

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA
CENTRO DE EDUCAÇÃO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E JURÍDICAS - CEJURPS
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – CPCJ
PROGRAMA DE MESTRADO ACADÊMICO EM CIÊNCIA JURÍDICA – PMCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO

**ASPECTOS HISTÓRICOS E CONCEITUAIS DO
NEOCONSTITUCIONALISMO E SUA RELAÇÃO COM O
POSITIVISMO JURÍDICO**

GUILHERME MACHADO CASALI

Itajaí (SC) – 2008

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA
CENTRO DE EDUCAÇÃO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS, POLÍTICAS E SOCIAIS
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – CPCJ
PROGRAMA DE MESTRADO ACADÊMICO EM CIÊNCIA JURÍDICA – PMCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO

**ASPECTOS HISTÓRICOS E CONCEITUAIS DO
NEOCONSTITUCIONALISMO E SUA RELAÇÃO COM O
POSITIVISMO JURÍDICO**

GUILHERME MACHADO CASALI

Dissertação submetida ao Programa de
Mestrado em Ciência Jurídica da
Universidade do Vale do Itajaí –
UNIVALI, como requisito parcial à
obtenção do Título de Mestre em
Ciência Jurídica.

Orientadora: Professora Doutora Daniela Mesquita Leutchuk de Cademartori

Itajaí (SC) – 2008

AGRADECIMENTO

Agradeço a Deus, pelas oportunidades recebidas em minha vida, pela minha família, pelos conhecimentos adquiridos, pelas amizades conquistadas e tudo o mais que me foi ofertado.

Agradeço ainda ao IPREVILLE e à UNIVALI, pelos apoios institucionais recebidos para a conclusão dos estudos realizados.

Agradeço especialmente a Professora Dra. Daniela Cademartori, que, através de seus conselhos e sua cobrança, me fez ir além e alcançar ainda maiores na vida acadêmica.

Por tudo, sou extremamente grato.

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho a todos que me apoiaram e me ajudaram nestes anos de estudo.

Especialmente àqueles que compreenderam minhas ausências, minha esposa e meus filhos. Tenho a certeza de que o esforço não foi em vão e que muitos frutos ainda serão colhidos da semente que foi plantada.

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Vale do Itajaí, a coordenação do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica, a Banca Examinadora e o Orientador de toda e qualquer responsabilidade acerca do mesmo.

Itajaí (SC), dezembro de 2008

Guilherme Machado Casali

Mestrando

PÁGINA DE APROVAÇÃO

**SERÁ ENTREGUE PELA SECRETARIA DO PROGRAMA DE MESTRADO EM
CIÊNCIA JURÍDICA DA UNIVALI APÓS A DEFESA EM BANCA.**

ROL DE CATEGORIAS

Constituição

“Segundo a doutrina jurídica, entende-se por Constituição aquele conjunto de *princípios que se situam no vértice de qualquer sistema normativo*, relativos a um número variado de entes, tais como os Estados, as organizações internacionais, a comunidade internacional. [...] Limitando nossa atenção à Constituição do Estado, logo ressaltará a extrema dificuldade de definir com clareza os princípios normativos essenciais já referidos, embora abstratamente se afirme que estes não de ser os logicamente prioritários, superiores a outros princípios não indispensáveis, capazes de se revelar como permanentes. Representariam as opções essenciais referente à *forma de Estado* ou regime, à *organização* e *funções dos poderes públicos*, e o *direitos e deveres dos cidadãos*”.¹

Constitucionalismo

“O constitucionalismo possui uma qualidade essencial: implica numa limitação jurídica do governo; é a antítese do governo arbitrário; é o contrário do governo despótico, do governo do capricho em vez do direito. Nos tempos modernos, a isto se adicionou a expansão da responsabilidade através da consecução da iniciativa nas questões discricionárias da política nacional dos representantes do povo [...] entretanto o traço característico mais antigo, constante e durador do verdadeiro constitucionalismo continua sendo, como tem sido quase desde o começo, a limitação do governo pelo direito. ‘As limitações constitucionais’, se não a parte mais importante de nosso constitucionalismo, são, sem margem de dúvida, a mais antiga”.²

¹ VERGOTTINI, Giuseppe de. Verbete “Constituição”, In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Trad. João Ferreira et alii. Brasília: Editora da UnB, 1986. p. 259.

² “*El constitucionalismo tiene una esencial cualidad: implica una limitación jurídica del gobierno; es la antítesis del gobierno arbitrario; es lo contrario del gobierno despótico, del gobierno del capricho en vez del derecho. En los tiempos modernos a esto se ha añadido la expansión de la responsabilidad a través de la consecución de la iniciativa en las materias discrecionales de la política nacional de los representantes del pueblo [...] pero el rasgo característico más antiguo, constante y duradero del verdadero constitucionalismo continúa siendo, como lo ha sido casi desde el comienzo, la limitación del gobierno por el derecho. ‘Las limitaciones constitucionales’, si no la más importante parte de nuestro constitucionalismo, son, fuera de duda, la más antigua.*”

Estado de Direito

“[...] um modelo de Estado nascido com as modernas Constituições e caracterizado: a) no plano formal, pelo princípio da *legalidade*, por força do qual todo poder público – legislativo, judiciário e administrativo – está subordinado às leis gerais e abstratas que lhes disciplinam as formas de exercício e cuja observância é submetida a controle de legitimidade por parte dos juízes delas separados e independentes [...]; b) no plano substancial pela funcionalização de todos os poderes do Estado à garantia dos *direitos fundamentais* dos cidadãos, por meio da incorporação limitadora em sua Constituição dos deveres públicos correspondentes, isto é, das vedações legais de lesão aos direitos de liberdade e das obrigações de satisfação dos direitos sociais, bem como dos correlativos poderes dos cidadãos de ativarem a tutela judiciária. [...] a primeira destas duas condições representa a fonte de *legitimação formal* de qualquer poder; a segunda, a sua fonte de *legitimação substancial*.”³

Positivismo Jurídico

“A concepção do direito próprio do Estado de Direito, do princípio da legalidade e do conceito de lei do qual falamos era o ‘positivismo jurídico’ como *ciência da legislação positiva*. A idéia expressada por esta fórmula pressupõe uma situação histórica concreta: a concentração e a produção jurídica em uma única na instância constitucional, a instância legislativa. Seu significado supõe uma redução de tudo o que pertence ao mundo do direito – isto é, os direitos e a justiça – ao disposto pela lei. Esta simplificação conduz a conceber a atividade jurídica como um mero serviço à lei, ainda que não tão simples exegese, ou seja, que conduz a uma pura e simples busca pela vontade do legislador”.⁴

McILWAIN, Charles Howard. **Constitucionalismo antigo y moderno**. Trad. Juan José Solozábal Echaarría. Madrid: Centre de Estudios Constitucionales, 1992. p. 37.

³ FERRAJOLI, Luigi. Para uma teoria geral do garantismo. In: _____ **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Trad. Fauzi Hassan Choukr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 688-742.

⁴ “La concepción del derecho propia del Estado de Derecho, del principio de legalidad y del concepto de ley del que hemos hablado era el «positivismo jurídico» como ciencia de la legislación positiva. La idea expresada por esta fórmula presupone una situación histórico-concreta: la concentración e la producción jurídica en una sola instancia constitucional, la instancia legislativa. Su significado supone una reducción de todo lo que pertenece al mundo del derecho – esto es, los derechos y la justicia – a lo dispuesto por la ley. Esta simplificación lleva a

Estado constitucional de Direito

“A crise do Estado de Direito em sua versão legislativa ou liberal e que determina a aparição do modelo constitucional de Estado encontra-se diretamente vinculada à crise da lei como mecanismo de regulação social no Estado liberal. [...] O resultado será a afirmação do caráter plenamente normativo das Constituições como forma de assegurar a máxima vinculação de todos os poderes do Estado e da sua produção normativa”.⁵

“No de Estado constitucional de Direito a Constituição não apenas disciplina as formas de produção legislativa como também impõe proibições e obrigações de conteúdo, correlatas umas aos direitos de liberdade e outras aos direitos sociais, cuja violação gera antinomias ou lacunas que a ciência jurídica tem o dever de constatar para que sejam eliminadas ou corrigidas”.⁶

Neoconstitucionalismo

“O neoconstitucionalismo ou novo direito constitucional, na acepção aqui desenvolvida, identifica um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, em meio às quais podem ser assinalados, (i) como *marco histórico*, a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; (ii) como *marco filosófico*, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética; e (iii) como *marco teórico*, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da

concebir la actividad de los juristas como un mero servicio a la ley, si no incluso como su simple exégesis, es decir, conduce a la pura y simple búsqueda de la voluntad del legislador.” ZAGREBELSKY, Gustavo. **El Derecho dúctil**. Trad. Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 2005. p. 33.

⁵ CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de direito e legitimidade**: uma abordagem garantista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 26-27.

⁶ “[...] *en el Estado constitucional de Derecho la Constitución no sólo disciplina las formas de producción legislativa sino que impone también a esta prohibiciones y obligaciones de contenido, correlativas unas a los derechos de libertad y las otras a los derechos sociales, cuya violación genera antinomias o lagunas que la ciencia jurídica tiene el deber de constatar para que sean eliminadas o corregidas*” FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro Del Estado de derecho. In: CARBONELL, Miguel (org). **Neoconstitucionalismo(s)**. Trad. Pilar Allegue. 2 ed. Madrid: Trotta, 2005. p. 18.

interpretação constitucional. Desse conjunto de fenômenos resultou um processo extenso e profundo de constitucionalização do Direito”.⁷

⁷ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>>. Acesso em: 13 fev. 2006.

SUMÁRIO

RESUMO	XII
ABSTRACT	XIII
INTRODUÇÃO	1
CAPÍTULO 1	6
DO CONSTITUCIONALISMO AO NEOCONSTITUCIONALISMO	6
1.1 ASPECTOS HISTÓRICOS E CONCEITUAIS DO CONSTITUCIONALISMO MODERNO	6
1.1.1 UMA INTRODUÇÃO SEMÂNTICA SOBRE O TERMO “CONSTITUCIONALISMO”	6
1.1.2 DA TRADIÇÃO CONSTITUCIONALISTA AO CONSTITUCIONALISMO INGLÊS E AO MODERNO CONSTITUCIONALISMO	8
1.2 ESTADO LIBERAL OU ESTADO LEGISLATIVO DE DIREITO	12
1.3 O POSITIVISMO JURÍDICO	18
1.3.1 CARACTERÍSTICAS ESSENCIAIS DO POSITIVISMO.....	19
1.3.2 REGRA DE RECONHECIMENTO, NORMA FUNDAMENTAL E VALIDADE JURÍDICA	26
1.4 A CRISE DO MODELO DE ESTADO DE DIREITO	31
1.5 A FUNÇÃO CONSTITUCIONAL DE GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	36
1.5.1 GARANTISMO JURÍDICO	38
1.6 A PERSPECTIVA DE GUSTAVO ZAGREBELSKY SOBRE O ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO.....	41
1.7 RIGIDEZ E RESISTÊNCIA CONSTITUCIONAL	46
1.7.1 ALTERAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO: REFORMA E MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL	51
1.8 A NOVA INTERPRETAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO	55
CAPÍTULO 2	63
A CARACTERIZAÇÃO DO NEOCONSTITUCIONALISMO	63
2.1 NEOCONSTITUCIONALISMO E A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO ORDENAMENTO JURÍDICO.....	63
2.2 PRINCÍPIOS E REGRAS.....	70
2.3 PONDERAÇÃO	75
2.4 CONEXÃO ENTRE DIREITO E MORAL	78
2.4.1 CRÍTICAS À CONEXÃO ENTRE DIREITO E MORAL	81
2.4.2 RESPOSTAS ÀS CRÍTICAS SOBRE A CONEXÃO ENTRE DIREITO E MORAL.....	85
2.5 NEOCONSTITUCIONALISMO COMO TEORIA, IDEOLOGIA E MÉTODO... 86	86
2.5.1 NEOCONSTITUCIONALISMO TEÓRICO	87
2.5.2 NEOCONSTITUCIONALISMO IDEOLÓGICO	90
2.5.3 NEOCONSTITUCIONALISMO METODOLÓGICO.....	93
2.6 PROPRIEDADES DO NEOCONSTITUCIONALISMO	96

CAPÍTULO 3	102
NEOCONSTITUCIONALISMO E POSITIVISMO JURÍDICO	102
3.1 NEOCONSTITUCIONALISMO COMO TEORIA CAPAZ DE SE CONTRAPOR AO POSITIVISMO	102
3.1.1 POSITIVISMO JURÍDICO CLÁSSICO <i>VERSUS</i> NEOCONSTITUCIONALISMO	105
3.1.2 POSITIVISMO JURÍDICO EXCLUSIVO <i>VERSUS</i> NEOCONSTITUCIONALISMO.....	112
3.1.3 POSITIVISMO JURÍDICO INCLUSIVO <i>VERSUS</i> NEOCONSTITUCIONALISMO	115
3.2 A COMPATIBILIDADE ENTRE POSITIVISMO JURÍDICO E NEOCONSTITUCIONALISMO	125
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	131
REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS	136

RESUMO

A presente dissertação foi desenvolvida na área de concentração Fundamentos do Direito Positivo e na linha de pesquisa de Hermenêutica e Princiologia Constitucional. Seu objetivo é identificar aspectos históricos e conceituais do Neoconstitucionalismo e sua relação com o positivismo jurídico. Nesta pesquisa foi utilizado o método indutivo com base na pesquisa bibliográfica. Foram apresentadas as mudanças ocorridas na tradicional noção do Constitucionalismo, que consistia na mera exaltação dos princípios inseridos na Constituição de um país. O Constitucionalismo moderno representa uma técnica de liberdade contra o governo arbitrário, impondo o governo das leis sobre o governo dos homens. Este conceito está presente no Estado de Direito, o qual concentra a produção legislativa. O positivismo jurídico reduz tudo o que pertence ao mundo do Direito à lei e aborda o Direito como fato e não como um valor. As experiências de governos totalitários colocaram em crise o modelo de Estado de Direito. Após este período surge o Estado Constitucional de Direito. A Constituição disciplina formas de produção legislativa e limita o conteúdo das leis a partir dos direitos de liberdade e direitos sociais. O conteúdo material da Constituição vai além da mera organização do Estado, possibilitando a garantia dos direitos fundamentais nela previstos. A abordagem positivista clássica mostra-se insuficiente frente um ordenamento jurídico constitucionalizado. Nesta perspectiva, o Neoconstitucionalismo contrapõe-se à perspectiva positivista clássica pela conexão que realiza entre Direito e moral. A moral, quando incorporada pela regra de reconhecimento, compatibiliza o positivismo inclusivo com o Neoconstitucionalismo. Conclui-se que o Estado constitucional de Direito exige do jurista algo mais que a mera descrição das normas e a aplicação da regra da subsunção. Esta tomada de postura é compatível com o Neoconstitucionalismo e com o positivismo inclusivo, pois ambos incorporam valores morais ao Direito.

Palavras-chave: Constituição. Constitucionalismo. Estado de Direito. Positivismo Jurídico. Estado Constitucional de Direito. Neoconstitucionalismo.

ABSTRACT

This Master's thesis was developed in the area of the foundations of positive law as well as in hermeneutics and constitutional principles. Its objective is to identify historical and conceptual aspects of neoconstitutionalism and its relation to legal positivism. In this research, an inductive method based on bibliographical research was used. Changes to the classical notion of constitutionalism – which consists in the mere exaltation of principles written in a country's constitution – are presented. Modern constitutionalism represents a freedom “technique” against authoritarian government, imposing a government of laws over a government of men. This concept is present in the “rule of law,” which is the nexus of legislative production. Legal positivism reduces the sphere of law to legislation and conceives law as fact, and not as value. The experience of totalitarian governments jeopardized the “rule of law” model. The constitutional state arises at this moment. Constitutions discipline legislative production and constrain legislative content within the bounds of human and social rights. The substantive content of constitutions goes beyond the mere organization of states and enables the guarantee of human rights inscribed therein. The classical legal positivism approach is insufficient from a constitutionalized legal system standpoint. In this perspective, neoconstitutionalism is opposed to the legal positivist view because of the connection neoconstitutionalism establishes between law and morality. Moral standards, when incorporated into the rule of recognition, make legal inclusive positivism compatible with neoconstitutionalism. It can be concluded that the constitutional state requires more, from jurisprudence, than a mere description of the law or an application of the rule of subsunção. This posture is compatible with neoconstitutionalism and inclusive legal positivism, because both incorporate moral values into law.

Key-words: Constitution. Constitutionalism. Rule of law. Legal positivism. Constitutional state. Neoconstitutionalism.

INTRODUÇÃO

A presente dissertação visa identificar os aspectos históricos e conceituais do Neoconstitucionalismo e sua conexão com o positivismo jurídico, questionando acerca da compatibilidade ou não destes modelos.

A importância que a história desempenha na compreensão é percebida desde a identificação do Constitucionalismo inglês, passando pelo Estado Liberal (ou Estado Legislativo de Direito) e culminando no Estado Constitucional de Direito.

Com o objetivo de compreender tais eventos serão descritos alguns aspectos relativos ao positivismo jurídico, especialmente atinente à classificação de Norberto Bobbio entre positivismo metodológico, teórico e ideológico. Ademais demonstra-se a posição de Herbert L. A. Hart quanto à regra de reconhecimento e a norma fundamental de Hans Kelsen. Estas compreensões são fundamentais para a posterior contraposição entre positivismo e Neoconstitucionalismo.

O positivismo jurídico clássico receberá diversas críticas. Quando percebido como ideologia será criticado por concentrar toda a produção jurídica na instância legislativa e reduzir tudo o que pertence ao mundo do Direito à lei – isto é, os direitos e a justiça ao dispositivo legal. Neste modelo, resta ao jurista a simples tarefa de buscar a vontade do legislador. A teoria do garantismo, ainda que enquadrada dentro do positivismo, é apresentada como uma crítica interna do positivismo jurídico. Igualmente são formuladas críticas à ideia de código e à produção “motorizada” do Direito por parte do legislador que exigirão uma “ductibilidade constitucional”, como propõe Gustavo Zagrebelsky.

Neste cenário, o Estado Constitucional de Direito ressalta um papel valorizado da Constituição, especialmente sua forma escrita e sua rigidez. Disso se observará a necessidade de uma nova interpretação constitucional e a exigência de novas abordagens por parte do jurista. Neste

modelo a lei deve estar submetida a uma relação de adequação e subordinação a um nível mais alto do Direito, que está estabelecido pela Constituição.

Como consequência desse panorama tem-se a constitucionalização do ordenamento jurídico, que se demonstra através da própria imersão da Constituição em todo o Direito vigente de um país, limitando também a atuação do legislador, especialmente pela presença dos princípios constitucionais. Riccardo Gastini apresenta as “condições de constitucionalização” para considerar um ordenamento “impregnado” pela Constituição.

A constitucionalização se apresenta como uma das principais características do Neoconstitucionalismo, ao lado da ponderação judicial e da conexão entre Direito e moral. Outras propriedades são apresentadas por Susanna Pozzolo e por Écio Oto Ramos Duarte.

Por tais características é possível, através do Neoconstitucionalismo, realizar outra abordagem do Direito abrindo-se para juízos de valor emanados de princípios constantes no texto Constitucional. Isso levará diversos autores a realizar uma análise do Neoconstitucionalismo e do positivismo jurídico a partir das concepções propostas por Norberto Bobbio, acima mencionadas.

O Neoconstitucionalismo, como teoria, exige uma interpretação constitucional baseada não apenas na subsunção, mas, especialmente, na técnica da ponderação dos princípios constitucionais. O Neoconstitucionalismo ideológico revela um modelo de Estado de Direito aperfeiçoado decorrente da constitucionalização do ordenamento, da interpretação crítica do Direito além da sua vinculação com a moral. Essa conexão é especialmente considerada pelo Neoconstitucionalismo metodológico, que realiza a conexão entre Direito e moral, antes negada pelo positivismo jurídico. Esta ligação ocorre justamente pelo fato de que todo o ordenamento está vinculado à moral por força da Constituição.

A consideração destes elementos exige uma análise da incompatibilidade entre o positivismo jurídico e o Neoconstitucionalismo. Para

tanto é necessário identificar qual positivismo está em evidência. Isto porque as críticas formuladas ao positivismo jurídico possibilitaram uma revisão de seus aspectos teóricos. Neste particular se observa que as críticas de Ronald Dworkin a Herbert L. A. Hart faz surgir um modelo de *soft positivism*, ou mesmo positivismo inclusivo. Este modelo se apresenta como compatível com o Neoconstitucionalismo, entre outros aspectos, por incorporar da moral como condição de legalidade.

O objetivo institucional desta dissertação é a obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica pelo Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da UNIVALI. Já o seu objetivo científico é identificar os elementos do Neoconstitucionalismo e estudar sua contraposição ao positivismo jurídico.

Para tanto, principia-se o Capítulo 1 examinando aspectos históricos como conceituais do Constitucionalismo, a passagem do Estado Liberal ao Estado Constitucional de Direito. Destaca-se o positivismo jurídico como elemento do Estado de Direito. A crise desse modelo exige sua revisão, o que é feito internamente pelo garantismo. Esta crítica interna do próprio positivismo jurídico destaca a função da Constituição de garantir direitos fundamentais – próprio do Constitucionalismo moderno. O Estado Constitucional de Direito evidencia a resistência e a rigidez constitucional, fatores influenciadores da interpretação do Direito e na própria constitucionalização do ordenamento jurídico.

O Capítulo 2 trata dos elementos do Neoconstitucionalismo, momento em que se percebe que o processo de constitucionalização evidencia e valoriza os princípios presentes na Constituição. Isto exige uma técnica diferenciada para solucionar conflitos entre princípios constitucionais, tem-se a ponderação em detrimento da mera subsunção. Tendo em vista que a Constituição incorpora valores morais, o Neoconstitucionalismo apresenta como uma de suas principais características a vinculação entre Direito e moral, conexão esta que receberá diversas críticas. Além de apresentar outros elementos o Neoconstitucionalismo também é caracterizado como teoria, ideologia e metodologia.

Estas acepções são feitas com o nítido intuito de analisar o Neoconstitucionalismo em contraposição ao positivismo jurídico. No Capítulo 3 são abordados os modelos positivistas clássico, exclusivo ou inclusivo. Para cada uma destas variações do positivismo será possível identificar a correlação com o Neoconstitucionalismo, identificando suas divergências e convergências.

Com as Considerações Finais se encerra o presente Relatório de Pesquisa. Como pontos conclusivos destacados são apresentadas respostas às hipóteses inicialmente formuladas e que, durante o desenvolvimento da pesquisa, se demonstraram inadequadas. Por tais razões será proposta a continuidade dos estudos e das reflexões sobre Neoconstitucionalismo e o positivismo jurídico.

Para a presente Dissertação foram inicialmente levantadas as seguintes hipóteses:

a) O Neoconstitucionalismo se apresenta uma forma de Constitucionalismo – que representa o governo das leis, a separação dos poderes e o respeito às garantias individuais – pretendendo superar a ideologia positivista determinando inclusive o conteúdo do ordenamento jurídico.

b) Tendo em vista seus elementos, o Neoconstitucionalismo pode ser contraposto ao positivismo quanto este é considerado como teoria, ideologia e método.

c) Críticas formuladas ao positivismo possibilitaram sua revisão e acarretaram na sua “qualificação”, distinguindo-se entre positivismo exclusivo e positivismo jurídico inclusivo. Neste último modelo, as distinções entre positivismo e Neoconstitucionalismo, especialmente a incorporação da moral como condição de validade do Direito tornam estes dois modelos compatíveis entre si.

Como será percebido com a leitura do presente relatório as duas primeiras hipóteses, se lidas isoladamente, poderiam caracterizar uma interpretação incompleta. Isso porque se desprezariam as reformulações do próprio positivismo, especialmente aquelas representadas pelo positivismo

jurídico inclusivo. Por esta razão, a terceira hipótese foi levantada especialmente para investigar uma constatação: positivismo se mantém vivo nas estruturas jurídicas da atualidade.

Registra-se que, relativamente à Metodologia empregada, foi utilizado na Fase de Investigação⁸ o Método Indutivo⁹, na Fase de Tratamento de Dados o Método Cartesiano¹⁰, e, o Relatório dos Resultados expresso na presente Monografia é composto na base lógica Indutiva.

Durante as diversas fases da Pesquisa, foram acionadas as Técnicas do Referente¹¹, da Categoria¹², do Conceito Operacional¹³ e da Pesquisa Bibliográfica¹⁴.

⁸ “[...] momento no qual o Pesquisador busca e recolhe os dados, sob a moldura do Referente estabelecido[...]. PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa jurídica e Metodologia da pesquisa jurídica**. 10 ed. Florianópolis: OAB-SC editora, 2007. p. 101.

⁹ “[...] pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral [...]”. PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa jurídica e Metodologia da pesquisa jurídica**. p. 104.

¹⁰ Sobre as quatro regras do Método Cartesiano (evidência, dividir, ordenar e avaliar) veja LEITE, Eduardo de oliveira. **A monografia jurídica**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 22-26.

¹¹ “[...] explicitação prévia do(s) motivo(s), do(s) objetivo(s) e do produto desejado, delimitando o alcance temático e de abordagem para a atividade intelectual, especialmente para uma pesquisa.” PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa jurídica e Metodologia da pesquisa jurídica**. p. 62.

¹² “[...] palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou à expressão de uma idéia.” PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa jurídica e Metodologia da pesquisa jurídica**. p. 31.

¹³ “[...] uma definição para uma palavra ou expressão, com o desejo de que tal definição seja aceita para os efeitos das idéias que expomos [...]”. PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa jurídica e Metodologia da pesquisa jurídica**. p. 45.

¹⁴ “Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais. PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa jurídica e Metodologia da pesquisa jurídica**. p. 239.

CAPÍTULO 1

DO CONSTITUCIONALISMO AO NEOCONSTITUCIONALISMO

1.1 ASPECTOS HISTÓRICOS E CONCEITUAIS DO CONSTITUCIONALISMO MODERNO

1.1.1 Uma introdução semântica¹⁵ sobre o termo “Constitucionalismo”

Com o objetivo de estudar o significado do termo Constitucionalismo, utilizou-se especialmente a obra “Passado Futuro” de Reinhart Koselleck.

Inicialmente, faz-se necessário destacar que através do estudo dos “conceitos, antigas proposições tornam-se mais precisas, assim como os fatos históricos e as relações entre eles, supostamente já compreendidos, tornam-se mais claros pelo estudo de sua contribuição lingüística”¹⁶. De tal forma, o exame dos aspectos históricos vinculados aos diferentes significados de um conceito possibilitando uma melhor compreensão de seu significado atual.

Reinhart Koselleck lembra que “em todas as épocas de crise registradas em fontes escritas” ocorreu uma “batalha semântica para definir, manter ou impor posições políticas e sociais em virtude das definições”, que foi especialmente intensificada a partir da Revolução Francesa, momento em que “os

¹⁵ “O estudo do sentido das palavras de uma língua é denominado *semântica*. A semântica pode estudar basicamente os seguintes pontos: significante e significado; família de idéias; sinonímia, antonímia, homonímia e paronímia; palavras em sentido denotativo e conotativo; linguagem denotativa e conotativa; polissemia”. MESQUITA, Roberto Melo; MARTOS, Cloder Rivas. **Gramática Pedagógica**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 279

¹⁶ KOSELLECK, Reinhart. **Futuro passado**: contribuição à semântica dos tempos históricos. Trad. Wilma Patrícia Maas, Carlos Almeida Pereira. Rio de Janeiro: Contraponto: Ed. PUC-Rio, 2006. p. 104.

conceitos não servem mais para apreender os fatos de tal ou tal maneira, eles apontam para o futuro”¹⁷.

Neste contexto destaca o autor

Privilégios políticos ainda por serem conquistados foram formulados primeiro na linguagem, justamente para que pudessem ser conquistados e para que fosse possível denominá-los. Com esse procedimento, diminuiu o conteúdo empírico presente no significado de muitos conceitos, enquanto aumentava proporcionalmente a exigência de realização futura contida neles. A co-incidência entre conteúdo empírico e o campo de expectativa diminuía cada vez mais. Inclui-se aqui a criação dos numerosos ‘-ismos’ que serviram como conceitos de agrupamento e de dinâmica para ordenar e mobilizar as massas estruturalmente desarticuladas. O leque semântico do emprego de tais expressões vai – como ainda hoje é o caso – desde o clichê até o conceito definido academicamente. Basta lembrar termos como ‘conservadorismo’, ‘liberalismo’ ou ‘socialismo’¹⁸.

Koselleck identifica como requisito metodológico a “obrigação de compreender os conflitos sociais e políticos do passado por meio das delimitações conceituais e da interpretação dos usos da linguagem feitos pelos contemporâneos de então”, pois a “história dos conceitos torna-se parte integrante da história social”¹⁹.

Assim, até mesmo para atender a esta exigência metodológica mínima, deve-se fazer a correlação entre os aspectos históricos e o próprio conceito de Constitucionalismo que está ligado à idéia “de agrupamento e de dinâmica para ordenar e mobilizar as massas estruturalmente desarticuladas” destes momentos revolucionários, conforme assinalado por Koselleck.

Para alcançar o intento de identificar e conceituar o termo Constitucionalismo passa-se à análise das experiências do século XVII, especialmente do Constitucionalismo inglês.

¹⁷ KOSELLECK, Reinhart. **Futuro passado**. p. 102.

¹⁸ KOSELLECK, Reinhart. **Futuro passado**. p. 102-103.

¹⁹ KOSELLECK, Reinhart. **Futuro passado**. p. 103.

1.1.2 Da tradição constitucionalista ao Constitucionalismo inglês e ao moderno Constitucionalismo

Charles Howard McIlwain afirma que no século XVII a noção de Constitucionalismo “era de uma série de princípios contidos nas instituições de uma nação que não eram nem estranhos nem anteriores em sua existência a elas mesmas²⁰. À época, portanto, o Constitucionalismo fazia “referência à totalidade do sistema político, que inclui normas e práticas políticas”²¹.

Entretanto, esta concepção sofre mudanças, principalmente em decorrência da grande contribuição do Constitucionalismo inglês. Nicola Matteucci destaca com propriedade as conseqüências que as guerras civis inglesas acarretaram na vida política e constitucional, colocando em destaque que neste período²² “toda a construção jurídica se encontra dominada por uma única finalidade: controlar o poder executivo, impedir o poder arbitrário da representação, com o objetivo de garantir os direitos dos cidadãos”²³.

A crise política vivida na Inglaterra em 1680, que mais tarde culminaria na Revolução Gloriosa em 1688, estava relacionada não apenas com a limitação do poder do rei, mas também com a efetivação de direitos fundamentais.

Dado que a causa imediata da crise consiste no fato de que as leis não são aplicadas, já que os conselheiros do rei lhe persuadem de que as Cartas são contrárias ao interesse de Sua Majestade, então a única solução, para limitar o exorbitante poder do rei no governo da coisa pública, consiste na diminuição de

²⁰ “Verdaderamente la noción tradicional del constitucionalismo antes de finales el siglo XVIII era la de una serie de principios contenidos en las instituciones de una nación que no eran ni extraños ni anteriores en su existencia a las mismas”. McILWAIN, Charles Howard. **Constitucionalismo antiguo y moderno**. p. 27-28.

²¹ “El constitucionalismo hace referencia a la totalidad del sistema político, que incluye normas y prácticas políticas”. ARTOLA, Miguel. **Constitucionalismo en la historia**. Barcelona: Crítica, 2005, p. 6.

²² O período em referência inicia na dinastia Tudor na época de Isabel I (1558-1603), em especial a guerra entre puritanos e presbiterianos escoceses (1642-1646), culminando na Revolução Gloriosa de 1688. MATTEUCCI, Nicola. **Organización del poder y libertad**. Historia del constitucionalismo moderno. Trad. F. J. Ansuategui Roig y M. Martínez Meira. Madrid: Trotta, 1998, p. 79-159.

²³ “Toda la construcción jurídica se encuentra dominada por una única finalidad: controlar al poder ejecutivo, impedir el poder arbitrario de la representación, con el objetivo de garantizar los derechos de los ciudadanos”. MATTEUCCI, Nicola. **Organización del poder y libertad**, p. 107.

suas prerrogativas reais em todas aquelas matérias que afetam aos 'bens supremos' do cidadão, isto é, a vida, a liberdade, a propriedade²⁴.

Tais pensamentos fazem principiar uma nova fase do Constitucionalismo, apartada da tradição existente de meramente explicitar o sistema político e suas práticas, elevando a interpretação da própria Constituição e de seu papel, destacando, nas constituições modernas, os aspectos da limitação do poder e da garantia de direitos.

O constitucionalismo é concebido como o conjunto de doutrinas que aproximadamente a partir da metade do século XVII se dedicou a recuperar no horizonte da constituição dos modernos o aspecto do limite e da garantia²⁵.

Isto ocorre especialmente no século seguinte, após a consolidação dos regimes liberais pós-revolucionários nos Estados Unidos e na Europa do século XVIII, quando o Constitucionalismo passa por um momento decisivo ao enfrentar a tensão existente entre esta tradição constitucionalista e a soberania popular.

As revoluções do fim do século XVIII, primeiro a americana e depois a francesa, representam neste sentido um momento decisivo na história do constitucionalismo, porque situam em primeiro plano um novo conceito e uma nova prática que estão destinados a colocar em discussão a oposição entre a tradição constitucionalista e a soberania popular²⁶.

²⁴ "Dado que la causa inmediata de la crisis consiste en el hecho de que las leyes no son aplicadas, ya que los consejeros del rey le persuaden de que las Cartas son contrarias al interés de Su Majestad, entonces la única solución, para limitar el exorbitante poder del rey en el gobierno de la cosa pública, consiste en la disminución de sus prerrogativas reales en todas aquellas materias que afectan a los «bienes supremos» del ciudadano, es decir, la vida, la libertad, la propiedad". MATTEUCCI, Nicola. **Organización del poder y libertad**. p. 127.

²⁵ "El constitucionalismo es concebido como el conjunto de doctrinas que aproximadamente a partir de la mitad del siglo XVII se han dedicado a recuperar en el horizonte de la constitución de los modernos el aspecto del límite y de la garantía". FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución**. De la Antigüedad a nuestros días. Traducción Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 2001. p. 85.

