmática constitucional (Gustavo Zagrebelsky). De ahí su éxito entre ‘filósofos del Derecho com vocación de constitucionalistas y de constitucionalistas com vocación de filósofos del Derecho’. Como se ve, son expresión y al tempo de esta nueva concepción del fenómeno jurídico teorías dispersas que, sin embargo, convergen sin violència en una nueva aatitud hacia el Derecho, presidida a menudo por certo neorrealismo y certo neoiusnaturalismo.³⁸

Essa controvérsia é resultado de constituições impregnadas de normas abertas que impõem e ao mesmo tempo permitem a distinção entre princípios com direitos fundamentais positivados e não positivados, tudo a transferir para o campo da hermenêutica as dúvidas ainda não superadas.

Não há como não reconhecer que o argumento de que o chamado neoconstitucionalismo não tem um significado único é esgrimado com alguma consistência:

La argumentación anti-positivista del neoconstitucionalismo, grosso modo, se apoya em los câmbios estructurales que han llevado al Estado constitucional a modificar el Estado de Derecho o, mejor dicho, al Estado legalista decimonónico. La

³⁷ POZZOLO, 2003. p. 187.

³⁸ FIGUEROA, Alfonso Garcia. **La teoría del derecho em tempos de constitucionalismo**. In: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003. p. 160-161. Caderno de Estudos Ciência e Empresa – ISSN 1983- 4141, Teresina, Ano 12, n. 1, jul. 2015.

arquitectura de este último ordenamento, que se caracterizaba por la reducción de todas las fuentes jurídicas a la ley – lo que representaba, por un lado, la expresión de la voluntad del legislador y, por otro, el principio de legalidad –, ha sido modificada con la introducción de la carta constitucional, que ha puesto a la ley en una posición subordinada. Y ha introducido, junto a los criterios de validez formal ya presentes, criterios de validez material capaces de condicionar la actividad legislativa incluso en sus contenidos y sólo en sus formas. Según estos críticos, el iuspositivismo se encontraría inescindiblemente, ligado a la arquitectura institucional del Estado decimonónico-legalista, hasta punto de revelarse totalmente inadecuado para dar cuenta del nuevo estado de cosas, es decir, del Derecho del Estado constitucional [...] El Derecho de los ordenamientos jurídicos occidentales posteriores a la segunda Guerra Mundial sería un ejemplo concreto de Derecho constitucionalizado, para cuyo estudio el iuspositivismo será inadecuado [...] En definitiva, la expulsión de los valores del campo de investigación del iuspositivismo lo volvería obsoleto para el nuevo paradigma del Derecho constitucional.³⁹

A partir daí também seria possível inferir que “constitucionalismo y juspositivismo presentan flertes conexiones: por poner solamente um exemplo, se há sostenido que, al menos em el área germana, el positivismo jurídico há subrogado al constitucionalismo liberal, allí muy débil”⁴⁰.

Assim, com esse viés, seria possível sustentar que o método positivista ainda poderia ser válido para analisar os sistemas jurídicos contemporâneos de regras, justamente porque opera a separação entre direito e moral, mas não mais teria utilidade para operar a hermenêutica das normas que transportam os princípios, pois

parece que es defendible tanto la autonomía de la metodología iuspositivista respecto a las teorías del Estado decimonónico cuando la validez del método positivo como instrumento de análisis de los sistemas jurídicos contemporâneos, justamente por su tesis de la separación entre Derecho y moral⁴¹,

Isso porque, segundo argumenta Sussana Pozzolo, o termo moral pode ter pelo menos quatro significados: a) individual (a noção que cada um tem do bem e do mal); b) positiva (a noção que um grupo social tem do bem e do mal); c) consensual (a noção que os participantes de um debate com regras predeterminadas se ajustam como sendo do bem e do mal); d) universal ou objetiva (conjunto de princípios de puro valor que dão a noção aos seres humanos do bem e do mal).

³⁹POZZOLO, 2003, p. 189-191.

⁴⁰Ibid., p. 194.

⁴¹POZZOLO, 2003, p. 196.

Assim, o trabalho hermenêutico, que consistiria em individualizar o princípio constitucional da igualdade para revelar sua presença no texto constitucional e, eventualmente, revelar as concepções vigentes ou possíveis que dele se pode extrair, poderia também ser realizado através da metodologia juspositivista, ou seja, se o operador é apenas um jurista que quer individualizar o direito positivo, analisar o fato que levou à criação do princípio, não haveria nenhuma necessidade de recorrer a argumentos morais.

