

5 DO CONSTITUCIONALISMO LIBERAL AO(S) NEOCONSTITUCIONALISMO(S)

Qual a relevância, hoje, de uma análise sobre as origens do constitucionalismo liberal, o jusnaturalismo racional e a formação constitucional do Poder Judiciário no Brasil, remontando a um tempo que data de quase trezentos anos atrás?

Não seria suficiente afirmar que a abordagem histórica do Direito permite compreendê-lo como uma construção social, contingente ao tempo histórico em que foi produzido, especialmente quando o que se busca são as instituições jurídicas que deram forma a esse direito.

Não seria igualmente suficiente afirmar que, a partir do enfoque interdisciplinar a que se propôs essa tese, a história não poderia deixar de ser contemplada. A meta do conhecimento científico é procurar uma explicação unitária da realidade e, na busca do conhecimento jurídico, uma das principais contribuições vem do saber histórico, tanto no aspecto temático como conceitual.

Talvez ainda não se respondesse adequadamente à pergunta inicial, a constatação de grande escassez de estudos sobre a história das instituições jurídicas no Brasil, especialmente utilizando-se de uma abordagem interdisciplinar, e da análise de outras fontes que não as exclusivamente legislativas ou jurídicas. Hoje, percebe-se uma lacuna na análise da organização judiciária brasileira e de sua prática institucional, no momento de sua formação sob o constitucionalismo liberal.

Propomos como resposta mais completa a constatação de que um novo constitucionalismo se constrói hoje, a partir de uma crítica aos logros do constitucionalismo liberal. Esse “neoconstitucionalismo” tem se constituído de questões teóricas e metodológicas, sob perspectivas da jusfilosofia, da teoria do direito e da teoria constitucional, que o distanciam sobremaneira do constitucionalismo liberal.

Dentre essas questões destacaremos quatro que se constituem em pontos específicos, mas só se tornam inteligíveis se tomados em seu conjunto: a

incorporação de valores morais, o que recupera um dos princípios do jusnaturalismo; o novo papel dos juízes na hermenêutica constitucional; a busca de concretização dos direitos constitucionais, e a preocupação com o caráter democrático do novo constitucionalismo.

A relevância atual desses temas impõe a necessidade de um retorno às origens históricas e aos pressupostos ideológicos, jusfilosóficos e teóricos do constitucionalismo liberal. A identificação das permanências e discontinuidades na passagem do constitucionalismo moderno ao atual somente pode ser identificada com esse retorno que oferece subsídios para o aprofundamento das questões desse novo paradigma em construção, o “neoconstitucionalismo”.

5.1 POSITIVISMO JURÍDICO

As constituições não são todas iguais. Mesmo sob o constitucionalismo liberal, a análise desenvolvida nos capítulos anteriores constatou que cada uma delas apresentava marcas das questões de seu tempo e de seu lugar geográfico. Por isso falamos de vários liberalismos e de inúmeros constitucionalismos liberais.

As constituições configuraram novas teorias do Direito, específicas, e constroem fundamentações jusfilosóficas e teóricas diferenciadas. Elas formam tipos diversos de constitucionalismos.

A primeira forma de constitucionalismo dos tempos modernos, o liberal, foi forjada a partir dos princípios jusnaturalistas dos séculos XVI e XVII. Até o século XVIII, a idéia de direito era dividida entre dois paradigmas filosóficos: o jusnaturalismo e o juspositivismo. A idéia de um direito natural vinha da Grécia antiga, e se pautava na crença em valores superiores, universais e atemporais, que legitimavam determinados direitos cujo objetivo era a justiça perfeita. Em alguns momentos da história da humanidade, a superioridade dos direitos naturais era atribuída a sua origem religiosa, mas no início dos tempos modernos, ela se legitimava por sua origem na razão humana.

Esse jusnaturalismo racionalista afirmou alguns direitos naturais individuais que, por serem pré-políticos, não diziam respeito à esfera pública, mas à esfera

privada. Com a defesa dessas liberdades individuais, o jusnaturalismo do século XVII e XVIII desempenhou um papel revolucionário na Inglaterra e na França, forjou um conceito moderno de constituição, que passou a significar a expressão da vontade da nação e a limitação do poder dos reis absolutistas.

Mas o jusnaturalismo moderno esgotou seu papel histórico ainda no início do processo revolucionário e, dialeticamente, transformou-se numa afirmação do direito positivo, como demonstrou Norberto Bobbio:

Com a promulgação dos códigos, principalmente do napoleônico, o jusnaturalismo exauria a sua função no momento mesmo em que celebrava seu triunfo. Transposto o direito racional para o código, não se via nem admitia outro direito senão este. O recurso a princípios ou normas extrínsecos ao sistema do direito positivo foi considerado ilegítimos.¹

Essa idéia de exaltação da lei, como garantia de direitos e expressão da soberania da nação, estava explícita em iluministas como Montesquieu e Beccaria, o primeiro, ao identificar o Judiciário como um poder quase “nulo”, e transformar o juiz em uma boca que pronunciava as sentenças da lei; e o segundo ao ver o juiz como mero aplicador de um silogismo, em que a premissa maior era a lei, a menor, o fato concreto julgado, e a conclusão do juiz, a absolvição ou condenação do réu. O método clássico do paradigma juspositivista de interpretação normativa era a subsunção, chamado também de silogismo jurídico.

A primeira Constituição francesa, de 1791, traduziu esses ideais iluministas em outras fórmulas: a criação do Tribunal de Cassação, junto ao Corpo Legislativo, e do cargo do comissário do rei. O Tribunal atuava como “cassação” dos julgamentos feitos pelos Tribunais judiciais, quando os comissários identificavam que os juízes tinham ultrapassado os limites de seu poder.

Chaïm Perelman constatou a redução do papel dos juízes, a partir da Revolução Francesa:

O poder de julgar será apenas o de aplicar o texto da lei às situações particulares, graças a uma dedução correta e sem recorrer a interpretações que poderiam deformar a vontade do legislador. (...) O Tribunal de Cassação era considerado o policial, designado pelo Poder Legislativo para vigiar o Judiciário, e ao qual este devia, periodicamente, prestar contas da maneira como cumpria sua missão.²

¹ BOBBIO, MATTEUCCI, e PASQUINO. *Dicionário de Política*. Brasília: Ed. UnB, 1986, p. 659, apud BARROSO, L. R. (Org.). *A nova interpretação constitucional. Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 22.

² PERELMAN. C. *Lógica Jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 23.

Associado a esses mecanismos de controle sobre a atuação do juiz foi instituída a obrigação de motivação das sentenças, conforme apareceu claramente no Código de Napoleão, de 1804: “O juiz que se recusar a julgar sob pretexto de silêncio, obscuridade ou insuficiência da lei, poderá ser punido como culpado por denegação de justiça”³.

A crença idealizada no constitucionalismo e na codificação, isto é na positivação dos direitos naturais, como base para a segurança jurídica, associada ao ideal burguês de representação legislativa, como expressão da soberania nacional, foram os primeiros passos concretos de afirmação do positivismo jurídico.

Norberto Bobbio identificou o surgimento dos primeiros princípios do positivismo jurídico ainda na formação do Estado moderno. Esse autor chamou de “monopolização da produção jurídica por parte do Estado”, o processo por meio do qual o Estado moderno se arrogou o poder de criar e controlar o direito, mediante o impulso para tornar a legislação como fonte exclusiva do direito. Até a Idade Média, o exercício do direito era permeado pelos ideais jusnaturalistas de justiça, que se originavam em princípios religiosos ou dos costumes, “leis” consideradas universais, comuns a todos os homens. Com a formação do Estado Moderno ocorreram mudanças no papel e nas funções do juiz na sociedade, dando origem àquele processo de monopolização, que teria se completado com a adoção do princípio da codificação do direito, iniciado na França napoleônica e difundido para quase todo o mundo ocidental, no início do século XX.

Até a Idade Média, o juiz representava um órgão livre da sociedade com o poder de dirimir controvérsias utilizando-se de regras de uma pluralidade de fontes como o costume, a ciência jurídica elaborada por juristas, ou a jurisprudência baseada em critérios eqüitativos, extraídos de princípios do direito natural.