²⁶ "Las revoluciones del fin del siglo XVIII, primero la americana y después la francesa, representan en este sentido un momento decisivo en la historia del constitucionalismo, porque sitúan en primer plano un nuevo concepto y una nueva práctica que están destinados a poner en

Esta tensão ficou evidenciada nas palavras de Thomas Paine²⁷, para quem “uma constituição não é o ato de nenhum governo senão do povo estabelecendo seu governo, de modo que governo sem constituição é um poder sem direito”²⁸.

Corroborar-se, portanto, a idéia de que a definição de Constitucionalismo não se limita a descrever a Constituição, entendida esta como conjunto de normas ou de princípios, mas senão em sede prescritiva busca-se instaurar uma ordem política melhor e um governo justo, político ou legal²⁹. Tal compreensão, conforme afirma Charles Howard McIlwain, foi justamente o debate estabelecido entre as concepções de Thomas Paine e Bolingbroke³⁰.

Uma diferença notável entre a concepção de Paine e a de Bolingbroke é que enquanto para o primeiro um ato do governo

discusión la oposición entre la tradición constitucionalista y la soberanía popular. FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución**. p. 103.

²⁷ Thomas Paine nasceu na Inglaterra em 29 de janeiro de 1737, onde viveu até os 37 anos quando rumou para as colônias Americanas em tempo para participar da Revolução Americana. Suas idéias foram fortemente difundidas com a publicação do panfleto político “O Senso Comum, publicado nos Estados Unidos em 1776. Esse panfleto chegou a vender, nos primeiros doze meses, ‘150 mil exemplares... para um país com 2,5 milhões de habitantes’” Possuiu ainda grande influência na Revolução Francesa, sendo inclusive eleito para a Convenção Nacional em 1792, apesar de sua inabilidade com a língua francesa. Ainda em Paris foi preso em 1793 e solto um ano depois. Permaneceu na França até 1802 quando retornou aos Estados Unidos a convite de Thomas Jefferson, que havia sido eleito presidente. Neste país veio a falecer aos 72 anos, em 8 de junho de 1809. FLORENZANO, Modesto. *Thomas Paine Revisitado*. **Instituto de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo**. Disponível em: <www.iea.usp.br/iea/artigos/florenzanothomaspaine.pdf> Acesso em: 28 de maio 2008.

²⁸ “*Una constitución no es el acto de ningún gobierno sino del pueblo estableciendo su gobierno, de modo que gobierno sin constitución es poder sin derecho*” Thomas Paine *apud* McILWAIN, Charles Howard. **Constitucionalismo antigo y moderno**. p. 15-16.

²⁹ MATTEUCCI, Nicola. **Organización del poder y libertad**. p. 23.

³⁰ Henry St John, Primeiro Visconde Bolingbroke, ou simplesmente Lord Bolingbroke, nasceu na Inglaterra em 16 de setembro de 1678. Ingressou no Parlamento em 1701, ocupou a cadeira de Secretário da Guerra e das Relações Exteriores, tendo alcançado seu título de nobreza em 1712. Com a ascensão ao poder de George I sofreu processo de impeachment tendo seu nome apagado do rol de nobres “Roll of Peers”. A partir de então foi para França onde se tornou Secretário de Estado, sendo dispensado em 1716, passando a se dedicar à filosofia e literatura. Em 1723 recebeu perdão do governo inglês, quando retornou à Inglaterra. Em 1725 teve suas condições anteriores restauradas, mas continuou excluído da Câmara dos Lordes. Retornou à França em 1735, onde permaneceu por 7 anos, onde escreveu seus principais trabalhos, entre eles: “Reflexões sobre o exílio”, “Cartas sobre o estudo da História”, “Cartas sobre o Espírito do Patriotismo” e “Idéia de um Rei Patriota”. Faleceu em 12 de dezembro de 1751. COUSIN, John W. **Short biographical dictionary of English literature (1910)**. Whitefish: Kessinger Publishing, 2003. p. 40-41.

contrário à constituição é um ato de poder ilegítimo; para o último tal coisa somente nos permite dizer que o governo não é bom³¹.

Desta forma, o Constitucionalismo permitiria inclusive identificar o que são pseudo-constituições que rejeitam o império da lei e quais suas conseqüências. Esta consideração foi exaltada, em sentido normativo, no artigo 16º da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789, afirmando que “a sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”³².

O Constitucionalismo é desta forma, para Nicola Matteucci, uma técnica da liberdade contra o poder arbitrário³³, isto é “a técnica jurídica pela qual é assegurado aos cidadãos o exercício dos seus direitos individuais e, ao mesmo tempo, coloca o Estado em condições de não os poder violar”, representando “o governo das leis”, a separação dos poderes e o respeito às garantias individuais³⁴. Em suma,

[...] os debates constitucionais da Idade Moderna se podem reconduzir a três grandes princípios, que de vez em quando terão soluções jurídicas distintas e que se mesclam entre eles de maneiras distintas: o da constituição equilibrada (*checks and balances*), que é uma reinterpretação do ideal clássico do Estado misto; o da soberania das leis, que é uma herança da Idade Média; e, finalmente, o da separação dos poderes, que é típico da Idade Contemporânea que começa com as revoluções americana e francesa³⁵.

³¹ “Una diferencia notable entre la concepción de Paine y la de Bolingbroke es que mientras para el primero un acto del gobierno contrario a la constitución es un acto de poder ilegítimo; para el último tal cosa sólo nos permite decir que el gobierno no es bueno”. McILWAIN, Charles Howard. **Constitucionalismo antigo y moderno**. p. 17.

³² USP, Universidade de São Paulo. Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão. **Biblioteca Virtual de Direitos Humanos**. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/counter/Doc_Histo/texto/Direitos_homem_cidad.html> Acesso em: 9 set. 2008.

³³ MATTEUCCI, Nicola. **Organización del poder y libertad**. p. 24.

³⁴ MATTEUCCI, Nicola. Verbete “Constitucionalismo”. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Trad. João Ferreira et alii. Brasília: UnB, 1986. p. 247-248.

³⁵ “[...] los debates constitucionales de la Edad Moderna se pueden reconducir a tres grandes principios, que de vez en cuando tendrán soluciones jurídicas distintas y que se mezclaran entre

Pelos ensinamentos de Norberto Bobbio, a respeito do primado das leis contra o absolutismo do “poder do príncipe”, duas rupturas revolucionárias foram especialmente importantes na formação do moderno Constitucionalismo.

A história da doutrina do primado do governo das leis conclui-se e completa-se, ainda que através de duas rupturas revolucionárias, a primeira no século XVII na Inglaterra, a segunda no século XVIII na França, com o moderno constitucionalismo, através do qual também o poder dos governantes é regulado, como aquele dos cidadãos, pelo direito natural, ou então por pactos, como o *pactum subiectionis*, formalmente entre iguais, mas substancialmente entre desiguais, através da promulgação de constituições escritas dotadas de força de leis fundamentais e garantidas também por órgãos delegados que tem sua observância controlada pelo poder legislativo³⁶.

Assim é possível conceituar o Constitucionalismo moderno como o fundamento da limitação do poder arbitrário através do governo das leis, pela separação dos poderes do Estado e pelo respeito às garantias individuais.

1.2 ESTADO LIBERAL OU ESTADO LEGISLATIVO DE DIREITO

Vê-se, portanto, que o traço característico do Constitucionalismo é a limitação do poder. Isto fica especialmente evidenciado por Charles Howard McIlwain quando, através dos estudos de Thomas Paine, afirma que o Constitucionalismo, ao limitar o governo, garante aos cidadãos o respeito a seus direitos fundamentais³⁷, pois estes são anteriores, quer temporalmente (pelo

ellos de distintas maneras: el de la constitución equilibrada (checks and balances), que es una reinterpretación del ideal clásico del Estado mixto; el de la soberanía de las leyes, que es una herencia de la Edad Media; y finalmente, el de la separación de poderes, que es típico de la Edad Contemporánea que comienza con las revoluciones americana y francesa”. MATTEUCCI, Nicola. **Organización del poder y libertad**. p. 27.

³⁶ BOBBIO, Norberto. Política e direito. In: _____. **Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos**. Org. Michelangelo Bovero. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 2000. p. 249.

³⁷ Os direitos fundamentais considerados neste período são aqueles conhecidos como *direitos fundamentais da primeira geração*. “Os direitos fundamentais, ao menos no âmbito de seu reconhecimento nas primeiras Constituições escritas, são o produto peculiar (ressaltado certo conteúdo social característico do constitucionalismo francês), do pensamento liberal-burgês do século XVIII, de marcado cunho individualista, surgindo e afirmando-se como direitos do

fato de que a Constituição é anterior ao governo na ordem cronológica) quer na superioridade de sua natureza e na capacidade de obrigar³⁸. É assim que,

[...] em todas suas fases sucessivas, o constitucionalismo tem uma qualidade essencial: implica uma limitação jurídica do governo, é a antítese do governo arbitrário, é o contrário do governo despótico, do governo do capricho em vez do direito³⁹.

Norberto Bobbio confirma que a doutrina do Constitucionalismo vem justamente limitar o poder, fazendo com que não existam diferenças entre governantes e governados no império da lei, “porque também o poder dos governantes é regulado por normas jurídicas (são as normas constitucionais) e deve ser exercido com respeito a essas regras”⁴⁰. Destaca-se que, neste contexto, o primado do governo das leis era anterior justamente em decorrência da limitação dada pela existência de direitos naturais⁴¹ e das normas

indivíduo frente ao Estado, mais especificamente como direitos de defesa, demarcando uma zona de não-intervenção do Estado e uma esfera de autonomia individual em face de seu poder. São, por este motivo, apresentados como direitos de cunho ‘negativo’, uma vez que dirigidos a uma abstenção, e não a uma conduta positiva por parte dos poderes. [...] Assumem particular relevo no rol desses direitos, especialmente pela sua notória inspiração jusnaturalista, os direitos à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei. São, posteriormente, complementados por um leque de liberdades, incluindo as assim denominadas liberdades de expressão coletiva (liberdades de expressão, imprensa, manifestação, reunião, associação, etc.) e pelos direitos de participação política, tais como o direito de voto e a capacidade eleitoral passiva, revelando, de tal sorte, a íntima correlação entre os direitos fundamentais e a democracia”. SARLET, Ingo Wolfgang. **Eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 55-56.

³⁸ “Existe una diferencia fundamental entre el gobierno de un pueblo y su constitución, ya se haya conferido el gobierno a un monarca o a una asamblea representativa. La constitución es «anterior» al gobierno. La constitución determina la autoridad que el pueblo atribuye a su gobierno, y al hacerlo lo limita por tanto. Cualquier ejercicio de autoridad por parte del gobierno más allá de tales límites es un ejercicio de «poder ilegítimo». En todo Estado en el que de hecho no se observe la distinción entre constitución y gobierno no existe verdadera constitución, ya que la voluntad del gobierno carece de control, de modo que en realidad estamos ante un estado despótico. [...] Una de las afirmaciones básicas de Paine es que una verdadera constitución es siempre anterior al gobierno presente de un estado. [...] Quizás Paine pensaba en este nuevo y estrecho concepto de constitución, lo que es probable habida cuenta de la importancia en su pensamiento político de la noción de un pacto histórico concreto establecido entre el gobierno y los gobernados”. McILWAIN, Charles Howard. **Constitucionalismo antiguo y moderno**. p. 27.

³⁹ “[...] en todas sus fases sucesivas, el constitucionalismo tiene una esencial cualidad: implica una limitación jurídica del gobierno; es la antítesis del gobierno arbitrario; es lo contrario del gobierno despótico, del gobierno del capricho en vez del derecho”. McILWAIN, Charles Howard. **Constitucionalismo antiguo y moderno**. p. 37.

⁴⁰ BOBBIO, Norberto. Política e direito. In: _____. **Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos**. p. 237.

⁴¹ Norberto Bobbio inclui ainda como direito natural “o direito de resistência ao poder tirânico, do qual são titulares os indivíduos antes da instituição da sociedade civil”. BOBBIO, Norberto.

constitucionais que são “garantidas pela separação e pelo controle recíproco dos poderes que exercem as funções principais do governo da sociedade”⁴².

A ordem jurídica do Constitucionalismo deve ser “inspirada no princípio da responsabilidade não apenas religiosa ou moral, mas também política e jurídica dos órgãos de governo”⁴³. Por tudo isso, para Bobbio

A constitucionalização das medidas contra o abuso do poder realizou-se através dos dois institutos típicos da separação dos poderes e da subordinação de todos ao poder estatal – no limite também do poder dos próprios órgãos legislativos – ao direito (o chamado ‘constitucionalismo’). Por separação dos poderes entendo, em sentido lato, não apenas a separação vertical das principais funções do Estado entre os órgãos no vértice da administração estatal, mas também a separação horizontal entre órgãos centrais e órgãos periféricos nas várias formas de autogoverno que vão da descentralização político-administrativa ao federalismo. O segundo processo foi aquele que deu lugar à figura, verdadeiramente dominante em todas as teorias políticas do século passado, do Estado de direito, isto é, do Estado no qual cada poder é exercido no âmbito de regras jurídicas que delimitam a sua competência e orientam, ainda que, freqüentemente, com uma certa margem de discricionariedade, suas decisões. Ele corresponde àquele processo de transformação do poder tradicional fundado sobre relações pessoais e patrimoniais em um poder legal e racional, essencialmente impessoal⁴⁴.

O “governo das leis” não seria suficiente para caracterizar o Constitucionalismo moderno. Em verdade, o próprio Estado de Direito⁴⁵ por si só

Política e direito. In: _____. **Teoria geral da política**: a filosofia política e as lições dos clássicos. p. 247.

⁴² BOBBIO, Norberto. Política e direito. In: _____. **Teoria geral da política**: a filosofia política e as lições dos clássicos. p. 247.

⁴³ BOBBIO, Norberto. Política e direito. In: _____. **Teoria geral da política**: a filosofia política e as lições dos clássicos. p. 249.

⁴⁴ BOBBIO, Norberto. Política e Direito. In: _____. **Teoria geral da política**: a filosofia política e as lições dos clássicos. p. 256-257.

⁴⁵ “*Estado y derecho deben considerarse realidades complementarias, pero no reducibles entre sí, en el medida en que «el poder estatal crea el derecho y lo impone, pero el derecho fundamenta y legitima al poder estatal».* En consecuencia, si admitimos la reducción del Estado al derecho, bien olvidamos una parte importante de la realidad estatal – y no sólo algunas prácticas disfuncionales o excepcionales del mismo –, bien describimos al Estado no en su realidad, en su

demonstra obrigação do Estado em seguir o disposto em lei, pois o Constitucionalismo impõe necessariamente a limitação do governo pela própria Constituição, quer pelo conteúdo de suas normas, quer pela rigidez destas normas, que, por sua posição hierárquica superior, não podem ser modificadas como se leis ordinárias fossem. Ademais, esta limitação também é exercida pelo Poder Judiciário ou por Tribunal Superior, guardião da Constituição. A inobservância da Constituição transforma o governo em “anticonstitucional, arbitrário, ilegítimo”⁴⁶.

A limitação do governo se dá também pelo ideal democrático⁴⁷, estabelecendo íntima relação entre o regime democrático e o constitucional, pois mesmo que possa existir um regime constitucional que não seja democrático, não se concebe um regime democrático que não seja constitucional⁴⁸.

O Estado de Direito portanto se caracteriza como o império da lei que erradica a arbitrariedade da relação entre o soberano e o cidadão de acordo com os preceitos do Constitucionalismo moderno. E esta é exatamente a definição de Norberto Bobbio

Entre as várias acepções de Estado de direito, refiro-me àquela que o define como o governo das leis contraposto ao governo dos

ser, sino en su idealidad o deber ser. [...] La expresión jurídica no es consustancial al poder político sino que es un límite: limita al Estado en la medida en que se convierte en un marco formal que se puede reglamentar, que puede crear sus propias condiciones de reproducción y control. Esta relación tensional y dialéctica es el presupuesto básico del modelo de organización del poder político al que denominamos Estado de derecho. PEÑA FREIRE, Antonio Manuel. **La garantía en el Estado constitucional de derecho**. Madrid: Trotta, 1997. p. 45.

⁴⁶ MATTEUCCI, Nicola. Verbete “Constitucionalismo”. In: BOBBIO, Norberto; BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. p. 256.

⁴⁷ “As definições de democracia, como todos sabem, são muitas. Entre todos, prefiro aquela que apresenta a democracia como o ‘poder em público’. Uso essa expressão sintética para indicar todos aqueles expedientes institucionais que obrigam os governantes a tomarem as suas decisões às claras e permitem que os governados ‘vejam’ como e onde as tomam”. BOBBIO, Norberto. Democracia: os fundamentos. In: _____. **Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos**. p. 256-257.

⁴⁸ MATTEUCCI, Nicola. Verbete “Constitucionalismo”. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. p. 257.

homens e que entende o governo das leis no sentido do moderno constitucionalismo⁴⁹.

Luigi Ferrajoli aponta que duas distinções da expressão “Estado de Direito” devem ser feitas. A primeira distinção se faz quando se utiliza o termo “Estado de Direito” em sentido fraco ou formal, designando “qualquer ordenamento em que os poderes públicos são conferidos pela lei e exercitados nas *formas* e com os procedimentos legalmente estabelecidos”. A segunda distinção se faz quando se designa “Estado de Direito” em sentido forte ou substancial, em que se considera com tal atributo “somente aqueles ordenamentos em que os poderes públicos estão, ademais, *sujeitos à lei* [...] não somente no relativo às formas, senão também nos conteúdos”⁵⁰.

É justamente com este segundo sentido de Estado de Direito que se deve operar no Constitucionalismo moderno, caso contrário se poderia perder sua essência de ser oposição ao governo totalitário. Não se pode considerar como Estado de Direito “as experiências constitucionais da Itália fascista e da Alemanha nacional-socialista”, pois foram típicas de Estado totalitário⁵¹.

Para o autor italiano, o Estado de Direito decorre de um modelo normativo paleo-juspositivista – que surge com o nascimento do Estado de Direito moderno como monopólio da produção jurídica – de Estado legislativo de Direito.

⁴⁹ BOBBIO, Norberto. Política e moral. In: _____. **Teoria geral da política**: a filosofia política e as lições dos clássicos. p. 203.

⁵⁰ “Con la expresión «Estado de Derecho» se entienden, habitualmente, en el uso corriente, dos cosas diferentes que es oportuno distinguir con rigor. En sentido lato, débil o formal, «Estado de Derecho» designa cualquier ordenamiento en el que los poderes públicos son conferidos por la ley y ejercitados en las formas y con los procedimientos legalmente establecidos. [...] en un segundo sentido, fuerte o sustancial, «Estado de Derecho» designa, en cambio, sólo aquellos ordenamientos en los que los poderes públicos están, además, sujetos a la ley (y, por tanto, limitados o vinculados por ella), no sólo en lo relativo a las formas, sino también en los contenidos”. FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro Del Estado de derecho. In: CARBONELL, Miguel. (org). **Neoconstitucionalismo(s)**. p. 13.

⁵¹ VERGOTTINI, Giuseppe de. Verbete “Constituição”. BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. p. 267.

O Estado de Direito moderno nasce, com a forma de *Estado legislativo de Direito*, no momento em que esta instância alcança realização histórica, precisamente, com a afirmação do princípio da legalidade como critério exclusivo de identificação do Direito válido e antes ainda existente, independentemente de sua valoração como justo. Graças a este princípio e às codificações que são sua atuação, uma norma jurídica é válida não por ser justa, senão exclusivamente por ter sido ‘posta’ por uma autoridade dotada de competência normativa.⁵²

As expressões “Estado de Direito”, “Estado legislativo de Direito” e “Estado Liberal” possuem íntima relação. Antonio Manuel Peña Freire as trata inclusive como sinônimos⁵³. Gustavo Zagrebelsky, escrevendo sobre a homogeneidade do Direito legislativo no Estado liberal, afirma que

No plano da organização jurídica do Estado, o princípio de legalidade traduzia em termos constitucionais a hegemonia da burguesia, que se expressava na Câmara representativa, e o retrocesso do executivo e dos juízes, que de poderes autônomos passavam a estar subordinados à lei⁵⁴.

Admissível, portanto, que tais expressões sejam compreendidas como sinônimas, pois representam justamente a concepção do Constitucionalismo moderno, evidenciando o momento histórico de rompimento com o poder absoluto e a limitação deste às leis.

⁵² “El Estado de Derecho moderno nace, con la forma del *Estado legislativo de Derecho*, en el momento en que esta instancia alcanza realización histórica, precisamente, con la afirmación del principio de legalidad como criterio exclusivo de identificación del Derecho válido y antes aún existente, con independencia de su valoración como justo. Gracias a este principio y a las codificaciones que son su actuación, una norma jurídica es válida no por ser justa, sino exclusivamente por haber sido «puesta» por una autoridad dotada de competencia normativa” FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro Del Estado de derecho. In: CARBONELL, Miguel. (org). **Neoconstitucionalismo(s)**. p. 16

⁵³ “[...] *el Estado de derecho clásico – también denominado Estado liberal o legislativo de derecho*”. PEÑA FREIRE, Antonio Manuel. **La garantía en el Estado constitucional de derecho**. p. 25.

⁵⁴ “La homogeneidad del derecho legislativo en el Estado liberal: el ordenamiento jurídico como dato. *En el plano de la organización jurídica del Estado, el principio de legalidad traducía en términos constitucionales la hegemonía de la burguesía, que se expresaba en la Cámara representativa, y el retroceso del ejecutivo y de los jueces, que de ser poderes autónomos pasaban a estar subordinados a la ley*”. ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. p. 30.

Entretanto este modelo passa a não mais atender em sua totalidade a submissão do poder do Estado ao Direito.

É a própria incapacidade do Estado legislativo ou liberal de direito em assegurar a indisponibilidade dos valores essenciais do ordenamento, afetados pelos processos políticos ordinários, o que tornará necessário um nível de jurisdição superior e vinculante. A prática do Estado legislativo, que resulta finalmente contrária à dinâmica e à filosofia implícita ao princípio da legalidade como submissão do poder ao direito, motivará a necessidade de superação daquele modelo formulado a partir dos postulados e princípios do Estado de direito que o fundaram na medida em que o Estado liberal não consegue nem resolver o paradoxo existente entre a absoluta disponibilidade dos *conteúdos normativos* como produto da vontade do Estado e a absoluta indisponibilidade do sentido do direito como limite externo à ação do mesmo, nem assegurar os mínimos exigidos pelas necessidades de regulação social⁵⁵.

Esta conjuntura acarreta a crise do modelo de Estado de Direito que exaltar a Constituição como o nível mais alto e vinculante de jurisdição instituindo o Estado Constitucional.

1.3 O POSITIVISMO JURÍDICO

Considera-se como característica principal do Estado de Direito o monopólio da produção jurídica. O positivismo jurídico se reflete como a concentração de todo o Direito na instância legislativa, isto é, reduz-se tudo o que pertence ao mundo do Direito à lei – isto é, os direitos e a justiça ao dispositivo

⁵⁵ “Es la propia incapacidad del Estado legislativo o liberal de derecho para asegurar la indisponibilidad de los valores esenciales del ordenamiento, afectados por los procesos políticos ordinarios, la que hará preciso un nivel de juridicidad superior y vinculante. La práctica del Estado legislativo, que resulta finalmente contraria a la dinámica y a la filosofía implícita al principio de legalidad como sometimiento del poder al derecho, motivará la necesidad de superación de aquel modelo formulada desde los propios postulados y principios del Estado de derecho que lo fundaron en la medida en que el Estado liberal no consigue ni resolver la paradoja existente entre la absoluta disponibilidad de los contenidos normativos como producto de la voluntad del Estado y la absoluta indisponibilidad del sentido del derecho como límite externo a la acción del mismo, ni asegurar los mínimos exigidos por las necesidades de regulación social”. PEÑA FREIRE, Antonio Manuel. **La garantía en el Estado constitucional de derecho**. p. 57-58.

legal – restando ao jurista a simples tarefa de buscar a vontade do legislador⁵⁶. Nesse sentido, o positivismo jurídico compreende a concepção de Direito que espelha o Estado Liberal. Ele pressupõe a concentração de todo Direito na instância legislativa.

A importação para o mundo do Direito do positivismo filosófico pretendeu criar “uma *ciência* jurídica, com características análogas às ciências exatas e naturais” e desta busca por uma “objetividade científica, com ênfase na realidade observável e não na especulação filosófica, apartou o Direito da moral e dos valores transcendentos”. Como consequência entendeu-se que, assim como as demais ciências, também o Direito deveria “fundar-se em juízos *de fato*, que visam ao conhecimento da realidade, e não em juízos *de valor*, que representam uma tomada de posição diante da realidade”⁵⁷.

Para compreender essa tomada de posição faz-se necessário identificar os elementos caracterizadores do positivismo jurídico.

1.3.1 Características essenciais do positivismo

Luís Roberto Barroso aponta quatro características essenciais do positivismo:

- (i) aproximação quase plena entre Direito e norma;
- (ii) a afirmação da estatalidade do Direito: a ordem jurídica é uma;
- (iii) a completude do ordenamento jurídico, que contém conceitos e instrumentos suficientes e adequados para solução de qualquer caso, inexistindo lacunas;

⁵⁶ “La concepción del derecho propia del Estado de Derecho, del principio de legalidad y del concepto de ley del que hemos hablado era el «positivismo jurídico» como ciencia de la legislación positiva. La idea expresada por esta fórmula presupone una situación histórico-concreta: la concentración e la producción jurídica en una sola instancia constitucional, la instancia legislativa. Su significado supone una reducción de todo lo que pertenece al mundo del derecho – esto es, los derechos y la justicia – a lo dispuesto por la ley. Esta simplificación lleva a concebir la actividad de los juristas como un mero servicio a la ley, si no incluso como su simple exégesis, es decir, conduce a la pura y simple búsqueda de la voluntad del legislador.” ZAGREBELSKY, Gustavo. **El Derecho dúctil**. p. 33.

⁵⁷ BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro – Pós Modernidade, Teoria Crítica e Pós-Positivismo. In: QUARESMA, Regina. *et alii*. **Direito constitucional brasileiro: perspectivas e controvérsias contemporâneas**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 46-47.

(iv) o formalismo: a validade da norma decorre do procedimento seguido para a sua criação, independentemente do conteúdo⁵⁸.

Algumas destas características são coincidentes com as de Norberto Bobbio, que apresenta sete pontos capazes de explicar o positivismo jurídico.

O primeiro refere-se ao “*modo de abordar o direito, de encarar o direito*: o positivismo jurídico responde a este problema considerando o direito como fato e não como valor”. O segundo versa sobre a “*definição do direito*: o juspositivismo define o direito em função do elemento da coação, de onde deriva a “*teoria da coatividade do direito*”. O terceiro ponto trata das “*fontes do direito*” que segundo a “*teoria da legislação como fonte preeminente do direito preeminente do direito*, isto é, com este considera o direito *sub specie legis*”. O quarto está relacionado com “*a teoria da norma jurídica*: o positivismo jurídico considera a norma como um comando, formulando uma *teoria imperativista do direito*”. O quinto ponto versa sobre a “*teoria do ordenamento jurídico*, que considera a estrutura não mais da norma isoladamente tomada, mas do conjunto de normas jurídicas vigentes numa sociedade”, sustentando assim uma “*teoria da coerência e da completude do ordenamento jurídico*”. O sexto ponto diz respeito ao “*método da ciência jurídica*, isto é, o *problema da interpretação*⁵⁹”, sustentando a “*teoria da interpretação mecanicista*⁶⁰”. Sétimo e último ponto, diz respeito à “*teoria da obediência*” que, entre seus representantes exige “*a teoria da obediência absoluta da lei enquanto tal*”⁶¹.

⁵⁸ BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro – Pós Modernidade, Teoria Crítica e Pós-Positivismo. In: QUARESMA, Regina. *et alii*. **Direito constitucional brasileiro**: perspectivas e controvérsias contemporâneas. p. 47.

⁵⁹ “Entende-se o termo ‘interpretação’ em sentido muito lato, de modo a compreender toda a atividade científica do jurista: interpretação *stricto sensu*, integração, construção, criação do sistema”. BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**. p. 133.

⁶⁰ “[...] que na atividade do jurista faz prevalecer o elemento declarativo sobre o produtivo ou criativo do direito (empregando uma imagem moderna, poderíamos dizer que o juspositivismo considera o jurista uma espécie de robô ou de calculadora eletrônica”. BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**. p. 133.

⁶¹ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**. p. 131-133.

Desenvolvendo estes pontos, a partir dos conceitos de Norberto Bobbio, tem-se que na *teoria coativa do direito* considera-se o Direito positivo como uma técnica social que serve para influir na conduta humana, considerando somente *como* ele se produz, e não *o que* ele estabelece. Este modo de definir o Direito pode ser chamado de *formalismo jurídico*⁶².

No positivismo jurídico tem-se a necessidade de coação do Direito – isso acontece através da força, disciplinada pela *teoria da coatividade*, que só adquire existência pelo Estado⁶³ – e o *legicentrismo* – a lei como única fonte do Direito⁶⁴, destacando-se a transformação operada pela codificação⁶⁵.

Quanto à *teoria imperativista* do Direito, Bobbio qualifica o imperativismo jurídico⁶⁶ em duas fases: o ingênuo e o crítico. O primeiro considera o direito como um conjunto de comandos dirigidos pelo soberano aos cidadãos,

⁶² “Com referência ao conteúdo das normas jurídicas, é possível fazer uma única afirmação: o direito pode disciplinar todas as condutas humanas *possíveis*, isto é, todos os comportamentos que não são nem *necessários*, nem *impossíveis*; e isto precisamente porque o direito é uma técnica social, que serve para influir na conduta humana. Ora, uma norma que ordene um comportamento necessário ou proíba um comportamento impossível seria *supérflua* e uma norma que ordene um comportamento impossível ou proíba um comportamento necessário seria *vã*. Este modo de definir o direito pode ser chamado de *formalismo jurídico*; a concepção formal do direito define portanto o direito exclusivamente em função da sua estrutura formal, prescindindo completamente do seu conteúdo – isto é, considera somente *como* o direito se produz e não *o que* ele estabelece. [...] É necessário, porém, esclarecer as relações entre a concepção positivista e a concepção formalista do direito. Estas duas doutrinas não se identificam nem são estranhas uma à outra; diremos antes que são doutrinas diferentes que possuem, todavia, muitos pontos em comum e que se acompanham em seu desenvolvimento histórico”. BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**. p. 145-146.

⁶³ “Direito, coação e Estado são, portanto, três elementos indissoluvelmente ligados.” BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**. p. 153.

⁶⁴ “O positivismo jurídico é aquela doutrina segundo a qual não existe outro direito senão o positivo” BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**. p. 26.

⁶⁵ “Enfim chega a Codificação e, no dia seguinte à promulgação dos Códigos, o nosso direito se tornou exclusivamente legislativo. A rivalidade entre lei e costume terminava com a derrota deste último. A codificação consagrava sua ruína e o triunfo da lei” Lebrun *apud* BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**. p. 171.

⁶⁶ “A teoria imperativista da norma jurídica está estreitamente vinculada à concepção legalista-estatal do direito (isto é, com a concepção que considera o Estado como única fonte do direito e determina a lei como única expressão do poder normativo do Estado): basta, realmente, abandonarmos a perspectiva legalista-estatal para que esta teoria não exista mais” BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**. p. 181.

enquanto para o segundo a norma jurídica é um imperativo hipotético, e não se dirige aos cidadãos, mas aos juízes⁶⁷.

A *teoria do ordenamento jurídico*, introduzida pelo próprio positivismo, considera cada norma dentro do conjunto de todas aquelas vigentes em uma sociedade. Os três pilares desta teoria são: a unidade; a coerência; e a completitude.

A *unidade* informa existir apenas uma única fonte de qualificação da norma jurídica “vale dizer, uma única autoridade que atribui direta ou indiretamente caráter jurídico a todo o conjunto de normas”⁶⁸.

A *coerência* do ordenamento jurídico “consiste em negar que nele possa haver *antinomias*, isto é, normas incompatíveis entre si”⁶⁹. Segundo a lição de Norberto Bobbio tem-se que

Tal princípio é garantido por uma norma, implícita em todo ordenamento, segundo a qual duas normas incompatíveis (ou antinômicas) não podem ser ambas válidas, mas somente uma delas pode (mas não necessariamente deve) fazer parte do referido ordenamento; ou, dito de outra forma, a compatibilidade de uma norma com seu ordenamento (isto é, com todas as outras normas) é condição necessária para a sua validade⁷⁰.

A *completitude* significa a ausência de lacunas na lei⁷¹.

O princípio da completitude do direito se apresenta necessário para conciliar entre si dois outros temas juspositivistas fundamentais: aquele segundo o qual o juiz não pode criar o

⁶⁷ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**. p. 195.

⁶⁸ “A concepção juspositivista da unidade do ordenamento jurídico nos reconduz aqui, por conseguinte, ao que dissemos a propósito das fontes do direito, que, segundo o positivismo jurídico, tais fontes são hierarquicamente subordinadas e existe um [sic] única fonte de qualificação, vale dizer, uma única autoridade que atribui direta ou indiretamente caráter jurídico a todo o conjunto de normas”. BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**. p. 200.

⁶⁹ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**. p. 203.

⁷⁰ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**. p. 203.

⁷¹ “Afirmar que o ordenamento jurídico é completo significa, pois, negar a existência de lacunas na lei”. BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**. p. 208.

direito e aquele segundo o qual o juiz não pode jamais recusar-se a resolver uma controvérsia qualquer⁷².

Com esta impossibilidade do juiz criar o Direito o positivismo jurídico sustenta a *teoria da interpretação mecanicista*, a qual consiste somente na reconstrução pontual da vontade subjetiva do legislador que pôs as normas, sem se preocupar em adaptá-la às condições e exigências histórico-sociais, considerando-se um bom magistrado aquele que “humilha sua razão diante da razão da lei: pois ele é instituído para julgar segundo ela e não para julgá-la”⁷³.

Esta característica demonstra uma abordagem avalorativa do Direito por parte do positivismo jurídico, *o direito como um fato e não como um valor*.

O positivismo jurídico representa, portanto, o estudo do direito como *fato*, não como *valor*: na definição do direito deve ser excluída toda qualificação que seja fundada num juízo de valor e que comporte a distinção do próprio direito em bom e mau, justo e injusto. O direito, objeto da ciência jurídica, é aquele que efetivamente se manifesta na realidade histórico-social; o juspositivista estuda tal direito *real* sem se perguntar se além deste existe também um direito *ideal* (como aquele natural), sem examinar se o primeiro corresponde ou não ao segundo e, sobretudo, sem fazer depender a validade do direito real da sua correspondência com o direito ideal [...]. Assim a escravidão será considerada um instituto jurídico como qualquer outro, mesmo que dela se possa dar uma valoração negativa⁷⁴.