Esse raciocínio, que demonstra a possibilidade de utilização da metodologia juspositivista no âmbito do neoconstitucionalismo, retrata bem a capacidade de sobrevivência do positivismo, de tentar se reinventar sempre, e também que, em meio ao debate, há de fato ainda a busca de uma via intermediária entre os dois modelos num esforço para reconciliar Estado e sociedade na superação do velho Estado legislativo de Direito.

Nesse contexto é que está assentada a infundável busca da hermenêutica ideal (se é que está ao alcance humano) para o pós-positivismo.

Isto porque, os desafios postos pelo neoconstitucionalismo ideológico ao positivismo jurídico têm forçado este a assumir posições dogmáticas que seriam totalmente incompatíveis com seus próprios postulados básicos originais (lembre-se de que o positivismo é herdeiro do historicismo, feroz predador do jusnaturalismo) e bem por isso se fala na sua morte por autodestruição (eclipse) ou, ao contrário, uma vida por meio da multiplicação de outras versões suas, sua reinvenção, tal como se vê na argumentação de Pozzolo⁴².

A negação ou a reinvenção do positivismo emergirá do que a doutrina contemporânea conseguir criar para fazer frente ao que se denomina *praxis* constitucional, como elemento importante na realização da vontade de Constituição, cujo conteúdo se resumiria em três fatores: “(a) preservação dos princípios constitucionais, a todo custo, mesmo que se revele contrário a algum interesse momentâneo”, para o que um Tribunal Constitucional dotado de natureza contramajoritária é elemento fundamental; “(b) a regulação/diminuição de tendências revisionais constantes”, para o que a rigidez da Constituição tem importante papel; e, finalmente, “(c) uma prática hermenêutica-interpretativa adequada (interpretação que possibilite a aprendizagem da Constituição Jurídica com a realidade)”⁴³.

⁴²POZZOLO, 2003, p. 187-210.

⁴³SCHIER, 1999, p. 75.

Esse foi justamente um dos aspectos que marcou o debate em torno da dicotomia positivismo e neoconstitucionalismo que emergiu no pós-guerra, no qual os constitucionalistas de todo o ocidente, particularmente nos EUA e na Alemanha, procuraram métodos de hermenêutica que pudessem dar conta dessa difícil tarefa de concretizar as novas constituições, dotadas de um sistema e contendo programas sociais que reclamavam e reclamam concretização.

Esse diálogo intertextual possibilita extrair duas grandes conclusões:

(i) a necessidade de se vislumbrar a Constituição em sentido jurídico, formal, dotada de certa normatividade e vinculatividade (ainda que para sua total efetivação devam comparecer outros elementos) e (ii) a necessidade de substituir-se as noções de Constituição em sentido formal e material, ambas parciais, pela ideia de sistema constitucional.⁴⁴

Nessa configuração, o traço de distinção entre constitucionalismo e neoconstitucionalismo, ou entre positivismo e neopositivismo, estaria dado na ausência de força normativa das constituições que marcaram a história do constitucionalismo no longo período que decorreu entre as revoluções francesa e americana e a Segunda Guerra, cujo resultado foi a inauguração de constituições dotadas de uma robusta noção de força normativa, dotadas de um sistema de normas contendo direitos individuais e um programa social.

Então, essas novas constituições do pós-guerra, longas, densas, com forte conteúdo programático e profundo compromisso com os direitos fundamentais, vieram inevitavelmente com a ideia de sistema constitucional, com forte desejo de força normativa, inaugurando, assim, um período de busca por métodos que dessem conta dessa tarefa.

A partir daí surgiram o debate em torno dos vários métodos hermenêuticos desse novo modelo constitucional, pois

uma simples releitura epistemológica do Direito, por si só, isoladamente, embora contribua para a construção de renovado discurso jurídico, pouco pode contribuir com a construção de uma nova práxis. Esta, evidentemente, exige não apenas um novo fundamento epistemológico mas, sim, uma releitura do próprio arsenal dogmático do Direito. Afinal, uma nova epistemologia mostrar-se-á inócua se os operadores jurídicos continuarem com o velho modo de utilização do Direito. De nada vale qualquer concepção epistemológica emancipatória se continuarem os

⁴⁴Ibid., p. 75-76.