Sob o Estado Moderno, o juiz passou a ser um funcionário do Estado, subordinado às regras emanadas do próprio Príncipe, única fonte do direito qualificada pelo Estado. Após a Revolução Francesa a titularidade da soberania sobre a produção legislativa foi transferida para a nação.

³ Apud PERELMAN, op. cit., p. 24.

Segundo Bobbio, a tendência à codificação não teria iniciado, mas completado a concepção estatal-legislativa do direito. Ela responderia a uma concepção racionalista que pressupunha a necessidade de imprimir unidade, simplicidade e coerência ao ordenamento jurídico.

A Escola da Exegese foi a responsável inicial pela formulação teórica e ideológica da identificação do direito à lei. Dominante durante o século XIX, ela impôs ao direito uma visão legalista, que já o conduzia a uma aproximação com as ciências, ao conceber a atuação do juiz como um ato impessoal, dedutivo, objetivo totalmente submetido à vontade do legislador. Baseados na concepção de que os códigos não deixavam nenhum aspecto ao arbítrio do juiz, os adeptos da Escola da Exegese atribuíam ao direito um caráter de completude e coerência, que não apresentava ambigüidades. Perelman traduz em palavras essa concepção:

Se o sistema é completo, deveríamos ter condições de demonstrar cada proposição formulada na linguagem *ou* de demonstrar sua negação. Se o sistema é coerente, deveria ser impossível demonstrar dentro dele uma proposição *e* sua negação.⁴

Os princípios dessa Escola transformaram-se em algumas das bases do positivismo jurídico, e o cientificismo, do final do século XIX e início do XX, completou o processo positivista de identificação de direito à lei. As questões teóricas do positivismo jurídico foram introduzidas no debate constitucionalista, e dominaram as análises jurídicas na área do Direito Público, desde o final do século XIX. As teses positivistas eram defendidas principalmente pela Escola Alemã de Direito Público, liderada por Carl Friedrich von Gerber e Paul Laband, e pela Escola austríaca, dirigida por Hans Kelsen, que consideravam o Direito, especialmente o público, como ciência estritamente normativa.

Da concepção iluminista, de influência jusnaturalista, foi-se consolidando a ideologia de que o positivismo jurídico era uma via democrática da aplicação do direito na medida em que procurava eliminar de seu campo de investigação qualquer referência a juízos de valor do direito natural e a tudo o que dizia respeito à moral, à política ou à ideologia.

Esse pensamento jurídico positivista tornou-se o paradigma dominante no mundo ocidental. Sua elaboração teórica foi definida por Hans Kelsen, sob a concepção de uma “teoria pura do direito”, que pretendia fazer o direito ascender

⁴ Idem, p. 34.

ao patamar da ciência, incorporando métodos “científicos” para atingir o mesmo grau de objetividade das ciências físicas, *eliminando* de seu campo de investigação juízos de valor como as idéias de justiça, de política e de ideologia. A ciência do direito devia se preocupar com as condições de legalidade, de validade dos atos jurídicos e de sua conformidade às normas.⁵

Em “O Positivismo Jurídico”, Norberto Bobbio detalhou os sete principais “pontos ou problemas” da doutrina juspositivista, concebendo-a como método, teoria e ideologia.

Como método, Bobbio apontou a fórmula positivista que aborda o direito de forma avaliativa: “O direito visto como um fato e não como um valor”. O autor concorda plenamente com esse pressuposto positivista, observando que se o direito não for concebido a partir dessa perspectiva, ele estará sendo tratado como filosofia ou ideologia.

Como teoria, Bobbio identificou as concepções positivistas que apresentam o direito como coação, como comando imperativo, e como fundamento primeiro da lei, concepções que Bobbio aceita. Mas a teoria positivista também atribui ao ordenamento jurídico os princípios de coerência e completude, e oferece uma interpretação mecanicista do direito, concepções teóricas rejeitadas pelo autor.

Finalmente, Bobbio analisou a característica “A obediência absoluta da lei”, não como parte da teoria ou do método, mas como ideologia, distinguindo nesta um caráter não somente descritivo, mas valorativo e, portanto, ideológico.

Foi da identificação desse caráter no positivismo jurídico que surgiu, depois da 2ª Guerra, uma crítica profunda ao constitucionalismo liberal, construído sob o paradigma teórico do juspositivismo.

O processo de Nuremberg, que julgou os crimes cometidos pelo nazismo, pôs em questão o mito da neutralidade do Poder Judiciário, a partir do qual uma legislação iníqua e criminosa do Estado nazista era efetivada. Em nome do positivismo jurídico, juízes faziam valer leis que violavam os direitos humanos. Desencadeou-se uma intensa discussão questionando a tese de que “lei é lei”. Passou-se a pregar que uma lei injusta não poderia pertencer ao direito. Surgiu, então, uma reação antipositivista, que passou a dar ênfase à interpretação da lei na busca de uma solução que fosse não somente conforme à lei, mas também

⁵ Idem, pp. 92-94.

razoável e aceitável. Uma solução que levasse em conta a equidade e a justiça. Naquele momento, juristas alemães passaram a contestar a noção legalista e estatizante do positivismo jurídico.

Ao final do regime nazista, deu-se a capitulação do Império alemão e as potências vitoriosas na segunda guerra mundial assumiram o poder sobre o território alemão, dividido em zonas de ocupação dos dois blocos de poder dominantes durante todo o período da chamada Guerra Fria: o capitalista e o comunista. Em 1949, formaram-se duas Alemanhas, a República Federal da Alemanha e a República Democrática Alemã, com regimes políticos diametralmente opostos.

Nesse contexto, surgiu a primeira Constituição de um novo constitucionalismo: a Lei Fundamental para a República Federal da Alemanha. Considerada inicialmente como uma ordem provisória, essa Constituição, aos poucos, foi demonstrando seu caráter duradouro não somente por seu período de validade, mas por “suas formas dos princípios da democracia liberal, do estado de direito social e do estado federal, em especial, todavia, dos direitos fundamentais, em ampliação e consolidação, [que] ganharam configuração concreta e lançaram raízes.”⁶

A Lei Fundamental alemã, de 1949, já em seus dois primeiros artigos, incorporava princípios que a transformaram em modelo de um novo paradigma constitucional para muitos países da Europa, e também para a Constituição brasileira de 1988:

Art.-1 A dignidade da pessoa humana é inviolável. Toda autoridade pública terá o dever de respeitá-la e protegê-la.

Art.-2 Com isso, o Povo Alemão declara invioláveis e inalienáveis os direitos da pessoa humana, como fundamento de toda a comunidade humana, da paz e da justiça no mundo.

Fábio Comparato, prefaciando o livro de Friedrich Müller, “Quem é o povo?”, considerou a Lei Fundamental alemã “como uma das melhores constituições já elaboradas na Europa, em todos os tempos”. Sua excepcional qualidade teria chegado a ameaçar o pensamento jurídico alemão, no sentido de

⁶ HESSE. K. Op. cit., pp. 7-8.

reduzir os juristas a uma “espécie de reencarnação dos glosadores medievais”.⁷ Alguns juristas, entretanto, como Friedrich Müller, impediram que houvesse uma “reedição” da Escola da Exegese e, pelo contrário – talvez até mesmo estimulados pela qualidade do texto constitucional – transformaram a teoria constitucional na Alemanha numa das mais sólidas e influentes no constitucionalismo atual.