Sem a possibilidade de discutir definições valorativas do Direito os juízes se subordinam à lei com o objetivo de “garantir um valor muito importante: a segurança do direito, de modo que o cidadão saiba com certeza se o próprio comportamento é ou não conforme à lei”⁷⁵.

⁷² BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**. p. 207.

⁷³ Murlon *apud* BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**. p. 86.

⁷⁴ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**. p. 136.

⁷⁵ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**. p. 40.

A *teoria da obediência* evidencia o positivismo jurídico como ideologia. No *positivismo ético* existe o “*dever absoluto ou incondicional de obedecer à lei enquanto tal*”. Esta obediência pode ser justificada por quatro concepções diferentes: “*concepção cética, ou melhor, realista da justiça*: a justiça é a expressão da vontade do mais forte, que procura o seu próprio proveito”; “*concepção convencionalista da justiça*: a justiça é o que os homens concordam em considerar justiça”; “*concepção sagrada da autoridade*: é a concepção segundo a qual o poder de mandar se funda num carisma, vale dizer sobre uma investidura sagrada, divina”, e; “*Concepção do Estado ético*: essa concepção [...] pode ser considerada [...] como a transposição em termos racionais ou como a laicização da concepção sagrada da autoridade”⁷⁶.

Já em uma *versão moderada do positivismo ético*, o Direito é considerado como uma “realidade técnica e não ética” e a sua relação com a ordem decorre do “valor próprio e imanente do direito”, de tal forma que “a ordem é o resultado da atuação de um sistema normativo”. Neste particular sustenta ainda que a “lei seja a forma mais perfeita de direito” o que depende da *generalidade*⁷⁷ e *abstração*⁷⁸ da lei.

Destas características, Norberto Bobbio, segundo sua avaliação, destaca três aspectos fundamentais do positivismo jurídico como: *método* para o estudo do Direito; *teoria* do Direito; *ideologia* do Direito⁷⁹.

Quanto ao positivismo jurídico como *ideologia* faz-se referência à *teoria da obediência*. Sob um ponto de vista *ético extremista*, exige-

⁷⁶ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**. p. 225-229.

⁷⁷ “*Generalidade da lei*: a lei é geral no sentido de que disciplina o comportamento não de uma única pessoa, mas de uma classe de pessoas. Desse modo, a lei realiza um outro aspecto ou concepção da justiça: a *igualdade formal*, que consiste em tratar de modo igual as pessoas que pertencem à mesma categoria”. BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**. p. 231-232.

⁷⁸ “*Abstração da lei*: a lei é abstrata no sentido de que comanda não uma ação singular, mas uma categoria de ações. De tal modo ela realiza uma exigência de fundamental importância para que a ordem possa ser conservada: a *certeza jurídica*, que consiste na possibilidade de cada pessoa poder, no âmbito normativo, prever as conseqüências do próprio comportamento”. BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**. p. 232.

⁷⁹ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**. p. 234.

se obediência absoluta à lei pelo simples fato de que “lei é lei”⁸⁰. Este modelo “raramente foi sustentado coerentemente até suas extremas conseqüências pelos filósofos” e “na história não se encontra um acordo permanente entre positivismo jurídico e positivismo ético extremista”. Por outro lado, o *positivismo ético moderado* que “é estreitamente conexo com o positivismo jurídico”⁸¹. Para Bobbio

[...] são injustificadas as críticas que da extremidade jusnaturalista foram a ele [positivismo ético moderado] dirigidas, pois a versão moderada da ideologia juspositivista não leva em absoluto à estatolatria e ao totalitarismo político. Pelo contrário, estas acusações podem ser invertidas, visto que considerar a ordem, a igualdade formal e a certeza como os valores próprios do direito representa uma sustentação ideológica a favor do estado liberal e não do Estado totalitário ou, de qualquer maneira, tirânico. [...] Dizer que a lei deve ser obedecida significava, sob o regime passado, defender a liberdade individual lesada pelos abusos do poder político, que não respeitava a lei (já que o dever de obedecer à lei diz respeito não só aos cidadãos, mas também aos órgãos do Estado).⁸²

O *positivismo jurídico como teoria* contempla seis concepções: *teoria coativa do direito*; *teoria legislativa do direito*; *teoria imperativa do direito*; *teoria da coerência do ordenamento jurídico*; *teoria da completitude do ordenamento jurídico*; e *teoria da interpretação lógica ou mecanicista* do Direito. Entretanto na teoria juspositivista “as três primeiras, na verdade, constituem as pilstras de tal teoria, enquanto as três últimas têm uma importância somente secundária”⁸³.

Como método, o positivismo jurídico é necessário para efetivamente se fazer ciência, pois “o método positivista é pura e simplesmente o método científico e, portanto, é necessário adotá-lo se se quer fazer ciência

⁸⁰ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**. p. 133.

⁸¹ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**. p. 235-236.

⁸² BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**. p. 235.

⁸³ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**. p. 237.

jurídica ou teoria do direito”, caso contrário far-se-á “filosofia ou ideologia do direito”⁸⁴.

José Juan Moreso resume as três teses centrais do positivismo clássico de Herbert L. A. Hart da seguinte forma:

I. A tese das fontes sociais: a existência e o conteúdo do direito numa determinada sociedade dependem de um conjunto de fatos sociais, ou seja, grupo de ações dos membros de determinada sociedade.

II. A tese da separação: a validade jurídica de uma norma (ou seja, o fato de que determinada norma pertence a determinado sistema jurídico) não acarreta em sua validade moral, e, ao mesmo passo, a validade moral de uma norma não necessariamente acarreta em sua validade jurídica.

III. A tese dos limites da lei (ou tese da discricionariedade): normas juridicamente válidas certamente não regulam todo o comportamento humano. Conseqüentemente, quando a lei é indeterminada, os juízes detêm discricionariedade⁸⁵.

Para melhor compreender as teses sobre a validade jurídica no positivismo jurídico não se pode escapar do estudo da Regra de Reconhecimento e da Norma Fundamental.

1.3.2 Regra de Reconhecimento, Norma Fundamental e validade jurídica

Herbert L. A. Hart, expoente do positivismo jurídico anglo-saxão, compreende que o sistema jurídico moderno possui uma variedade de “fonte” de direito. Neste particular, Hart menciona como que a regra de reconhecimento é complexa “os critérios para identificar o direito são múltiplos e

⁸⁴ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**. p. 238.

⁸⁵ “I. *The Social Sources Thesis: the existence and the content of the law in a certain society depend on a set of social facts, i.e. a set of actions by the members of such a society.* II. *The Separability Thesis : The legal validity of a norm (i.e. the fact that such a norm belongs to a certain legal system) does not necessarily entail its moral validity, and, on the same footing, the moral validity of a norm does not necessarily entail its legal validity.* III. *The Limits of the Law Thesis (or the Discretion Thesis): Legally valid norms do not clearly regulate every behaviour. Accordingly, when the law is indeterminate, judges have discretion. [...] Perhaps the place in which these theses are more clearly expressed is a paper published in Spanish (never published in English) by H.L.A. Hart, ‘El nuevo desafío del positivismo jurídico’, (Spanish Trans. F. Laporta, L. Hierro y J.R. de Páramo), in Sistema, 36 (1990, mayo)”. MORESO, José Juan. In defense of Inclusive Legal Positivism. **Diritto & questioni pubbliche**. Palermo: Università di Palermo. n. 1, 2001, p. 100.*

comummente incluem uma constituição escrita, aprovação por uma assembleia legislativa e precedentes judiciais⁸⁶. Entretanto, afirma

Na maior parte dos casos a regra de reconhecimento não é enunciada, mas sua existência *manifesta-se* no modo como as regras concretas são identificadas, tanto pelos tribunais ou outros funcionários, como pelos particulares ou seus consultores. Naturalmente que existe uma diferença entre o uso feito pelos tribunais ou outros funcionários pela regra e o uso que os outros fazem deles: porque quando os tribunais chegam a uma conclusão concreta com o fundamento de uma regra concreta foi correctamente identificada como regra de direito, o que eles dizem tem um estatuto de autoridade especial, que lhe é conferido por outras regras⁸⁷.

As perspectivas interna e externa influenciam a aceitação ou não do Direito. O ponto de vista interno diz respeito ao participante do sistema identificando-se “como membro de um grupo que as aceita [regras] e usa como guias de conduta”. Já a perspectiva externa relaciona-se a um observador que “pode, sem ele próprio aceitar as regras, afirmar que o grupo aceita as regras e pode assim referir-se do exterior de modo pelo qual *eles* são afectados por elas, de um ponto de vista interno”⁸⁸.

Desta forma, o reconhecimento da validade de uma regra também é considerado a partir destes respectivos pontos de vista. Tem-se uma *afirmação interna* utilizada “por quem, aceitando a regra de reconhecimento e sem declarar o facto de que é aceite, aplica a regra, ao reconhecer uma qualquer regra concreta do sistema como válida”. Já a *afirmação externa* será utilizada pelo observador que “sem aceitar ele próprio a regra de reconhecimento desse sistema, enuncia o facto de que outros a aceitam”. Neste particular a validade de

⁸⁶ HART. Herbert L. A. **O conceito de direito**. Trad. A. Ribeiro Mendes. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005. p. 112.

⁸⁷ HART. Herbert L. A. **O conceito de direito**. p. 113.

⁸⁸ HART. Herbert L. A. **O conceito de direito**. p. 98-99.

uma regra é reconhecida como regra do sistema quando tenha “passado todos os testes facultados pela regra de reconhecimento”⁸⁹.

A validade de uma regra, na perspectiva de Hart, “consiste em predizer que ela será executada pelos tribunais ou que qualquer outra medida oficial será tomada”, sem recorrer a qualquer interpretação metafísica atribuindo-lhe uma “propriedade misteriosa que não pode ser detectada por meios empíricos”. Assim, dizer que uma regra é válida “não constitui uma profecia, mas parte da *razão* da sua decisão”⁹⁰.

Hart elenca dentre os critérios de validade da regra de reconhecimento estão o “critério supremo e regra última”.

Podemos dizer que um critério de validade jurídica, ou fonte de direito, é supremo, se as regras identificadas por referência a ele forem ainda reconhecidas como regras do sistema, mesmo que elas estejam em conflito com regras identificadas por referência a outros critérios, ao passo que as regras identificadas por referência a estes últimos não são reconhecidas como tal, se estiverem em conflito com regras identificadas por referência ao critério supremo. [...] as idéias de regra última de reconhecimento, critério supremo e poder legislativo juridicamente ilimitado parecem convergir. Porque, onde há um poder legislativo que não está sujeito a quaisquer limitações constitucionais e tem competência para privar quaisquer outras regras de direito, emanando de outras fontes, do seu estatuto jurídico, faz parte da regra de reconhecimento, num tal sistema, que a aprovação por aquele poder legislativo é o critério supremo de validade⁹¹.

A limitação do Poder Legislativo pela Constituição, nesta ótica, refere-se a uma regra última de reconhecimento colocando as disposições constitucionais como “um critério supremo de validade”.

Como regra última de reconhecimento considera-se válida a regra aprovada diretamente pelo Poder Legislativo como também outras regras

⁸⁹ HART. Herbert L. A. **O conceito de direito**. p. 114.

⁹⁰ HART. Herbert L. A. **O conceito de direito**. p. 116.

⁹¹ HART. Herbert L. A. **O conceito de direito**. p. 117-118.

autorizadas por lei a serem proferidas por outros órgãos. Assim, utiliza-se um “critério de validade facultado por uma outra regra qualquer”⁹². O critério da regra última de reconhecimento é exposto pelo ponto de vista externo, como observa Hart

Quanto passamos da afirmação de que uma lei concreta é válida, porque satisfaz a regra de que aquilo que a Rainha no Parlamento aprova é direito, para a afirmação de que na Inglaterra esta última regra é usada pelos tribunais, funcionários e particulares como a regra última de reconhecimento, passámos de uma afirmação interna de direito, enunciando a validade de uma regra de um sistema, para uma afirmação de facto externa que um observador do sistema poderia fazer, mesmo que não a aceitasse⁹³.

Esta compreensão de regra última de reconhecimento de Dworkin é, de certa forma, igualmente verificada na obra de Hans Kelsen⁹⁴, para quem “o fundamento de validade de uma norma apenas pode ser a validade de outra norma”. Nessa compreensão a validade de uma norma decorre de outra norma superior, e a norma mais elevada é designada como norma fundamental (*Grundnorm*). É esta norma fundamental que confere um fundamento de validade comum a todas as normas pertencentes a uma mesma ordem normativa. Por esta razão Kelsen afirma que “é a norma fundamental que constitui a unidade de uma pluralidade de normas enquanto representa o fundamento de validade de todas as normas pertencentes a essa ordem normativa”⁹⁵.

⁹² HART. Herbert L. A. **O conceito de direito**. p. 118.

⁹³ HART. Herbert L. A. **O conceito de direito**. p. 119.

⁹⁴ As conexões entre a Regra de Reconhecimento e a Norma Fundamental são aprofundadas por Ricardo Guastini que aponta cinco aspectos comuns entre elas: “(a) *Ambas son normas no promulgadas por ninguna autoridad jurídica.* (b) *Ambas son normas ni válidas, ni inválidas (no tiene sentido hablar de validez en relación con normas “últimas”).* (c) *Ambas tienen la función de otorgar validez a la (primera) constitución, si por constitución (en sentido material) entendemos, como Kelsen sugiere, el conjunto de normas sobre las fuentes del derecho (“reglas de cambio”, en la terminología de Hart), es decir, las normas que regulan la creación de otras normas, otorgando competencias, reglando procedimientos, etc.* (d) *Ambas, entonces, son normas no constitucionales, sino meta-constitucionales.* (e) *Ambas, por consiguiente, se refieren a las normas sobre las fuentes del derecho, o “normas sobre la producción jurídica” en la terminología de Bobbio, pero son distintas de ellas.* GUASTINI, Riccardo. Bobbio sobre la norma fundamental y la regla de reconocimiento. In: _____; COMANDUCCI, Paolo. **Analisi e diritto**. ricerche di giurisprudenza analitica. Torino: G. Giappichelli, 2006. p. 204.

⁹⁵ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 215-217.

Kelsen compreende que “o conteúdo de uma ordem jurídica positiva é completamente independente da sua norma fundamental”. Por esta razão o positivismo jurídico não pode recusar a validade de uma norma por conta de seu conteúdo. Destaca que “é este o elemento essencial do positivismo jurídico”⁹⁶.

Como visto anteriormente, esta abordagem avaliativa do Direito é reconhecida pelo positivismo jurídico. Esta posição é alvo de diversas críticas que serão abordadas no Capítulo 3. Cumpre, entretanto, destacar algumas das respostas a estas críticas neste momento porque esclarecem alguns pontos sobre a regra de reconhecimento de Dworkin.

Hart, em seu *postscript*, responde às críticas de Ronald Dworkin⁹⁷, afirmando que “não há nada no meu livro que sugira que os critérios meramente factuais fornecidos pela regra de reconhecimento devam ser unicamente questões de *pedigree*” e que a “regra de reconhecimento pode incorporar, como critérios de validade jurídica, a conformidade com princípios morais ou valores substantivos”⁹⁸⁹⁹.

Uma das funções da regra de reconhecimento é de “promover a certeza com que o direito deve ser declarado”, entretanto isso seria impossível. Assim, deve-se tolerar alguma incerteza, que é bem-vinda principalmente quando estão presentes muitas regras jurídicas, pois é possível “tornar-se uma decisão judicial inteligente quando a composição do caso não

⁹⁶ Kelsen, Hans. **Teoria pura do direito**. p. 242.

⁹⁷ “Dworkin, ao atribuir-me a doutrina do «positivismo meramente factual», tratou erroneamente minha teoria enquanto exige não só (como, na realidade, o faz) que a existência e a autoridade de regra de reconhecimento devam depender da sua aceitação pelos tribunais, mas também enquanto exige (como, de facto, não o faz) que os critérios de validade jurídica que a regra fornece devam consistir exclusivamente no tipo específico de mero facto que ele designa como questões de *pedigree* e que respeitam ao modo e à forma de criação do direito ou da sua adopção” HART. Herbert L. A. *Pós-escrito*. In: _____ **O conceito de direito**. p. 312.

⁹⁸ HART. Herbert L. A. *Pós-escrito*. In: _____ **O conceito de direito**. p. 312.

⁹⁹ Sobre a proposta de *soft positivism*, positivismo moderado ou incorporacionista ver item 3.1.3 desta pesquisa.

previsto fosse conhecida e as questões em jogo na sua decisão pudessem ser identificadas, e assim resolvidas racionalmente”¹⁰⁰.

As críticas formuladas ao positivismo jurídico evidenciaram-se também como críticas ao próprio Estado de Direito.

1.4 A CRISE DO MODELO DE ESTADO DE DIREITO

Como referido anteriormente, o elemento essencial do positivismo estaria na abordagem avaliativa do Direito e a validade de uma norma não estaria vinculada ao seu conteúdo, mas sim ao teste de *pedigree*. Entretanto, esta ausência de valor da própria lei a coloca como parte do conflito social, pois “o fetiche da lei e o legalismo acrítico, subprodutos do positivismo jurídico, serviram de disfarce para autoritarismos de matizes variados”, sendo que

A decadência do positivismo é emblematicamente associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha. Estes movimentos políticos e militares ascenderam ao poder dentro do quadro de legalidade vigente e promoveram a barbárie em nome da lei. Os principais acusados de Nuremberg invocaram o cumprimento da lei e a obediência a ordens emanadas da autoridade competente. Ao fim da Segunda Guerra Mundial, a idéia de um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos e da lei como uma estrutura meramente formal, uma embalagem para qualquer produto, já não tinha mais aceitação no pensamento esclarecido¹⁰¹.

Esta característica culminaria em uma crise do modelo de Estado de Direito. Para Luigi Ferrajoli, o Estado legislativo de Direito reflete uma tríplice mudança de paradigmas¹⁰² da experiência pré-moderna: na natureza e estrutura do Direito; na natureza da ciência jurídica; e, na natureza da jurisdição.

¹⁰⁰ HART. Herbert L. A. Pós-escrito. In: _____ **O conceito de direito**. p. 313.

¹⁰¹ BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro – Pós Modernidade, Teoria Crítica e Pós-Positivismo. In: QUARESMA, Regina at al. **Direito constitucional brasileiro: perspectivas e controvérsias contemporâneas**. p. 48-49.

¹⁰² “Enquanto, nas ciências naturais, o desenvolvimento do conhecimento tornou possível a formulação de um conjunto de princípios sobre a estrutura da matéria que são aceites sem discussão por toda a comunidade científica, conjunto esse que se designa por paradigma, nas

A primeira alteração de paradigma diz respeito às condições de existência e validade¹⁰³, relacionadas ao monopólio da produção jurídica; a segunda, relacionada ao princípio da legalidade, torna a ciência do Direito cognoscitiva – cujo objeto de análise é o Direito Positivo; a terceira mudança, ainda relacionada ao privilégio exclusivo da produção do Direito, decorre da impossibilidade da jurisdição se identificar com fonte de produção (jurisprudencial) do Direito, pois a lei e o princípio da legalidade são fontes de legitimação¹⁰⁴.

A crise do Estado de Direito decorre de uma “regressão a um direito jurisprudencial de tipo pré-moderno”:

[...] por um lado, o colapso da capacidade reguladora da lei e o retorno ao papel criativo da jurisdição; por outro, a perda da unidade e coerência das fontes e a convivência e superposição de diversos ordenamentos concorrentes¹⁰⁵.

Hodiernamente, esta crise afeta o princípio da legalidade, vez que as leis agora são contadas “dezenas de milhares e estão formuladas

ciências sociais não há consenso paradigmático, pelo que o debate tende a atravessar verticalmente toda a espessura do conhecimento adquirido”. SANTOS, Boaventura de Souza. **Um discurso sobre as ciências**. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2006, p. 37-38.

¹⁰³ Sobre as condições validade em Herbert L. A. Hart e Hans Kelsen ver item 1.3.2 desta pesquisa.

¹⁰⁴ “La primera alteración se refiere a las condiciones de existencia y validez de las normas jurídicas. En el Derecho premoderno, de formación no legislativa, sino jurisprudencial y doctrinal, no existía un sistema unitario y formalizado de fuentes positivas, sino una pluralidad de fuentes y ordenamientos procedentes de instituciones diferentes y concurrentes – el Imperio, la Iglesia, los príncipes, los municipios, las corporaciones – ninguna de las cuales tenía el monopolio de la producción jurídica. [...] En efecto, con aparente paradoja era el iusnaturalismo la teoría del Derecho premoderno; mientras que el positivismo jurídico expresado en la fórmula hobbesiana correspondía a la instancia axiológica de la refundación del Derecho sobre el principio de la legalidad como garantía de certeza y libertad frente a la arbitrariedad. [...] De aquí se sigue un cambio de paradigma también en la ciencia jurídica. [...] con la afirmación del principio de legalidad como norma de reconocimiento del Derecho existente, la ciencia jurídica deja de ser una ciencia inmediatamente normativa para convertirse en una disciplina tendencialmente cognoscitiva, es decir, explicativa de un objeto – el Derecho positivo – autónomo y separado de ella. [...] De aquí un análogo cambio de paradigma de la jurisdicción, que deja de ser producción jurisprudencial del Derecho y se somete a la ley y al principio de legalidad como únicas fuentes de legitimación”. FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro Del Estado de derecho. In: CARBONELL, Miguel. (org) **Neoconstitucionalismo(s)**. p. 15-16.

¹⁰⁵ “[...] la crisis se manifiesta en otras tantas formas de regresión a un Derecho jurisprudencial de tipo premoderno: por un lado, el colapso de la capacidad reguladora de la ley y el retorno al papel creativo de la jurisdicción; por otro, la pérdida de la unidad y coherencia de las fuentes y la convivencia y superposición de diversos ordenamientos concurrentes” FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro Del Estado de derecho. In: CARBONELL, Miguel. (org) **Neoconstitucionalismo(s)**. p. 20.

numa linguagem cada vez mais obscura e tortuosa, dando lugar às vezes a intrincados enredos e labirintos normativos”. A racionalidade da lei foi dissolvida por uma legislação que é obra de legisladores ainda mais desordenados, abrindo caminho à discricionariedade dos juízes e à formação jurisprudencial, administrativa ou privada do Direito, segundo o antigo modelo pré-moderno, com a conseguinte perda de certeza, eficácia e de garantias¹⁰⁶. O outro aspecto está relacionado com o fim do Estado nacional como monopólio exclusivo da produção jurídica. Evidenciado pelo processo de integração que, por vezes, coloca fora dos limites dos Estados nacionais grande parte dos centros de decisão e das fontes normativas, tradicionalmente reservados a sua soberania¹⁰⁷.

Assim, se corre o risco de que se produza, na confusão de fontes e na incerteza das competências, uma dupla forma de dissolução da modernidade jurídica: o desenvolvimento de um incerto Direito comunitário jurisprudencial, por obra de tribunais concorrentes e confluentes entre si, e a regressão ao pluralismo e à superposição dos ordenamentos que foram próprios do Direito pré-moderno¹⁰⁸.

Para Antonio Manuel Peña Freire a crise do Estado de Direito é a crise da lei e do Direito, em sua imagem tradicional, tanto em

¹⁰⁶ “[...] *la crisis afecta al principio de legalidad, que como se ha dicho es la norma de reconocimiento propia del Estado legislativo de Derecho. Y tiene su génesis en dos factores: la inflación legislativa y la disfunción del lenguaje legal, frutos de una política que ha degradado la legislación a administración, difuminando la distinción entre ambas funciones tanto en el terreno de las fuentes como en el de los contenidos. Las leyes, en todos los ordenamientos avanzados, se cuentan ahora ya por decenas de miles y están formuladas en un lenguaje cada vez más oscuro y tortuoso, dando lugar a veces a intrincados enredos y laberintos normativos* [...] FERRAJOLI, Luigi. *Pasado y futuro Del Estado de derecho*. In: ICARBONELL, Miguel. (org) **Neoconstitucionalismo(s)**. p. 20.

¹⁰⁷ “*Es una consecuencia del fin del Estado nacional como monopolio exclusivo de la producción jurídica. Es emblemático al respecto el proceso de integración de Europa. [...] por otro lado, ha situado fuera de los límites de los Estados nacionales gran parte de los centros de decisión y de las fuentes normativas, tradicionalmente reservados a su soberanía*”. FERRAJOLI, Luigi. *Pasado y futuro Del Estado de derecho*. In: CARBONELL, Miguel. (org) **Neoconstitucionalismo(s)**. p. 21.

¹⁰⁸ “*Así, se corre el riesgo de que se produzca, en la confusión de las fuentes y en la incertidumbre de las competencias, una doble forma de disolución de la modernidad jurídica: el desarrollo de un incierto Derecho comunitario jurisprudencial, por obra de tribunales concurrentes y confluyentes entre sí, y la regresión al pluralismo y a la superposición de los ordenamientos que fueron propios del Derecho premoderno.*” FERRAJOLI, Luigi. *Pasado y futuro Del Estado de derecho*. In: CARBONELL, Miguel. (org) **Neoconstitucionalismo(s)**. p. 21.

mecanismos de regulação como de programação social¹⁰⁹. Assinala dois fatores que provocam a modificação e a superação do modelo jurídico-político liberal: a dimensão axiológica que fundamenta o Estado de Direito e o caráter conflituoso da realidade social e da não neutralidade do Direito a respeito aos conflitos sociais.

O primeiro aspecto da crise do Estado de Direito decorre do fato de este não ser apenas um expediente técnico-jurídico ou um princípio formal de organização institucional, pois vai além da vertente técnica e organizativa evidenciando a forte dimensão axiológica que o fundamenta e o define. Este fator da crise resta evidenciado pelo paradoxo dos Estados totalitários que se viam como Estados de Direito.

Como primeiro fator, assinalamos que o Estado de direito, no contexto do programa moderno em que ele nasce, não é somente um expediente técnico-jurídico ou um princípio formal de organização institucional e que o Estado legislativo não consegue assumir os encargos e funções próprias da forma jurídico-política Estado de direito. Depois da vertente técnica e organizativa do Estado de direito, aparece uma forte dimensão axiológica que o fundamenta e o define. Esta não é outra que a afirmação da primazia do pessoal e social nas relações com o poder. Todas as dificuldades do Estado de direito clássico para assegurar seus próprios pressupostos se fizeram manifestas nas primeiras décadas do século XX ao se verificar experiências políticas concretas que denotaram os riscos inerentes ao formalismo e ao absolutismo legislativo assim como o insuportável desvio entre o modelo liberal e sua práxis social e econômica.¹¹⁰

¹⁰⁹ “*La crisis del Estado de derecho en su versión legislativa o liberal es así la crisis de la ley y del derecho, en su imagen tradicional, en tanto que mecanismos de regulación y programación social*”. PEÑA FREIRE, Antonio Manoel. **La garantía en el Estado constitucional de derecho**. Madrid: Trotta, 1997. p. 54.

¹¹⁰ “*Como primer factor, señalamos que el Estado de derecho, en el contexto del programa moderno en el que nace, no es sólo un expediente técnico-jurídico o un principio formal de organización institucional y que el Estado legislativo no logra asumir los cometidos y funciones propias de la forma jurídico-política Estado de derecho. Tras la vertiente técnica y organizativa del Estado de derecho, aparece una fuerte dimensión axiológica que lo fundamenta y lo define. Ésta no es otra que la afirmación de la primacía de lo personal y social en las relaciones con el poder. Todas las dificultades del Estado de derecho clásico para asegurar sus propios presupuestos se harán manifiestas en las primeras décadas del siglo XX al verificarse experiencias políticas concretas que denotaron los riesgos inherentes al formalismo y al*

Peña Freire acrescenta como segundo fator a constatação do caráter conflituoso da realidade social e da não neutralidade do Direito com respeito aos conflitos sociais. A lei é parte do conflito social, longe de ser expressão pura da vontade geral, deixando de ser garantia frente ao abuso de poder estatal e se converte em expediente de legitimação deste poder político e em expressão da vontade estatal, constituindo-se seu instrumento.

A própria lei torna-se “parte do conflito social e que longe de ser uma expressão pura da vontade geral, a lei é produzida por uma maioria contingente, interessada e dispersa.” A problemática está no fato de que lei não mais representa uma garantia contra o governo arbitrário, tornando-se ela mesma um “instrumento para o exercício eficaz do poder”. As características de abstração e generalidade da norma não mais se tornam capaz de garantir a paz social e os direitos fundamentais¹¹¹.

Estas experiências históricas colocaram à prova o Constitucionalismo, e continuam a testá-lo. Presentemente

[...] como ontem o constitucionalismo teve que aceitar o desafio do Estado absoluto, assim hoje deve afrontar o do “sistema” entendendo com este termo uma forma de organização do poder em que se maximizam as interdependências, se anulam as distinções entre privado e público, sociedade civil e Estado, moral e política, economia e ordenamento jurídico, baseada em normas gerais e abstratas; uma organização do poder em que a sociedade de massas, enquanto atomiza os indivíduos, permite facilmente sua manipulação através de tecnoestruturas

absolutismo legislativo así como la insoportable desviación entre el modelo liberal y su praxis social y económica”. PEÑA FREIRE, Antonio Manoel. **La garantía en el Estado constitucional de derecho**. p. 54.

¹¹¹ “*El segundo factor de la crisis de la ley y del Estado legislativo será la constatación del carácter conflictivo de realidad social y de la no neutralidad del derecho respecto de los conflictos sociales. Es decir, se toma conciencia de que, lejos de formar parte de un ámbito separado de lo real, la ley es parte del conflicto social y que lejos de ser una expresión pura de la voluntad general, la ley es producida por una mayoría contingente, interesada y dispersa. La ley deja de ser garantía frente al Estado y en expresión de la voluntad estatal, pues en lugar de constituir una garantía contra el arbitrio, pasa a ser instrumento para el ejercicio eficaz del poder (Redor, 1992, 158-161). La norma general y abstracta dejará de ser considerada el instrumento adecuado para asegurar la paz social y, particularmente, la indisponibilidad de aquellos valores y principios respecto de los que existe un amplio consenso social, como son los derechos fundamentales.*” PEÑA FREIRE, Antonio Manoel. **La garantía en el Estado constitucional de derecho**. p. 55.

burocráticas, pelo que a formação de um consenso real fica obstaculizada e a proteção dos direitos do indivíduo seriamente comprometida¹¹².

Desta forma, para que o próprio Direito não se torne parte do conflito social, e torne a exercer a função principal do Constitucionalismo moderno, que é justamente de constituir-se em técnica de limitação do poder e, especialmente, de garantir direitos fundamentais. Neste sentido deve-se buscar na Constituição as garantias de direitos fundamentais necessárias para instrumentalizar a paz social.

1.5 A FUNÇÃO CONSTITUCIONAL DE GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A Constituição, desde a antiguidade, tem a pretensão de ser “um grande projeto de conciliação social e política”, conforme afirma Maurizio Fioravanti

Nessas fases a constituição dos antigos foi se precisando, primeiro no mundo grego e depois no romano, com caracteres cada vez mais definidos, nos termos de *um grande projeto de conciliação social e política*. Por isto, a constituição dos antigos nunca foi a constituição dos vencedores, nunca foi unilateralmente instaurada e quase sempre se nutre do mito da constituição dos pais, que reclamam algo que pelo contrário se formou no sentido compositivo, pela via da progressão e da aquisição razoável¹¹³.

¹¹² “[...] como ayer el constitucionalismo tuvo que aceptar el desafío del Estado absoluto, así hoy debe afrontar el del ‘sistema’ entendiendo con este término una forma de organización del poder donde se maximizan las interdependencias, se anulan las distinciones entre privado y público, sociedad civil y Estado, moral y política, economía y ordenamiento jurídico, basada en normas generales y abstractas; una organización del poder en la que la sociedad de masas, mientras atomiza a los individuos, permite fácilmente su manipulación a través de tecnoestructuras burocráticas, por lo que la formación de un consenso real queda obstaculizada y la protección de los derechos del individuo seriamente comprometida.” MATTEUCCI, Nicola. **Organización del poder y libertad**. p. 291.

¹¹³ “En esas fases la constitución de los antiguos fue precisándose, primero en el mundo griego y después en el romano, con caracteres cada vez más definidos, en los términos de un gran proyecto de conciliación social y política. Por esto, la constitución de los antiguos nunca fue la constitución de los vencedores, nunca fue unilateralmente instaurada y casi siempre se nutre del mito de la constitución de los padres, que reclama algo que por el contrario se ha formado en sentido compositivo, por la vía de la progresión y la adquisición razonable”. FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución**. p. 30.

Atualmente, é concebida como o “estatuto jurídico-político fundamental do Estado e da sociedade: organiza e limita os poderes do Estado e é ‘medida material da sociedade’ (Hesse)”¹¹⁴.

O conceito de Constituição vai além da organização do Estado, de sua forma, das funções dos poderes públicos e dos direitos e deveres dos cidadãos, passando também pelo conteúdo material da Constituição. Este conteúdo material é impulsionado pelas forças sociais tornando-o dinâmico, exigindo que o ordenamento seja expressão da “força normativa da vontade política”, possibilitando “preencher suas lacunas”, “permitir identificar os limites da continuidade e mudanças do Estado”¹¹⁵ sendo a Constituição o parâmetro de referência deste conteúdo. Ademais, atribui-se ao Constitucionalismo a função de “traçar os princípios ideológicos, que são a base de toda a Constituição e da sua organização interna”¹¹⁶.

Luigi Ferrajoli acrescenta que a Constituição deve servir a todos, até mesmo – e talvez principalmente – quando não exista unidade social, garantindo os direitos fundamentais

Uma Constituição não serve para representar a vontade comum de um povo, senão para garantir os direitos de todos, inclusive frente à vontade popular. Sua função não é expressar a existência de um *demos*, quer dizer, de uma homogeneidade cultural, identidade coletiva ou coesão social, senão, ao contrário, de garantir, através daqueles direitos, a convivência pacífica entre os sujeitos e interesses diversos e virtualmente em conflito. O fundamento de sua legitimidade, ao contrário do que ocorre com as leis ordinárias e às opções de governo, não reside no consenso da maioria, senão em um valor muito mais importante e prévio: a igualdade de todos nas liberdades fundamentais e nos direitos sociais, ou seja, em direitos vitais conferidos a todos, como limites

¹¹⁴ OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 60.

¹¹⁵ VERGOTTINI, Giuseppe de. Verbetes “Constituição”. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. p. 260.