Juizes a aplicar as leis do século passado com a cabeça do século passado. Ou pior, se continuarem a ler os novos instrumentos e valores trazidos pela nova ordem jurídica (a instaurada no Brasil com o advento da Constituição de 1988) sob o influxo da ordem anterior ou, ainda, insistirem em adaptar a Constituição ao espírito da legislação infraconstitucional.⁴⁵

O que se sustenta, ao fim e ao cabo, é que se mudou o objeto, há também que se mudar o método, pois a

teoría del Derecho positivista ya no puede ser, por tanto, legalista porque la ley no es la única ni la suprema fuente del derecho; conserva, sin duda, una gran importancia que no es preciso subrayar, pero ahora su función no es el sistema, sino integrarse en su sistema ya dado y en permanente renovación donde su palabra es solo una de las que pueden pronunciarse, no la única, ni la última.⁴⁶

Essa nova cena é registrada por Habermas:

O que antigamente podia ser mantido coeso em conceitos da filosofia hegeliana, exige hoje um pluralismo de procedimentos metodológicos que inclui as perspectivas da teoria do direito, da sociologia do direito e da história do direito, da teoria moral e da teoria da sociedade.⁴⁷

Nesse sentido, Müller desenvolveu importante reflexão sobre a jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão para concluir que o método positivista na interpretação da norma e na aplicação do direito, por meio do qual o intérprete procura revelar a vontade do legislador, eliminando quaisquer outros elementos (ideologia, moral, ética e outras ciências) e separando a realidade do direito (aquele positivismo da Teoria da Norma que tem Kelsen como seu maior precursor), não tem mais eficácia no âmbito do neoconstitucionalismo. Isso porque, segundo ele, as normas das novas constituições contendo direitos fundamentais podem se apresentar com enunciados abertos e suscitar questões relacionadas com a sua eficácia e concretização que seriam insuperáveis se o método de interpretação não se vestir do propósito de dar-lhe eficácia.

Partindo da ideia de que direito vai além do texto, Müller desenvolve um modelo da Teoria da norma por meio do qual estabelece a conexão entre o direito e a realidade pelo emprego de dados da própria realidade e também de outras ciências para substancializar o

⁴⁵ SCHIER, 1999. p. 61-62.

⁴⁶ SANCHÍS, 2003, p. 128.

⁴⁷ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia, entre a facticidade e a validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 9.
Caderno de Estudos Ciência e Empresa – ISSN 1983- 4141, Teresina, Ano 12, n. 1, jul. 2015.

próprio direito, isso com o objetivo de superar o positivismo como ferramenta de interpretação da constituição, justamente porque não se desincumbe da tarefa de dar efetividade às cláusulas de direitos humanos e sociais nela insertas.

A partir desse raciocínio as questões envolvendo concretização jurídica não podem, no entanto, ser superadas mediante a aplicação de prescrições prontas de decisões voluntaristas preexistentes, apenas pela subsunção e pela inferência silogística com ajuda dos cânones savignianos⁴⁸.

Para ele é incontestável que as regras de interpretação de Savigny não foram expressamente formuladas para o Direito Público Constitucional, pois não representam “métodos” universalmente válidos, mas pontos de vista auxiliares de fecundidade variável conforme a peculiaridade das normas jurídicas (Rechtssätze) concretizandas, pois não são sistematizáveis no sentido da lógica formal.

Para Müller, na concretização da norma é que se determina se algo pode ou não ser feito frente ao direito e daí se extrai a aplicação do direito ao caso:

A norma jurídica é mais do que o seu teor literal. O teor literal funciona, de acordo com o tipo de norma, de maneiras distintas, como diretriz e limite da concretização admissível. A interpretação do texto da norma é um componente importante, mas não único da implementação de sinais de ordenamento normativo em casos determinados. Por isso não mais devemos falar em interpretação ou explicação (Auslegung), mas sim de concretização da norma.⁴⁹

Para Canotilho⁵⁰, o trabalho de Müller parte da ideia de que a Constituição deve ser compreendida como um programa normativo juridicamente vinculante e oferece os conceitos a serem utilizados na tarefa de interpretar e concretizar uma norma constitucional e como percorrer o caminho entre o enunciado da norma e sua concretização.

Na sua primorosa participação nesse debate, Canotilho oferece um catálogo de princípios para a interpretação da constituição que se compõe da ideia de unidade da constituição (suas normas devem ser consideradas como um todo), com o objetivo de atribuir-lhes toda a força normativa, garantindo sua eficácia e permanência.

Assim, o princípio da interpretação das leis em conformidade com a constituição resulta de que o texto constitucional não pode ser contrariado (subsunção), mas também é

⁴⁸MÜLLER, 2000.