Inicialmente, a crítica ao positivismo, iniciada no pós-guerra, deu início a um forte movimento a favor da tese de recuperação de princípios do direito natural para o direito. O filósofo Ernst Bloch empenhou-se em aderir a essa tese. Em 1961, esse autor apresentou a obra “Direito natural e dignidade humana”, onde buscou justificar o apelo a esse paradigma, em meio à radical necessidade de recuperação da dignidade humana, desfigurada pelo nazismo. No livro, ele destacou a aproximação entre duas tradições emancipadoras, a das “utopias sociais”, voltadas para a felicidade humana, e a do direito natural, que buscava a dignidade humana:

É tão urgente *suo modo* tratar do problema da herança do direito natural quanto o é herdar as utopias sociais. As utopias sociais e o direito natural formulavam desejos complementares, no mesmo espaço humano (...). Embora estivessem de acordo sobre um ponto decisivo — a sociedade mais humana — importantes diferenças subsistiram durante muito tempo entre as utopias sociais e as doutrinas do direito natural. É possível formulá-las resumidamente: a utopia social visava a felicidade do homem, e o direito natural, a dignidade humana. A utopia retratava relações nas quais os oprimidos e os explorados deixam de existir; o direito natural construía relações onde não há mais nem humilhados, nem ofendidos.⁸

Juristas alemães também se destacaram nesse movimento de afirmação de valores jusnaturalistas. Gustav Radbruch, jurista positivista até a 2ª Guerra, transformou-se em autor de uma conhecida “formula de Radbruch”, utilizada para identificar leis injustas, que pode ser assim resumida: “quando ao se editar direito positivo e neste vier negada a igualdade que constitui o núcleo da justiça, então a lei não é apenas “direito injusto”, não é direito”.⁹

Essa nova construção jusfilosófica chegou até o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, o que pode ser exemplificado por duas decisões citadas por Robert Alexy. A primeira, de 1968, tornava um decreto com motivações racistas, de 1942, nulo *ab initio*, sob a seguinte argumentação:

⁷ COMPARATO, F. “Prefácio”, in MÜLLER, F. Op. cit., pp. 11,12

⁸ BLOCH, Ernst. *Droit naturel et dignité humaine*. Paris: Payot, 2002, p.10.

⁹ SGARBI, Adrian. *Teoria do Direito (Primeiras Lições)*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007., p. 712.

O direito e a justiça não está à disposição do legislador. A idéia de que um legislador constitucional tudo pode ordenar a seu bel-prazer significaria um retrocesso à mentalidade de um positivismo legal desprovido de valoração, há muito superado na ciência e na prática jurídicas. (...) Esse decreto tampouco se tornou eficaz por ter sido aplicado durante alguns anos (...) uma vez estabelecida, uma injustiça que infrinja abertamente os princípios constituintes do direito não se torna direito por ser aplicada e observada.¹⁰

Uma segunda decisão, de 1973, apreciava um acórdão do Supremo Tribunal de Justiça que decidia *contra legem*, evidenciando a admissibilidade da atuação criativa da magistratura pelo Tribunal Constitucional alemão:

A vinculação tradicional do juiz à lei, um elemento sustentador do princípio da separação dos poderes e, por conseguinte, do estado de direito, foi modificada na Lei Fundamental, ao menos em sua formulação, no sentido de que a jurisprudência está vinculada à “lei e ao direito” (art. 20, § 3). Com isso, segundo o entendimento geral, rejeita-se um positivismo legal estrito. A fórmula mantém a consciência de que, embora, em geral, lei e direito coincidam faticamente, isso não acontece de maneira constante nem necessária. O direito não é igual à totalidade das leis escritas.¹¹

Apesar de exemplos sólidos sobre a difusão das idéias antipositivistas, alguns juristas mantiveram sua defesa do juspositivismo, como H.L.A Hart que em 1958 publicou o ensaio “Positivism and separation of Law and Morals”. Norberto Bobbio, reafirmando sua posição liberal, também expôs, em seu livro de 1961, O Positivismo Jurídico, a defesa do caráter avalorativo do direito e de alguns tópicos da agenda teórica positivista.

Chaïm Perelman, entre 1945 e 1960, rompeu com a postura positivista-kelseniana, analisando a justiça sob a perspectiva da lógica formal e concebendo o ordenamento jurídico firmado sobre uma pauta valorativa. O problema da justiça era o ponto central da teoria da argumentação de Perelman.

A partir da década de 1960, Perelman passou a considerar os valores e as normas fundamentais que guiam nossas ações, como alheios a qualquer racionalidade, porque produto de interesses e paixões logicamente indetermináveis e, por isso, arbitrários. Ele não reconhecia a justiça como valor absoluto, passível de ser fundamentada unicamente na razão, mas a considerava como fruto da vontade.

¹⁰ ALEXY, R. *Conceito e validade do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, pp. 7-8.

¹¹ *Ibid*, p. 10.

Perelman propôs que, para lidar com valores, devia-se recorrer à argumentação dialética e, partindo da noção de retórica elaborada pelos antigos, especialmente por Aristóteles, definiu o que ele chamou de Nova Retórica. O autor propunha que, na ausência de técnicas unanimemente admitidas, devia-se recorrer aos raciocínios dialéticos e retóricos, pois eles visavam estabelecer um “acordo” sobre os valores e sua aplicação.

A partir da década de 1970, essas várias argumentações jurídicas e propostas de enfrentamento das novas questões surgidas com as constituições do pós-guerra desaguaram numa construção teórica mais consistente de um novo paradigma, que tem sido chamado de “neoconstitucionalismo”, ou no plural, “neoconstitucionalismos”, por não ser um conceito unívoco.

O neoconstitucionalismo é mais uma face do constitucionalismo, ou novas faces, se aceito o plural, contrárias ao juspositivismo, mas também conciliáveis com ele, em alguns pontos. A unidade do neoconstitucionalismo parece ser, por enquanto, apenas o fato de ele ser “pós-positivista”, pelo menos de um ponto de vista cronológico.

A cultura jurídica constitucional européia do pós-guerra apresentou, inicialmente, uma tendência “neojusnaturalista”, depois “pós-positivista”, no sentido de ser uma superação do paradigma juspositivista.

Hoje, a designação de “neoconstitucionalismo” para esse paradigma ainda em gestação, tem conquistado um número crescente de seguidores. Na Europa, destacam-se juristas italianos e espanhóis, e na América Latina, Brasil, Argentina, Colômbia e México, esse novo paradigma da cultura jurídica tem despertado grande interesse.

5.2 NEOCONSTITUCIONALISMO(S)

O neoconstitucionalismo tem sido compreendido, muitas vezes, como uma “leitura estritamente antipositivista (ou jusnaturalista)”¹², como identificou Suzana Pozzolo. Outras vezes, os neoconstitucionalistas concordam que esse novo

¹² POZZOLO, S. “Um constitucionalismo ambíguo”. In CARBONELL, M. (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003, p. 189.

paradigma em gestação se caracteriza por ser “uma nova forma de contemplar o Direito”, uma “nova teoria do Direito ainda por definir, cujo pressuposto seria o paradigma do constitucionalismo, o paradigma do Estado Constitucional de Direito”¹³, ou aquilo que Ara Pinilla chamou de a “desfiguração da contraposição entre jusnaturalismo e juspositivismo”¹⁴.

A última assertiva toca num ponto inicial das questões que enfrenta o neoconstitucionalismo. Ao longo da história, o positivismo jurídico e o direito natural foram compreendidos como dois paradigmas excludentes. Entretanto, como já foi destacado anteriormente, na história do direito moderno, essas duas propostas teóricas estabeleceram uma relação dialética e, hoje, o neoconstitucionalismo constrói uma oposição teórica ao positivismo jurídico e uma crítica ao constitucionalismo liberal, sem voltar a ser, necessariamente, uma recuperação pura do jusnaturalismo. Apresenta-se mais como uma terceira via teórica para o direito, uma síntese, em que elementos dos dois paradigmas se mesclam. Em obras recentes sobre o(s) neoconstitucionalismo(s)¹⁵, observa-se uma tendência à preservação de alguns tópicos da agenda positivista em autores considerados neoconstitucionalistas, e a necessidade de matizar as diferentes propostas para o novo constitucionalismo, contrapondo-se ou conciliando-se com o juspositivismo e o jusnaturalismo, com termos que os qualificavam de “pós”, “neo”, “fraco” ou “forte”, numa tentativa de dar conta da pluralidade e da complexidade das interpretações desse novo paradigma jusfilosófico.¹⁶

Pós-positivismo foi o primeiro epíteto atribuído às novas formulações teóricas e jusfilosóficas no campo do Direito Constitucional, no pós-guerra. Todas as interpretações “pós-positivistas” foram marcadas pela identificação da

¹³ FIGUEROA, A. “La teoría del derecho en tiempos del constitucionalismos”. In CARBONELL, op. cit., p. 160.

¹⁴ PINILLA, A. “Estudio preliminar”, in PATTARO, E. Elementos para una teoría Del Derecho. Madrid:Debate, 1986, p. 13, apud FIGUEROA, in CARBONELL, op. cit., p. 161.

¹⁵ Neoconstitucionalismo(s), de 2003, e Teoria do Neoconstitucionalismo, de 2007, as duas obras organizadas por Miguel Carbonell.