¹¹⁶ MATTEUCCI, Nicola. Verbetes “Constitucionalismo”. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. In: p. 247.

e vínculos, precisamente, frente às leis e aos atos de governo expressos nas contingentes maiorias¹¹⁷.

Desta forma percebe-se que o fundamento da Constituição não está somente no princípio da maioria, mas sim, conforme a corrente do Constitucionalismo moderno, nos direitos fundamentais nela previstos, destacando sua função de garantia dos direitos fundamentais a fim de possibilitar “a convivência pacífica entre os sujeitos e interesses diversos e virtualmente em conflito”.

Neste momento destaca-se a Teoria do Garantismo jurídico, principalmente porque este realiza “uma crítica do Direito positivo vigente, crítica esta interna, e não externa, dado que está orientada a analisar os aspectos de sua ineficácia e invalidade”¹¹⁸.

1.5.1 Garantismo jurídico

Luigi Ferrajoli, ao apresentar a Teoria do Garantismo, indica que a expressão “garantismo” possui três significados: o primeiro representa um modelo normativo de direito, de estrita legalidade, próprio do Estado de Direito; o segundo significado “designa uma *teoria jurídica* da ‘validade’ e da ‘efetividade’ como categorias distintas não só entre si mas, também, pela ‘existência’ ou ‘vigor’ das normas”; o terceiro significado “designa uma *filosofia política* que requer do direito e do Estado o ônus da justificação externa com base nos bens e nos interesses dos quais a tutela ou a garantia constituem a finalidade”¹¹⁹.

¹¹⁷ “Una Constitución no sirve para representar la voluntad común de un pueblo, sino para garantizar los derechos de todos, incluso frente a la voluntad popular. Su función no es expresar la existencia de un demos, es decir, de una homogeneidad cultural, identidad colectiva o cohesión social, sino, al contrario, la de garantizar, a través de aquellos derechos, la convivencia pacífica entre sujetos e intereses diversos y virtualmente en conflicto. El fundamento de su legitimidad, a diferencia de lo que ocurre con las leyes ordinarias y las opciones de gobierno, no reside en el consenso de la mayoría, sino en un valor mucho más importante y previo: la igualdad de todos en la libertades fundamentales y en los derechos sociales, o sea en derechos vitales conferidos a todos, como límites y vínculos, precisamente, frente a las leyes y los actos de gobierno expresados en las contingentes mayorías”. FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro Del Estado de derecho. In: CARBONELL, Miguel. (org) **Neoconstitucionalismo(s)**. p. 28.

¹¹⁸ CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de direito e legitimidade**: uma abordagem garantista. p. 82.

¹¹⁹ FERRAJOLI, Luigi. Para uma teoria geral do garantismo. In: _____ **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. p. 684-685.

Desta forma a “função garantista do direito consiste, em suma, na limitação dos poderes e no correspondente aumento da liberdade”¹²⁰. Sendo que “o princípio da legalidade representa um *postulado jurídico* do juspositivismo no qual se baseia a função garantista do direito contra o arbítrio”¹²¹.

Chama ainda atenção para a diferença entre validade e efetividade das normas, colocando o garantismo como “uma *teoria da divergência* entre normatividade e realidade, entre direito válido e direito efetivo, um e outro vigentes”¹²². Isso porque:

[...] ‘direito *vigente*’ não coincide com ‘direito *válido*’: é vigente, ainda que inválida, uma norma efetiva que não obtempera todas as normas que regulam a sua produção. Nem coincide, de outra parte, com ‘direito *efetivo*’: é vigente, ainda que não efetiva, uma norma válida não obtemperada pelas normas às quais regula a produção.¹²³

O professor Sérgio Cadermatori resume da seguinte forma os quatro predicados que se pode imputar às normas sob a ótica garantista. Em relação à justiça, considera-se justa uma norma “quando responde positivamente a determinado critério de valoração ético-político (logo extrajurídico)”. Quanto à vigência da norma, considera-se “‘vigente’ quando [a norma] é despida de vícios formais; ou seja, foi emanada ou promulgada pelo sujeito ou órgão competente, de acordo com o procedimento escrito”. Já a validade de uma norma está vinculada a seu conteúdo material, isto é, quando “não está em contradição com nenhuma norma hierarquicamente superior”. A eficácia (efetividade) relaciona-se

¹²⁰ FERRAJOLI, Luigi. Para uma teoria geral do garantismo. In: _____ **Direito e razão: teoria do garantismo penal.** p. 746.

¹²¹ FERRAJOLI, Luigi. Para uma teoria geral do garantismo. In: _____ **Direito e razão: teoria do garantismo penal.** p. 697.

¹²² FERRAJOLI, Luigi. Para uma teoria geral do garantismo. In: _____ **Direito e razão: teoria do garantismo penal.** p. 648.

¹²³ FERRAJOLI, Luigi. Para uma teoria geral do garantismo. In: _____ **Direito e razão: teoria do garantismo penal.** p. 698-699.

com a observância por seus destinatários “e/ou aplicada pelos órgãos de aplicação”¹²⁴.

Reconhece-se o garantismo como uma teoria de garantia dos direitos fundamentais, direitos estes *invioláveis* ou *inderrogáveis*, *indisponíveis*, *inalienáveis*¹²⁵, *universais*, *personalíssimos* e *indivisíveis*¹²⁶. Divididos entre “direitos de liberdade (ou ‘direitos de’) e direitos sociais (ou ‘direitos a’) os primeiros correspondentes às vedações legais e prestações negativas; os segundos, a obrigações e prestações positivas do Estado”¹²⁷

A teoria do garantismo, desta forma, coloca o homem como centro, elevando a proteção do ser humano a partir dos direitos fundamentais, ou seja, o homem como fim e o Estado como meio.

[...] a gestão do poder não como um fim em si mesmo, mas como instrumento de tutela e satisfação dos direitos fundamentais, e de outro a clara consciência das suas margens irredutíveis de ilegitimidade jurídica e política, para a sempre presente diversidade entre dever ser normativo e ser efetivo.¹²⁸

Por tais razões é possível ao garantismo “referir-se a uma organização jurídica ou uma atitude dos vários tipos de operadores jurídicos em sua atividade voltada a aplicar ou a modificar o direito”. A organização jurídica será considerada garantista quando possibilitar, através de seus institutos e estruturas, formas de “sustentar, oferecer reparo, defesa e tutela das liberdades individuais e aos direitos sociais e coletivos”. Da mesma forma o operador jurídico será tido como garantista “quando dedica a sua atividade a aumentar o número

¹²⁴ CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de direito e legitimidade**: uma abordagem garantista. p. 79-80.

¹²⁵ FERRAJOLI, Luigi. Para uma teoria geral do garantismo. In: _____ **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. p. 691.

¹²⁶ FERRAJOLI, Luigi. Para uma teoria geral do garantismo. In: _____ **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. p. 730.

¹²⁷ FERRAJOLI, Luigi. Para uma teoria geral do garantismo. In: _____ **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. p. 733.

¹²⁸ FERRAJOLI, Luigi. Para uma teoria geral do garantismo. In: _____ **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. p. 754.

ou a eficácia das estruturas e instrumentos oferecidos pelo sistema jurídico para tutelar e promover aquelas liberdade e aqueles direitos”¹²⁹.

1.6 A PERSPECTIVA DE GUSTAVO ZAGREBELSKY SOBRE O ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO

Decorrente do papel valorizado da Constituição, bem como da crise do Estado de Direito, surge o Estado Constitucional de Direito¹³⁰. Neste modelo, a Constituição disciplina tanto as formas de produção legislativa como também impõe proibições e obrigações de conteúdo às leis relativas aos direitos de liberdade e aos direitos sociais “cuja violação gera antinomias ou lacunas que a ciência jurídica tem o dever de constatar para que sejam eliminadas ou corrigidas”¹³¹.

O Estado Constitucional deriva do modelo neo-juspositivista, produto das Constituições rígidas¹³² e do controle de constitucionalidade das leis ordinárias, acarretando em uma alteração das condições de validade das leis.

¹²⁹ CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de direito e legitimidade**: uma abordagem garantista. p. 86-87.

¹³⁰ “*El paso del Estado legislativo al constitucional presupone la afirmación del carácter normativo de las constituciones, que pasarán a integrar un plano de juridicidad superior, vinculante e indisponible, en línea de principio, para todos los poderes del Estado. Las normas constitucionales son vinculantes – de modo que queda definitivamente superada la imagen débil de la juridicidad constitucional característica del período liberal – al ser situadas por encima de los poderes del Estado y fuera del campo de acción y pugna política. El constitucionalismo de este siglo no es sino un intento de superar esta debilidad estructural de lo jurídico. La afirmación del carácter jurídico e inmediatamente vinculante de la constitución, su rigidez y la calificación de determinados referentes jurídicos, como son los derechos fundamentales, vinculantes a todo poder, son ejemplos de este proceso*”. PEÑA FREIRE, Antonio Manuel **La garantía en el Estado constitucional de derecho**. p. 59.

¹³¹ “[...] *en el Estado constitucional de Derecho la Constitución no sólo disciplina las formas de producción legislativa sino que impone también a esta prohibiciones y obligaciones de contenido, correlativas unas a los derechos de libertad y las otras a los derechos sociales, cuya violación genera antinomias o lagunas que la ciencia jurídica tiene el deber de constatar para que sean eliminadas o corregidas*” FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro Del Estado de derecho. In: CARBONELL, Miguel. (org) **Neoconstitucionalismo(s)**. p. 18.

¹³² “[...] os Estados em que as leis fundamentais designadas como constituição possuem uma hierarquia superior às leis ordinárias e não são modificáveis pela autoridade legislativa ordinária, chamam-se estados de *constituição rígida*. [...] conclui-se que a Constituição é de *tipo rígido*, pois exige para a sua modificação um *processo agravado* em relação ao processo de formação das leis ordinárias. Todavia, ao contrário do que muitas vezes se afirma, não é a existência de um processo de revisão estabelecedor de exigências específicas para a modificação da Constituição que caracteriza a rigidez da Constituição. Este

[...] mudam as condições de validade das leis, dependentes já não somente da forma de sua produção senão também da coerência de seus conteúdos com os princípios constitucionais. A existência (ou vigência) das normas, que no paradigma paleo-juspositivista havia se dissociado da justiça, se dissocia agora também da validade, sendo possível que uma norma formalmente válida, e por conseguinte vigente, seja substancialmente inválida pelo contraste de seu significado com normas constitucionais, como por exemplo o princípio da igualdade ou os direitos fundamentais.

¹³³

Por seu turno, Gustavo Zagrebelsky afirma que “a idéia do direito que o Estado Constitucional alude não entrou plenamente no ar que respiram os juristas”¹³⁴, pois o Estado Constitucional é freqüentemente apresentado como uma versão do Estado de Direito, entretanto “é aconselhável não se deixar seduzir pela continuidade da história e procurar, ao contrário, por às claras as diferenças”¹³⁵.

O Estado Constitucional está em contradição com esta “inércia mental” dos juristas práticos (principalmente dos juízes) da manutenção de um positivismo acrítico¹³⁶. No Estado Constitucional “a lei, pela primeira vez na época moderna, vem submetida a uma relação de adequação, e portanto de

carácter deve procurar-se antes, em sede do *poder constituinte*. As normas de revisão não são o *fundamento* da rigidez da Constituição mas os meios de revelação da escolha feita pelo poder constituinte”. CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almeida, 1995. p. 147 e 1123.

¹³³ “[...] *cambian las condiciones de validez de las leyes, dependientes ya no sólo de la forma de su producción sino también de la coherencia de sus contenidos con los principios constitucionales. La existencia (o vigencia) de las normas, que en el paradigma paleo-juspositivista se había dissociado de la justicia, se disocia ahora también de la validez, siendo posible que una norma formalmente válida, y por consiguiente vigente, sea sustancialmente inválida por el contraste de su significado con normas constitucionales, como por ejemplo el principio de igualdad o los derechos fundamentales*”. FERRAJOLI, Luigi. *Pasado y futuro Del Estado de derecho*. In: CARBONELL, Miguel. (org) **Neoconstitucionalismo(s)**. p. 18.

¹³⁴ “[...] *la idea del derecho que el actual Estado constitucional implica no ha entrado plenamente en el aire que respiran los juristas*”. ZAGREBELSKY, Gustavo. **El Derecho dúctil**. p. 10.

¹³⁵ “*El propio Estado constitucional, que es la forma de Estado típica de nuestro siglo, es presentado con frecuencia como una versión particular del Estado de derecho. Esta visión no resulta necesariamente forzada, se consideramos la elasticidad intrínseca del concepto, aunque para una mejor comprensión del mismo es aconsejable no dejarse seducir por la continuidad histórica e intentar, por el contrario, poner en claro las diferencias*”. ZAGREBELSKY, Gustavo. **El Derecho dúctil**. p. 21-22.

¹³⁶ ZAGREBELSKY, Gustavo. **El Derecho dúctil**. p. 33.

subordinação, a um nível mais alto de direito estabelecido pela Constituição¹³⁷. O Estado Constitucional atual representa uma profunda transformação que inclusive afeta a concepção de Direito¹³⁸.

Zagrebelsky acrescenta a esta problemática três situações que agravam a crise da idéia de código¹³⁹: o desaparecimento das características clássicas da “lei”, como a generalidade e abstração; heterogeneidade do Direito no Estado Constitucional; e, contratualização da lei¹⁴⁰, diagnosticando que

O século XX tem sido definido como o do ‘legislador motorizado’ em todos os setores do ordenamento jurídico, sem exclusão de nenhum. Como consequência, o direito tem se ‘mecanizado’ e ‘tecnificado’. As Constituições contemporâneas tentam remediar estes efeitos destrutivos da ordem jurídica mediante a previsão de um direito mais alto, dotado de força obrigatória inclusive para o legislador. O objetivo é condicionar e, portanto, conter, orientando-os, os desenvolvimentos contraditórios da produção do direito, gerados pela heterogeneidade e ocasionalidade das pressões sociais que se exercem sobre o mesmo¹⁴¹.

¹³⁷ “La ley, por primera vez en la época moderna, viene sometida a una relación de adecuación, y por tanto de subordinación, a un estrato más alto de derecho establecido por la Constitución.” ZAGREBELSKY, Gustavo. **El Derecho dúctil**. p. 34.

¹³⁸ “Sin embargo, si de las afirmaciones genéricas se pasa a comparar los caracteres concretos del Estado de derecho decimonónico con los del Estado constitucional actual, se advierte que, más que de una continuación, se trata de una profunda transformación que incluso afecta necesariamente a la concepción del derecho”. ZAGREBELSKY, Gustavo. **El Derecho dúctil**. p. 34.

¹³⁹ Bobbio afirma que as críticas de Bentham à *common law* “impeliram o movimento iluminista a polemizar contra o sistema de direito então vigente e propugnar pela codificação”. Austin, descrevendo historicamente a lei, menciona que esta “se torna a única fonte da produção jurídica do direito e disciplina, sistematicamente, com normas gerais e abstratas, todas as relações sociais: a legislação culmina assim na *codificação*. [...] a codificação elimina os equívocos e as ambigüidades e, portanto, torna impossíveis as controvérsias fundadas em meras imprecisões interpretativas”. BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**. p. 99-116.

¹⁴⁰ ZAGREBELSKY, Gustavo. **El Derecho dúctil**. p. 36-38.

¹⁴¹ “El siglo XX ha sido definido como el del ‘legislador motorizado’ en todos los sectores del ordenamiento jurídico, sin exclusión de ninguno. Como consecuencia, el derecho se ha ‘mecanizado’ y ‘tecnificado’. Las Constituciones contemporáneas intentan poner remedio a estos efectos destructivos del orden jurídico mediante la previsión de un derecho más alto, dotado de fuerza obligatoria incluso para el legislador. El objetivo es condicionar y, por tanto, contener, orientándolos, los desarrollos contradictorios de la producción del derecho, generados por la heterogeneidad y ocasionalidad de las presiones sociales que se ejercen sobre el mismo” ZAGREBELSKY, Gustavo. **El Derecho dúctil**. p. 39.

Destaca-se, portanto, que a lei deve estar submetida a um conjunto de princípios e valores constitucionais superiores, cedendo espaço à Constituição¹⁴².

Entretanto, não é possível conceber o Direito no Estado Constitucional como uma transposição da velha ordem conceitual, numa mecânica de unificação de cima para baixo, por meio da força jurídica hierarquicamente superior que se desenvolve unilateral e dedutivamente a partir da Constituição, invadindo todas as demais e subordinadas manifestações do Direito, pois seria apenas a proposta de um novo esquema que simplesmente substitui a soberania concreta do soberano que se expressava na lei, por uma soberania abstrata da Constituição¹⁴³.

O que caracteriza o Estado Constitucional atual, segundo Zagrebelsky, é, antes de tudo, a separação entre os distintos aspectos ou componentes do Direito que no Estado de Direito do século XIX estavam unificados ou “reduzidos” na lei¹⁴⁴. Assim, o autor propõe algo que chamou de “ductilidade constitucional”¹⁴⁵ que é representado pela coexistência entre valores e princípios em que necessariamente uma Constituição deve se basear, mas não com caráter absoluto e sim compatível com os demais que devem ser reconhecidos numa sociedade plural.

¹⁴² “La ley, un tiempo medida exclusiva de todas las cosas en el campo del derecho, cede así el paso a la Constitución y se convierte ella misma en objeto de medición. Es destronada a favor de una instancia más alta. Y esta instancia más alta asume ahora la importantísima función de mantener unidas y en paz sociedades enteras divididas en su interior y concurrentes”. ZAGREBELSKY, Gustavo. **El Derecho dúctil**. p. 40.

¹⁴³ ZAGREBELSKY, Gustavo. **El Derecho dúctil**. p. 40.

¹⁴⁴ ZAGREBELSKY, Gustavo. **El Derecho dúctil**. p. 40.

¹⁴⁵ “En italiano, el calificativo mite se predica de aquello que es manso, tranquilo, aplacible. Se ofrecen por ello varias posibilidades para su traducción, entre las que se encuentran, además de las ya citadas, las de sosegado, dulce, calmoso, comprensivo. He escogido, sen embargo, el término «ductilidad» para traducir el original italiano mitezza. «Dúctil», en la lengua castellana, además de su significado original, se utiliza en sentido figurado para indicar que algo o alguien es acomodadizo, dócil, condescendiente, por lo que me parece que se ajusta bien al significado que el autor ha querido transmitir con el término mite, aunque también sea consciente de lo llamativo que puede resultar. Desde luego, la elección no es incontestable, pues no deja de ser heterodoxo en el contexto jurídico llamar «dúctil» al derecho, pero lo mismo sucede con la utilización del término mite en la cultura jurídica italiana”. GASCÓN, Marina. Nota do Tradutor. In: ZAGREBELSKY, Gustavo. **El Derecho dúctil**. p. 19.

Se, mediante uma palavra mais aproximada possível, quiséssemos indicar o sentido deste caráter essencial do direito dos Estados constitucionais atuais, talvez poderíamos usar a imagem da ductilidade. A coexistência de valores e princípios, sobre a qual hoje deve basear-se necessariamente uma Constituição para não renunciar a seus conteúdos de unidade e integração e ao mesmo tempo não se fazer incompatível com sua base material pluralista, exige que cada um de tais valores e princípios se assumam com caráter não absoluto, compatível com aqueles outros com os que deve conviver. Somente assume caráter absoluto o metavalor que se expressa no duplo imperativo do pluralismo dos valores (no tocante ao aspecto substancial) e a lealdade em seu enfrentamento (no referente ao aspecto procedimental). Estas são, ao final, as supremas exigências constitucionais de toda sociedade pluralista que queira ser e preservar-se como tal¹⁴⁶.

A ductilidade constitucional está relacionada aos termos coexistência e compromisso, sendo que a visão da política que está implícita não é uma relação de exclusão e imposição pela força, mas sim a integração inclusiva através da rede de valores e procedimentos comunicativos¹⁴⁷.

A convivência dúctil constituída sobre o pluralismo e as interdependências permite uma maior plenitude da vida coletiva e exige atitudes moderadas (uma *aurea medietas*), mas positivas e construtivas, e que podem manter-se com a consciência de quem sabe que este ideal corresponde a uma visão da vida e a um *ethos* de modo algum desprezíveis¹⁴⁸. Há, desta forma, a necessidade de uma dogmática jurídica “líquida” ou “fluida” que possa conter os elementos do Direito constitucional de nossa época, ainda que sejam

¹⁴⁶ “Si, mediante una palabra lo más aproximada posible, quiséramos indicar el sentido de este carácter esencial del derecho de los Estados constitucionales actuales, quizás podríamos usar la imagen de la ductibilidad. La coexistencia de valores y principios, sobre la que hoy debe basarse necesariamente una Constitución para no renunciar a sus contenidos de unidad e integración y al mismo tiempo no hacerse incompatible con su base material pluralista, exige que cada uno de tales valores y principios se asuma con carácter no absoluto, compatible con aquellos otros con los que debe convivir. Solamente asume carácter absoluto el metavalor que se expresa en el doble imperativo del pluralismo de los valores (en lo tocante al aspecto sustancial) y la lealtad en su enfrentamiento (en lo referente al aspecto procedimental). Éstas son, al final, las supremas exigencias constitucionales de toda sociedad pluralista que quiera ser y preservarse como tal”. ZAGREBELSKY, Gustavo. **El Derecho dúctil**. p. 14-15.

¹⁴⁷ ZAGREBELSKY, Gustavo. **El Derecho dúctil**. p. 15.

¹⁴⁸ ZAGREBELSKY, Gustavo. **El Derecho dúctil**. p. 15.

heterogêneos, agrupando-os numa construção necessariamente não rígida que dê espaço às combinações que derivem não do direito constitucional, senão da política constitucional, em que o único conteúdo “sólido” que a ciência de uma Constituição pluralista deveria defender rigorosa e decididamente contra as agressões de seus inimigos é o da pluralidade de valores e princípios¹⁴⁹.

Esta maleabilidade não reflete entretanto na concepção de Constituição flexível¹⁵⁰, isto é, a ductibilidade está presente mesmo em Constituições rígidas. A rigidez constitucional, que sobressalta como característica do Estado Constitucional e tem seu maior expoente através das constituições escritas, não impede a recepção da dogmática dúctil de Zagrebelsky.

1.7 RIGIDEZ E RESISTÊNCIA CONSTITUCIONAL

A Constituição do Constitucionalismo possui um papel ideológico de reconhecimento dos direitos à frente da legitimidade de um sistema jurídico político, não se desprezando a forma constitucional como garantia dos direitos. Isto porque o constitucionalismo “situa o ‘reconhecimento’ dos direitos à frente da legitimidade de um sistema jurídico político”, com a expectativa de que o respeito aos direitos seja considerado como “um papel central na justificação da ação política e jurídica da comunidade de referência”. Para tanto recorre-se “à forma constitucional – entendida como oposta à forma legal ordinária – como garantia desse papel atribuído aos direitos”¹⁵¹.

¹⁴⁹ ZAGREBELSKY, Gustavo. **El Derecho dúctil**. p. 17.

¹⁵⁰ “Os Estados onde as chamadas ‘leis constitucionais’ só diferem das outras leis pela matéria, mas não pela hierarquia, podendo ser modificadas em qualquer momento pela autoridade legislativa ordinária, como qualquer outra lei, diz-se que são estados de *constituição flexível* e, conseqüentemente, com direito constitucional caracterizado pela *flexibilidade*”. CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**. p. 147.

¹⁵¹ “*En mi opinión y acortando bastante el camino, puede decirse que el constitucionalismo es una ideología que grosso modo puede caracterizarse a partir de dos notas: 1. Sitúa el ‘reconocimiento’ de los derechos al frente de la legitimidad de un sistema jurídico político; lo que supone que el respeto a los derechos desempeña un papel central en la justificación de la acción política y jurídica de la comunidad de referencia, e 2. recurre a la forma constitucional – entendida como opuesta a la forma legal ordinaria – como garantía de ese papel atribuido a los derechos*”. REGLA, Josep Aguiló. **La Constitución del Estado Constitucional**. Bogotá: Temis, 2004. p. 107.

Neste contexto, Josep Aguiló Regla destaca que a Constituição deve estar relacionada com critérios adequados de legitimidade, incorporando em seu texto procedimentos idôneos compatíveis com uma sociedade pluralista.

[...] a Constituição do constitucionalismo não pode ser tida como uma mera função do poder político existente – incluído o poder na negociação –, então o núcleo central da discussão constitucional deve girar em torno à correção dos critérios de legitimidade que incorporam à Constituição e o procedimento idôneo é a argumentação racional. [...] A Constituição do constitucionalismo deve possuir uma clara vocação universalista, racional e imparcial¹⁵².

A forma constitucional é uma característica do Constitucionalismo, ou seja, “[...] para falar de Estado constitucional, a Constituição formal do constitucionalismo deve ser positiva, deve ser usada desde os cânones do constitucionalismo”¹⁵³. Entende-se, portanto, em uma perspectiva positivista, que a Constituição é um conjunto de normas fundamentais – que dizem e explicam o funcionamento do sistema – diferenciada da forma legal ordinária.

Se por Constituição em sentido amplíssimo entendemos o conjunto de normas fundamentais de uma comunidade jurídico-política, me parece que a idéia de forma constitucional pode construir-se em torno das duas seguintes notas: uma é a de codificação, o conjunto de normas fundamentais que se encontram codificadas; e outra é a de oposição à forma legal

¹⁵² “[...] *la Constitución del constitucionalismo no puede verse como una mera función del poder político existente – incluido el poder en la negociación –, entonces el núcleo central de la discusión constitucional tiene que girar en torno a la corrección de los criterios de legitimidad que se incorporan a la Constitución y el procedimiento idóneo es la argumentación racional. [...] La Constitución del constitucionalismo tiene que tener una clara vocación universalista, racional e imparcial*”. REGLA, Josep Aguiló. **La Constitución del Estado Constitucional**. p. 122-123.

¹⁵³ “[...] *para hablar de Estado constitucional, la Constitución formal del constitucionalismo tiene que ser positiva, tiene que ser usada desde los cânones del constitucionalismo*”. REGLA, Josep Aguiló. **La Constitución del Estado Constitucional**. p. 107.

ordinária, de maneira que o instrumento constitucional aparece formalmente diferenciado do instrumento legal.¹⁵⁴

Com o objetivo de tornar direitos mais efetivos e de se garantir a tutela dos direitos constitucionais exige-se normalmente uma Constituição rígida¹⁵⁵. Isto porque, deste modo, seu conteúdo é protegido contra atuações do legislador ordinário, exigindo-se um procedimento especial para sua alteração.

A forma constitucional da Constituição escrita é tida como técnica de garantia contra a violação dos direitos individuais e coletivos, possibilitando o respeito à “estabilidade e conservação dos valores ideológicos e políticos e dos interesses individuais e coletivos”. A Constituição escrita se impõem de forma clara e “tende a assegurar a *estabilização das estruturas*”, ainda que não se ignore a existência de Constituições consuetudinárias¹⁵⁶.

Mesmo que não necessariamente se exija a presença de uma Constituição escrita para a existência do Constitucionalismo, como se depreende da história constitucional inglesa, cumpre destacar que é necessário que princípios relacionados à tradição constitucionalista seja claramente explicitados¹⁵⁷. Percebe-se pela experiência inglesa que a salvaguarda dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais pode ocorrer através de leis ordinárias – mesmo porque até os dias de hoje não existe uma Constituição

¹⁵⁴ “*Si por Constitución en sentido amplísimo entendemos el conjunto de normas fundamentales de una comunidad jurídico-política, me parece que la idea de forma constitucional puede construirse en torno a las dos siguientes notas: una es la de codificación, el conjunto de normas fundamentales se halla codificado; y otra es la de oposición a la forma legal ordinaria, de manera que el instrumento constitucional aparece formalmente diferenciado del instrumento legal*”. REGLA, Josep Aguiló. **La Constitución del Estado Constitucional**. p. 117.

¹⁵⁵ Vide nota 131 desta pesquisa.

¹⁵⁶ VERGOTTINI, Giuseppe de. Verbete “Constituição”. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Diccionario de política**. 260.

¹⁵⁷ “*El hecho es que en la historia constitucional inglesa emergen claramente aquellos principios, aunque carezca de una codificación explícita por una especie de resistencia que caracteriza la tradición política inglesa a formas excesivas de racionalización*.” MATTEUCCI, Nicola. **Organización del poder y libertad**. p. 26.

codificada naquele país – não impedindo o exercício destes direitos pela ausência de um documento constitucional formal¹⁵⁸.

Nicola Matteucci afirma que o Constitucionalismo moderno inspira a forma constitucional escrita – em contraposição à tradição medieval das “leis fundamentais” consuetudinárias – estando intrinsecamente ligada ao racionalismo jusnaturalista que culminou no processo de secularização do século XVIII. A necessidade da Constituição escrita estaria não somente no fato de impedir um governo arbitrário e instaurar um governo limitado, senão também para garantir os direitos dos cidadãos e para impedir que o Estado os viole.

Assim, “a Constituição deve ser rígida e inflexível, no sentido de que suas normas não podem ser modificadas nem interpretadas pelo poder legislativo ordinário, já que são superiores hierarquicamente”. Ademais, para garantir sua supremacia, deve-se atribuir ao Poder Judiciário a competência de “controlar a justiça da lei, quer dizer, sua conformidade à constituição, já que de outra maneira não existiria nenhum remédio legal contra sua possível violação”. Desta forma seria possível “garantir aos cidadãos concretas liberdades políticas, sociais e civis, para permitir aos indivíduos o livre desenvolvimento de sua personalidade”¹⁵⁹.

Como decorrência desta característica, assinalada-se a idéia de resistência constitucional como uma forma possível de adaptação do texto constitucional às novas expectativas sociais.

¹⁵⁸ “Há casos em que a Constituição não é um texto unificado e codificado. O caso mais emblemático é o do ordenamento jurídico britânico. Aquele país possui normas constitucionais representadas por diversos documentos – muitos deles históricos – que não estão sistematizados como um código, ainda que periodicamente isto seja proposto pelos ingleses. A ‘Constituição’ inglesa, portanto, é escrita. Não é, isto sim, codificada.” CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do direito constitucional**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2004. p. 78.

¹⁵⁹ “Para esta finalidad, para garantizar realmente los derechos, la constitución debe ser rígida e inflexible, en el sentido de que sus normas no pueden ser modificadas ni interpretadas por el poder legislativo ordinario, ya que son superiores jerárquicamente. Para hacer eficaz esta supremacia de la constitución, corresponde al poder judicial controlar la justicia de la ley, es decir, su conformidad a la constitución, ya que de otra manera no existiría ningún remedio legal contra su posible violación. El moderno constitucionalismo se liga de esta manera a algunas corrientes contractualistas, por un lado, y, por otro, a la revolución liberal, cuyo objetivo no fue tanto da una legitimación distinta al poder, sino cambiar su modo de ejercicio para garantizar a los ciudadanos concretas libertades políticas, sociales y civiles, para permitir a los individuos el libre desarrollo de su personalidad.” MATTEUCCI, Nicola. **Organización del poder y libertad**. p. 25-26.

A resistência é “entendida como adaptabilidade à dinâmica política” e por sua capacidade de ser “interpretada de forma flexível” em decorrência do enfrentamento de novos problemas e novas exigências dos direitos fundamentais constantes na própria Constituição. A relação entre resistência e rigidez está no fato de que esta última dificulta a alteração do texto constitucional, enquanto que a resistência está relacionada com a adaptabilidade de seu texto, dispensando um procedimento de reforma.

Desta forma, para assimilação de diferentes expectativas políticas, que não são contrárias à Constituição como um todo, utiliza-se de meios de resistência constitucional. Em decorrência desta resistência, o próprio texto constitucional “protege sua supremacia e alcança uma vigência efetiva e duração prolongada, sem ter de pagar o preço das reformas”¹⁶⁰.

Josep Aguiló Regla apresenta três elementos da resistência constitucional:

- a) A resistência constitucional pressupõe a forma constitucional mas não equivale à mera vigência formal de a Constituição, porque a noção de resistência é incompatível com a de Constituição meramente semântica.
- b) A resistência constitucional deve estar relacionada com a rigidez constitucional na medida em que ambas

¹⁶⁰ “La resistencia de la Constitución puede ser entendida como adaptabilidad a la dinámica política [...] también como su capacidad para ser interpretada de forma flexible y hasta cierto punto cambiante en función de nuevos problemas y nuevas sensibilidades o exigencias a propósito de los derechos fundamentales en ella positivizados, pero no definidos. Y además como resistencia a la reforma, haciéndola innecesaria [...] Si la rigidez implica prohibición o dificultad de reforma del texto de la Constitución, resistencia significa adaptabilidad al cambio haciendo innecesaria la reforma. Resistir es oponerse un cuerpo a la fuerza de otro, tolerando o argumentando su empuje sin romperse. La resistencia constitucional ha de ser elástica, consiste en asimilar, sin dejarlas fuera, las distintas expectativas políticas no frontalmente opuestas a su texto y a su sentido sistemático, es decir, a la Constitución como un todo [...] El resultado será la duración prolongada y sin reformas [...] Dado que las reformas o son imposibles o son más o menos traumáticas, la resistencia como capacidad para asumir mutaciones sin desvirtuarse, parece una cualidad, y en el momento constituyente una finalidad digna de ser favorecida por determinadas medidas incluidas en el texto constitucional [...] que pueden servir para lograr una eficacia duradera [...] Creo que puede formularse la hipótesis de que una Constitución dotada de mecanismos acertados para hacerla resistente en el sentido expuesto, protege su supremacía y alcanza una vigencia efectiva y duración prolongada, sin tener que pagar el precio de las reformas agravadas”. TOMÁS Y VALIENTE, Francisco. La resistencia constitucional y los valores. In: Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, nº 15-16, 1994, p. 639 (<http://cervantesvirtual.com/porta/DOXA/>). Apud. REGLA, Josep Aguiló. **La Constitución del Estado Constitucional**. p. 117.

respondem ao objetivo de garantir a supremacia da constituição e de conseguir sua duração ao longo do tempo; mas não pode reduzir-se a ela porque a resistência não é somente uma questão de dificultar a mudança da Constituição (não é uma questão meramente estrutural). c) A constituição resistente possui uma clara vocação normativa ou reguladora, ou ambas, na qual deve desempenhar um papel central a positivação de valores e princípios constitucionais; pois, ao contrário do que às vezes se afirma 'os valores e os princípios constitucionalizados são normas positivas, não são música celestial'¹⁶¹.