⁴⁹MÜLLER, Friedrich. **Tesis acerca de la estructura de las normas jurídicas**. Madrid: CEPC, 1989. p. 111.

⁵⁰CANOTILHO, J. J. **Direito constitucional**. 7. ed. 7. reimp. Coimbra: Almedina, 2003. p. 201-230. Caderno de Estudos Ciência e Empresa – ISSN 1983- 4141, Teresina, Ano 12, n. 1, jul. 2015.

importante o exercício do intérprete para que a norma seja sempre interpretada conforme a constituição.

Noutra vertente e opondo a Müller, outro conceito de norma relevante no debate é o oferecido por Robert Alexy⁵¹ a partir da premissa de que há normas no catálogo de direitos fundamentais das novas Constituições do pós-positivismo que não expressam nenhum direito subjetivo e, assim, nele o conceito de norma deve ser mais amplo que o conceito de direitos fundamentais, demonstrando, ao mesmo tempo, que no pós-positivismo existe mais que um modelo de normas.

As normas de direitos fundamentais possuem caráter principiológico, de modo que os direitos que estão nela consignados só se concretizam após o sopesamento com aqueles outros princípios colidentes e o veículo condutor seria regra:

Para a teoria dos direitos fundamentais, a mais importante delas é a distinção entre regras e princípios. Essa distinção é a base da teoria da fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais e uma chave para a solução de problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais. Sem ela não pode haver uma teoria adequada sobre as restrições a direitos fundamentais, nem uma doutrina satisfatória sobre colisões, nem uma teoria suficiente sobre o papel dos direitos fundamentais no sistema jurídico⁵².

Argumenta que, de modo geral, o termo norma não se restringe à Ciência do direito e, portanto, pode ter uma variedade de sentidos conforme o sentido objetivo de um ato pelo qual se ordena ou se permite e, especialmente, se autoriza uma conduta ou uma expectativa de conduta.

Para Alexy, não é adequado limitar de antemão o conceito de direito fundamental e o de normas de direito fundamental e, por isso, rejeita esse critério estrutural e adota o critério formal.

Assim, para Müller, o que Alexy chama de disposição de direito fundamental é texto, e o que Alexy chama de norma, para Müller, é programa normativo.

A riqueza do debate foi bem retratada por Vergílio Afonso da Silva:

Não são necessárias grandes digressões teóricas e metodológicas para fundamentar a tese, aqui defendida, de que as teorias de Müller e Alexy são incompatíveis [...] Segundo Müller – o principal teórico da teoria estruturante do direito –, o sopesamento é um método irracional [...] Parece improvável crer que a teoria desenvolvida por Müller seja assim tão facilmente conciliável com a ideia de sopesamento, que ele tanto despreza [...] a razão dessa incompatibilidade [...] é a

⁵¹ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 50-84.

⁵²ALEXY, 2008, p. 85.

base teórico-normativa de cada uma das teorias [...] a racionalidade e a possibilidade de controle intersubjetivo na interpretação e na aplicação do direito só é possível por intermédio de uma concretização da norma jurídica após árdua análise e delimitação do âmbito de cada norma. Depois dessa árdua tarefa não há espaço para colisões, porque a norma simplesmente se revela como não aplicável ao caso concreto e não se vê envolvida, portanto, em nenhuma colisão jurídica relevante. Logo, sem colisão não há razão para sopesamento [...] A concretização da norma, seguido os procedimentos da teoria estruturante, restringe o conteúdo do dever-ser de cada direito fundamental, portanto, delimita de antemão seu âmbito normativo [...] Já a ideia subjacente à teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy funda-se em premissa bastante diversa. Alexy defende a tese de que os direitos fundamentais têm um suporte fático amplo [...] Como se vê, após essas breves – e simplificadas – explicações, não parece ser fácil defender, ao mesmo tempo, as teorias de Müller e Alexy, simplesmente porque ambas partem de concepções irreconciliáveis acerca da definição dos deveres *prima facie* e definitivos de cada direito fundamental. Müller defende que a definição do âmbito de proteção de cada direito fundamental é feito de antemão, por intermédio dos procedimentos e métodos de sua teoria estruturante e, principalmente, sem a necessidade de sopesamento; enquanto Alexy defende que não há decisões corretas no âmbito dos direitos fundamentais que não sejam produto de um sopesamento.⁵³

Assim, não há dúvida que o debate avançará pelo século XXI e irá produzir muitos desdobramentos porque o positivismo, dada a vitalidade que tem demonstrado ao longo da história, seguirá sendo um agente catalizador de rejeição e adesão.