¹⁶ Santiago Sastre Ariza elencou algumas dessas classificações: “... assim se fala de positivismo crítico (Ferrajoli), de positivismo corrigido (Peces-Barba), de positivismo inclusivo (Waluchow), de positivismo brando (Hart), de pós-positivismo (Calsamiglia), de positivismo sofisticado (Shiner) e de incorporacionismo (Coleman)”. ARIZA, S. “La ciencia jurídica ante el neoconstitucionalismo”. In CARBONELL, op. cit., p. 245; Alfonso Figueroa classificou Robert Alexy no que ele chama de “jusnaturalismo fraco continental” (p. 161) e Dworkin em um “neojusnaturalismo”. FIGUEROA, A. “La teoría Del derecho em tiempos del constitucionalismos”. In CARBONELL, op. cit. (p. 169). Antonio Cavalcanti Maia ampliou esse catálogo de classificações identificando um neoconstitucionalismo não-positivista (Alexy), e um neoconstitucionalismo positivista, ou neopositivismo (Susanna Pozzolo e Paulo Comanducci). MAIA. *A expansão dos Direitos Fundamentais e o Neoconstitucionalismo*, texto digitado, p. 3.

impossibilidade de se utilizarem as ferramentas teóricas e especialmente a metodológica do positivismo jurídico, especialmente a subsunção, para a interpretação das constituições contemporâneas, que se fundamentam em princípios democráticos, pressupondo a recuperação do fundamento axiológico para o Direito. As interpretações pós-positivistas tinham como base comum a tentativa de superação da dicotomia entre os paradigmas do jusnaturalismo e do juspositivismo¹⁷, pois a incorporação de valores ao Direito impunha que se abandonassem alguns elementos do positivismo jurídico.

Aos poucos, foi-se constituindo uma nova teoria jurídica para um novo constitucionalismo. Para Susanna Pozzolo, a perspectiva do neoconstitucionalismo indica uma concepção jusfilosófica precisa que se caracteriza por ser constitucionalista (isto é, inserir-se na corrente jusfilosófica dedicada à formulação e predisposição dos limites jurídicos ao poder político) e antipositivista.¹⁸

Ao comparar o constitucionalismo moderno ao neoconstitucionalismo, utilizando-se da classificação de Bobbio ao positivismo jurídico visto como teoria, metodologia e ideologia, Paolo Comanducci afirma que o constitucionalismo moderno “é fundamentalmente uma ideologia, dirigida à limitação do poder e à defesa de uma esfera de liberdades naturais, ou de direitos fundamentais”. Ele “não é, contudo, relevante como teoria do Direito: a teoria dominante no século XIX e na primeira metade do século XX é sem dúvida a positivista”. Já o ‘neoconstitucionalismo’, “não se apresenta apenas como uma ideologia, e uma correlativa metodologia, mas também, e explicitamente, como uma teoria concorrente com a positivista”.¹⁹ Nesse sentido, o neoconstitucionalismo buscaria “reconstruir” alguns aspectos que o constitucionalismo moderno frustrou, o autor usa o termo “logrou”, em um processo do qual emerge um modelo de sistema jurídico, que se caracteriza por

Uma Constituição “invasora”, pela positivação de um catálogo de direitos fundamentais, pela onipresença da Constituição de princípios e regras, e por

¹⁷ Idem, *ibidem*.

¹⁸ POZZOLO, S., *op. cit.*, p. 188.

¹⁹ COMANDUCCI, P. “Formas de (neo) constitucionalismo: un análisis metateórico”, in CARBONELL, *op. cit.*, pp. 82,83.

algumas peculiaridades da interpretação e da aplicação das normas constitucionais em relação à interpretação e aplicação da lei.²⁰

Assim, para Comanducci, a teoria do neoconstitucionalismo se opõe à teoria do positivismo jurídico, mas parte da crítica ao constitucionalismo liberal. As questões mais criticadas pelo neoconstitucionalismo foram destacadas nos capítulos anteriores da tese. Assim, temas do constitucionalismo liberal como a exclusão de valores morais de seu texto, imposta pela redução positivista do direito à lei; a restrição à atuação do Poder Judiciário e de submissão ao Legislativo, impondo aos juízes o método positivista da subsunção; o caráter formal do constitucionalismo liberal, que se omitia especialmente quanto à concretização dos direitos fundamentais, imprimindo-lhe um caráter não-democrático, que convivía, por exemplo, com a exclusão política a partir de critérios econômicos, étnicos e sexuais.

5.2.1 Neoconstitucionalismo e valores

A ênfase dada pelo neoconstitucionalismo à dimensão moral do direito, que alguns têm chamado de “imperialismo da moral”²¹, tem sido tão intensa que parece justificar alusões mais explícitas a autores neoconstitucionalistas como neojusnaturalistas.

O positivismo jurídico se afirmou opondo-se a qualquer teoria do direito natural e à filosofia dos valores, e eliminando do direito qualquer referência à idéia de justiça.

No decorrer do século XIX até meados do século XX, positivistas desenvolveram uma crítica acentuada ao caráter valorativo do direito, constituindo-se na formulação mais acabada do positivismo jurídico, teoria dominante sob o constitucionalismo liberal.

²⁰ Idem, p. 83.

²¹ BARBERIS, M. “Neoconstitucionalismo, democracia y imperialismo de la moral”. In CARBONELL, M. (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*, op. Cit. p. 271. O autor afirma que Cristina Redondo também se utiliza dessa expressão para identificar o que os dois consideram reducionismo do direito à dimensão moral.

Hoje, o neoconstitucionalismo propõe um “modelo axiológico-normativo” de negação à tese juspositivista da separação conceitual entre Direito e moral, e se estrutura sobre um catálogo de princípios e direitos fundamentais, mas ainda não há uma univocidade, em relação a esse novo paradigma.

O neoconstitucionalismo tem como objeto de análise e base de seus princípios teóricos em construção os modernos ordenamentos constitucionais e democráticos do Ocidente, cuja pauta de normas inclui princípios e regras.

Willis Santiago Guerra Filho identifica a diferença entre essas duas espécies de normas, fonte de questões fundamentais envolvendo a retomada do caráter valorativo para o direito:

Já se torna cada vez mais difundido entre nós esse avanço fundamental da teoria do direito contemporânea, que, em uma fase “pós-positivista”, com a superação dialética da antítese entre o positivismo e o jusnaturalismo, distingue normas jurídicas que são regras, em cuja estrutura lógico-deontica há a descrição de uma hipótese fática e a previsão da consequência jurídica de sua ocorrência, daquelas que são princípios, por não trazerem semelhante descrição de situações jurídicas, mas sim a prescrição de um valor, que assim adquire validade jurídica objetiva, ou seja, em uma palavra, positividade.²²

Antonio Carlos Diniz e Antonio Maia explicam o novo papel dos princípios no pós-positivismo que se constituiu em neoconstitucionalismo, a partir da década de 1970:

Com efeito, já não se trata de ver nos princípios teoremas racionais abstratos, metafísicos e desprovidos de eficácia, como na fase jusnaturalista, nem tampouco o caráter meramente subsidiário e supletivo — de baixa ou nenhuma normatividade — assumido no ciclo positivista, desde o século XIX até a primeira metade do século XX. A proposta pós-positivista coloca em primeiro plano a proclamação da eficácia normativa dos princípios, agora erigidos em normas-primárias de todo o sistema jurídico. Distanciando-se do cânone positivista da separação entre direito e moral (“tese da separabilidade”), o pós-positivismo enceta uma rearticulação entre direito e moral através do manejo dos princípios. Para Alexy, os princípios constituem mandados de otimização que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, enquanto Dworkin os considera fonte da justificação moral e política do direito vigente em uma determinada comunidade.²³

Alfonso Figuerola realçou a recuperação do conteúdo moral para o direito como um retorno ao “vínculo conceitual necessário do Direito real com sua dimensão ideal”, objetivo que o jusnaturalismo perseguiu ao longo de sua história.

²² GUERRA FILHO, W. S. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. São Paulo: RCS Editora, 2005, p. 67.

²³ DINIZ, A.C.; MAIA, A.C., op. cit., pp. 7-8.