Através da resistência constitucional oportuniza-se, portanto, uma maior maleabilidade na aplicação do Direito, possibilitando a alteração da Constituição através de novas interpretações originadas do seu próprio texto.

1.7.1 Alteração da Constituição: reforma e mutação constitucional

A problemática envolvendo a rigidez e a resistência constitucional levanta o questionamento acerca da possibilidade de alteração da própria Constituição.

Esta preocupação é encontrada desde o século XVIII, visto que inicialmente as mudanças eram tidas como atentados à própria Constituição¹⁶², pois somente o que era imperfeito muda – ou porque se corrompe

¹⁶¹ "a) La resistencia constitucional presupone la forma constitucional pero no equivale a la mera vigencia formal de la Constitución, porque la noción de resistencia es incompatible con la de Constitución meramente semántica. b) La resistencia constitucional tiene que ver con la rigidez constitucional en cuanto que ambas responden al objetivo de garantizar la supremacía de la Constitución y de conseguir su duración a lo largo del tiempo; pero no puede reducirse a ella porque la resistencia no es sólo una cuestión de dificultar el cambio de la Constitución (no es una cuestión meramente estructural). c) La Constitución resistente tiene una clara vocación normativa o regulativa, o ambas, en la que tiene que desempeñar un papel central la positivación de valores y principios constitucionales; pues, en contra de lo que a veces se afirma, 'los valores y los principios constitucionalizados son normas positivas, no son música celestial'. REGLA, Josep Aguiló. **La Constitución del Estado Constitucional**. p. 116.

¹⁶² "El poder constituyente que actúa por la imposición de la ley de la naturaleza en las relaciones sociales procura la eternidad de su obra y por tanto la absoluta fijeza constitucional. Como en todo lo que es manifestación así concebida no puede haber cambios. Por el contrario, el cambio es visto como un atentado a la propia constitución y la pura y simple propuesta de cambiar puede constituir por sí sola un delito capital. En su Code de la nature (1755), Morelly proponía penas severísimas para los que, con el fin de restaurar la propiedad privada, hubieran propuesto la revisión de las leyes de la naturaleza sobre la propiedad colectiva. En la Constituyente francesa hubo quien pensaba que la reforma constitucional no solamente no debía ser admitida

ou porque melhora – sendo que a imutabilidade deveria ser garantida para o que era perfeito a fim de preservá-lo como tal, a imobilidade era ao mesmo tempo conseqüência e prova da perfeição¹⁶³. De outra monta, a imutabilidade absoluta da Constituição poderia voltar-se ao seu contrário, pois se reconhece o Direito de cada geração de recomeçar desde o princípio.

Na concepção radicalmente iluminista, e portanto essencialmente anti-histórica, a imutabilidade absoluta da constituição poderia facilmente voltar-se em seu contrário: no direito de cada geração a recomeçar completamente desde o princípio nas coisas constitucionais, um direito entendido como a expressão da mais perfeita concepção política. A constituição escrita de matriz jusnaturalista está de fato na origem de duas tradições: um jusnaturalismo de tipo objetivo a primeira, que considera a constituição um ato de reconhecimento, é dizer, uma *declaração*, e um jusnaturalismo de tipo subjetivo a segunda, que considera a constituição um ato de imposição¹⁶⁴.

Assim, desenvolveu-se outro pensamento, de que “nenhuma lei e Constituição são tão sagradas que não podem ser modificadas”, pois se as leis e a Constituição “tivessem que durar mais que a geração que a escreveu seria um ato de força, não de direito, já que a geração precedente oprimiria a sucessiva”¹⁶⁵.

sino incluso prohibida con amenaza de muerte”. ZAGREBELSKY, Gustavo. **Historia y constitución**. Trad. Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 2005. p. 38.

¹⁶³ “*Sólo lo que es imperfecto cambia: o porque se corrompe o porque se mejora. La inmutabilidad debe ser garantizada para lo que es perfecto, a fin de preservarlo como tal. Pero, a su vez, la ausencia de cambio es testimonio de perfección.*” ZAGREBELSKY, Gustavo. **Historia y constitución**. p. 40.

¹⁶⁴ “*En la concepción radicalmente ilustrada, y por tanto esencialmente anti-histórica, la inmutabilidad absoluta de la constitución podía fácilmente volverse en su contrario: en el derecho de cada generación a recomenzar completamente desde el principio en las cosas constitucionales, un derecho entendido como la expresión de la más perfecta concepción política. La constitución escrita de matriz iusnaturalista está de hecho en el origen de dos tradiciones: un iusnaturalismo de tipo objetivo la primera, que considera la constitución un acto de «reconocimiento», es decir, una declaración; y un iusnaturalismo de tipo subjetivo la segunda, que considera la constitución un acto de imposición.*” ZAGREBELSKY, Gustavo. **Historia y constitución**. p. 40.

¹⁶⁵ “*Ninguna ley y ninguna constitución son tan sagradas como para no poder ser cambiadas. Ya que toda generación es independiente de la que la precede, cada una puede utilizar como mejor crea, durante su propio «usufructo», los bienes de este mundo y, entre ellos, también las leyes y la constitución. Cada hombre, siendo dueño de su propia persona, tiene el derecho de decidir en general gobernala como mejor lo considere. Por ello las leyes y la constitución pueden ser*

Nestes termos, a Constituição jacobina, de 24 de junho de 1793, em seu artigo 28, exaltava o seguinte pensamento: “um povo tem sempre o direito de rever, de reformar e de mudar a sua constituição. Uma geração não pode sujeitar às suas leis as gerações futuras”¹⁶⁶.

O desenvolvimento do Constitucionalismo foi fundamental para encontrar o meio-termo, fazendo com que nem tanto a imutabilidade absoluta nem mesmo a contínua renovação da Constituição vigorassem de forma isolada. Isto permitiu que fossem previstos procedimentos especiais para reformar¹⁶⁷ a Constituição.

Nenhuma das posições extremas que se tem exposto estava destinada a afirmar-se historicamente, nos desenvolvimentos do constitucionalismo. Com acentuações diversas, prevaleceu uma posição intermediária que pretende uma difícil síntese entre as duas mais fortes e mais opostas exigências de imobilidade e de renovação. Os procedimentos especiais para a reforma constitucional representam duas faces, uma voltada à mudança e outra que o faz à conservação: uma duplicidade que historicamente está destinada a suscitar o temor ou a impaciência dos partidos conservadores e renovadores¹⁶⁸.

mantenidas con vida sólo durante la generación que las ha hecho. Si tuvieran que durar más, sería un acto de fuerza, no de derecho, ya que la generación precedente oprimiría a la sucesiva”. ZAGREBELSKY, Gustavo. **Historia y constitución**. p. 41.

¹⁶⁶ ESPÍNOLA, André Rodrigues. A rigidez e flexibilidade constitucional. **Revista da Escola Superior da Magistratura de Sergipe**. Aracajú: ESMESE/TJ, n. 2, p. 132. 2002. Disponível em: <www.esmes.com.br/revistas/revista_02.PDF>. Acesso em: 9 set. 2008.

¹⁶⁷ Paulo Bonavides observa que em situações de crise social as únicas opções são a reforma ou a revolução, sendo que com a reforma evitam-se as revoluções, pois são corrigidas “as distorções do sistema e de regime, atende-se ao bem comum, propicia-se a paz social, distribui-se mais justiça entre as classes ressentidas e carentes” Para reforçar seu ponto de vista traz o exemplo da Inglaterra que “durante a primeira metade do século passado, pôde evitar que a agitação cartista se transformasse numa revolução. Perdura ainda o espírito reformista como filosofia de ação da sociedade inglesa de nossa época. Ali, conservadores e trabalhistas têm sobejamente demonstrado que a imaginação política do povo inglês dispõe sempre de meios com que obstar a tempo as surpresas da violência revolucionária”. BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. p. 418-419.

¹⁶⁸ *“Ninguna de las posiciones extremas que se han expuesto estaba destinada a afirmarse históricamente, en los desarrollos del constitucionalismo. Con acentuaciones diversas, ha prevalecido una posición intermedia que intenta una difícil síntesis entre las dos muy fuertes y opuestas exigencias de inmovilidad y de renovación. Los procedimientos especiales para la reforma constitucional presentan una doble cara, una que mira al cambio y otra que lo hace a la conservación: una duplicidad que históricamente está destinada a suscitar el temor o la*

A alteração constitucional faz frente a esta tensão social justamente através do poder de reforma. Desta forma se operam as transformações esperadas, ao longo do tempo, dentro do próprio governo e da sociedade. Ainda assim, em alguns momentos históricos se exigiu uma nova Constituição quando houve necessidade de se romper com as formas utilizadas no passado. De qualquer modo, mesmo a alteração – através da reforma – ou a nova Constituição, implicam num momento histórico social que exige esta alteração.

Matteucci ressalta ainda que, embora em determinados momentos históricos as estruturas e instituições possam ser mais rígidas ou mais elásticas, os fundamentos do Constitucionalismo moderno – que tratam, como visto, da limitação do poder pelo governo das leis, da divisão dos poderes e das garantias de direitos fundamentais – permanecem inalterados.

[...] a história constitucional de cada nação diverge das outras e possui características próprias, ainda que no terreno dos grandes princípios o constitucionalismo se apresenta bastante unitário e facilmente identificável, já que os princípios conquistados nessas crises ou nessas revoluções se difundem e se convertem em patrimônio comum¹⁶⁹.

Decorre também destes fundamentos a possibilidade da ocorrência de uma “mutação constitucional”, que para Paulo Márcio Cruz, representa

[...] a mudança ou alteração do conteúdo constitucional sem que se altere sua redação (diferentemente da reforma constitucional, na qual se altera o teor dos dispositivos constitucionais diretamente, através da adição de emendas feitas ao texto da Constituição). A mutação equivale, desta forma, a uma mudança

impaciencia de los partidos conservadores y renovadores”. ZAGREBELSKY, Gustavo. **Historia y constitución**. p. 44.

¹⁶⁹ “[...] *la historia constitucional de cada nación diverge de las otras y tiene características propias, aunque sobre el terreno de los grandes principios el constitucionalismo se presenta bastante unitario y fácilmente identificable, ya que los principios conquistados en esas crisis o en esas revoluciones se difunden y se convierten en patrimonio común*”. MATTEUCCI, Nicola. **Organización del poder y libertad**. p. 27.

de sentido – ou de entendimento ou interpretação – das previsões constitucionais¹⁷⁰.

As duas vias para a mutação constitucional são, para o autor, “o desuso na aplicação de determinados preceitos e a reinterpretação de seu conteúdo”¹⁷¹. A segunda via demonstra-se especialmente interessante ao se estudar a nova interpretação da Constituição.

1.8 A NOVA INTERPRETAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO

Para dar efetividade à Constituição, desenvolveu-se uma nova interpretação constitucional que está baseada nas cláusulas constitucionais que dependem dos elementos do caso concreto para produzir uma solução “constitucionalmente adequada”¹⁷² ao problema a ser resolvido, pois tais cláusulas possuem conteúdo aberto e principiológico, tendo como norte as idéias de justiça e a realização dos direitos fundamentais

A Constituição passa a ser encarada como um sistema aberto de princípios e regras, permeável a valores jurídicos suprapositivos,

¹⁷⁰ CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do Direito Constitucional**. p. 86.

¹⁷¹ “Quanto ao desuso, apesar não se poder confundi-lo com a possibilidade de produção de normas infraconstitucionais inconstitucionais, pois não é o caso, deve-se pensar no sentido da previsão constitucional que caduca devido ao seu anacronismo, por exemplo. Com relação à mutação constitucional por reinterpretação, deve-se considerar que os próprios conceitos do Direito Constitucional são herança de uma tradição histórica, que foi moldando de acordo com uma evolução cultural e social que chega até nossos dias. Desta forma, é possível conceber-se que termos constitucionais baseados nesta tradição continuam experimentando um desenvolvimento na consciência social, de maneira que seu conteúdo se veja aumentado ou diminuído. A mudança no significado de uma previsão constitucional pode representar, como consequência, a alteração deste dispositivo que o contém. A garantia que esta mudança é real e geral – e de que não se trata de um acidente de maioria – só pode resistir na sua admissão de modo expresse e formal. A via empregada para que isto ocorra é a jurisprudência constitucional, que tem assim uma importância decisiva na adaptação da Constituição às mudanças de comportamento e de mentalidade da Sociedade”. CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do Direito Constitucional**. p. 86-87.

¹⁷² BARROSO, Luís Roberto. BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história; A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In. _____ (org) . **A nova Interpretação Constitucional**: ponderação, Direitos fundamentais e Relações Privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 332.

no qual as idéias de justiça e de realização dos direitos fundamentais desempenham um papel central¹⁷³.

Esta nova interpretação é decorrente de uma mudança de conceitos tradicionais agregando novas idéias exigidas por novas demandas, sendo decorrente do período chamado de *pós-positivismo*¹⁷⁴.

Nesta esteira, Lenio Luiz Streck destaca a importância da “viragem lingüística”¹⁷⁵ na interpretação constitucional. Segundo o autor, isto ocorre pelo fato de que o Direito está inserto em “conteúdos necessários de ética pública e é inseparável da realidade social que organiza”¹⁷⁶. Destaca que do giro lingüístico-hermenêutico surge um novo paradigma hermenêutico-interpretativo que rompe com as características do positivismo jurídico que colocava o método como garantia da segurança da interpretação. Desta forma, “não mais interpretamos para compreender e, sim, compreendemos para interpretar”, o que representa um rompimento “das perspectivas epistemológicas que coloca(va)m o método como supremo momento da subjetividade e garantia da segurança (positivista) da interpretação”¹⁷⁷.

Diante deste novo momento de interpretação constitucional, Clèmerson Merlin Clève faz relação com o “movimento/momento do

¹⁷³ BARROSO, Luís Roberto. BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história; A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In. _____ (org) . **A nova Interpretação Constitucional**: ponderação, Direitos fundamentais e Relações Privadas p. 338.

¹⁷⁴ Para Luís Roberto Barroso “o pós-positivismo é a designação provisória e genérica e um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica constitucional, e a teoria dos direitos fundamentais, edificada sobre o fundamento da dignidade humana” BARROSO, Luís Roberto. BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história; A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In. _____ (org). **A nova Interpretação Constitucional**: ponderação, Direitos fundamentais e Relações Privadas. p. 336.

¹⁷⁵ “[...] a linguagem, entendida historicamente como uma terceira coisa interposta entre um sujeito e um objeto, recebe o status de condição de possibilidade de todo o processo compreensivo” e “o sentido passa a se dar na e pela linguagem” STRECK, Lenio Luiz. A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo. In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (orgs). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 154.

¹⁷⁶ STRECK, Lenio Luiz. A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo. p. 156.

¹⁷⁷ STRECK, Lenio Luiz. A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo. p. 159.

neoconstitucionalismo” em que ocorre a mudança do “paradigma do sujeito ou paradigma da consciência” para o “paradigma da linguagem” exigindo do Direito além de regras para se conceber a segurança jurídica uma “bem fundada teoria da argumentação”. Afirma que é a linguagem que faz o objeto do Direito, e sem ela não há objeto.

Por conta dessa circunstância, a segurança jurídica não decorre mais apenas das características intrínsecas ao Direito, ao sistema normativo ou às próprias categorias jurídicas, e sim de uma bem fundada teoria da argumentação. Não houve uma superação de Kelsen, mas uma transposição de sua teoria: se o papel da ciência jurídica era definir uma moldura, e dentro dessa moldura qualquer solução seria aceitável, hoje nenhuma solução é aceitável sem argumentação. Uma carga argumentativa capaz de convencer, e não somente a autoridade, é imprescindível para justificar a legitimidade do discurso. A segurança jurídica, portanto, está no rigor da argumentação e da motivação, e não apenas na esfera do objeto do Direito que, fragmentado, sequer conforma um sistema. No campo da linguagem só se faz sistema por meio da atuação do operador jurídico¹⁷⁸.

Na superação do positivismo, Lenio Streck afirma que o Neoconstitucionalismo possibilita o surgimento de “ordenamentos jurídicos constitucionalizados” caracterizados pela importante presença da Constituição em todo o ordenamento jurídico, condicionando “tanto a legislação como a jurisprudência e o estilo doutrinário, a ação dos agentes públicos e ainda influenciar diretamente nas relações sociais”¹⁷⁹.

Com o advento do Neoconstitucionalismo tem-se uma perspectiva paradigmática que reúne “um forte conteúdo normativo (Constituições ‘embebidas’) e possibilidades garantidoras de direitos a partir da jurisdição

¹⁷⁸ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Estado Constitucional, Neoconstitucionalismo e Tributação**. (conferência proferida no XVIII Congresso Brasileiro de Direito Tributário, promovido pelo Instituto Geraldo Ataliba – IDEPE). Disponível em: <<http://www.cleveadvogados.com.br/arquivos/neoconstitucionalismo-jurisdicao-constitucional-tributacao.doc.doc>> Acesso em: 2 jun. 2007.

¹⁷⁹ STRECK, Lenio Luiz. A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo. p. 161.

constitucional”¹⁸⁰, levando a um novo olhar sobre o papel do Direito/Constituição “no interior do Estado Democrático de Direito, que gera, para além dos tradicionais vínculos negativos (garantia contra a violação de direitos), obrigações positivas (direitos prestacionais)”¹⁸¹.

Segundo a ótica positivista, o Direito consiste uma “mera instrumentalidade formal, deixando de representar uma possibilidade de transformação da realidade”¹⁸². Por esta razão, Lenio Streck afirma que “o positivismo resiste ao neoconstitucionalismo” à medida que reduz “toda a realidade jurídica ao direito positivo e a sua ‘correta’ aplicação”.

Para tanto, constrói um repositório de conceitos que pretendem abarcar as diversas situações de aplicabilidade, como se fosse possível ‘armazenar’ na generalidade da lei (e de seus conceitos, produtos de sua interpretação) todas as situações particulares. É como se fosse possível construir uma teoria que contivesse aos mesmos potencialmente todas as verdades jurídicas¹⁸³.

Desta forma, o combate ao positivismo se daria através da hermenêutica, buscando modificar a visão da Constituição, que é vista pelo positivismo de forma “objetificada, como uma (mera) ferramenta a ser confirmada (ou não) pela técnica interpretativa”¹⁸⁴.

No reconhecimento de uma tomada de postura frente à Constituição, Werneck Vianna afirma que não se pode concebê-la como “um

¹⁸⁰ STRECK, Lenio Luiz. A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo. p. 164.

¹⁸¹ STRECK, Lenio Luiz. A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo. p. 164-165.

¹⁸² STRECK, Lenio Luiz. A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo. p. 171.

¹⁸³ STRECK, Lenio Luiz. A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo. p. 181.

¹⁸⁴ STRECK, Lenio Luiz. A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo. p. 183.

texto de valor contingente e descartável segundo o imperativo das circunstâncias”¹⁸⁵.

Para Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira, a “renovada Teoria da Constituição” possui a tarefa fundamental de reconstruir os diversos temas do Direito Constitucional, levando em consideração o paradigma do Estado Democrático de Direito, para tanto deverá estar aberta a um só tempo a uma sociologia reconstrutiva e a uma filosofia prática pós-metafísica.

(a) a uma *sociologia reconstrutiva*, que busca identificar, compreender e reconstruir os *fragmentos* e *vestígios* dos processos de racionalização social, cultura e subjetiva, bem como reconstruir os conteúdos jurídico-normativos que já se encontram inscritos, ainda que parcialmente, na facticidade social dos processos político-sociais; (b) a uma *filosofia prática pós-metafísica*, cuja tarefa consiste no esclarecimento do *ponto de vista moral* e do processo democrático, da análise das condições necessárias aos discursos e às negociações racionais¹⁸⁶.

Esta Teoria da Constituição precisa estar no centro do sistema jurídico e “analisar a tensão interna entre positividade e legitimidade do Direito, reconstruindo os princípios, as regras, os procedimentos, a compreensão, a justificação e a aplicação desses”¹⁸⁷, trazendo à tona a normatividade constitucional e destacando a principal função do Direito, que é de integração social, e, segundo Cattoni de Oliveira, este enfrentamento somente será resolvido por seus “próprios membros, na medida em que instauram um processos em que se engajam na busca cooperativa de condições recorrente mais justas de vida”¹⁸⁸.

Para o autor, a Teoria da Constituição precisa mudar a visão interna do Direito para “complementá-lo através do diálogo com as teorias da

¹⁸⁵ WERNNECK VIANNA, Luiz *et alli*. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 15.

¹⁸⁶ OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Direito Processual Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001. p. 176.

¹⁸⁷ OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Direito Processual Constitucional**. p. 177.

¹⁸⁸ OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Direito Processual Constitucional**. p. 177.

sociedade e com as teorias políticas, a fim de que possa ultrapassar as abordagens tradicionais acerca da efetividade do Direito Constitucional”¹⁸⁹.

Destaca-se, neste momento, o novo papel que o Poder Judiciário assume, passando a atuar como “única instância institucional especializada em interpretar normas e arbitrar sobre sua legalidade e aplicação, especialmente nos casos sujeitos à controvérsia”, sendo investido “pelo próprio caráter da lei no Estado Social, do papel de ‘legislador implícito’”, surgindo “como uma alternativa para a resolução de conflitos coletivos, para a agregação do tecido social e mesmo para a adjudicação de cidadania”¹⁹⁰.

Na perspectiva do Estado Social, Cattoni de Oliveira afirma que compete ao juiz “uma tarefa densificadora e concretizadora do Direito, a fim de se garantir, sob o princípio da igualdade materializada ‘a Justiça no caso concreto’”¹⁹¹.

O novo papel – valorizado – do Poder Judiciário também decorre da “decadência do Welfare State, fazendo com que esse Poder e suas instituições passem a ser percebidos como a salvaguarda confiável das expectativas por igualdade”¹⁹².

Há de se destacar, ainda que rapidamente, dois eixos distintos que influenciam diretamente na postura do Poder Judiciário, quais sejam, o substancialismo e o procedimentalismo, sendo que para Gilberto Bercovici o embate constitucional ocorre entre aqueles que vêem a Constituição como “simples instrumento de governo, definidor de competências e regulador de procedimentos” e entre “os que acreditam que a Constituição deve aspirar a

¹⁸⁹ OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Direito Processual Constitucional**. p. 179.

¹⁹⁰ WERNNECK VIANNA, Luiz *et alii*. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. p. 20-22.

¹⁹¹ OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Direito Constitucional**. p. 61.

¹⁹² WERNNECK VIANNA, Luiz *et alii*. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. p. 25.

transformar-se num plano global que determina tarefas, estabelece programas e define fins para o Estado e para a sociedade”¹⁹³.

Importa acrescentar ainda que, na evolução da interpretação da Constituição, as cláusulas constitucionais dependem dos elementos do caso concreto para produzir uma solução “*constitucionalmente adequada*” ao problema a ser resolvido. Tal fato ocorre porque as ditas cláusulas possuem conteúdo aberto e principiológico, devendo ter como norte as idéias de justiça e a realização dos direitos fundamentais¹⁹⁴. Em um sistema jurídico ideal, segundo Luís Roberto Barroso, haveria uma adequada distribuição entre regras e princípios, onde “as regras desempenham o papel referente à *segurança jurídica* – previsibilidade e objetividade das condutas – e os princípios, com sua flexibilidade, dão margem à realização da *justiça* no caso concreto”¹⁹⁵.

Tal interpretação ressalta a idéia de que as regras, especialmente no paradigma do Direito positivo, reforçam o entendimento acerca de segurança jurídica, valendo-se dos princípios para dar flexibilidade e realizar a justiça.

Atualmente, o próprio positivismo recepcionou “o constitucionalismo de princípios” que se apresenta como

[...] uma proposta teórica que pretende inserir no interior do conceito de direito um *topos* principialista derivado da plasmação jurídico-constitucional de certos valores morais, densamente ‘formatados’ em princípios reitores da teoria jurídica contemporânea, já tão fortemente marcada pelo constitucionalismo.¹⁹⁶

¹⁹³ BERCOVICI, Gilberto. A problemática da constituição dirigente: algumas considerações do caso brasileiro, **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 36, n. 142, abr./jun., 1999. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ril/Pdf/pdf_142/r142-06.PDF>. Acesso em 18 setembro de 2006. p. 37.

¹⁹⁴ BARROSO, Luís Roberto (org) . **A nova Interpretação Constitucional**. p. 332-338.

¹⁹⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 352.

¹⁹⁶ DUARTE, Écio Oto Ramos. Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: uma introdução ao neoconstitucionalismo e às formas atuais do positivismo jurídico. In: _____; POZZOLO,

Por conta desta “mutação” no positivismo, provocada pelo acolhimento de teses “antipositivistas”, diz-se “atualmente na doutrina que ocorreu um verdadeiro ‘eclipse do positivismo jurídico’ ou que ‘o positivismo jurídico se haveria autodestruído”¹⁹⁷.

O próximo capítulo versa justamente sobre os elementos constitutivos do neoconstitucionalismo, com o objetivo de observar se este pode ser considerado como teoria, ideologia e/ou método de análise do direito, enquanto que o Capítulo 3 trata da análise da ocorrência ou não de superação do positivismo jurídico pelo neoconstitucionalismo.

Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**: as faces da teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição. São Paulo: Landy, 2006. p. 26.

¹⁹⁷ DUARTE, Écio Oto Ramos. Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: uma introdução ao neoconstitucionalismo e às formas atuais do positivismo jurídico. In: _____; POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**: as faces da teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição. p. 27.

CAPÍTULO 2

A CARACTERIZAÇÃO DO NEOCONSTITUCIONALISMO

2.1 NEOCONSTITUCIONALISMO E A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO ORDENAMENTO JURÍDICO

O Estado social de Direito¹⁹⁸, nos dizeres de Écio Oto Ramos Duarte, sobrepujou “a imagem débil da juridicidade constitucional caracterizada no período liberal” evidenciando a necessidade de consolidar um modelo de Estado que, imprimisse através de sua “*fórmula* a constitucionalização da validade jurídica sob os contornos da dinamização inerente aos conteúdos de direito condensados no *dever ser* legitimador da soberania popular”¹⁹⁹. Acrescenta ainda o autor que

[...] pode-se afirmar também que as regras e os limites que definem o Estado constitucional democrático de direito, inseridas desde uma dimensão de *garantias normativas*, além de constituírem um precedente e determinadamente sua organização e funcionamento democráticos, apontam para a necessidade da institucionalização de uma *metódica constitucional* capaz de dar conta, entre outras tarefas, da justificação jurídica que inclui a pretensão de correção normativa ou a retitude material das normas da estrutura do juízo ponderativo constitucional²⁰⁰.

¹⁹⁸ “Dando seguimento à profunda transformação que em todos os lugares deu origem ao *Welfare State*, os órgãos públicos perseguem os novos fins propostos à ação do Estado mediante novas técnicas de controle social, [...] as quais caracterizam a ação do Estado social dos nossos tempos e a diferenciam profundamente da ação do Estado liberal clássico”. BOBBIO, Norberto. A função promocional do direito. In: _____ **Da estrutura à função**: novos estudos de teoria do direito. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007. p. 2.

¹⁹⁹ DUARTE, Écio Oto Ramos. Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: uma introdução ao neoconstitucionalismo e às formas atuais do positivismo jurídico. In: _____; POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**: as faces da teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição. p. 22-23.

²⁰⁰ DUARTE, Écio Oto Ramos. Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: uma introdução ao neoconstitucionalismo e às formas atuais do positivismo jurídico. In: _____; POZZOLO,

E, justamente decorrente das “tentativas de ‘dar sentido à Constituição’, de concretizá-la”²⁰¹ é que se formulam concepções a respeito do neoconstitucionalismo.

O neoconstitucionalismo pode ser compreendido, segundo a lição de Luis Prieto Sanchís, como a convergência de duas tradições constitucionais: a primeira concebe a Constituição como regra do jogo da competência social e política, por ser norma logicamente e juridicamente superior às demais; e a segunda concebe a Constituição como a encarnação de um projeto político, como programa diretivo de transformação social e política²⁰². Assim o neoconstitucionalismo reúne elementos destas duas tradições: a garantia jurisdicional na primeira e o forte conteúdo normativo na segunda.

Da primeira destas tradições se reconhece a idéia de garantia jurisdicional e uma correlativa desconfiança frente ao legislador; cabe dizer que a noção de poder constituinte própria do neoconstitucionalismo é mais liberal que democrática, de maneira que se traduz na existência da apropriação dessa maioria a fim de que esteja sempre aberto o exercício da soberania popular através do legislador. Da segunda tradição se herda, contudo, um ambicioso programa normativo que vai muito além do que exigiria a mera organização do poder mediante o estabelecimento das regras do jogo. Em poucas palavras, o resultado pode resumir-se assim: uma Constituição transformadora que pretende condicionar de modo importante as decisões da maioria, mas cujo

Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**: as faces da teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição. p. 23.

²⁰¹ DUARTE, Écio Oto Ramos. Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: uma introdução ao neoconstitucionalismo e às formas atuais do positivismo jurídico. In: _____; POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**: as faces da teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição. p. 24.

²⁰² “*Neoconstitucionalismo, constitucionalismo contemporáneo o, a veces también, constitucionalismo a secas son expresiones o rúbricas de uso cada día más difundido y que se aplican de un modo un tanto confuso para aludir a distintos aspectos de una presuntamente nueva cultura jurídica [...] el neoconstitucionalismo es el resultado de la convergencia de dos tradiciones constitucionales que con frecuencia han caminado separadas: una primera que concibe la Constitución como regla de juego de la competencia social y política [...] La segunda tradición, en cambio, concibe la Constitución como la encarnación de un proyecto político bastante bien articulado, generalmente como el programa directivo de una empresa de transformación social y política.*” PRIETO SANCHÍS, Luis. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. In: CARBONELL, Miguel (org). **Neoconstitucionalismo(s)**. 2 ed. Madrid: Trotta, 2005. p. 123-125.

protagonismo fundamental não corresponde ao legislador, senão aos juízes²⁰³.

O dilema que o Neoconstitucionalismo pretende resolver pela conjugação de ambos os modelos é o de possuir Constituições normativas, que regulam a organização do poder e das fontes do Direito gerando, de modo direto, direitos e obrigações imediatamente exigíveis, e garantidas através de procedimentos jurisdicionais de proteção de direitos²⁰⁴.

Um primeiro elemento do Neoconstitucionalismo é a forte “rematerialização” constitucional, pois a Constituição não só limita o legislador ao estabelecer o modo de produzir o Direito como também limita ao predeterminar amplas esferas de regulação jurídica. O segundo elemento decorre da imersão da Constituição dentro do ordenamento jurídico como uma norma suprema²⁰⁵.

²⁰³ “De la primera de esas tradiciones se recoge la idea de garantía jurisdiccional y una correlativa desconfianza ante el legislador; cabe decir que la noción de poder constituyente propia del neoconstitucionalismo es más liberal que democrática, de manera que se traduce en la existencia del apoderamiento de esa mayoría a fin de que quede siempre abierto el ejercicio de la soberanía popular a través del legislador. De la segunda tradición se hereda, sin embargo, un ambicioso programa normativo que va bastante más allá de lo que exigiría la mera organización del poder mediante el establecimiento de las reglas de juego. En pocas palabras, el resultado puede resumirse así: una Constitución transformadora que pretende condicionar de modo importante las decisiones de la mayoría, pero cuyo protagonismo fundamental no corresponde al legislador, sino a los jueces”. PRIETO SANCHÍS, Luis. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. In: CARBONELL, Miguel (org). **Neoconstitucionalismo(s)**. p. 126-127.

²⁰⁴ “Constituciones garantizadas sin contenido normativo y Constituciones con un más o menos denso contenido normativo, pero no garantizadas. En cierto modo, éste es el dilema que viene a resolver el neoconstitucionalismo, apostando por una conjugación de ambos modelos: Constituciones normativas garantizadas.” PRIETO SANCHÍS, Luis. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. In: CARBONELL, Miguel (org). **Neoconstitucionalismo(s)**. p. 128.

²⁰⁵ “El primero es La fuerte «rematerialización» constitucional, impensable en el contexto decimonónico. La Constitución ya no sólo limita al legislador al establecer el modo de producir el Derecho y, a lo sumo, algunas barreras infranqueables, sino que lo limita también al predeterminar amplias esferas de regulación jurídica, en ocasiones por cierto de forma no suficientemente unívoca ni concluyente. El segundo elemento, y tal vez más importante, es lo que pudiéramos llamar de desbordamiento constitucional, esto es, la inmersión de la Constitución dentro del ordenamiento jurídico como una norma suprema. Los operadores jurídicos acceden a la Constitución a través del legislador, sino que lo hacen directamente, y, en la medida en que aquella disciplina numerosos aspectos sustantivos, ese acceso se produce de modo permanente, pues es difícil encontrar un problema jurídico medianamente serio que carezca de alguna relevancia constitucional”. PRIETO SANCHÍS, Luis. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. In: CARBONELL, Miguel (org). **Neoconstitucionalismo(s)**. p. 130.

Destaca-se que “as decisões do legislador seguem vinculando o juiz, mas somente através de uma interpretação constitucional que este último efetua”²⁰⁶.

A constitucionalização do ordenamento jurídico possui, de acordo com García Figueroa, um aspecto material, “no sentido de que o Direito apresentaria certa disposição a incorporar conteúdos materiais ideais”, e outro estrutural e funcional “no sentido de que os princípios apelam necessariamente a um ideal modulado pelas concretas condições jurídicas e materiais”²⁰⁷.

Com muita propriedade, Riccardo Guastini apresenta sete “condições de constitucionalização” que um ordenamento jurídico precisa satisfazer para ser considerado como “impregnado”, ou nos termos usados por Lenio Streck, “embebido”²⁰⁸, pelas normas constitucionais²⁰⁹.

A primeira delas é a existência de uma Constituição rígida, que é uma condição necessária de constitucionalização.

Uma Constituição é rígida se e somente se, em primeiro lugar, é escrita; em segundo lugar, está protegida (ou garantida) contra a legislação ‘ordinária’, no sentido de que as normas constitucionais não podem ser derogadas, modificadas ou abrogadas senão mediante um procedimento especial de revisão constitucional (mais complexo em relação ao procedimento de formação das leis)²¹⁰.

²⁰⁶ “[...] *las decisiones del legislador siguen vinculando al juez, pero sólo a través de una interpretación constitucional que efectúa este último*”. PRIETO SANCHÍS, Luis. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. In: CARBONELL, Miguel (org). **Neoconstitucionalismo(s)**. p. 131.