Mas não há dúvida que aquele positivismo que segregava a teoria do Direito da teoria política, o direito da moral, está definitivamente superado diante da vigorosa e crescente necessidade das sociedades na busca de segurança jurídica para a proteção das conquistas já asseguradas nos textos constitucionais.

Nesse contexto, é fato que a Constituição brasileira de 1988 é um bom exemplo dos modelos de constituição que se seguiram no pós-guerra e inseriu a sociedade brasileira nesse novo tempo: retrata um novo momento da dogmática e do pensamento constitucional, com notórios avanços democráticos; a constituição tornou-se o centro do universo jurídico e consiste num conjunto de normas (regras e princípios) que constituem um sistema uno; mais princípios que regras; os princípios são concretizados por meio do método da ponderação em vez da subsunção; exige o uso da ponderação, circunstância que também demanda uma participação maior do Poder Judiciário em relação aos demais poderes⁵⁴.

⁵³SILVA, Vergílio Afonso da. **Interpretação constitucional**. 1. ed., 2. tir., São Paulo: Malheiros, 2007. p.136-139.

⁵⁴ÁVILA, Humberto Bergman. **Neoconstitucionalismo**: entre ciência do direito e o direito da ciência. **Revista Brasileira de Direito Público** (RBDP), Belo Horizonte: Fórum, ano 6, n. 23. dez./2008. Caderno de Estudos Ciência e Empresa – ISSN 1983- 4141, Teresina, Ano 12, n. 1, jul. 2015.

As normas constitucionais abertas, compostas de princípios e regras explícitas e implícitas que incorporam opções valorativas e professam profundo compromisso com os direitos fundamentais, dentre eles a dignidade humana, a igualdade⁵⁵, fazem parte da realidade brasileira de modo definitivo desde a parte final do século XX e incorporou na pauta da sociedade a busca de métodos hermenêuticos capazes de levar o país a superar sua absurda exclusão social, objetivo fundamental fincado pelo constituinte na Carta de 1988.

Essa hermenêutica dos princípios já largamente praticada no Brasil também trouxe como consequência outros desafios, dentre eles o de um ativismo judicial – cuja abordagem exige outro trabalho – que nem sempre se apresenta do modo razoável, no qual tudo se resolve a partir da aplicação dos princípios e com o uso exacerbado da política, da moral e do voluntarismo subjetivista, cujos contornos estão delineados com precisão no trabalho de Estefânia Barboza⁵⁶, e disso resulta que

muitos juízes, deslumbrados diante dos princípios e da possibilidade de, através deles, buscarem a justiça – ou o que entendem por justiça –, passaram a negligenciar do seu dever de fundamentar racionalmente os seus julgamentos. Esta ‘euforia’ com os princípios abriu um espaço muito maior para o decisionismo judicial. Um decisionismo travestido sob as vestes do politicamente correto, orgulhoso com os seus jargões grandiloquentes e com a sua retórica inflamada, mas sempre um decisionismo. Os princípios constitucionais, neste quadro, converteram-se em verdadeiras ‘varinhas de condão’: com eles, o julgador de plantão consegue fazer quase tudo o que quiser.⁵⁷

Mas esse tem sido um bom problema para uma comunidade jurídica que ainda está se habituando à democracia constitucional, em que o debate e a polêmica têm um profundo sentido pedagógico e que por certo resultará na absorção de todos os valores que a prática democrática exige de uma sociedade, cujos melhores exemplos estão retratados em sociedades com regimes democráticos seculares.

Esse debate que foi e está sendo trabalho nas sociedades mais democráticas do mundo para estabelecer as conexões entre a teoria política e a teoria do direito, não é imune a incompreensões, exageros e retrocessos.

⁵⁵BARCELLOS, Ana Paula. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdictional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 100.

⁵⁶BARBOZA, 2011, p. 67.

⁵⁷SARMENTO, 2006, p. 200.