Para esse autor a constitucionalização desempenhou um papel relevante no processo de fundamentar essa vinculação. Esse é um dos elementos que distinguem o neoconstitucionalismo dos constitucionalismos anteriores. “O constitucionalismo tradicional era, sobretudo, uma ideologia, uma teoria meramente normativa, enquanto o constitucionalismo atual se converteu em uma teoria do Direito, oposta ao positivismo jurídico como método”²⁴.

Carbonell destacou no constitucionalismo os novos fins e objetivos constitucionais, fundamentados em princípios democráticos, pressupondo a recuperação das bases axiológicas para o Direito. Citou novas práticas jurisprudenciais exigidas pela incorporação de valores expressos constitucionalmente, que requerem uma “tarefa hermenêutica” capaz de aplicá-los a casos concretos. Para tanto, conclui o autor, a técnica da subsunção, própria do positivismo jurídico, não é mais apropriada tornando-se necessárias novas técnicas interpretativas, como a ponderação, a proporcionalidade, a razoabilidade, e a maximização dos efeitos normativos dos direitos fundamentais, dentre outras.

A impossibilidade de se utilizarem ferramentas teóricas e especialmente a metodológica do positivismo jurídico, para a interpretação das constituições contemporâneas, foi apontada também por Susanna Pozzolo. Para analisar os ordenamentos jurídicos ocidentais do constitucionalismo democrático que consagram “princípios de justiça” incorporadores de valores, o modelo teórico do juspositivismo é considerado inadequado. Susanna Pozzolo expõe as principais razões da inadequação:

Devido ao fato de que a constitucionalização desses princípios e direitos positivou esses valores através de expressões vagas, elásticas, imprecisas, e já que com elas não se positivaram também sua concepção e seu peso recíproco, estes direitos ou valores, para serem interpretados e aplicados, teriam necessidade de uma tomada de posição moral destinada a dar-lhes concretização. Esta função de concretização deveria ser levada a cabo pela legislação e jurisdição (particularmente o Tribunal Constitucional) e também pela ciência jurídica.²⁵

Carbonell destacou também novos aspectos teóricos que se configuraram a partir do conjunto das características do neoconstitucionalismo. Dentre eles, o autor realçou, citando Luigi Ferrajoli, a ciência jurídica, hoje, com uma função não meramente contemplativa de seu objeto de estudo, mas contribuindo de forma

²⁴ FIGUEROA, op. cit., p. 159. O autor utiliza-se da perspectiva de análise do positivismo jurídico como método, teoria e ideologia, desenvolvida por Norberto Bobbio, e destacada acima.

²⁵ POZZOLO, op. cit., p. 190.

decisiva para criá-lo, constituindo-se como uma espécie de meta-garantia do ordenamento jurídico em seu conjunto.

Em seu texto “Passado e Futuro do Estado de Direito”, Ferrajoli identificou a passagem da fundamentação jusnaturalista para a juspositivista, na mudança da fórmula medieval do direito natural, *veritas, non auctoritas facit legem*, para a fórmula positivista *auctoritas, non veritas facit legem*. Essa fórmula, alterada por Hobbes na afirmação do poder absoluto do rei, expressou a monopolização da produção jurídica pelo Estado, que teria marcado o surgimento do juspositivismo, segundo Bobbio e Ferrajoli. O Estado de Direito Liberal, ou Legal, teria nascido neste momento de afirmação do princípio da legalidade como critério exclusivo de validade, independentemente de ser ou não justo.

Mas Ferrajoli tem posições mais próximas de um neo-positivismo, que de um neoconstitucionalismo. Ele justifica a predominância milenar do direito jusnaturalista porque, na ausência de um sistema exclusivo e exaustivo de fontes positivas, no Direito pré-moderno, o direito natural valia como sistema de normas que se supunham ‘verdadeiras’ ou ‘justas’, “como parâmetro de legitimação tanto das teses da doutrina como da prática judicial”.²⁶ A passagem da concepção jusnaturalista para a positivista teria imposto um deslocamento da força axiológica do direito, retirando-lhe qualquer caráter valorativo, porém, afirma Ferrajoli, essa perda no campo axiológico foi compensada pela garantia de certeza jurídica, de afirmação da legalidade contra a arbitrariedade do juiz e do rei, e da sujeição de todos os poderes à lei, por meio do princípio da legalidade. A perspectiva neoconstitucionalista de Ferrajoli aceita o positivismo como método, a exemplo de Bobbio, daí defender um Estado Constitucional de Direito que corresponda ao modelo normativo que ele chama de “neojuspositivista”.

Além de realçar a necessidade de recuperação dos princípios jusnaturalistas para o direito, o neoconstitucionalismo também aponta para questões extremamente relevantes que dão atualidade ao estudo do constitucionalismo liberal e da constitucionalização do Poder Judiciário, temas abordados na tese: o novo papel do Poder Judiciário, a luta pela concretização dos direitos, e o caráter democrático do novo constitucionalismo.

²⁶ Idem, p. 17.

5.2.2

Novo papel do Judiciário na hermenêutica constitucional

O novo papel da magistratura na hermenêutica constitucional, sob a perspectiva do constitucionalismo atual bem como do neoconstitucionalismo, está ligado a inúmeras questões, mas duas delas se destacam. A primeira diz respeito ao formato inerente às constituições pós-45, que incorporaram princípios e regras, exigindo uma atuação maior e mais criativa dos intérpretes da lei. A segunda está relacionada à transferência do controle da constitucionalidade, do Poder Legislativo para o Judiciário. Alfonso Figueroa identificou um novo equilíbrio de forças entre os poderes do Estado, no que ele chamou de “deslocamento do protagonismo do Legislativo para o Judiciário”.²⁷

Há muito foi superado o ideal iluminista e positivista dos séculos XVIII e XIX, de “supremacia do Legislativo” que se traduzia em uma subordinação total dos juízes ao Tribunal de Cassação, “policial” designado pelo Poder Legislativo, mediada pela permanente vigilância dos comissários do rei sobre as sentenças prolatadas pela magistratura, como foi destacado anteriormente. Hoje, inúmeras democracias ocidentais têm as Cortes Supremas, junto ao Poder Judiciário, como guardiãs da Constituição, em modelo concebido, originariamente, por Hans Kelsen. Pode parecer paradoxal, mas a incorporação de princípios cientificistas por Kelsen, para a construção de uma “teoria pura do direito”, exigia a ênfase no caráter técnico da função hermenêutica constitucional dos juízes.

Entretanto, o tema é profundamente controvertido. Há autores, como Antonio Carlos Bigonha e Luiz Moreira, que consideram a supremacia do Judiciário no controle da constitucionalidade, como um caminho aberto “para que a técnica submeta a democracia, para que o controle da constitucionalidade substitua o voto, para que os tribunais sejam protagonistas e submetam os demais poderes”²⁸.

No campo do neoconstitucionalismo, mais uma vez acentua-se seu caráter plural: esse tema não é unívoco. Na mesma linha de raciocínio de Bigonha e Moreira, Carlos Nino, por exemplo, afirma que “o controle de constitucionalidade pode entrar em conflito com uma teoria coerentemente deliberativa da

²⁷ FIGUEROA, op. cit., p. 167.

²⁸ BIGONHA, A. C.; MOREIRA, L. “Introdução”, in BIGONHA, A. C.; MOREIRA, L. (Orgs.) *Limites do Controle da Constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 4.

democracia”. Por isso, Nino defende “o ideal da participação de todos na tomada de decisões”, o que significaria preferir a democracia direta e não a representativa²⁹.

Ferrajoli posiciona-se em lado oposto, pois considera a garantia jurisdicional da rigidez das constituições e do controle da constitucionalidade como uma das marcas democráticas do constitucionalismo pós-45. Assim, esses dois aspectos teriam introduzido uma dimensão substancial na natureza da democracia, impondo-lhe um limite, mas completando-a, na medida em que o paradigma do constitucionalismo rígido impõe proibições e obrigações ao Legislativo, frente aos abusos desse poder (“antes absoluto”), que configurava a chamada “onipotência do Legislativo”.