²⁰⁷ “*El elemento fundamental de la constitucionalización al que aquí se hace referencia es su aspecto material (en el sentido de que el Derecho presentaría una cierta disposición a incorporar contenidos materiales ideales) y su aspecto estructural y funcional (en el sentido de que los principios apelan necesariamente a un ideal modulado por las concretas condiciones jurídicas y materiales)*”. GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. La teoría del derecho en tiempos de constitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel (org). **Neoconstitucionalismo(s)**. p. 175-176.

²⁰⁸ Sobre as constituições “embebedouras” referidas por Lenio Streck, ver item 1.8 desta pesquisa.

²⁰⁹ GUASTINI, Riccardo. La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano. In: CARBONELL, Miguel (org). **Neoconstitucionalismo(s)**. Trad. José Maria Lujambio. 2 ed. Madrid: Trotta, 2005. p. 50.

²¹⁰ “*Una Constitución es rígida si y sólo si, en primer lugar, es escrita; en segundo lugar, está protegida (o garantizada) contra la legislación «ordinaria», en el sentido de que las normas constitucionales no pueden ser derogadas, modificadas o abrogadas si no es mediante un*

A segunda condição, igualmente imprescindível, é a garantia jurisdicional da Constituição, pois “é óbvio que a rigidez da Constituição, ainda que esteja formalmente estabelecida, não está assegurada na ausência de algum controle sobre a conformidade das leis com a Constituição”²¹¹.

Guastini afirma serem estas duas primeiras – a existência de uma Constituição rígida e a garantia jurisdicional da Constituição – condições necessárias de constitucionalização, enquanto que as demais que se apresentam são suficientes para identificar um grau distinto de constitucionalização²¹².

Neste sentido, o terceiro elemento trata da força vinculante da Constituição, do qual decorre da propagação “da idéia de que toda norma constitucional – independente de sua estrutura ou conteúdo normativo – é uma norma jurídica genuína, vinculante e suscetível de produzir efeitos jurídicos”²¹³.

A quarta condição possui um nexo muito estreito com o elemento anterior, trata da “sobreinterpretação” da Constituição. Afirma que também a norma constitucional é um texto que precisa ser interpretado, e por ser um texto “finito”, completo e limitado também contém lacunas, pois é impossível reger completamente a vida política e social.

Pelo contrário, caso se esteja inclinado pela interpretação extensiva (e pelo argumento *a simili*), a Constituição pode ser

procedimiento especial de revisión constitucional (más complejo respecto del procedimiento de formación de las leyes)”. GUASTINI, Riccardo. La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano. In: CARBONELL, Miguel (org). **Neoconstitucionalismo(s)**. p. 50-51.

²¹¹ “*Es obvio que la rigidez de la Constitución, aunque esté formalmente establecida, no está asegurada en ausencia de algún control sobre la conformidad de las leyes con la Constitución*”. GUASTINI, Riccardo. La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano. In: CARBONELL, Miguel (org). **Neoconstitucionalismo(s)**. p. 51.

²¹² “*Deseo también señalar que las condiciones (1.1) y (1.2) son condiciones necesarias de constitucionalización, en el sentido de que la constitucionalización no es ni siquiera concebible en su ausencia. Pero el contrario, cada una de las condiciones restantes, de la (1.3) a la (1.7), es una condición suficiente de un grado distinto de constitucionalización*”. GUASTINI, Riccardo. La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano. In: CARBONELL, Miguel (org). **Neoconstitucionalismo(s)**. p. 50.

²¹³ “[...] *uno de los elementos esenciales del proceso de constitucionalización es precisamente la difusión [...] de la idea de que todas norma constitucional – independientemente de su estructura o su contenido normativo – es una norma jurídica genuina, vinculante y susceptible de producir efectos jurídicos*”. GUASTINI, Riccardo. La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano. In: CARBONELL, Miguel (org). **Neoconstitucionalismo(s)**. p. 53.

interpretada – ou, melhor, ‘sobreinterpretada’ – de tal maneira que se extraíam inúmeras normas implícitas, não expressas, idôneas para regular qualquer aspecto da vida social e política. Quando a Constituição é sobreinterpretada não existem espaços vazios de – isto é, “livres” do – Direito Constitucional: toda decisão legislativa está pré-regulada (quicá até minuciosamente regulada) por uma ou por outra norma constitucional. Não existe lei que possa escapar ao controle de legitimidade constitucional. Em outras palavras, não existe espaço para nenhuma discricionariedade legislativa: não há questão de legitimidade constitucional da qual se possa dizer que seja somente uma *political question*, uma questão puramente política, alheia ao conhecimento do juiz e da legitimidade constitucional das leis²¹⁴.

A quinta condição, igualmente conexa com as últimas duas, versa sobre a aplicação direta das normas constitucionais. Isto exige uma concepção da função da Constituição diferente do modelo liberal clássico, em que sua atribuição era a de limitar o poder político sem regular as relações sociais dos cidadãos, sem produzir efeitos na vida social sem antes ser regulamentada por lei ordinária. Exige-se, desta forma, a aplicabilidade imediata da Constituição.

[...] no constitucionalismo de nossos dias tende-se a pensar que a função da Constituição é moldar as relações sociais. Por conseqüência, também tende-se a pensar que as normas constitucionais – sobretudo os princípios gerais e as normas programáticas – podem produzir efeitos diretos e serem aplicadas por qualquer juiz por ocasião de qualquer controvérsia. A idéia é que a Constituição deva ser imediatamente aplicada também nas relações entre particulares, ao menos sempre e quando a controvérsia de que se trate não possa ser resolvida com base na

²¹⁴ “Por lo contrario, si se está inclinado por la interpretación extensiva (y por el argumento a simili), la Constitución puede ser interpretada – o, más bien, «sobreinterpretada» – de manera tal que se le extraigan innumerables normas implícitas, no expresas, idóneas para regular cualquier aspecto de la vida social y política. Cuando la Constitución es sobreinterpretada no quedan espacios vacíos de – esto es, «libres» del – Derecho constitucional: toda decisión legislativa está prerregulada (quizás aun minuciosamente regulada) por una o por otra norma constitucional. No existe ley que pueda escapar al control de legitimidad constitucional. En otras palabras, no existe espacio para ninguna discrecionalidad legislativa: no hay cuestión de legitimidad constitucional de la cual se pueda decir que sea sólo una *political question*, una cuestión puramente política, ajena al conocimiento del juez de la legitimidad constitucional de las leyes”. GUASTINI, Riccardo. La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano. In: CARBONELL, Miguel (org). **Neoconstitucionalismo(s)**. p. 54-55.

lei, seja porque a lei mostra lacunas, ou porque a lei sim oferece uma solução, mas tal solução parece injusta²¹⁵.

A interpretação conforme das leis segundo a Constituição é a sexta condição de constitucionalização do ordenamento jurídico.

A interpretação conforme é, em suma, aquela que adéqua, harmoniza a lei com a Constituição (previamente interpretada, entende-se), elegendo – frente a uma dupla possibilidade interpretativa – o significado (ou seja, a norma) que evite toda contradição entre a lei e a Constituição. O efeito de tal interpretação é, obviamente, o de conservar a validade de uma lei que, de outra forma, deveria ser declarada inconstitucional²¹⁶.

A última condição de constitucionalização do ordenamento trata da influência da Constituição sobre as relações políticas. Seus elementos são: o próprio conteúdo da Constituição – que por vezes pode tratar da resolução de desacordos políticos, como no caso de conflitos de competência; a postura dos juízes – em especial do Tribunal Constitucional, que pode ter uma postura de respeito à discricionariedade do legislador ou entrar na discussão das decisões legislativas na aplicação dos princípios da “razoabilidade” e da “ponderação”; e, a postura dos órgãos constitucionais e dos atores políticos – quando utilizam as

²¹⁵ “[...] en el constitucionalismo de nuestros días se tiende a pensar que la función de la Constitución es moldear las relaciones sociales. Por consecuencia, también se tiende a pensar que las normas constitucionales – sobre todo los principios generales y las normas programáticas – pueden producir efectos directos y ser aplicadas por cualquier juez en ocasión de cualquier controversia. La idea es que la Constitución deba ser inmediatamente aplicada también en las relaciones entre particulares, al menos siempre y cuando la controversia de que se trate no pueda ser resuelta sobre la base de la ley, ya sea porque la ley muestra lagunas, o por que la ley sí ofrece una solución, pero tal solución parece injusta”. GUASTINI, Riccardo. La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano. In: CARBONELL, Miguel (org). **Neoconstitucionalismo(s)**. p. 55-56.

²¹⁶ “La interpretación conforme es, en suma, aquella que adecua, armoniza la ley con la Constitución (previamente interpretada, se entiende), eligiendo – frente a una doble posibilidad interpretativa – el significado (o sea, la norma) que evite toda contradicción entre la ley y la Constitución. El efecto de tal interpretación es, obviamente, el de conservar la validez de una ley que, de otra forma, debería ser declarada inconstitucional”. GUASTINI, Riccardo. La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano. In: CARBONELL, Miguel (org). **Neoconstitucionalismo(s)**. p. 57.

normas constitucionais como argumentos políticos para justificar suas ações e decisões²¹⁷.

A constitucionalização do ordenamento jurídico é uma das principais características do neoconstitucionalismo e se efetiva principalmente através dos princípios constitucionais.

2.2 PRINCÍPIOS E REGRAS²¹⁸

A discussão sobre a classificação entre regras e princípios ganha especial relevo na teoria Neoconstitucionalista, pois exigirá do intérprete atividades específicas quando estiver diante de regras ou princípios.

Cumprir destacar que princípios e regras são dois tipos de normas. Segundo Robert Alexy

Tanto as regras como os princípios são normas porque ambos dizem o que deve ser. Ambos podem ser formulados com a ajuda das expressões deônticas básicas do mandato, da permissão e da proibição. Os princípios, ao igual que as normas, são razões para juízos concretos de dever ser, até quando sejam razões de um tipo muito diferente. A distinção entre regras e princípios é pois uma distinção entre dois tipos de normas.²¹⁹

²¹⁷ *“La última condición no es fácil de precisar. Ésta depende de diversos elementos, entre los cuales se pueden mencionar: el contenido mismo de la Constitución, la postura de los jueces (sobre todo del Tribunal Constitucional, cuando existe tal tribunal), la postura de los órganos constitucionales y de los actores políticos”.* GUASTINI, Riccardo. La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano. In: CARBONELL, Miguel (org). **Neoconstitucionalismo(s)**. p. 53.

²¹⁸ Parte do presente item já foi anteriormente publicado por este autor em: CASALI, Guilherme Machado. O princípio da solidariedade e o artigo 3º da Constituição da República Federativa do Brasil O PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE E O ARTIGO 3º DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Revista eletrônica direito e política. Itajaí, v. 1, n. 1, p. 320-238, 3º trimestre. 2006. Disponível em: <www.univali.br/direitoepolitica> Acesso em: 24 jul. 2006.

²¹⁹ *“Tanto las reglas como los principios son normas porque ambos dicen lo que debe ser. Ambos pueden ser formulados con la ayuda de las expresiones deônticas básicas del mandato, la permisión y la prohibición. Los principios, al igual que las reglas, son razones para juicios concretos de deber ser, aun cuando sean razones de un tipo muy diferente. La disposición entre reglas y principios es pues una distinción entre dos tipos de normas”.* ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Trad. Ernesto G. Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2001. p. 83.

Entretanto, cabe fazer a distinção entre princípios e regras. Utilizando-se do ensinamento de J.J. Canotilho observa-se que “(1) as regras e princípios são duas espécies de normas; (2) a distinção entre regras e princípios é uma distinção entre duas espécies de normas”. Sintetizando os critérios de distinção entre princípios e regras apresentados por Canotilho tem-se:²²⁰

Critério	Princípios	Regras
Grau de abstração	Grau mais elevado	Grau mais reduzido
Grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto	Carecem de mediações concretizadoras	Aplicação direta
Carácter de fundamentalidade no sistema das fontes de direito	Normas de carácter fundamental no ordenamento – por sua posição hierárquica ou importância estruturante	
“Proximidade” da ideia de direito	São “standards” juridicamente vinculantes radicados nas exigências de “justiça” (Dworkin) ou na “ideia de direito” (Larenz)	São normas vinculativas com um conteúdo meramente funcional
Natureza normogénica	São normas que estão na base ou constituem a <i>ratio</i> de regras jurídicas	

Desta forma princípios possuem, por um lado, maior abstração e são de difícil aplicação no caso concreto, por outro, são fundamentais para o ordenamento, estando mais próximos da ideia de justiça e constituindo a base das regras jurídicas. Regras são, por sua vez, “relatos objetivos, descritivos de determinadas condutas e aplicáveis a um conjunto delimitado de situações”²²¹.

Entretanto, como afirma Luis Roberto Barroso, esta distinção nem sempre foi clara, pois para que os princípios adquirissem status de norma, foi

²²⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**. p. 166-167.

²²¹ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. p. 351.

necessário superar sua dimensão essencialmente axiológica e sem eficácia jurídica, isto é, de que não teriam aplicabilidade direta e imediata²²².

Paulo Bonavides salienta que esta conquista de juridicidade passou por três fases distintas: a jusnaturalista, a positivista e a pós-positivista²²³.

Na primeira fase²²⁴ – jusnaturalista – os princípios eram impregnados pelo ideal de justiça, normas estabelecidas pela reta razão, entretanto, afirma: “aqui, os princípios habitam ainda esfera por inteiro abstrata e sua normatividade, basicamente nula e duvidosa, contrasta com o reconhecimento de sua dimensão ético-valorativa de idéia que inspira os postulados de justiça”²²⁵.

No positivismo jurídico – segunda fase – os princípios possuem força normativa subsidiária, onde os princípios gerais de Direito serviriam de fundamento para o Direito Positivo²²⁶. De tal maneira que o juspositivista não concedeu normatividade aos princípios por reconhecê-los como “meras pautas programáticas supralegais”²²⁷, acarretando numa irrelevância jurídica dos mesmos.

Finalmente, na terceira fase – pós-positivismo –, os princípios adquirem *status* de direito, superando a doutrina do Direito Natural e do positivismo ortodoxo. Paulo Bonavides afirma que isto se deu principalmente pela obra de Dworkin, que contribuiu significativamente para reconhecer definitivamente a normatividade do princípios.

²²² BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. p. 350.

²²³ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 259.

²²⁴ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. p. 259-262.

²²⁵ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. p. 259.

²²⁶ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. p. 263.

²²⁷ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. p. 263.

Ronald Dworkin, ainda que por vezes utilize a palavra de forma genérica, sem distinguir entre princípio e política²²⁸, conceitua princípio como “um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade”.

²²⁹

Distinguindo regras e princípios, Ronald Dworkin afirma que “as regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão”. Ademais, quando duas regras entram em conflito uma pode suplantar a outra em virtude de possuir uma maior importância, e “a decisão de saber qual delas é válida e qual deve ser abandonada ou reformulada, deve ser tomada recorrendo-se a considerações que estão além das próprias regras”.²³⁰

Neste particular, Dworkin critica veementemente o positivismo jurídico quando faz crer que os princípios não poderiam ser testados em sua validade jurídica, pois, como apenas poderiam ser reconhecidos como uma espécie de “regra” de nível superior, algumas destas “regras” seriam aplicadas e outras não.

Portanto, não há maneira de testar a validade de ‘regras’ como essas. O positivista conclui que esses princípios e políticas não são regras válidas de uma lei acima do direito – o que é verdade – porque certamente não são regras. Ele conclui ainda que são padrões extrajurídicos que cada juiz seleciona de acordo com suas próprias luzes, no exercício de seu poder discricionário – o que é falso. É como se um zoólogo tivesse provado que os peixes

²²⁸ “Denomino ‘política’ aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade (ainda que certos objetivos sejam negativos pelo fato de estipularem que algum estado atual deve ser protegido contra mudanças adversas)”. DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 36.

²²⁹ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. p. 36.

²³⁰ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. p. 39-43.

não são mamíferos e então concluindo que na verdade eles não passam de plantas.²³¹

Os princípios “são controversos, seu peso é de importância fundamental, eles são incontáveis e se transformam com tanta rapidez que o início de nossa lista estaria obsoleto antes que chegássemos à metade dela”, e tratá-los como Direito, segundo Dworkin, será necessário rejeitar a doutrina positivista²³².

Destaca-se que as críticas de Dworkin ao positivismo contribuíram para o reconhecimento da força normativa dos princípios constitucionais, especialmente nesta terceira fase indicada como pós-positivista por Paulo Bonavides.

Luis Roberto Barroso aponta ainda as conseqüências após esta terceira fase, mencionando que o “pensamento jurídico tem-se dedicado à elaboração teórica das dificuldades que sua interpretação e aplicação oferecem, tanto na determinação de seu conteúdo quanto no de sua eficácia”²³³.

Afirma que o destaque dado à teoria dos princípios é decorrente de sua novidade, e que muitos dos problemas que apresenta ainda não foram resolvidos pois o modelo tradicional é o de aplicação de regras.

O sistema jurídico ideal se consubstancia em uma distribuição equilibrada de regras e princípios, nos quais as regras desempenham o papel referente à *segurança jurídica* – previsibilidade e objetividade das condutas – e os princípios, com sua flexibilidade, dão margem à realização da *justiça* no caso concreto²³⁴.

Canotilho apresenta um sistema interno de regras e princípios, mencionando que a “a constituição é formada por regras e princípios

²³¹ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. p. 63.

²³² DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. p. 70.

²³³ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. p. 352.

²³⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. p. 352.

de diferente grau de concretização (= diferente densidade semântica)²³⁵. Neste sistema interno de princípios, os princípios estruturantes – que são os princípios constitutivo e indicativos das idéias diretivas básicas de toda ordem constitucional – são concretizados por outros princípios, ou subprincípios, que esclarecem o seu sentido jurídico-constitucional e político-constitucional.

Estudando o conceito, bem como a caracterização do termo “princípio constitucional”, Paulo Márcio Cruz acrescenta que os Princípios Constitucionais “estabelecem os valores e indicam a ideologia fundamentais de determinada Sociedade e de seu ordenamento jurídico. A partir deles todas as outras normas devem ser criadas, interpretadas e aplicadas”²³⁶.

Acerca das características, afirma que os princípios condicionam: toda criação, interpretação e aplicação do direito; outros princípios constitucionais; e os valores expressos em todo ordenamento jurídico²³⁷.

A resolução de conflitos entre princípios se apresenta especialmente adequada através da ponderação.

2.3 PONDERAÇÃO

Como visto, os princípios exigem outra forma de interpretação, até porque, a regra da subsunção, pela qual a “premissa maior – a norma – incidindo sobre a premissa menor – os fatos – e produzindo, como conseqüência, a aplicação do conteúdo da norma no caso concreto”²³⁸, não mais possibilita a compreensão e aplicação do direito. Desta forma, tem-se que a aplicação dos princípios se faz mediante *ponderação*.

A ponderação consiste, portanto, em uma técnica de decisão jurídica aplicável a casos difíceis, em relação aos quais a subsunção se mostrou insuficiente, especialmente quando uma

²³⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**. p. 180.

²³⁶ CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do direito constitucional**. p. 106.

²³⁷ CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do direito constitucional**. p. 107.

²³⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. p. 356.

situação concreta dá ensejo à aplicação de normas de mesma hierarquia que indicam soluções diferenciadas²³⁹.

O processo de ponderação, segundo Barroso, é descrito em três etapas. Na *primeira etapa* são detectadas as normas aplicáveis ao caso, existindo algum conflito que a subsunção não soluciona, deve-se buscar a ponderação. Numa *segunda etapa* “cabe examinar os fatos, as circunstâncias concretas do caso e sua interação com os elementos normativos”. A novidade é percebida na *terceira etapa*, pois este é momento em que os princípios serão “aplicados com maior ou menor intensidade, à vista de circunstâncias jurídicas ou fáticas, sem que isso afete sua validade”²⁴⁰.

[...] nessa fase dedicada à decisão, os diferentes grupos de normas e a repercussão dos fatos do caso concreto estarão sendo examinados de forma conjunta, de modo a apurar os pesos que devem ser atribuídos aos diversos elementos em disputa e, portanto, o grupo de normas que deve preponderar no caso. Em seguida, é preciso ainda decidir quão intensamente esse grupo de normas – e a solução por ele indicada – deve prevalecer em detrimento dos demais, isto é: sendo possível graduar a intensidade da solução escolhida, cabe ainda decidir qual deve ser o grau apropriado em que a solução deve ser aplicada²⁴¹.

Entretanto, adverte Luis Prieto Sanchís que o resultado da ponderação não necessariamente representará o equilíbrio entre interesses, razões ou normas; ao contrário, o habitual é que a ponderação resulte no triunfo de algum deles no caso concreto. Apenas no plano abstrato é que deve existir algum equilíbrio pois, em princípio, todos devem ter o mesmo valor, caso contrário não haveria nada o que ponderar. Neste sentido a ponderação significa a busca pela “melhor decisão (a melhor sentença, por exemplo) quando na argumentação concorrem razões justificadoras conflitivas e de mesmo valor”, não significando um “método de resolução de antinomias ou contradições normativas, pois

²³⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. p. 358.

²⁴⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. p. 358.

²⁴¹ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. p. 359-360.

algumas podem se resolver pela hierarquia, anterioridade ou especialidade da lei”²⁴².

A potencialidade da ponderação está no “estímulo à interpretação” de normas constitucionais que se relacionam com fins de “continuidade e efeitos recíprocos”. Assim, “a ponderação conduz a uma exigência de proporcionalidade que implica estabelecer uma ordem de preferência relativo ao caso concreto”²⁴³. Observa-se, portanto, que a ponderação é cabível apenas na análise do caso concreto.

A ponderação se configura, pois, como um passo intermediário entre a declaração de relevância de dois princípios em conflito para regular *prima facie* um certo caso e a construção de uma regra para regular *em definitivo* esse caso; regra que, por certo pode generalizar-se e terminar por fazer desnecessária a ponderação nos casos centrais ou reiterados²⁴⁴.

Para Prieto Sanchís a ponderação exige três fases: primeiro o caso em exame deve apresentar uma finalidade constitucionalmente legítima; segundo o princípio ou direito constitucional afetado “deve mostrar-se consistente com o bem ou com a finalidade em cuja virtude se estabelece”; terceiro “deve

²⁴² “[...] *el resultado de la ponderación no ha de ser necesariamente el equilibrio entre tales intereses, razones o normas; al contrario, lo habitual es que la ponderación desemboque en el triunfo de alguno de ellos en el caso concreto. En cambio, donde sí ha de existir equilibrio es en el plano abstracto: en principio, han de ser todos del mismo valor, pues de otro modo no habría nada que ponderar; sencillamente, en caso de conflicto se impondría el de más valor. Ponderar es, pues, buscar la mejor decisión (la mejor sentencia, por ejemplo) cuando en la argumentación concurren razones justificatorias conflictivas e del mismo valor. Lo dicho sugiere que la ponderación es un método para la resolución de cierto tipo de antinomias o contradicciones normativas. Desde luego, no de todas: no que de aquellas que puedan resolverse mediante alguno de los criterios al uso, jerárquico, cronológico o de especialidad*”. PRIETO SANCHÍS, Luis. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. In: CARBONELL, Miguel (org). **Neoconstitucionalismo(s)**. p. 137.

²⁴³ “A mi juicio, la virtualidad de la ponderación reside principalmente en estimular una interpretación donde la relación entre las normas constitucionales no es una relación de independencia o de jerarquía, sino de continuidad y efectos recíprocos [...] la ponderación conduce a una exigencia de proporcionalidad que implica un orden de preferencia relativo al caso concreto”. PRIETO SANCHÍS, Luis. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. In: CARBONELL, Miguel (org). **Neoconstitucionalismo(s)**. p. 137.

²⁴⁴ “La ponderación se configura, pues, como un paso intermedio entre la declaración de relevancia de dos principios en conflicto para regular *prima facie* un cierto caso y la construcción de una regla para regular *em definitivo* ese caso”. PRIETO SANCHÍS, Luis. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. In: CARBONELL, Miguel (org). **Neoconstitucionalismo(s)**. p. 145-146.

acreditar-se que não exista outra medida que, obtendo em termos semelhantes a finalidade perseguida, resulte menos gravosa ou restritiva”²⁴⁵.

Para cumprir estes passos é necessário que se realize um juízo valorativo, recorrendo-se a conceitos morais.

2.4 CONEXÃO ENTRE DIREITO E MORAL

A relação existente entre Direito e moral constitui-se em um traço especialmente diferenciador do Neoconstitucionalismo e do positivismo jurídico. A explicação desta relação, de acordo com Susanna Pozzolo, inicia após a Segunda Guerra Mundial, quando, nos sistemas jurídicos ocidentais, têm-se a concretização da constitucionalização do Direito. Neste novo paradigma o juspositivismo se mostra inadequado para conceituar e interpretar o Direito. Esta inadequação decorrente, principalmente, da constitucionalização de um grande número de “princípios de justiça” e de direitos fundamentais – não só direitos de liberdade, mas também direitos sociais – exigindo do Estado a assunção de tarefas positivas para tornar efetivos tais direitos²⁴⁶.

Entretanto, no Estado legalista, tais enunciados estavam desprovidos de uma “efetiva tutela jurisdicional”, tendo em vista a imprecisão e vagueza de suas expressões. Assim a falta de positivação de seu respectivo peso e de sua concepção exigiam, para a aplicação e interpretação destes direitos,

²⁴⁵ “Primero, que la medida examinada presente un fin constitucionalmente legítimo como fundamento de la interferencia en la esfera de otro principio o derecho, pues si no existe tal fin y la actuación pública es gratuita, o si resulta ilegítimo desde la propia perspectiva constitucional, entonces no hay nada que ponderar porque falta uno de los términos de la comparación. [...] la actuación que afecte a un principio o derecho constitucional ha de mostrarse consistente con el bien o con la finalidad en cuya virtud se establece [...] ha de acreditarse que no existe otra medida que, obteniendo en términos semejantes la finalidad perseguida, resulte menos gravosa o restrictiva”. PRIETO SANCHÍS, Luis. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. In: CARBONELL, Miguel (org). **Neoconstitucionalismo(s)**. p. 150.

²⁴⁶ “El derecho de los ordenamientos jurídicos occidentales posteriores a la segunda Guerra Mundial sería un ejemplo concreto de Derecho constitucionalizado, para cuyo estudio el juspositivismo sería inadecuado. Estos ordenamientos tienen Constituciones que han recogido, justamente, un gran número de «principios de justicia», de derechos fundamentales (además de los derechos de libertad, también los sociales), que ha impuesto al Estado tareas de intervención en la sociedad y en la economía transformándolo, en sustancia, de árbitro en jugador, de modo que el Estado no podría limitarse al respeto de las libertades negativas, sino que debería asumir tareas activas para volver efectivos los llamados derechos positivos”. POZZOLO, Susanna. Un constitucionalismo ambiguo. In: CARBONELL, Miguel (org). **Neoconstitucionalismo(s)**. Trad. José Maria Lujambio. 2 ed. Madrid: Trotta, 2005. p. 190.

“uma tomada de posição moral destinada a dar-lhes concretização”²⁴⁷. Desta forma a “expulsão dos valores do campo de investigação do juspositivismo o tornaria obsoleto para o novo paradigma do Direito constitucional”²⁴⁸.

Lembra, entretanto a autora, que o termo moral é polissêmico, destacando quatro significados principais. O primeiro indicaria uma moral “*individual*”, abarcaria um “conjunto de princípios referidos ao comportamento humano em relação à idéia que cada um tem do que está certo e o que está errado”²⁴⁹.

O segundo significado trata de uma moral “*positiva*” e se refere a “um conjunto de princípios referidos ao comportamento humano em relação à idéia, e a conseguinte prática efetiva, que um determinado grupo social possui do bem e do mal”²⁵⁰.

Pozzolo chama o terceiro significado de moral “*concertada*” por fazer “referência a um conjunto de princípios referentes ao comportamento humano, elaborados através de um debate intersubjetivo conduzido segundo regras predeterminadas em relação à idéia que os participantes no debate possuem do bem e do mal”²⁵¹. Este sentido também é chamado de moral “*crítica*”,

²⁴⁷ “*Todas estas previsiones normativas, que en el Estado legalista, si es que estaban presentes, representaban meras enunciaciones políticas desprovistas de una efectiva tutela jurisdiccional, en el Estado constitucional son justiciables, son efectivamente jurídicas. Ahora bien, debido a que, sin embargo, la constitucionalización de tales principios y derechos ha positivizado estos valores a través de expresiones vagas, elásticas, imprecisas, y ya que con ellas no ha sido positivizado también su concepción y su peso recíproco, estos mismos derechos o valores para ser interpretados y aplicados tendrían necesidad de una toma de posición moral destinada a darles concreción*”. POZZOLO, Susanna. Un constitucionalismo ambiguo. In: CARBONELL, Miguel (org). **Neoconstitucionalismo(s)**. p. 190.

²⁴⁸ “[...] *la expulsión de los valores del campo de investigación del juspositivismo lo volvería obsoleto para el nuevo paradigma del Derecho constitucional*”. POZZOLO, Susanna. Un constitucionalismo ambiguo. In: CARBONELL, Miguel (org). **Neoconstitucionalismo(s)**. p. 191.

²⁴⁹ “[...] *indica el conjunto de principios referidos al comportamiento humano en relación a la idea que cada uno tiene de lo que está bien y de lo que está mal*”. POZZOLO, Susanna. Un constitucionalismo ambiguo. In: CARBONELL, Miguel (org). **Neoconstitucionalismo(s)**. p. 196.

²⁵⁰ “[...] *indica un conjunto de principios referidos al comportamiento humano en relación a la idea, y a la consiguiente práctica efectiva, que un determinado grupo social tienen del bien y del mal*”. POZZOLO, Susanna. Un constitucionalismo ambiguo. In: CARBONELL, Miguel (org). **Neoconstitucionalismo(s)**. p. 197.

²⁵¹ “[...] *hace referencia a un conjunto de principios referidos al comportamiento humano, elaborados a través de un debate intersubjetivo conducido según reglas predeterminadas, en relación a la idea que los participantes en el debate tienen del bien y del mal*”. POZZOLO,

pois “consiste em juízos éticos que seriam expressos em condições ideais de onisciência e tranqüilidade, sobre a base do princípio da universalização”²⁵².

O quarto significado é chamado de moral “*universal*” ou ainda moral “*objetiva*”, que difere muito das demais, pois “consiste em um conjunto de princípios referidos ao comportamento humano justo em si mesmos, sem alguma relação com o que os seres humanos crêem seja o bem e o mal”, isto é, “seria puro valor”²⁵³.

Se o reenvio fosse à moral universal não se poderia operar nenhuma redução fática, já que o reenvio não seria alguma coisa que pudesse ser empiricamente revelada, senão a alguma coisa que é justa em si mesma sempre: não está contingentemente determinada. Neste caso, o reenvio à moral universal pretenderia efetivamente sua sobre-ordenação às normas jurídicas, que encontraria justificação em sua natureza de ‘verdade’ ou de ‘justiça’ universal ou objetiva. Neste ponto, contudo, surgiria o problema da identificação dos critérios aptos para individualizar este tipo de moral, já que em sua ausência a referência aplicada pelo Direito restaria como letra morta.²⁵⁴

A relação entre Direito e moral se reflete principalmente nesta “moral universal” através dos princípios constitucionais, que para Pozzolo indica um elemento inovador. Segundo a autora italiana, com a positivação dos

Susanna. Un constitucionalismo ambiguo. In: CARBONELL, Miguel (org). **Neoconstitucionalismo(s)**. p. 197.

²⁵² “*Podría ser considerada un caso peculiar de moral en el tercer sentido también la que es comúnmente llamada crítica, que consiste en los juicios éticos que serían expresados en condiciones ideales de omnisciencia y tranquilidad, sobre la base del principio de universalización*”. POZZOLO, Susanna. Un constitucionalismo ambiguo. In: CARBONELL, Miguel (org). **Neoconstitucionalismo(s)**. p. 197.

²⁵³ “[...] *consiste en un conjunto de principios referidos al comportamiento humano justo en sí mismos, sin alguna relación con lo que los seres humanos creen que sea el bien y el mal. [...] En sustancia, sería puro valor*”. POZZOLO, Susanna. Un constitucionalismo ambiguo. In: CARBONELL, Miguel (org). **Neoconstitucionalismo(s)**. p. 197.

²⁵⁴ “*Se el reenvío fuera a l amoral universal no se podría operar ninguna reducción fática, ya que el reenvío no sería a alguna cosa que pudiera ser empíricamente revelada, sino a alguna cosa que es justa en sí misma siempre: no está contingentemente determinada. En este caso, el reenvío a la moral universal pretendería efectivamente su sobreordenación a las normas jurídicas, que encontraría justificación en su naturaleza de «verdad» o de «justicia» universal u objetiva. En este punto, sin embargo, surgiría el problema de la identificación de los criterios aptos para individualizar este tipo de moral, ya que en su ausencia el reenvío operado por el Derecho quedaría como letra muerta*”. POZZOLO, Susanna. Un constitucionalismo ambiguo. In: CARBONELL, Miguel (org). **Neoconstitucionalismo(s)**. p. 202.

princípios, é possível “ao neoconstitucionalismo negar a distinção entre justiça e validade, reconhecendo ao direito uma tendência intrínseca do ideal moral”²⁵⁵. Considerando os princípios como “instâncias morais positivadas” tem-se que eles reúnem não só aspectos do discurso jurídico como também do discurso moral. Neste particular passam a constituir como uma crítica ao Direito positivo do ponto de vista externo: “se o ideal (aquilo que deve ser) provém em parte do real, daquilo que o direito é, a sua falta de satisfação pode ser reconstruída como um defeito objetivo do direito positivo”.²⁵⁶

É justamente esta distinção entre os modelos positivista e neoconstitucionalista que se abordará no terceiro capítulo.

2.4.1 Críticas à conexão entre Direito e moral

Comanducci, rebatendo a “não conexão justificativa entre Direito e moral”²⁵⁷, critica a tese segundo a qual “qualquer decisão jurídica, e em particular a decisão judicial, está justificada se deriva, em última instância, de uma norma moral”²⁵⁸.

Questiona, desta forma, acerca da conexão justificativa entre Direito e moral: que a norma moral poderia fundamentar ou justificar, em última instância, uma decisão jurídica. O autor verifica quatro soluções possíveis: 1) que seja uma norma moral objetiva verdadeira, que corresponda a “fatos” morais; 2)

²⁵⁵ POZZOLO, Susanna. Neoconstitucionalismo como *último* desafio ao positivismo: a reconstrução neoconstitucionalista da teoria do direito: suas incompatibilidades com o positivismo jurídico e a descrição de um novo modelo. In: DUARTE, Écio Oto Ramos; _____. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**: as faces da teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição. p. 82.