O desafio fundamental é impedir retrocessos, tendo em conta que o século XXI também será cenário desse intenso debate em todo o mundo, pois:

Nas atuais sociedades ocidentais, a política perde sua autoconsciência e a orientação perante o desafio iminente de uma delimitação ecológica iminente do crescimento econômico e da disparidade crescente entre as condições de vida no Norte e no Sul; perante a tarefa historicamente peculiar da reorganização de sociedades onde imperava o socialismo de Estado; perante a pressão das correntes migratórias oriundas das regiões empobrecidas do Sul e do Oriente; perante os riscos de novas guerras étnicas, nacionais e religiosas, de chantagens atômicas e de lutas internacionais de partilha. Aquém dos floreios retóricos, predomina a pusilanimidade. Nas próprias democracias estabelecidas, as instituições existentes da liberdade não são mais inatacáveis, mesmo que a democracia aparentemente continue sendo o ideal das populações. Suponho, todavia, que a inquietação possui uma razão mais profunda: ela deriva do pressentimento de que, numa época de política inteiramente secularizada, não se pode ter nem manter um Estado de direito sem democracia radical.⁵⁸

4 CONCLUSÃO

A preservação das grandes conquistas civilizatórias, dentre elas a que resgatou as conexões da teoria política com a teoria jurídica, fundamental para a contínua concretização dos Direitos Fundamentais, é uma luta permanente que exige, como ensina Herrera Flores⁵⁹, compreender que pensar é pensar de outro modo, problematizar a realidade, identificar o que nela há de problemático, exercício que requer a elaboração de novas formas de absorção do teórico e do prático, tarefa que estará presente nas democracias constitucionais.

Nesse passo, em tempos de crise econômica que demanda supressão de direitos, aquele conceito de normatividade formal, da lei folha de papel, aquele positivismo que proibia o uso da moral no direito, interditando as conexões do jurídico com o político, deve ser definitivamente superado.

Não basta a positivação dos direitos, pois é da falta de eficácia normativa que se opera a sua negação e o desafio é consagrar métodos hermenêuticos que o impeçam e imponham a sua concretização.

⁵⁸HABERMAS, 1997, p. 13.

⁵⁹FLORES, Joaquín Herrera. **Los derechos como productos culturales. Crítica del humanismo abstracto**. Madrid: Catarata, 2005. p. 50.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

ÁVILA, Humberto Bergman. **Neoconstitucionalismo**: entre ciência do direito e o direito da ciência. **Revista Brasileira de Direito Público (RBDP)**, Belo Horizonte: Fórum, ano 6, n. 23. dez./2008.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Staredecisis, integridade e segurança jurídica**: reflexões críticas a partir da aproximação dos sistemas de common law e civil law. Tese (Doutorado), cap. 2, PUCPR, 2011.

BARCELLOS, Ana Paula. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdiccional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

CANOTILHO, J. J. **Direito constitucional**. 7. ed. 7. reimp. Coimbra: Almedina, 2003.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

_____. **A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. **O direito e os direitos**. 3 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

COELHO, Luiz Fernando. **Lógica jurídica e interpretação das leis**. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

COMPARATTO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

DUARTE, Écio Oto Ramos. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**. As faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição. 2. ed. São Paulo: Landy, 2010.

_____. **Entre constitucionalismo cosmopolita e pluriversalismo internacional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

_____.; POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição. São Paulo: Landy, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. **Passado y future del Estado de derecho**. In: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. Madri: Editorial Trotta, 2003.

FLORES, Joaquín Herrera. **Los derechos como productos culturales. Crítica del humanismo abstracto**. Madrid: Catarata, 2005.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia, entre a facticidade e a validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James. **O federalista**. 2. ed. n. 47-51. Campinas: Russel Editores, 2005.

LASSALE, Ferdinand. **A essência da constituição**. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1985.

MONEDERO, Juan Carlos. **El gobierno de las palabras. Política para tempos de confusión**. Caracas: PRENSA CIM, 2012.

MÜLLER, Friedrich. **Tesis acerca de la estructura de las normas jurídicas**. Madrid: CEPC, 1989.

_____. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. São Paulo: Max Limonad, 2000.

POZZOLO, Susanna. Um constitucionalismo ambíguo. In: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003.

SANCHÍS, Luis Prieto. **Justicia constitucional y derechos fundamentales**. Madrid: Trotta, 2003.

SARMENTO, Daniel. **Livres e iguais: estudos de direito constitucional**. São Paulo: Lúmen Juris, 2006.

SCHIER, Paulo Ricardo. **Filtragem constitucional**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1999.

_____. **Anotações nucleares de direito constitucional**. Curitiba: Juruá, 2001.

SILVA, Vergílio Afonso da. **Interpretação constitucional**. 1. ed., 2. tir., São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2009.

ZAGREBELSKI, Gustavo. **El derecho ductile**. Madrid: Trotta, 2007.

Apresentado em: 05.05.2015

Aprovado em: 14.07.2015