As controvérsias que envolvem o tema têm desencadeado um debate político e teórico sobre a separação dos poderes do Estado, o papel de cada um dos dois poderes, Legislativo e Judiciário, a relação entre a técnica e a política, ou entre a ciência e a democracia, dentre outras questões relevantes. Pela dimensão desse debate, a análise desse tema exigiria um nível mais profundo de análise, que foge ao propósito dessa tese. Somente a questão sobre o novo papel dos juízes na hermenêutica constitucional será objeto de uma análise mais detalhada.

No caso da hermenêutica constitucional, inúmeras causas têm sido apontadas para a ampliação de poder do juiz. Uma delas é identificada por Ana Paula Barcellos e decorre do caráter “difuso” ou genérico do conteúdo material das constituições contemporâneas, que incorporaram conceitos como justiça social e dignidade humana “cuja definição detalhada pode variar em certa medida no tempo, no espaço e em função das circunstâncias do caso concreto”.³⁰

Outra causa apresentada pela autora decorre das chamadas constituições “compromissórias”, adotadas por muitas sociedades democráticas, que consagram, em um mesmo texto, direitos ligados a uma concepção liberal e proposições antagônicas, próprias de um Estado de bem-estar social. Isso leva à necessidade de uma ponderação de interesses, em cada caso concreto, levando-se em consideração que a aplicação do Direito não é apenas um ato de conhecimento

²⁹ BARBERIS, op. cit., p. 268.

³⁰ BARCELLOS, A. P. “Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional”, in BARROSO, L. R. Op. cit., p. 51.

— revelação do sentido de uma norma pré-existente — mas também um ato de vontade — escolha de uma possibilidade dentre as diversas que se apresentam.

A necessidade de ampliação do espaço de atuação dos juízes levou ao desenvolvimento de técnicas e princípios de interpretação específicos para a Constituição, que ultrapassaram a clássica hermenêutica jurídica.

É unânime a compreensão de que a interpretação constitucional requer primeiramente uma abordagem que respeite o princípio da unidade, ou seja, a compreensão de que todas as disposições de uma Constituição têm a mesma hierarquia, devendo ser interpretadas de forma harmônica. Há, também, amplo consenso de que a harmonia de um sistema jurídico tem como fundamento o equilíbrio eficiente entre os dois valores principais da ordem jurídica: segurança e justiça, responsáveis pela previsibilidade, estabilidade e pacificação das relações sociais.

Para a manutenção desse equilíbrio, princípios e regras desempenham papéis diferenciados: segurança, estabilidade e previsibilidade são identificadas às regras, na medida em que elas veiculam efeitos jurídicos determinados; a justiça, no entanto, depende de normas mais flexíveis, que melhor se ajustem ao caso concreto, conferindo ao intérprete liberdade de adaptar o sentido geral do efeito pretendido. Por isso a justiça se identifica com os princípios, que têm muitas vezes um sentido impreciso e indeterminado, cabendo ao Legislativo e ao Executivo, em suas competências constitucionais, lhes conferirem conteúdo específico.

Mesmo reconhecendo que esse modelo é simplificador — pois há princípios que propugnam o valor segurança, como o princípio da legalidade, enquanto há inúmeras regras que cristalizam soluções requeridas por exigências de justiça — Ana Paula Barcellos assegura que “uma quantidade equilibrada e apropriada de princípios e regras produzirá um sistema jurídico ideal, no qual haverá suficiente segurança e justiça”.³¹ Conclui também que a utilização da técnica da ponderação permanentemente em relação às regras fragilizaria a segurança jurídica do sistema e, portanto, do próprio Estado de Direito.

A autora identifica na técnica de ponderação a manutenção do princípio da unidade da Constituição, e o equilíbrio entre os valores de segurança e justiça na

³¹ *Idem*, p. 79.

ordem jurídica, uma vez que, ao se atribuírem pesos aos elementos (regras ou princípios) conflitantes, poder-se-á optar por aquele que, no caso concreto, for mais aceitável e menos danoso para todo o sistema constitucional.

Observa a autora que, para se evitar discricionariedades, torna-se necessário o estabelecimento de parâmetros, tanto normativos quanto argumentativos, para manter o controle sobre esse processo.

Reconhecendo a necessidade da interpretação das regras serem informadas pelos princípios, mas desenvolvendo uma argumentação em sentido inverso, Ana Paula de Barcellos discute os parâmetros normativos preferenciais para a utilização da técnica da ponderação normativa, partindo do pressuposto de que “as regras (constitucionais e infraconstitucionais) têm preferência sobre os princípios constitucionais”.³²

As regras não devem ser ponderadas, diz a autora, e justifica sua assertiva, argumentando que a natureza da estrutura das regras não é adequada para sofrer ponderação. Se, juridicamente as regras valem ou não valem, não há como “aplicar mais ou menos uma regra”, isto é, “ou seus efeitos determinados verificam-se ou não.”³³ Já no caso dos princípios, prossegue a autora, é necessário distinguir um núcleo mínimo de sentido do princípio que tem a natureza de regra, por decorrer do consenso geral. O princípio propriamente dito seria o que extrapola aquele núcleo e estaria sujeito à deliberação democrática, nas sociedades pluralistas, podendo ser “como referido por [Robert] Alexy, não só mais ou menos intensamente adimplido, mas também adimplido de formas variadas”.³⁴ Daí admitir a ponderação.

Robert Alexy, um dos juristas mais respeitados da teoria constitucional atual, defende ser possível submeter a ponderação a um controle racional e portanto passível de conduzir a decisões universais, afastando a idéia do particularismo jurídico, inicialmente pela definição de diferentes identidades para regras e princípios e, em segundo lugar, pelo desenvolvimento de uma teoria argumentativa que atribua objetividade à fundamentação do juiz.

Segundo José Juan Moreso, um dos “neoconstitucionalistas” atuais, Alexy defendeu formas diferentes para a resolução de conflitos de regras e de princípio.

³² Idem, p. 70.

³³ Idem, pp. 76-77.

³⁴ Idem, p. 77.

No caso das regras, o conflito é resolvido “introduzindo em uma das regras uma cláusula de exceção que elimina o conflito ou então declarando pelo menos uma das duas regras inválidas”.³⁵ Já no caso dos princípios, para solucionar a colisão, “um dos dois tem que ceder frente ao outro (...) um princípio *precede* ao outro (...) os princípios têm diferentes *pesos* e o conflito tem de ser resolvido segundo a dimensão de peso e não segundo a dimensão de validade”.

Os parâmetros argumentativos, a que Alexy e Ana Paula Barcellos se referem, para se evitar discricionariedades no processo de aplicação da lei por parte dos juízes, foram objeto de análise de Chaïm Perelman no imediato pós-45. A teoria da argumentação construída por Perelman, e designada por ele de Nova Retórica, atribuía ao juiz um papel complementar ao do legislador em sua tarefa de criar normas de justiça. O direito passava a ser um instrumento flexível cuja missão era conciliar as leis, as instituições sociais e os valores dominantes, de sorte que se punha em evidência não apenas a legalidade, mas também o caráter razoável e aceitável das decisões judiciais.

A técnica argumentativa utilizada na ponderação de normas conflitantes surgiu como um novo parâmetro jurídico. A metodologia defendida por Perelman privilegiava uma concepção mais sociológica do direito ao considerar sua função social: o direito não era mais concebido de modo estritamente legalista, sem referência à sociedade que ele regia. Especialmente em uma sociedade democrática, considerava Perelman, era impossível manter a visão positivista do direito que via o direito apenas como a expressão arbitrária da vontade do Estado.

Perelman defendia o caráter democrático de sua teoria da argumentação, pois reconhecia que a sentença é uma decisão e, portanto, nela intervém a vontade. Perelman insistia em que a passagem da regra abstrata ao caso concreto não é simplesmente um processo dedutivo, mas uma adaptação constante das disposições legais aos valores em conflito nas controvérsias judiciais. Ao juiz caberia ponderar sobre os valores que envolvem o caso concreto e que se encontram protegidos na lei, interpretando condizente e razoavelmente por intermédio da argumentação dialética, que tornaria possível defender uma posição em detrimento de outras.

³⁵ MORESO, J. “Conflictos entre principios constitucionales”. In CARBONELL, op.cit., p. 113.

O autor procurou então elaborar uma metodologia que permitisse construir uma lógica dos juízos de valor, que não os fizesse depender do arbítrio de cada um. Não se poderia permitir, segundo o autor, que problemas relacionados com a moral, a política ou com as preferências pessoais do juiz interferiram na Justiça e no Direito.