²⁵⁶ POZZOLO, Susanna. Neoconstitucionalismo como *último* desafio ao positivismo: a reconstrução neoconstitucionalista da teoria do direito: suas incompatibilidades com o positivismo jurídico e a descrição de um novo modelo. In: DUARTE, Écio Oto Ramos; _____. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**: as faces da teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição. p. 82-83.

²⁵⁷ “[...] *la tesis de la no conexión justificativa entre Derecho y moral*”. COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. In: CARBONELL, Miguel (org). **Neoconstitucionalismo(s)**. p. 93

²⁵⁸ “*La tesis neoconstitucionalista es que cualquier decisión jurídica, y en particular la decisión judicial, está justificada si deriva, en última instancia, de una norma moral*”. COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. In: CARBONELL, Miguel (org). **Neoconstitucionalismo(s)**. p. 94

que seja uma norma moral objetiva racional, aceitável por um “auditório” racional; 3) que seja uma norma moral subjetivamente escolhida; 4) que seja uma norma moral intersubjetivamente aceita²⁵⁹.

Destaca que existem diferenças entre as soluções apontadas: as duas primeiras são objetivistas e fazem referência a uma moral crítica, enquanto as duas últimas são subjetivistas sendo a terceira uma moral individual e a quarta uma moral positiva. Por outro lado, a norma moral da primeira solução é sujeito-independente, enquanto as demais são sujeito-dependentes²⁶⁰.

Todas as soluções apresentam problemas²⁶¹, entretanto, a quarta solução comporta problemas menos graves. Para Comanducci, sendo possível e útil que se fundamente uma decisão em uma norma moral a “quarta solução recomenda ao juiz que decida e justifique sua decisão baseando-se, em última instância, em uma moral positiva”²⁶². E, quando os mecanismos

²⁵⁹ “[...] preguntémonos qué tipo de norma moral sería la que debería fundar o justificar, en última instancia, una decisión judicial (asumiendo esta última como caso paradigmático de decisión en el ámbito jurídico). Veo al menos cuatro soluciones posibles: 1) que se trate de una norma moral objetiva verdadera (en el sentido de que corresponde a «hechos» morales). 2) Que se trate de una norma moral objetiva racional (en el sentido de aceptable por parte de un auditorio racional). 3) Que se trate de una norma moral subjetivamente escogida. 4) Que se trate de una norma moral intersubjetivamente aceptada”. COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. In: CARBONELL, Miguel (org). **Neoconstitucionalismo(s)**. p. 94

²⁶⁰ “Las primeras dos soluciones son objetivistas, las últimas son subjetivistas. En la primera solución la norma moral es subject-independent en las otras es subject-dependent, pero en formas respectivamente diversas. Las primeras dos soluciones hacen referencia a una moral crítica, la tercera, una moral individual, la cuarta, a una moral positiva”. COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. In: CARBONELL, Miguel (org). **Neoconstitucionalismo(s)**. p. 94-95.

²⁶¹ “[...] Escudero desenvolve uma argumentação que rechaça o recurso à incorporação ou inclusão da moral no direito porque, segundo ele, ‘isto gera também uma importante margem de incerteza jurídica’. Segundo sua linha de raciocínio, ‘a incerteza é gerada, pois, à hora de se determinar o conteúdo de normas jurídicas nas quais se apela a conceitos de índole moral, onde pode coexistir uma pluralidade de significados’, sendo que, como não se tem uma indicação de que moral há que se ‘acudir’ para determinar o conteúdo das normas jurídicas, a determinação dos limites da criação judicial deverá reger-se pela idéia básica segundo a qual ‘a moral não possa determinar a existência e o conteúdo do direito.’” DUARTE, Écio Oto Ramos. Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: uma introdução ao neoconstitucionalismo e às formas atuais do positivismo jurídico. In: _____; POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo** jurídico: as faces da teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição. p. 34

²⁶² “En los casos en los que la justificación basada sobre una norma moral es posible y no inútil, la cuarta solución recomienda al juez que decida y justifique su decisión basándose, en última

democráticos de formação legislativa funcionam, esta solução favorece uma versão, dirigida tanto aos legisladores quanto aos juízes, da “tese segundo a qual o direito deve converter em vinculante a moral positiva”²⁶³.

Já Susanna Pozzolo critica a “interpretação moral da Constituição” afirmando que esta acarretaria numa maior incerteza do Direito, pois pela inexistência de um “conjunto determinado de normas morais, a operação que transfere para esse plano os direitos, retirando-os da esfera jurídica, cria uma ilusão de sua segurança, ocultando a sua intrínseca fragilidade”²⁶⁴.

Além disso, apresenta outras dificuldades. Uma delas seria o fato de que, partindo desta interpretação, a Constituição não mais poderia “ser considerada como a norma mais elevada do ordenamento jurídico”, e isto decorre do fato de que esta seja interpretada “à luz de princípios superiores” de natureza e dimensão incertas²⁶⁵.

Outra dificuldade está na separação dos poderes, pois a Constituição agiria como “barreira contra as decisões políticas adotadas pelo legislador, limitando e circunscrevendo a sua competência para produzir um direito novo” acarretando no aumento do poder da jurisdição e diminuindo o âmbito das escolhas políticas do legislador. O risco está na criação de um

instancia, en una norma moral positiva”. COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. In: CARBONELL, Miguel (org). **Neoconstitucionalismo(s)**. p. 97.

²⁶³ “[...] *en situaciones en las cuales los mecanismos democráticos de formación de la ley funcionan más o menos bien, tal solución favorece una particular versión (dirigida a los jueces y no sólo al legislador, como proponen por lo demás los defensores del enforcement of morals) de la tesis según la cual el Derecho debe convertir en vinculante la moral positiva*”. COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. In: CARBONELL, Miguel (org). **Neoconstitucionalismo(s)**. p. 97.

²⁶⁴ POZZOLO, Susanna. Neoconstitucionalismo como *último* desafio ao positivismo: a reconstrução neoconstitucionalista da teoria do direito: suas incompatibilidades com o positivismo jurídico e a descrição de um novo modelo. In: DUARTE, Écio Oto Ramos; _____. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**: as faces da teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição. p. 102.

²⁶⁵ POZZOLO, Susanna. Neoconstitucionalismo como *último* desafio ao positivismo: a reconstrução neoconstitucionalista da teoria do direito: suas incompatibilidades com o positivismo jurídico e a descrição de um novo modelo. In: DUARTE, Écio Oto Ramos; _____. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**: as faces da teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição. p. 99.

“chamado ‘governo dos juízes’ e, ao menos em parte, o perigo de um governo dos juristas, ainda que se dissolva o possível risco da ‘tirania da maioria’”²⁶⁶.

A autora condena o “imperialismo da moral”, pois “quem possuir a ‘sapiência’ para acessar o ‘conhecimento moral’ poderia transformar-se em um déspota muito mais perigoso que a autoridade política terrena”²⁶⁷. Desta forma, o próprio processo democrático²⁶⁸ estaria prejudicado por uma espécie de “superioridade moral do juízo do juiz em relação à valoração do legislador”²⁶⁹.

Nessa perspectiva, de fato, coloca-se o sujeito politicamente mais irresponsável e imóvel a reformular as decisões político-valorativas adotadas através do processo democrático: se a reflexão moral individual de um único juízo (ou de alguns ‘sábios’) é considerada superior à discussão intersubjetiva, qual o sentido de se manter um procedimento para a tomada de decisões coletivas do tipo democrático? A manutenção da Constituição, se entendida como documento autoveiculante estabelecido pelos cidadãos, não teria razão de ser porque o juízo moral de um único

²⁶⁶ POZZOLO, Susanna. Neoconstitucionalismo como *último* desafio ao positivismo: a reconstrução neoconstitucionalista da teoria do direito: suas incompatibilidades com o positivismo jurídico e a descrição de um novo modelo. In: DUARTE, Écio Oto Ramos; _____. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**: as faces da teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição. p. 100.

²⁶⁷ “*El imperialismo de la moral, típico del neconstitucionalismo, no me parece que haga nada más que elevar un nuevo «rey» por encima del Derecho, y quien tuviera la «sapiencia» para acceder al «conocimiento moral» podría transformarse en un déspota mucho más peligroso que la terrena autoridad política*”. POZZOLO, Susanna. Un constitucionalismo ambiguo. In: CARBONELL, Miguel (org). **Neoconstitucionalismo(s)**. p. 202.

²⁶⁸ “[...] entende-se que o processo democrático, enquanto procedimento direto para alcance da unanimidade de consensos, ainda que limitado pela regra da maioria (à qual se reconhece geralmente um valor intrínseco próprio porque respeita a autonomia e a autodeterminação dos indivíduos), é mais produtivo que a reflexão individual”. POZZOLO, Susanna. Neoconstitucionalismo como *último* desafio ao positivismo: a reconstrução neoconstitucionalista da teoria do direito: suas incompatibilidades com o positivismo jurídico e a descrição de um novo modelo. In: DUARTE, Écio Oto Ramos; _____. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**: as faces da teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição. p. 101.

²⁶⁹ POZZOLO, Susanna. Neoconstitucionalismo como *último* desafio ao positivismo: a reconstrução neoconstitucionalista da teoria do direito: suas incompatibilidades com o positivismo jurídico e a descrição de um novo modelo. In: DUARTE, Écio Oto Ramos; _____. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**: as faces da teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição. p. 101.

juiz seria sempre mais justo do que aquilo que é definido pelas normas constitucionais²⁷⁰.

Não se pretende aqui discutir a relação entre a interpretação moral e a democracia, que pode ser objeto de outra investigação, entretanto importa destacá-la entre as críticas formuladas à conexão entre Direito e moral.

2.4.2 Respostas às críticas sobre a conexão entre Direito e moral

Contrapondo-se às críticas apresentadas, Écio Oto Ramos Duarte, afirma que, sob sua ótica, estas possuem motivações políticas e não teóricas. A seu ver, “o neoconstitucionalismo tem se tornado porta-voz dessas exigências de fundação, argumentação e justificação do direito e, também, das eleições políticas que estão por trás”²⁷¹.

Neste sentido a relação entre Direito, moral e política, bem como o reconhecimento e delimitação institucional de outras fontes do Direito exigem “a construção epistemológica dos critérios de correção jurídica das normas (juízos de validez desde a matriz hermenêutica da racionalidade argumentativa) de conteúdo constitucional”. Tais critérios devem se fundamentar em “metaprincípios que visam regular o discurso jurídico em função de uma teoria da justiça democraticamente concebida”²⁷².

Além disso, é necessário que doutrinariamente se adote uma posição compatível com a nova interpretação da Constituição que possibilite

²⁷⁰ POZZOLO, Susanna. Neoconstitucionalismo como *último* desafio ao positivismo: a reconstrução neoconstitucionalista da teoria do direito: suas incompatibilidades com o positivismo jurídico e a descrição de um novo modelo. In: DUARTE, Écio Oto Ramos; _____. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**: as faces da teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição. p. 101-102.

²⁷¹ DUARTE, Écio Oto Ramos. Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: uma introdução ao neoconstitucionalismo e às formas atuais do positivismo jurídico. In: _____. POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**: as faces da teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição. p. 56.

²⁷² DUARTE, Écio Oto Ramos. Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: uma introdução ao neoconstitucionalismo e às formas atuais do positivismo jurídico. In: _____. POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**: as faces da teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição. p. 59.

a “formação dos procedimentos e das escolhas ético-políticas inerentes aos processos de justificação jurídica dos Estados democráticos contemporâneos”²⁷³.

Faz-se necessário, portanto, para compreender o Neoconstitucionalismo em todos os seus âmbitos, e até mesmo a conexão entre Direito e moral, reconhecer que o mesmo assume facetas diferenciadas segundo a abordagem que se faz de suas propriedades.

2.5 NEOCONSTITUCIONALISMO COMO TEORIA, IDEOLOGIA E MÉTODO

Paolo Comanducci²⁷⁴ e Alfonso García Figueroa²⁷⁵ analisam o Neoconstitucionalismo a partir das concepções conferidas ao positivismo jurídico por Norberto Bobbio²⁷⁶, quais sejam, como método, teoria e ideologia.

É bastante conhecida a distinção, formulada por Bobbio, entre os três tipos, ou três acepções, de positivismo jurídico: me parece oportuno, ainda que seja um pouco forçado, instituir uma classificação análoga entre três formas diversas de neoconstitucionalismo – teórico, ideológico, metodológico – inclusive porque, desse modo, resultará mais compreensível e significativa a confrontação crítica entre tipos homogêneos de positivismo e, respectivamente, de neoconstitucionalismo²⁷⁷.

²⁷³ DUARTE, Écio Oto Ramos. Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: uma introdução ao neoconstitucionalismo e às formas atuais do positivismo jurídico. In: _____; POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**: as faces da teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição. p. 60.

²⁷⁴ COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. In: CARBONELL, Miguel (org). **Neoconstitucionalismo(s)**. 2 ed. Madrid: Trotta, 2005. p. 75-98.

²⁷⁵ GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. La teoría del derecho en tiempos de constitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel (org). **Neoconstitucionalismo(s)**. 2 ed. Madrid: Trotta, 2005. p. 170-176.

²⁷⁶ Esta passagem também é referenciada nesta pesquisa no item 1.3 do Capítulo 1.

²⁷⁷ “Es bastante conocida la distinción, formulada por Bobbio, entre los tres tipos, o tres acepciones, de positivismo jurídico: me parece oportuno, aunque sea un poco forzado, instituir una clasificación análoga entre tres diversas formas de neoconstitucionalismo – teórico, ideológico, metodológico – incluso porque, de ese modo, resultará más comprensible y significativa la confrontación crítica entre tipos homogêneos de positivismo y, respectivamente, de neoconstitucionalismo”. COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. In: CARBONELL, Miguel (org). **Neoconstitucionalismo(s)**. p. 82.

Igualmente Prieto Sanchís distingue três acepções principais do Neoconstitucionalismo, como um certo tipo de Estado de Direito, como teoria do Direito e como ideologia²⁷⁸.

Partindo desta proposta, faz-se a distinção entre teoria, ideologia e método para melhor desenvolver o termo Neoconstitucionalismo, conforme se extrai a seguir.

2.5.1 Neoconstitucionalismo teórico

A tese central do Constitucionalismo teórico, segundo Alfonso García Figueroa, decorre da constitucionalização dos sistemas jurídicos tornando “insustentável a infalibilidade técnica do Direito e singularmente sua aplicação subsuntiva”. A consequência imediata seria “tornar inviável o positivismo teórico”, pelo menos no plano metateórico, pois o modelo de regras é insuficiente para atender a um “Direito que apresenta padrões normativos como os princípios”. A prova da insuficiência da subsunção no atendimento à aplicação do Direito é evidenciada, em seu aspecto funcional, pela “ponderação dos princípios constitucionais”²⁷⁹.

Já Paolo Comanducci destaca como principal traço característico do Neoconstitucionalismo teórico a interpretação constitucional.

²⁷⁸ “Creo que son tres las acepciones principales. En primer lugar, el constitucionalismo puede encarnar un cierto tipo de Estado de Derecho, designando por tanto el modelo institucional de una determinada forma de organización política. En segundo término, el constitucionalismo es también una teoría del Derecho, más concretamente aquella teoría apta para explicar las características de dicho modelo. Finalmente, por constitucionalismo cabe entender también la ideología que justifica o defiende la fórmula política así designada”. PRIETO SANCHÍS, Luis. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. In: CARBONELL, Miguel (org). **Neoconstitucionalismo(s)**. p. 123.

²⁷⁹ “[...] la constitucionalización de los sistemas jurídicos hace insostenible la infalibilidad técnica del Derecho y singularmente su aplicación subjuntiva. Esta tesis presenta una consecuencia inmediata en el plano metateórico: la constitucionalización de los sistemas jurídicos hace inviable el positivismo teórico. CT (constitucionalismo teórico) se ha mostrado como la vertiente más eficaz del constitucionalismo. En su aspecto estructural la constitucionalización del ordenamiento pone de manifiesto la insuficiencia del modelo de reglas para dar cuenta del Derecho que presenta estándares normativos como os principios y en su aspecto funcional la ponderación de los principios constitucionales destaca igualmente la insuficiencia de la subsunción para dar cuenta de la aplicación del Derecho”. GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. La teoría del derecho en tiempos de constitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel (org). **Neoconstitucionalismo(s)**. p. 171.

Entretanto, ressalta que, dependendo do modelo de Constituição que se adote as peculiaridades da interpretação serão dadas de forma diversa.

Quando se utilizar um “modelo axiológico de Constituição como norma” o “constitucionalismo não se apresenta como uma teoria do Direito senão como uma ideologia”. Por outro lado, quando se adota o “modelo descritivo de Constituição como norma” também ela é considerada como um documento normativo. Desta forma, sua interpretação se faria do mesmo modo que a interpretação da lei, “como uma espécie do gênero interpretação jurídica, sendo esta última geralmente definida como a vinculação de um significado a um texto normativo”, diferenciando-se por uma questão de grau e não de qualidade²⁸⁰.

Prieto Sanchís afirma que o Neoconstitucionalismo não determina uma nova teoria de interpretação jurídica, pois não existem teorias de interpretação nem anteriores, nem tampouco reforçadas ou fundamentadas no Neoconstitucionalismo, e ainda que se aceitasse que “os princípios supõem uma teoria da interpretação própria, em nenhum momento se disse que os princípios são exclusivos da Constituição”²⁸¹.

²⁸⁰ “[...] designa un conjunto de reglas jurídicas positivas, contenidas en un documento o consuetudinarias, que son, respecto a las otras reglas jurídicas, fundamentales (y por tanto fundantes del entero ordenamiento jurídico y/o jerárquicamente superiores a las otras reglas) [...] «a condición de que tengan determinados contenidos a los que se atribuye un especial valor». En este modelo, como afirma Dogliani, la Constitución está «cargada de un valor intrínseco: la Constitución es un valor en sí» [...] Dado que a mí me parece que, si adopta el modelo axiológico de Constitución como norma, el constitucionalismo no se presenta tanto como una teoría del Derecho sino como una ideología [...] configura normalmente la interpretación constitucional, al igual que la interpretación de la ley, como una especie del género interpretación jurídica, siendo esta última generalmente definida como la adscripción de significado a un texto normativo [...] designa un conjunto de reglas jurídicas positivas, contenidas en un documento o consuetudinarias, que son, respecto a las otras reglas jurídicas, fundamentales (y por tanto fundantes del entero ordenamiento jurídico y/o jerárquicamente superiores a las otras reglas) [...] Y, en efecto, en la literatura reciente la tendencia que se encuentra es la de configurar las peculiaridades de la interpretación constitucional respecto a la interpretación de la ley como una cuestión de grado, y no como diferencias cualificativas”. COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. In: CARBONELL, Miguel (org). **Neoconstitucionalismo(s)**. p. 84-85.

²⁸¹ “[...] el neoconstitucionalismo ¿determina una nueva teoría de la interpretación jurídica? [...] no existe una sola teoría de la interpretación anterior al neoconstitucionalis, ni tampoco una sola alentada o fundada en el mismo [...] aun cuando aceptásemos que los principios supongan una teoría de la interpretación propia, en ningún momento se ha dicho que los principios sean exclusivos de la Constitución”. PRIETO SANCHÍS, Luis. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. In: CARBONELL, Miguel (org). **Neoconstitucionalismo(s)**. p. 135-136.

De modo que, se cabe falar de alguma peculiaridade da interpretação constitucional a diferença seria mais de caráter quantitativo que qualitativo: as Constituições parecem apresentar em maior medida que as leis um gênero de normas, que costumam chamar-se princípios e que requerem o emprego de certas ferramentas interpretativas. O estudo de uma destas ferramentas nos levará à última das propriedades enunciadas: mais ponderação que subsunção²⁸².

Prieto Sanchís destaca a necessidade de uma revisão do positivismo teórico e da teoria das fontes que seja menos estatal/legalista e mais atenta ao surgimento de novas fontes sociais. Ademais, o modo de conceber a norma jurídica, especialmente pela necessidade de se considerar a presença de “novas peças do Direito”, quais sejam, os princípios em particular, é extremamente influenciado pelo Constitucionalismo. Desta característica decorre uma teoria da interpretação mais complexa e menos legalista, mas que, na opinião do autor, não se afasta muito das conclusões fornecidas pelo “positivismo maduro”²⁸³.

Por tais razões, o Neoconstitucionalismo reformula a teoria do Direito, pois a constitucionalização do ordenamento influencia seus traços caracterizadores e o modo de funcionamento dos sistemas jurídicos.

²⁸² “De manera que, si cabe hablar de alguna peculiaridad de la interpretación constitucional, la diferencia sería más de carácter cuantitativo que cualitativo: las Constituciones parecen presentar en mayor medida que las leyes un género de normas, que suelen llamarse principios y que requieren el empleo de ciertas herramientas interpretativas. El estudio de una de estas herramientas nos llevará al último de los rasgos enunciados: más ponderación que subsunción”. PRIETO SANCHÍS, Luis. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. In: CARBONELL, Miguel (org). **Neoconstitucionalismo(s)**. p. 136.

²⁸³ “En particular, me parece obvio que se impone una profunda revisión de la teoría de las fuentes del Derecho, sin duda menos estatista y legalista, pero probablemente también más atenta al surgimiento de nuevas fuentes sociales; tampoco puede olvidarse, en segundo lugar, el impacto que el constitucionalismo tiene sobre el modo de concebir la norma jurídica y la necesidad de considerar la presencia de nuevas «piezas del Derecho», en particular de los principios; por último, pero muy unido a este último aspecto, se reclama también una más meditada y compleja teoría de la interpretación, alejada desde luego del formalismo decimonónico, pero que, a mi juicio, tampoco ha de conducirnos a conclusiones muy diferentes a las que propició el positivismo maduro”. PRIETO SANCHÍS, Luis. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. In: CARBONELL, Miguel (org). **Neoconstitucionalismo(s)**. p. 136.

2.5.2 Neoconstitucionalismo ideológico

O Neoconstitucionalismo ideológico valora positivamente o processo de constitucionalização propondo sua defesa e ampliação destacando a “importância dos mecanismos institucionais de tutela dos direitos fundamentais”²⁸⁴.

Nos ordenamentos jurídicos “democráticos e constitucionalizados contemporâneos, se produz uma conexão necessária entre Direito e moral” e, portanto, o neoconstitucionalismo ideológico sustenta uma “obrigação moral de obedecer à Constituição e às leis que são conforme à Constituição”²⁸⁵.

Adotando-se o “modelo axiológico de Constituição como norma”, referido por Comanducci, se coloca em evidência a interpretação e a aplicação da Constituição especialmente nas respectivas técnicas interpretativas²⁸⁶.

Prieto Sanchís apresenta três dimensões para o Neoconstitucionalismo como ideologia.

²⁸⁴ “*El neoconstitucionalismo ideológico no se limita por tanto a describir los logros del proceso de constitucionalización, sino que los valora positivamente y propugna su defensa y ampliación. En particular, subraya la importancia de los mecanismos institucionales de tutela de los derechos fundamentales*”. COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. In: CARBONELL, Miguel (org). **Neoconstitucionalismo(s)**. p. 85-86.

²⁸⁵ “[...] *en los ordenamientos democráticos y constitucionalizados contemporáneos, se produce una conexión necesaria entre Derecho y moral, el neoconstitucionalismo ideológico se muestra proclive a entender que puede subsistir hoy una obligación moral de obedecer a la Constitución y a las leyes que son conformes a la Constitución*”. COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. In: CARBONELL, Miguel (org). **Neoconstitucionalismo(s)**. p. 86.

²⁸⁶ “[...] *el neoconstitucionalismo ideológico pone generalmente en evidencia una radical especificidad de la interpretación constitucional respecto a la de la ley, y también de la aplicación de la Constitución respecto a la aplicación de la ley. Tales especificidades derivan de la diversidad del objeto Constitución respecto a la ley, y se manifiestan sobre todo en relación a las respectivas técnicas interpretativas*”. COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. In: CARBONELL, Miguel (org). **Neoconstitucionalismo(s)**. p. 86.

A primeira apresenta o Estado Constitucional de Direito como a melhor ou mais justa forma de organização da política²⁸⁷.

Numa segunda dimensão do Constitucionalismo como ideologia, tem-se um modelo aperfeiçoado de Estado de Direito, pois como modelo de organização jurídico-política, representa um postulado de submissão de todo poder ao Direito. Neste particular a Constituição “pretende que esta submissão alcance também ao legislador”, exigindo “entre outras coisas uma depurada teoria da argumentação capaz de garantir a racionalidade e de suscitar o consenso em torno das decisões judiciais”; que, para o autor, se dá pela ponderação²⁸⁸.

Assim, tendo em vista que o Constitucionalismo é o modelo ótimo de Estado de Direito, pode-se sustentar uma vinculação necessária entre Direito e moral e postular, portanto, alguma forma de obrigação de obediência ao Direito²⁸⁹.

Miguel Carbonell ao organizar a obra “Neoconstitucionalismo(s)” afirma que a maioria dos autores que escrevem a coletânea “estão de acordo que as modificações operadas sobre o modelo ou

²⁸⁷ “En realidad, el (neo)constitucionalismo como ideología presenta diferentes niveles o proyecciones. El primero y aquí menos problemático es el que puede identificarse con aquella filosofía política que considera que el Estado constitucional de Derecho representa la mejor o más justa forma de organización política”. PRIETO SANCHÍS, Luis. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. In: CARBONELL, Miguel (org). **Neoconstitucionalismo(s)**. p. 123.

²⁸⁸ “[...] el neoconstitucionalismo como modelo de organización jurídico-política quiere representar un perfeccionamiento del Estado de Derecho, dado que si es un postulado de éste el sometimiento de todo poder al Derecho, el tipo de Constitución que hemos examinado pretende que ese sometimiento alcance también al legislador. Bien es cierto que, a cambio, el neoconstitucionalismo implica también una apertura al judicialismo, al menos desde la perspectiva europea, de modo que si lo que gana el Estado de Derecho por un lado no lo quiere perder por el otro, esta fórmula política reclama entre otras cosas una depurada teoría de la argumentación capaz de garantizar la racionalidad y de suscitar el consenso en torno a las decisiones judiciales; y, a mi juicio, la ponderación rectamente entendida tiene ese sentido”. PRIETO SANCHÍS, Luis. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. In: CARBONELL, Miguel (org). **Neoconstitucionalismo(s)**. p. 157.

²⁸⁹ “[...] dado que el constitucionalismo es el modelo óptimo de Estado de Derecho, al menos allí donde existe cabe sostener una vinculación necesaria entre el Derecho y la moral y postular por tanto alguna forma de obligación de obediencia al Derecho”. PRIETO SANCHÍS, Luis. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. In: CARBONELL, Miguel (org). **Neoconstitucionalismo(s)**. p. 124.

paradigma do Estado constitucional são de tal entidade que já se pode falar de um Estado (neo)constitucional”²⁹⁰.

A terceira dimensão do Constitucionalismo ideológico apresentada por Prieto Sanchís poderia ser denominada de Constitucionalismo dogmático, já que representa uma nova visão da atividade interpretativa e das tarefas da ciência e da teoria do Direito, difundindo um comprometimento do jurista com uma tarefa crítica e não somente descritiva do Direito²⁹¹.

Por sua vez, Alfonso Garcia Figueroa destaca a ambigüidade do Constitucionalismo ideológico, pois “tradicionalmente, o Constitucionalismo colocou em evidência em sua vertente normativa que nem todo o Direito do legislador deve ser obedecido” rechaçando o positivismo ideológico em vista da constitucionalização dos sistemas jurídicos. Mas, por outro lado, existe o “dever de obediência ao Direito à medida em que a Constituição e o Direito *impregnado* ou *irradiado* por esta coincide com os critérios últimos de avaliação moral das normas”, isto é, “não se questiona a obediência a normas jurídicas constitutivamente corretas”²⁹².

Isto significa que o constitucionalismo sustenta teses incompatíveis, ou melhor, teses frágeis em tensão. Na realidade, esta segunda interpretação parece a mais plausível, pois o

²⁹⁰ “Casi todos los autores incluidos en este libro está de acuerdo en que las modificaciones operadas sobre el modelo o paradigma del Estado constitucional son de tal entidad que ya puede hablarse de un Estado (neo)constitucional”. CARBONELL, Miguel. Nuevos tiempos para el constitucionalismo. In: _____. **Neoconstitucionalismo(s)**. p. 9.

²⁹¹ “Por último, la tercera versión del constitucionalismo ideológico, que suele ir unida a la anterior y que tal vez podría denominarse constitucionalismo dogmático, representa una nueva visión de la actitud interpretativa y de las tareas de la ciencia y de la teoría del Derecho, propugnando bien la adopción de un punto de vista interno o comprometido por parte del jurista, bien una labor crítica y no sólo descriptiva por parte del científico del Derecho”. PRIETO SANCHÍS, Luis. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. In: CARBONELL, Miguel (org). **Neoconstitucionalismo(s)**. p. 124.

²⁹² “Tradicionalmente, el constitucionalismo ha puesto de relieve en su vertiente normativa que no todo el Derecho del legislador debe ser obedecido. Sin embargo, el (constitucionalismo ideológico) resulta ambiguo a causa del carácter intrasistemático del criterio de evaluación adoptado para enjuiciar el Derecho: la propia Constitución. Esto significa que al abrigo del constitucionalismo también es posible reforzar un deber de obediencia al Derecho en la medida en que la Constitución y el Derecho impregnado o irradiado por ésta coincide con los criterios últimos de evaluación moral de las normas. Dicho de otra forma, no se entiende que se deba cuestionar la obediencia a normas jurídicas constitutivamente correctas”. GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. La teoría del derecho en tiempos de constitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel (org). **Neoconstitucionalismo(s)**. p. 171-172.

constitucionalismo deixou de ser uma teoria que questiona a obediência ao Direito para passar a estabelecer uma obediência *prima facie* ao Direito, uma obediência enfraquecida, imperfeita, limitada, de acordo com as proposições da ética comunicativa²⁹³.

Assim, pode-se sintetizar o Neoconstitucionalismo ideológico como a aceitação e aprovação da constitucionalização do Direito, reconhecendo o Estado constitucional de Direito como o melhor modelo de organização política. As técnicas interpretativas da Constituição levam à interpretação crítica do Direito e a vinculação do Direito com a moral sustenta a exigibilidade da Constituição e de suas leis conforme.

Destaca-se que este traço característico, que conecta o Direito à moral, está fortemente presente no Neoconstitucionalismo metodológico.

2.5.3 Neoconstitucionalismo metodológico

Para Comanducci, o Neoconstitucionalismo metodológico conecta o Direito à moral, especialmente no que diz respeito ao “direito constitucionalizado, onde os princípios constitucionais e os direitos fundamentais constituiriam uma ponte entre Direito e moral”²⁹⁴.

Esta conexão entre Direito e moral é particularmente especial na distinção com o “positivismo metodológico e conceitual, que afirma a

²⁹³ “Esto significa que el constitucionalismo sostiene tesis incompatibles o más bien tesis débiles en tensión. En realidad, esta segunda interpretación parece la más plausible, pues el constitucionalismo ha dejado de ser una teoría que cuestiona la obediencia al Derecho para pasar a fundar una obediencia *prima facie* al Derecho, una obediencia debilitada, imperfecta, limitada, en línea con los planteamientos de la ética comunicativa”. GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. La teoría del derecho en tiempos de constitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel (org). **Neoconstitucionalismo(s)**. p. 171.

²⁹⁴ “El neoconstitucionalismo metodológico sostiene por el contrario – al menos respecto a situaciones de Derecho constitucionalizado, donde los principios constitucionales y los derechos fundamentales, constituirían un puente entre Derecho y moral – la tesis de la conexión necesaria, identificativa y/o justificativa, entre Derecho y moral”. COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. In: CARBONELL, Miguel (org). **Neoconstitucionalismo(s)**. p. 87.

tese segundo a qual é sempre possível identificar e descrever o Direito como é, e distingui-lo, portanto, do Direito como deveria ser”²⁹⁵.

A relação do *ser* e com *dever ser* do Direito, segundo Alfonso García Figuerola, transita entre as esferas do Direito e da moral.

[...] o Direito apresenta virtudes morais e a moral apresenta virtudes jurídicas até o ponto de que a moral se converteu, como Cortina assinalou em tom crítico, numa ‘forma deficiente de direito’ e o Direito – caberia acrescentar – se converteu em uma forma deficiente de moral²⁹⁶.

García Figuerola destaca que a relação entre Direito e moral, que é evidenciada na constitucionalização do sistema jurídico, invalida o positivismo jurídico metodológico²⁹⁷.

O autor relaciona duas versões de Constitucionalismo metodológico, uma que “declara a vinculação conceitual necessária dos sistemas jurídicos *constitucionalizados* à moral em virtude de sua constitucionalização” e uma segunda versão declara, por outro lado, faz a “vinculação conceitual necessária de *todo* sistema jurídico à moral em virtude da constitucionalização”²⁹⁸.

²⁹⁵ “[...] *positivismo metodológico y conceptual, que afirma la tesis según la cual es siempre posible identificar y describir el Derecho como es, y distinguirlo por tanto del Derecho como debería ser*”. COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. In: CARBONELL, Miguel (org). **Neoconstitucionalismo(s)**. p. 87.

²⁹⁶ “[...] *el Derecho presenta virtudes morales y la moral presenta virtudes jurídicas hasta el punto de que la moral se ha convertido, como ha señalado en tono crítico Cortina, en una «forma deficiente de Derecho» y el Derecho – cabría añadir – se ha convertido en una forma deficiente de moral*”. GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. La teoría del derecho en tiempos de constitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel (org). **Neoconstitucionalismo(s)**. p. 160.

²⁹⁷ “[...] *la constitucionalización del sistema jurídico demuestra la existencia de una relación conceptual necesaria entre Derecho y moral. En consecuencia, la constitucionalización del sistema jurídico invalida el positivismo jurídico metodológico*”. GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. La teoría del derecho en tiempos de constitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel (org). **Neoconstitucionalismo(s)**. p. 172.

²⁹⁸ “*CM1 declara la vinculación conceptual necesaria de los sistemas jurídicos constitucionalizados a la moral en virtud de su constitucionalización. CM2 declara en cambio la vinculación conceptual necesaria de todo sistema jurídico a la moral en virtud de la constitucionalización*”. GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. La teoría del derecho en tiempos de constitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel (org). **Neoconstitucionalismo(s)**. p. 172.