Alguns neoconstitucionalistas incorporaram elementos da nova hermenêutica constitucional, mas outros criticaram, de forma incisiva, outros aspectos implicados no novo papel dos juízes na interpretação judicial.

Autores como Riccardo Guastini são céticos em relação ao procedimento da ponderação. Esse autor considera que esse método estabelece uma “hierarquia axiológica” entre os princípios em conflito, demarcando o papel do intérprete mediante um juízo de valor, resultando em uma “atividade radicalmente subjetiva”.³⁶ Assim, a ponderação resultaria em um “particularismo jurídico” por comportar uma hierarquia “móvel” entre princípios, isto é, o mesmo princípio poderia em um caso concreto ser afastado e em outro ser prevalente. Guastini refere-se ao caráter dos princípios constitucionais, considerados como “pautas que estabelecem qualidades deonticas (deveres, proibições ou faculdades) não de forma categórica, mas *prima facie*, ou seja, qualidades deonticas derrotáveis ou superáveis”.³⁷ Assim, para o autor, em última análise, a atividade de escolher entre os princípios e hierarquizá-los não pode ser controlada racionalmente, sendo atribuído ao intérprete da lei, o papel mais destacado na afirmação da hierarquia dos princípios.

Sobre a teoria da argumentação, há autores, como José Juan Moreso, que reconhecem que, na aplicação ao caso concreto, nem sempre essa teoria resolve de forma satisfatória. Moreso propõe uma via de interpretação jurídica em que a ponderação não se opõe à subsunção, mas é “somente um passo conceitualmente prévio que torna possível a inevitável subsunção”.³⁸ Ele não aceita que qualquer hierarquização axiológica seja possível, por isso adota o conceito de nível crítico da moralidade, defendido por Hare, que se oporia ao conceito de nível intuitivo. Considera que os textos constitucionais são formados por um conjunto de princípios *prima facie*, que podem entrar em conflito entre si e que, de acordo

³⁶ MORESO, J. “Conflictos entre principios constitucionales”. In CARBONELL, op.cit., p. 103.

³⁷ Idem, p. 107

³⁸ Idem, p. 100.

com um nível intuitivo, aparecem em um suposto contexto desarticulado. No nível crítico, pelo contrário, os princípios são articulados em um esquema geral que dá uma resposta unívoca para cada caso, posto que, cada caso individual é uma instância de um caso genérico que correlaciona o caso com uma solução normativa, possibilitando desta maneira a subsunção.³⁹

Moreso não abandona a racionalidade subsuntiva do juspositivismo por ver nela um pressuposto necessário para justificar as decisões tomadas no caso concreto. Esse autor acredita que quando se isola um conjunto de propriedades relevantes dos princípios, é possível se oferecer soluções para todos os casos. A ponderação consistiria na articulação desse conjunto de propriedades relevantes, na explicitação das condições de aplicação que previamente eram somente implícitas. Uma vez realizada esta tarefa, a aplicação dos princípios consiste na subsunção de casos individuais em casos genéricos. Se a aplicação do Direito consiste em resolver casos individuais mediante a aplicação de pautas gerais, conclui Moreso, então — por razões conceituais — não tem aplicação do Direito sem subsunção.⁴⁰

Mais uma vez fica clara que a pauta de discussão do neoconstitucionalismo, que somente de forma sumária está sendo tratada neste capítulo, é muito ampla e complexa, mas se constitui em uma crítica, algumas vezes acentuada, ao positivismo e ao constitucionalismo que o adotou como teoria, apontando para uma superação, às vezes radical, outras nem tanto, do paradigma juspositivista, promovendo a construção teórica de uma terceira via.

No elenco de propostas e teses formuladas no contexto do neoconstitucionalismo, um lugar de destaque é ocupado pelos dois últimos temas a serem tratados nos próximos itens: o da efetivação dos direitos fundamentais e o da democratização do constitucionalismo.

³⁹ *Idem*, p. 119.

⁴⁰ *Idem*, p. 121.

5.2.3 Concretização dos direitos constitucionais

As novas abordagens na forma de compreensão do constitucionalismo atual, propostas pelo neoconstitucionalismo, são determinadas, especialmente, pelo reforço do vínculo entre Direito e moral, e se desdobram em duas conseqüências de caráter teórico e político.

O âmbito teórico interessa à análise da efetivação dos direitos constitucionais, enquanto o político se refere à necessidade de democratizar o constitucionalismo. Teoricamente, o neoconstitucionalismo mudou a abordagem de considerar a Constituição como norma hierarquicamente mais elevada, apenas formalmente, conforme consagrava o constitucionalismo liberal oitocentista.

Carbonell, na introdução à sua mais recente obra coletiva, apresentou aspectos que consagram o neoconstitucionalismo como uma novidade teórica e prática do Estado constitucional de Direito. Dentre esses aspectos, inicialmente, o autor destacou a preocupação do neoconstitucionalismo em “explicar um conjunto de textos constitucionais” formado por normas “materiais” ou substantivas, “que condicionam a atuação do Estado por meio de imposição de certos fins e objetivos”. Como exemplos de constituições desse tipo, o autor citou a espanhola de 1978, a brasileira de 1988 e a colombiana de 1991.

Numa análise mais histórica do que teórica, Luigi Ferrajoli segue a linha de análise histórica desenvolvida por Norberto Bobbio, mas dá uma contribuição própria à idéia de concretização dos direitos constitucionais, sob o que considera ser o Estado Constitucional, isto é, aquele construído após 1945. O autor também cria os conceitos de “paleo-positivismo” e “neo-positivismo”, contribuindo para a ampliação das designações atribuídas ao novo constitucionalismo.

No texto, Ferrajoli identifica duas concepções diferentes sobre o Estado de Direito, cada uma delas refletindo uma experiência histórica, e correspondendo a um modelo normativo específico.

A primeira concepção corresponderia ao modelo normativo “paleo-juspositivista” do Estado Legislativo de Direito ou Estado Legal, que marcou a passagem do paradigma pré-moderno para o constitucional. Esse Estado de

Direito era compreendido em sentido lato, débil ou formal, o que significava que os poderes públicos do ordenamento jurídico tinham uma fonte e uma forma legal, conferidos pela lei e exercidos na forma da lei.

Porém, o Estado Constitucional de Direito, ou Estado Constitucional corresponde ao modelo normativo que Ferrajoli chama de “neo-juspositivista”, pois o ordenamento jurídico é concebido em sentido estrito, forte ou substancial, isto é, os poderes públicos estão sujeitos à lei não só relativamente à forma, mas também ao conteúdo.

Giovanni Sartori, um estudioso das novas interpretações do constitucionalismo, citado por Mauro Barberis, atribui aos positivistas a utilização do termo Constituição com “um significado cósmico e formal” para indicar “qualquer forma que um Estado se outorga”. Já os constitucionalistas se utilizariam desse termo com “o significado específico e substantivo” de um “ordenamento protetor da liberdade dos cidadãos”⁴¹. Nesse sentido é possível distinguir entre “constituições nominais, ou aparentes, e constituições que garantem realmente a liberdade dos cidadãos”⁴².

Para Barberis, o Estado constitucional legalista, o do constitucionalismo liberal inicial, “pôs a lei em uma posição subordinada” como um critério de validade formal. Sob a mesma perspectiva de Barberis, Suzana Pozzolo destacou que o Estado constitucional democrático, o do pós-45, introduziu “critérios de validade material capazes de condicionar a atividade legislativa em seus conteúdos e não somente em suas formas”⁴³.

A Constituição, sob essa nova compreensão, estaria dotada de uma “força invasiva” de seus princípios que contaminaria todo o direito, e não imporá ao legislador somente o respeito lógico-formal sobre suas decisões, mas também o desenvolvimento de tais normas constitucionais e, sobretudo, sua aplicação.

A busca de efetivação do direito, empreendida pelo neoconstitucionalismo está diretamente relacionada à compreensão da aplicação da lei como uma forma de democratização do direito. A questão democrática é um dos pontos centrais do debate neoconstitucionalista.

⁴¹ SARTORI, G. Elementi di teoria política, Bologna:Il Mulino, 1987, pp. 19, 26-27 apud BARBERIS, M. op. cit., p. 261.

⁴² BARBERIS, op. cit., p. 261.

⁴³ POZZOLO, op. cit., p. 189.

5.2.4 Neoconstitucionalismo e Democracia

A ruptura que o liberalismo e seu substrato, o constitucionalismo liberal, provocaram na sociedade feudal, consagradora de privilégios sociais, e no poder absolutista do rei levou alguns autores a identificarem no liberalismo a origem da democracia moderna. Houve, entretanto, autores que identificaram nesse sistema político a origem de muitas mazelas do mundo atual, e desenvolveram uma crítica conseqüente e duradoura, como a que se originou em Karl Marx e desencadeou muitas formas de marxismos. Hoje, no pós-guerra fria e pós-queda do Muro de Berlim, num mundo que continua capitalista, e agora globalizado – mas ainda sob influência do liberalismo, que mantém uma relação de compromisso com um Estado do bem-estar social, cada vez mais combatido pelos “neoliberais” – não são somente as idéias marxistas desenvolvendo uma crítica ao caráter não-democrático do liberalismo, mas inúmeras novas propostas, como algumas do neoconstitucionalismo, têm elaborado alternativas para a construção de uma sociedade mais democrática.

Se em alguns períodos da experiência histórica do constitucionalismo, o poder constituinte e a idéia de Constituição foram capturados pelo jogo político das classes dominantes, a Constituição, em outros momentos, sob o impulso da potência do poder constituinte, mediou relações de classe em proveito dos dominados, impondo regras jurídicas contra o exercício da violência, e da injustiça, em prol da democracia. O primeiro constitucionalismo do mundo contemporâneo frustrou os desejos de potência do poder constituinte, e tanto ele quanto a idéia de Constituição foram capturados pelas forças políticas antidemocráticas.

Friedrich Müller, em seu livro “Quem é o povo? A questão fundamental da democracia”, ao identificar a imprecisão do termo “povo” no sistema jurídico formalista inaugurado pelo constitucionalismo liberal, introduziu um método renovador, a partir do qual o direito seria visto em sua efetiva vigência, muito além da expressão formal das normas.

O texto de Müller procurou responder à pergunta: “quem seria esse povo, que pudesse legitimar ‘democraticamente’ as constituições?”⁴⁴ Ele concluía que não bastava que um documento invocasse o povo, para que ele se legitimasse como democrático, e que “essa expressão pertence ao conjunto de expressões menos seguras dos referidos documentos constitucionais”.⁴⁵

Fábio Comparato, no prefácio ao livro de Müller, observou que o autor procurara superar a visão positivista que conduzira ao “nacionalismo jurídico”.⁴⁶ Na teoria política e constitucional, seguia Comparato, o termo “povo” era utilizado “não [como] um conceito descritivo, mas claramente operacional (...), [tratando-se] de encontrar um sujeito para a atribuição de certas prerrogativas e responsabilidades coletivas, no universo jurídico-político”. O autor considerava indispensável o esforço de Friedrich Müller para definir o povo como sujeito da soberania democrática, pois ele até então havia suscitado “veneração declamatória”, mas jamais “respeito prático e submissão política”.⁴⁷

Um dos defensores de teses neoconstitucionalistas, Luis Prieto Sanchís, atribuiu ao neoconstitucionalismo a designação “constitucionalismo de direitos”, por ele ser provido de “Constituições materiais e garantidoras”. O que Sanchís chama de “constituições materiais” são aquelas que apresentam um denso conteúdo substantivo formado por normas de diferentes denominações (valores, princípios, direitos, diretrizes) “mas de um idêntico sentido, que é dizer ao poder não somente como se organizar e adotar suas decisões, mas também aquilo que pode e inclusive, às vezes, aquilo que deve decidir”.⁴⁸

Sanchís considera as declarações de direitos da França, no século XVIII, como um exemplo de densidade material ou substantiva, ao resumirem o programa político “do povo em marcha”, de um novo titular da soberania disposto a transformar a sociedade e as instituições. Nelas, observa o autor, encontram-se não somente os direitos civis e políticos, mas também muitos direitos sociais que iriam reaparecer em Weimar ou na Constituição da 2ª República Espanhola. O autor afirma que a novidade constitucional hoje reside na conjugação de fatores da tradição do constitucionalismo liberal e do atual, o que

⁴⁴ MÜLLER, F. Op. cit., p. 47.

⁴⁵ Ibid., p. 52.

⁴⁶ Ibid., p. 12.

⁴⁷ Ibid., p. 14.

⁴⁸ SANCHÍS, L. P. “El constitucionalismo de los derechos”. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Teoría del neoconstitucionalismo: ensaios escogidos*. Madrid: Trotta, 2007, p. 214.

permite conceber a Constituição simultaneamente como um limite ou garantia e como uma norma diretiva fundamental. Frente ao rousseauiano poder constituinte que nunca termina de constituir-se e que desemboca na supremacia do Parlamento e de sua lei, agora o poder constituinte quis tomar corpo em um documento que se postula como supremo e garantidor; e aqui é preciso reconhecer a dívida com a tradição norte-americana.⁴⁹

Sanchís observa que a constitucionalização do ordenamento jurídico é um processo que admite graus ou intensidades, mas distingue o que chama de constitucionalismo dos direitos como seguramente sua mais alta expressão. A consequência maior desse processo “consiste em conceber os direitos como normas supremas, efetiva e diretamente vinculantes, que podem e devem ser observadas em toda operação de interpretação e aplicação do direito”.⁵⁰

Santiago Ariza, outro a quem se atribui o título de “neoconstitucionalista”, afirma que uma questão central da filosofia do direito e da teoria constitucional contemporâneas diz respeito a um aspecto político do constitucionalismo que se configura na “intenção de recompor a grande fratura entre democracia e constitucionalismo”.⁵¹ A comparação do constitucionalismo atual é sempre feita em relação ao primeiro constitucionalismo, o liberal.

O neoconstitucionalismo é, portanto, um fenômeno dos Estados Democráticos. O Brasil ainda não entrou plenamente na era do constitucionalismo democrático — entendendo-se a democracia não só sob o prisma da participação político-eleitoral — mas as proposições do neoconstitucionalismo já ecoaram em nossas terras. Ainda de forma tímida, restrita ao meio acadêmico jurídico, especialmente nos programas de pós-graduação, até hoje muito limitados e elitizados, mas já se faz presente também no Supremo Tribunal Federal. Porém, no Brasil ainda não se produz uma teoria neoconstitucionalista que tenha como base de análise nossa realidade histórica.

A pretensão da teoria neoconstitucionalista é, não somente, dar conta da realidade, mas consolidar elementos para uma intervenção substancial nela. Sob a concepção substancial, os direitos fundamentais adquirem um duplo caráter: tornam-se não somente direitos subjetivos, que garantem ao cidadão um *status* real de liberdade e igualdade, mas também direitos objetivos de uma ordem estatal democrática, que transforma o constitucionalismo em sinônimo de Estado de

⁴⁹ Idem, Ib.

⁵⁰ Idem, p. 216.

⁵¹ ARIZA, Santiago, in CARBONNEL, *Teoria*. Op. cit., p. 239.

Direito Democrático. Por isso, a concepção substancial dos direitos fundamentais não compromete somente os magistrados, como intérpretes da lei, mas os atinge direta e essencialmente na tarefa de atribuir força normativa aos princípios e direitos fundamentais da Constituição de 1988. No entanto, devemos todos estar vigilantes e atuantes, enquanto cidadãos. Esse pode ser o primeiro passo para a transformação plena e efetiva do Estado brasileiro em Estado de Direito Democrático, como o denomina nossa atual Constituição.

As críticas dirigidas pelo neoconstitucionalismo ao constitucionalismo liberal, especialmente nos aspectos destacados nesse capítulo, abrem novas possibilidades para a efetivação da democracia em um país como o Brasil com uma formação histórica oligárquica e escravista, e que não efetivou nem os ganhos do Estado do Bem-Estar Social. O Brasil não precisa repetir a história de outros países e regiões do planeta. Quem sabe, a reaproximação entre Direito e Moral, e os desdobramentos que esse princípio jusnaturalista está produzindo no constitucionalismo atual, possam levar os brasileiros a pular etapas e construir novas formas de atuação para a efetivação da democracia na sociedade brasileira.