A primeira versão, que García Figueroa intitula de “Teorias particulares do Direito”, está intimamente vinculada à teoria de Ronald Dworkin que “reconhece abertamente que sua teoria é particular, isto é, se circunscreve singularmente ao Direito norte-americano e, ademais, afirma a vinculação deste à moral”. Esta versão perde sua “virtualidade antipositivista, pois divide implicitamente os sistemas jurídicos entre os vinculados à moral (por via constitucional neste caso) e os não vinculados à moral”, tornando contingente a relação entre Direito e moral, que “é precisamente o que sempre sustentou o positivismo”²⁹⁹.

Por outro lado a segunda versão, destacada pelo autor, “se expressa através de um enunciado universal: *todos* os sistemas jurídicos estão vinculados à moral em virtude da constitucionalização”³⁰⁰. Contudo, se reconhece que a constitucionalização não alcançou todos os sistemas jurídicos, por esta razão não pode, esta segunda versão do Constitucionalismo metodológico, “aspirar a determinar conseqüências conceituais, pois não pode fundamentar a vinculação de todo sistema jurídico à moral através da constatação de uma constitucionalização, que é meramente contingente”³⁰¹.

²⁹⁹ “*Teorías particulares del Derecho [...] El carácter interpretativo, evaluativo y particular (no general) son los rasgos de la teoría de Dworkin más contrastados con la haitiana y destacados por el propio H. L. Hart en su postscript a The Concept of Law [1961], Claredon, Oxford, 1994, pp. 238-276, aquí p. 240 [...] reconoce abiertamente que su teoría es particular, es decir, se circunscribe singularmente al Derecho norteamericano y, además, afirma la vinculación de éste a la moral [...] Sea como fuere, si CM1 no justifica ambas premisas satisfactoriamente, entonces pierde toda virtualidad antipositivista, pues divide implícitamente los sistemas jurídicos entre los vinculadas a la moral (por vía constitucional en su caso) y los no vinculados a la moral. De este modo, la relación entre Derecho y moral deviene contingente, que es precisamente lo que siempre ha sostenido el positivismo jurídico*”. GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. La teoría del derecho en tiempos de constitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel (org). **Neoconstitucionalismo(s)**. p. 172-173.

³⁰⁰ “La versión CM2 se expresa a través de un enunciado universal: *todos* los sistemas jurídicos están vinculados a la moral en virtud de la constitucionalización”. GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. La teoría del derecho en tiempos de constitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel (org). **Neoconstitucionalismo(s)**. p. 174.

³⁰¹ “*Y si no todos los sistemas jurídicos están constitucionalizados, entonces CM2 no puede aspirar a determinar consecuencias conceptuales, pues no puede fundar la vinculación de todo sistema jurídico a la moral a través de la constatación de una constitucionalización, que es meramente contingente*”. GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. La teoría del derecho en tiempos de constitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel (org). **Neoconstitucionalismo(s)**. p. 174.

De tal forma, para se tornar eficaz, o Constitucionalismo metodológico deve considerar a “propriedade *disposicional*”³⁰² à constitucionalização dos ordenamentos jurídicos, isto é, sua “*constitucionalizabilidade*”.

A constitucionalização dos sistemas jurídicos deixaria de ser uma mera figura da relação Direito e moral para converter-se em uma confirmação: sob certas circunstâncias, o sistema jurídico reage constitucionalizando-se³⁰³.

O Constitucionalismo metodológico, assim, demonstra que a vinculação entre Direito e moral decorre da constitucionalização do ordenamento jurídico. Entretanto, ainda que tal não ocorra efetivamente, a característica fundamental do Neoconstitucionalismo estaria na sua “propriedade disposicional” de constitucionalização ou “constitucionalizabilidade”.

2.6 PROPRIEDADES DO NEOCONSTITUCIONALISMO

Susanna Pozzolo apresenta como traços caracterizadores do neoconstitucionalismo os seguintes:

a) a adoção de uma noção específica de Constituição que foi denominada ‘modelo prescritivo de Constituição como norma’; b) a defesa da tese segundo a qual o direito é composto (também) de princípios, c) a adoção da técnica interpretativa denominada ‘ponderação’ ou ‘balanceamento’; d) a consignação de tarefas de

³⁰² “*Como es sabido, una propiedad es disposicional cuando hace referencia a la disposición de algún objeto que se actualiza bajo ciertas circunstancias. Por ejemplo, la solubilidad en agua es una propiedad disposicional de la sal. La sal presenta la disposición a disolverse en agua. Esto no significa que toda la sal de la tierra se halle disuelta en agua, sino que hay algo en su estructura que la lleva a disolverse en caso de que la sumerjamos en el líquido*”. GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. La teoría del derecho en tiempos de constitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel (org). **Neoconstitucionalismo(s)**. p. 175.

³⁰³ “*La constitucionalización de los sistemas jurídicos dejaría de ser una mera ilustración de la relación entre derecho y moral para convertirse en una confirmación: bajo ciertas circunstancias, el sistema jurídico reacciona constitucionalizándose*”. GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. La teoría del derecho en tiempos de constitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel (org). **Neoconstitucionalismo(s)**. p. 175.

integração à jurisprudência e de tarefas pragmáticas à Teoria do Direito³⁰⁴.

O rol de propriedades é ampliado por Écio Oto Ramos Duarte que atribui ao paradigma neoconstitucionalista onze propriedades e teses, a seguir resumidos.

A primeira é a do “pragmatismo”³⁰⁵, que verifica a existência de diversos conceitos de Direito possíveis e afirma que “a seleção pode obedecer à utilidade que reporte cada um deles, o qual comporta uma relativização importante de um pressuposto JP (paradigma jusnaturalista-positivista)”³⁰⁶.

A segunda propriedade do neoconstitucionalismo diz respeito ao “ecletismo (sincretismo) metodológico”, exigindo um meio termo entre “a orientação analítica e a hermenêutica fazendo depender a exegese e aplicação jusfundamental de um conjunto de metodologias que se intercomunicam”³⁰⁷.

O “princípioalismo”, sua terceira propriedade, que se fundamenta na distinção entre princípios e regras bem como nos argumentos da

³⁰⁴ POZZOLO, Susanna. Neoconstitucionalismo como *último* desafio ao positivismo: a reconstrução neoconstitucionalista da teoria do direito: suas incompatibilidades com o positivismo jurídico e a descrição de um novo modelo. In: DUARTE, Écio Oto Ramos; _____. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**: as faces da teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição. p. 79.

³⁰⁵ “[...] o sentido do pragmatismo se evidenciaria quando a determinação do conceito de direito se torna como ponto útil e, portanto, orientando à prática”. DUARTE, Écio Oto Ramos. Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: uma introdução ao neoconstitucionalismo e às formas atuais do positivismo jurídico. In: _____. POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**: as faces da teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição. p. 64.

³⁰⁶ DUARTE, Écio Oto Ramos. Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: uma introdução ao neoconstitucionalismo e às formas atuais do positivismo jurídico. In: _____. POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**: as faces da teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição. p. 65.

³⁰⁷ DUARTE, Écio Oto Ramos. Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: uma introdução ao neoconstitucionalismo e às formas atuais do positivismo jurídico. In: _____. POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**: as faces da teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição. p. 65.

correção e da injustiça, estabelece fundamentação de ordem constitucionalista para aceitar a tese da conexão do Direito com a moral³⁰⁸.

Esta conexão é expressada em nível do neoconstitucionalismo através dos princípios jusfundamentais que servem como pautas morais e jurídicas para a correção dos argumentos jusfundamentais. Os princípios – verdadeiras pautas axiológico-jurídicas de procedimento para a resolução dos conflitos normativos em âmbito jusfundamental – exigiriam, portanto, da teoria jurídica, a judiciosa elaboração de uma teoria dos princípios capaz de dar conta dos parâmetros de controle racional das ponderações que constantemente são realizadas³⁰⁹.

A quarta propriedade versa sobre o “estatalismo garantista” que consiste “no fato de que é imperiosamente necessário para a consecução da segurança jurídica no meio social que os conflitos sejam solucionados por intermédio de instituições estatais”, de forma que o Estado se destina “à realização dos direitos humanos e como unidade institucional para a garantia da paz e justiça social”³¹⁰, ressaltando a importância da existência de meios que possibilitem a garantia da tutela dos direitos fundamentais.

A existência de um “judicialismo ético-jurídico”, sua quinta propriedade, denuncia

[...] o equívoco da tese da discricionariedade judicial própria do positivismo jurídico clássico (é dizer, no sentido forte), a tese neoconstitucionalista do judicialismo ético-jurídico propugna que a dimensão de justiça pretendida pela aplicação judicial comporta a conjunção de elementos éticos aos elementos estritamente

³⁰⁸ DUARTE, Écio Oto Ramos. Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: uma introdução ao neoconstitucionalismo e às formas atuais do positivismo jurídico. In: _____; POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**: as faces da teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição. p. 65-66.

³⁰⁹ DUARTE, Écio Oto Ramos. Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: uma introdução ao neoconstitucionalismo e às formas atuais do positivismo jurídico. In: _____; POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**: as faces da teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição. p. 66.

³¹⁰ DUARTE, Écio Oto Ramos. Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: uma introdução ao neoconstitucionalismo e às formas atuais do positivismo jurídico. In: _____; POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**: as faces da teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição. p. 66-67.

jurídicos, confluindo, portanto, à fixação da tese da conexão entre direito e moral³¹¹.

A sexta perspectiva versa sobre o “interpretativismo moral-constitucional”, pressupondo do intérprete uma “leitura moral da Constituição, resultante de uma interpretação construtiva dos valores constantes do regime democrático” acarretando na “redução do discurso jurídico (raciocínio jurídico) ao discurso moral (raciocínio moral)” com o objetivo de se efetivar os “valores morais da pessoa humana” na aplicação da Constituição³¹².

Sob uma perspectiva do “pós-positivismo”, o Neoconstitucionalismo busca não apenas a “mera descrição da organização do poder ou de como funciona o direito positivo” mas constituindo “um modelo ideal – axiológico-normativo do direito – ao qual o direito positivo deveria tender” se opondo “à neutralidade e à função descritiva” recepcionando “a iniludível intervenção dos juízos de valor na análise do direito e a prioridade do caráter prático da ciência jurídica”³¹³.

O Neoconstitucionalismo propõe, para a solução dos casos difíceis um “juízo de ponderação”, seu oitavo elemento.

A exigência de ponderação entre os princípios constitucionais revela, no plano metodológico e dos critérios de interpretação no neoconstitucionalismo, a insuficiência dos tradicionais critérios utilizados para resolver as antinomias normativas (hierárquico, cronológico, especialidade) e indica que no quadro atual existem antinomias que apresentam uma particular importância na esfera constitucional, justamente porque as Constituições atuais são

³¹¹ DUARTE, Écio Oto Ramos. Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: uma introdução ao neoconstitucionalismo e às formas atuais do positivismo jurídico. In: _____; POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**: as faces da teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição. p. 67.

³¹² DUARTE, Écio Oto Ramos. Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: uma introdução ao neoconstitucionalismo e às formas atuais do positivismo jurídico. In: _____; POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**: as faces da teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição. p. 68.

³¹³ DUARTE, Écio Oto Ramos. Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: uma introdução ao neoconstitucionalismo e às formas atuais do positivismo jurídico. In: _____; POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**: as faces da teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição. p. 68-69.

documentos com um forte conteúdo material de princípios e direitos substantivos que não respondem a um esquema homogêneo e fechado de moralidade e filosofia política³¹⁴.

A nona tese do Neoconstitucionalismo diz respeito à “especificidade interpretativa”, decorrente do processo de constitucionalização do Direito, no qual a interpretação constitucional possibilita “atribuir significado às disposições constitucionais, e em primeiro lugar àquelas principiológicas, deve-se referir a uma tese moral” isto porque “a linguagem constitucional não é interpretável com os instrumentos comumente utilizados para a interpretação do direito infraconstitucional”³¹⁵.

A “ampliação do conteúdo da GRUNDNORM” é a décima perspectiva apresentada por Écio Oto Ramos Duarte

Ultrapassando o esquema positivista kelseniano, que fundamenta a validade de todas as normas a partir de uma norma fundamental completamente neutra, no que respeita ao seu conteúdo, o neoconstitucionalismo defende que a obrigatoriedade jurídica assumida em função da Constituição se deve à inclusão, no conceito de *grundnorm*, de conteúdos morais. A partir do ‘argumento da injustiça’, ‘segundo o qual normas extremamente injustas não podem ter o caráter de normas jurídicas’, é introduzida na formulação da norma fundamental uma cláusula que leva em conta o argumento da injustiça refletindo implícita ou explicitamente uma pretensão de correção de todo o sistema de normas³¹⁶.

³¹⁴ DUARTE, Écio Oto Ramos. Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: uma introdução ao neoconstitucionalismo e às formas atuais do positivismo jurídico. In: _____; POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**: as faces da teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição. p. 70.

³¹⁵ DUARTE, Écio Oto Ramos. Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: uma introdução ao neoconstitucionalismo e às formas atuais do positivismo jurídico. In: _____; POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**: as faces da teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição. p. 71.

³¹⁶ DUARTE, Écio Oto Ramos. Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: uma introdução ao neoconstitucionalismo e às formas atuais do positivismo jurídico. In: _____; POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**: as faces da teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição. p. 71-72.

Por último, tem-se o neoconstitucionalismo como “conceito não-positivista de direito”. A concepção não-positivista extrapola o conceito positivista ao passo que eleva “a obrigação jurídica à realização aproximativa de um ideal moral”³¹⁷.

Assim, o neoconstitucionalismo concebe a Constituição não apenas uma força formal de validade, mas também uma “densidade material normativa”, elevando o “conceito de direito a uma dimensão ou âmbito de fundamentação que qualifica a validez das normas jurídicas desde um grau mínimo de justificação ética”³¹⁸.

Compreendendo seus elementos, insta-se como necessário compará-los ao positivismo jurídico e analisar sua virtual incompatibilidade, o que se fará no próximo Capítulo.

³¹⁷ *Apud* DREIER, Ralf. *Derecho y justicia*. In: DUARTE, Écio Oto Ramos. Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: uma introdução ao neoconstitucionalismo e às formas atuais do positivismo jurídico. In: _____; POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**: as faces da teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição. p. 72.

³¹⁸ DUARTE, Écio Oto Ramos. Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: uma introdução ao neoconstitucionalismo e às formas atuais do positivismo jurídico. In: _____; POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**: as faces da teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição. p. 72.

CAPÍTULO 3

NEOCONSTITUCIONALISMO E POSITIVISMO JURÍDICO

3.1 NEOCONSTITUCIONALISMO COMO TEORIA CAPAZ DE SE CONTRAPOR AO POSITIVISMO

Evidencia-se, por tudo o que até aqui já foi exposto, que o Neoconstitucionalismo é oriundo das transformações do Estado de Direito, especialmente pelo surgimento do Estado constitucional de Direito. Coloca em evidência a Constituição, que, através da exaltação de princípios com conteúdo moral, liga o Direito à moral com vistas à garantia dos direitos fundamentais. Neste particular, a interpretação constitucional vai exigir do jurista tarefas que vão além da mera descrição da norma jurídica, exigindo, por exemplo, a ponderação no caso de conflito entre princípios constitucionais. Estas constatações decorrem da própria constitucionalização do ordenamento jurídico.

A Constituição, na doutrina Neoconstitucionalista, efetivamente designa um conjunto de regras jurídicas positivas fundamentais, e esta característica decorre de seu conteúdo e “não em razão de quem redigiu o documento”. Desta forma, a norma moral é aceita por seu conteúdo e não por sua origem, de tal modo que a justificação jurídica de toda ação ou decisão judicial seria, em última instância, necessariamente moral³¹⁹.

Aceitando-se da moral como parte integrante da um sistema jurídico, o termo Neoconstitucionalismo é apresentado como “um certo modo

³¹⁹ “«Constitución» designa aquel conjunto de reglas jurídicas positivas, fundamentales respecto a las demás reglas del conjunto, pero que pasan a ser «constitución» en razón del particular contenido que expresan, y no en razón del sujeto que ha redactado el documento. La adopción de este modelo constitucional se conjuga con el interés principal de la doctrina neoconstitucionalista. [...] En efecto, una norma moral se acepta en virtud de su contenido y no por su génesis; ella sola, por tanto, constituye la justificación última de una acción o de una decisión. La justificación jurídica, pues, es en última instancia necesariamente moral.” POZZOLO, Susanna. Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional. **Doxa**. Cuadernos de Filosofía del Derecho. n 21-II. Alicante: Universidad de Alicante, 1998. p. 342-343.

antijuspositivista de se aproximar do direito” bem como “uma política constitucional: que indica não como o direito é, mas, como o direito deve ser”³²⁰.

Estas constatações decorrem, em grande parte, do papel que os princípios desempenham na contraposição ao positivismo jurídico. Conceituar os princípios como “normas morais positivadas” faz com que eles exercitem uma função essencial na justificação do Direito, pois “permitem a passagem do discurso jurídico à moral fornecendo, em última instância, a justificação última das decisões jurídicas”³²¹.

Por tais razões, a regra de reconhecimento³²² hartiana deve, sob o prisma do neoconstitucionalismo, ser revista. De acordo com Susanna Pozzolo, é necessário “modificar a regra de reconhecimento e aceitar o fato de que, em certos casos, e dado que os princípios são jurídicos, o direito é considerado válido não em razão de um teste de pedigree senão em razão de um teste moral”. Assim, não haveria como observar a validade de uma norma apenas por sua origem, mas, senão, por seu conteúdo³²³.

Neste sentido, “também a ciência jurídica deve assumir responsabilidades morais”, ou seja, não deve simplesmente limitar-se a descrever

³²⁰ DUARTE, Écio Oto Ramos. Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: uma introdução ao neoconstitucionalismo e às formas atuais do positivismo jurídico. In: _____; POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**: as faces da teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição. p. 77-78.

³²¹ “*La conceptualización de los principios como normas morales positivadas conduce a sostener que la regla de reconocimiento iuspositivista -regla que, como es sabido, se identifica sobre la base de un análisis de la génesis de las normas del ordenamiento- no está en condiciones de dar cuenta de estos estándares normativos o, mejor dicho, está en condiciones de reconocer sólo algunos de ellos. Los principios son, empero, fundamentales a nivel de justificación: permiten el paso del discurso jurídico al moral proveyendo, en última instancia, la justificación última de las decisiones jurídicas.*” POZZOLO, Susanna. Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional. **Doxa**. Cuadernos de Filosofía del Derecho. p. 343.

³²² Sobre a regra de reconhecimento ver item 1.3.2 desta pesquisa. Destaca-se que “*para Hart, la regla de reconocimiento (RR) sí es una norma positiva, pero no una norma promulgada, sino una regla social convencional tácitamente aceptada por los jueces.*” GUASTINI, Riccardo. Bobbio sobre la norma fundamental y la regla de reconocimiento. In: _____; COMANDUCCI, Paolo. **Analisi e diritto**. ricerche di giurisprudenza analitica. p. 203.

³²³ “*Es preciso, pues, modificar la regla de reconocimiento y aceptar el hecho de que, en ciertos casos, y dado que los principios son jurídicos, el derecho es considerado válido no en razón de un test de pedigree sino en razón de un test moral, el cual, por definición, no se basa en la génesis de los principios sino en su contenido.*” POZZOLO, Susanna. Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional. **Doxa**. Cuadernos de Filosofía del Derecho. p. 343.

o direito, especialmente no que tange às normas constitucionais, porquanto são superiores ou fundamentais em relação às demais regras. Assim o neoconstitucionalismo é incompatível com o positivismo jurídico em seu caráter descritivo. Para que a ciência possa cumprir a “tarefa de reformular e reconstruir o ordenamento jurídico” e, com isso, auxiliar na solução de problemas oriundos da aplicação e interpretação, esta “deve usar conceitos normativos, conceitos que sem serem formulados numa perspectiva descritiva levem em consideração o conteúdo obrigatório do direito”³²⁴.

A contraposição do Neoconstitucionalismo frente ao positivismo, de acordo com Lenio Streck, está evidenciada a partir de três constatações:

a) o neoconstitucionalismo é incompatível com o positivismo ideológico, porque este sustenta que o direito positivo, pelo simples fato de ser positivo, é justo e deve ser obedecido, em virtude de um dever moral. Como contraponto, o neoconstitucionalismo seria uma “ideologia política” menos complacente com o poder; b) o neoconstitucionalismo não se coaduna com o positivismo enquanto teoria, estando a incompatibilidade, neste caso, na posição soberana que possui a lei ordinária na concepção positivista. No Estado constitucional, pelo contrário, a função e a hierarquia da lei têm um papel subordinado à Constituição, que não é apenas formal, e, sim, material; c) [...] o positivismo [...] separou o direito e a moral expulsando esta do horizonte jurídico. Tal separação, e a conseqüente afirmação de que o direito pode ser estudado simplesmente como fato social por um observador neutro, determinaria a incompatibilidade, já que, o direito do Estado

³²⁴ “Siguiendo esta línea doctrinal, también la ciencia jurídica debe asumir responsabilidades morales. No puede limitarse a una descripción del derecho. Si hiciera esto último, en efecto, no sería de ninguna utilidad para la práctica jurídica, ya que no podría proveer un esquema conceptual de justificación de las decisiones. La doctrina neoconstitucionalista rechaza, por tanto, la adopción de un modelo descriptivo de la norma constitucional; modelo en el que «constitución» denota un conjunto de reglas jurídicas positivas consideradas respecto a las demás reglas, superiores o fundamentales. El rechazo del uso de este modelo se debe a su carácter descriptivo, y por eso mismo, incapaz de proveer razones para actuar. [...] Si la ciencia tiene la tarea de reformular y reconstruir el ordenamiento jurídico, ayudando de este modo a los juristas prácticos a solucionar los problemas que surgen de la interpretación y la aplicación del derecho, debe usar conceptos normativos, conceptos que sin ser formulados en una perspectiva descriptiva tomen en consideración el contenido obligatorio del derecho.” POZZOLO, Susanna. Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional. **Doxa**. Cuadernos de Filosofía del Derecho. p. 344.

constitucional necessária, para ser estudado e compreendido, de uma tomada de postura moral, enfim, requereria uma atitude ética³²⁵.

Entretanto, para compreender melhor tais posicionamentos, tem-se como necessário esclarecer qual positivismo jurídico está se tratando, pois é possível falar em classes de positivismo. Esta é também a preocupação de Susanna Pozzolo, que questiona qual positivismo está em referência: “o positivismo inclusivo ou positivismo exclusivo ou positivismo positivo ou positivismo negativo ou *soft positivism*”. Diante desta variedade questiona se “há pelo menos um, se revela mais adequado a embasar os sistemas jurídicos das democracias constitucionais ocidentais”³²⁶.

Diante desta constatação, e conforme prenunciado ao longo do Capítulo 1, é imprescindível investigar o positivismo jurídico um pouco mais realizando as respectivas contraposições ao neoconstitucionalismo.

3.1.1 Positivismo jurídico clássico *versus* Neoconstitucionalismo

Écio Oto Ramos Duarte, citando Rafael Escudero³²⁷, classifica o positivismo jurídico em dois grandes grupos: “o positivismo jurídico com qualificativos e o positivismo jurídico sem qualificativos”.

³²⁵ STRECK, Lenio Luiz. A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo. In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (orgs). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**. p. 155.

³²⁶ “*Muovendo dalla ‘grande divisione’ fra giusnaturalismo e giuspositivismo io scelgo il secondo; oggi giorno, però, questa scelta non rappresenta affatto una soluzione, anzi. Quale giuspositivismo? La domanda, certo, può anche apparire oramai retorica, ma d’altronde è sempre più fondata: positivismo inclusivo o positivismo esclusivo o positivismo negativo o positivismo positivo o soft positivism o...? Dinanzi alla varietà di positivismi possibili, resta irrisolta la questione circa quale di essi, sempreché almeno uno ve ne sia, si riveli più adatto a dar conto dei tratti fondamentali degli ordinamenti giuridici delle democrazie costituzionali occidentali.*” POZZOLO, Susanna. Inclusive positivism: alcune critiche. **Diritto & questioni pubbliche**. Palermo: Università di Palermo. n. 1, 2001, p. 163.

³²⁷ ESCUDERO, Rafael. *Los calificativos del positivismo jurídico*. El debate sobre la incorporación de la moral. Madrid: Thomson-Civitas. Cuadernos Civitas, 2004, *apud* DUARTE, Ecio Oto Ramos. Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: uma introdução ao neoconstitucionalismo e às formas atuais do positivismo jurídico. In: _____; POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**: as faces da teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição. p. 29.

Tem-se, desta forma, no grupo do positivismo sem qualificativos, a manutenção das teses hartianas³²⁸ da “separação conceitual entre o direito e a moral; a tese das fontes sociais do direito e a tese da discricionariedade judicial”. Neste grupo afasta-se a “moral, enquanto instância valorativa, dos mecanismos de identificação do direito, que rechaça o critério material de validade normativa aceita, sem nenhum problema, uma margem de discricionariedade judicial em sentido forte”³²⁹.

Pozzolo identifica o positivismo hartiano com a classificação de Norberto Bobbio de positivismo jurídico metodológico³³⁰. Este modelo possibilita a delimitação do objeto e a função da investigação, o que se dá pela “nítida demarcação entre o direito real e o ideal, ou seja, entre direito como fato e direito como valor, constitui uma fronteira do campo, identificando no primeiro o objeto da investigação”. Entretanto, esta delimitação acarreta uma “atitude descritiva, avaliativa do justeórico, o que impede a confusão entre as suas próprias preferências éticas e a análise do objeto direito”, o que levou diversos teóricos a negar “a ligação conceitual entre direito e moral”, reivindicando que, cientificamente, tal negativa seria inerente a este tipo de positivismo³³¹.

Este modelo sofreu diversas críticas, pois “limita a pretensão científica da teoria jurídica tão-só a aspectos descritivos do fenômeno jurídico”, tornando “inviável qualquer perspectiva de justificação do fenômeno jurídico sob o

³²⁸ Sobre as teses de Herbert L. A. Hart ver a parte final do item 1.3.1 desta pesquisa.

³²⁹ DUARTE, Écio Oto Ramos. Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: uma introdução ao neoconstitucionalismo e às formas atuais do positivismo jurídico. In: _____; POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**: as faces da teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição. p. 31.

³³⁰ Sobre o positivismo jurídico como método ver item 1.3 desta pesquisa.

³³¹ “*Per un verso, infatti, la netta demarcazione fra diritto reale e diritto ideale, ossia fra diritto come fatto e diritto come valore, rappresenta una delimitazione di campo, individuando nel primo l’oggetto dell’indagine, per altro verso, la stessa demarcazione implica l’adozione di un atteggiamento descrittivo, avalutativo del giusteórico, che impedisce la confusione fra le proprie preferenze etiche e l’analisi dell’oggetto diritto. A partire da questa concettualizzazione, i teorici giuspositivisti hanno in vario modo negato la connessione concettuale fra diritto e morale, così rivendicato l’aspetto scientifico insito in questo tipo di positivismo*”. POZZOLO, Susanna. Inclusive positivism: alcune critiche. **Diritto & questioni pubbliche**. p. 164.

prisma de uma teoria positivista com caráter normativo (a força normativa dos princípios)”³³².

A separação da moral do Direito estaria relacionada à segurança jurídica, pois no momento de “determinar o conteúdo de normas jurídicas nas quais se apela a conceitos de índole moral, onde pode coexistir uma pluralidade de significados” acarretaria “uma importante margem de incerteza”³³³.

Tomasz Gizbert-Studnicki e Tomasz Pietrzykowski esclarecem a postura positivista na determinação de conteúdos morais. Afirmam que os ordenamentos possuem “*standards* morais”, tais como “justiça social”, “políticas públicas”, “boa fé” entre outros, que freqüentemente estão contidos nas leis. Diante destes “*standards*” o juiz está obrigado a enfrentá-los e devendo dar-lhes conteúdo, extrapolando assim o limite da lei. Numa visão positivista, o conteúdo destes “*standards* morais” possuem uma “textura aberta” da qual decorre a tese da discricionariedade, pela qual o juiz, na aplicação ao caso concreto, pode tomar qualquer decisão a partir destes conceitos que estará de acordo com o Direito³³⁴.

Neste âmbito, qualquer decisão do juiz poderia ser criticada como injusta, indevida, etc., mas não como antijurídica (inclusive se, na esfera processual, um tribunal superior deparando-se com uma

³³² DUARTE, Écio Oto Ramos. Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: uma introdução ao neoconstitucionalismo e às formas atuais do positivismo jurídico. In: _____; POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**: as faces da teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição. p. 33.

³³³ ESCUDERO, Rafael. *Los calificativos del positivismo jurídico*. El debate sobre la incorporación de la moral. *apud* DUARTE, Écio Oto Ramos. Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: uma introdução ao neoconstitucionalismo e às formas atuais do positivismo jurídico. In: _____; POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**: as faces da teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição. p. 34.

³³⁴ “[...] *las normas jurídicas se refieren frecuentemente a estándares morales que requieren ser aplicados por los jueces en sus decisiones. [...] Cuando una norma jurídica contiene conceptos de este tipo, el juez, al decidir el caso, está obligado a tener en cuenta los estándares morales a los que se refieren dichos conceptos. El juez se enfrenta en estos casos con el problema de cómo identificar el contenido de esos estándares morales. [...] Los positivistas creen que conceptos tales como ‘Treu und Glauben’, ‘políticas públicas’ o ‘principios de cooperación social’ tienen una textura abierta. De ahí que el juez goce de una reconocida discrecionalidad al decidir los casos. Eb al ámbito de la discreción judicial, cualquier decisión adoptada a partir de dichos conceptos resulta acorde con el Derecho*”. GIZBERT-STUDNICKI, Tomasz; PIETRZYKOWSKI, Tomasz. Positivismo blando y la distinción entre el Derecho... **Doxa**. Cuadernos de Filosofía del Derecho. n 27. Alicante: Universidad de Alicante, 2004. p. 64.

decisão ilegal devido a uma aplicação equivocada de um princípio moral, poderia explicar-se como um exercício de sua própria discricionariedade ao decidir o que seria uma aplicação ‘correta’ da norma em questão). Os *standards* morais a que se referem ditos conceitos são extra-jurídicos. Por isto, no âmbito da decisão judicial não se pode recorrer a um determinado *standard* moral para demonstrar que a decisão é antijurídica³³⁵.

Concluem os estudiosos da Universidade de Cracóvia, que esta forma tradicional do positivismo não possui a capacidade de, como teoria do Direito, explicar como funciona na prática o Direito bem como de “oferecer uma explicação convincente das relações entre Direito e moral”³³⁶.

Ronald Dworkin se opõe pontualmente às teses de Herbert L. A. Hart. Moreso resume estas críticas pontuais da seguinte forma: contra a tese das fontes sociais afirma que existem *standards* de aplicação legal que não possuem origem social, cuja validade não depende do teste de *pedigree*, tais como os princípios; contra a tese da separação, afirma que tais *standards* são válidos devido a sua validade moral, e contra a tese da discricionariedade, menciona que os juízes não possuem discricionariedade (que em última instância representaria uma falta de critério para orientar suas decisões)³³⁷.

³³⁵ “En este ámbito, cualquier decisión del juez podría criticarse como injusta, indebida, etcétera, pero no como antijurídica (incluso si, en el marco de un proceso, un tribunal superior encontrara que se trata de una decisión ilegal debido a una aplicación equivocada de un principio moral, podría explicarse como un ejercicio de su propia discrecionalidad al decidir lo que sería una aplicación ‘correcta’ de la norma en cuestión). Los estándares morales a los que se refieren dichos conceptos son extra-jurídicos. Por ello, en el ámbito de la decisión judicial no puede apelarse a un determinado estándar moral para demostrar que la decisión es antijurídica” GIZBERT-STUDNICKI, Tomasz; PIETRZYKOWSKI, Tomasz. Positivismos blando y la distinción entre el Derecho... **Doxa**. Cuadernos de Filosofía del Derecho. p. 64-65.

³³⁶ “Si la función de una teoría del Derecho consiste en dar cuenta de cómo funciona el Derecho o, en otras palabras, cómo puede ser explicada la práctica Derecho, creemos que el positivismo tradicional (incluso en la sofisticada versión hartiana) no es capaz de llevar a cabo estas tareas y, en particular, de ofrecer una explicación convincente de las relaciones entre el Derecho y la moral” GIZBERT-STUDNICKI, Tomasz; PIETRZYKOWSKI, Tomasz. Positivismos blando y la distinción entre el Derecho... **Doxa**. Cuadernos de Filosofía del Derecho. p. 79.

³³⁷ “As it is well-known, in the last thirty years, these theses have been the target of a continuous criticism by Ronald Dworkin. Against the Social Sources Thesis, Dworkin contends that there are applicable legal standards (i.e., principles) which have no social origin (their validity does not depend on their pedigree). This entails, in contrast with the Separability Thesis, the existence of legally valid standards in virtue of their moral validity. This conception leads to the thesis that judges have no discretion (in a strong sense, as lack of criteria to guide their decisions). [...] Some fundamental steps of this criticism are Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously* (London:

Susanna Pozzolo, utilizando-se das concepções de Bobbio, sobre o positivismo jurídico, compara as razões de incompatibilidade entre este e o Neconstitucionalismo.

Enquanto ideologia a incompatibilidade estaria no fato de que “o positivismo ideológico sustenta que o Direito positivo, pelo próprio fato de ser positivo, é justo e deve ser obedecido, em virtude de um dever moral” já por outro lado o neoconstitucionalismo se apresenta como “a ideologia política menos complacente com o poder”³³⁸.

Como teoria, a incompatibilidade está na “posição da lei ordinária na conceituação juspositivista”, pois no Estado Constitucional a subordinação da lei ordinária à Constituição está tanto em sua função, em sua hierarquia como também em seu conteúdo. “Seriam, de fato, os princípios de justiça constitucional os que determinariam a direção que deveria tomar o Direito positivo”³³⁹.

A separação entre Direito e moral evidencia a contraposição do positivismo metodológico e o Constitucionalismo.

Esta separação, e a conseguinte afirmação de que o Direito pode ser estudado simplesmente como fato social por um observador neutro, determinaria a incompatibilidade, já que o Direito do Estado constitucional necessitaria, para ser estudado e compreendido, de uma tomada de postura moral, requereria uma atitude ética³⁴⁰.

Duckworth, 1977); A Matter of Principle (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1985); Law's Empire (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1986).” MORESO, José J. In defense of Inclusive Legal Positivism. **Diritto & questioni pubbliche**. p. 100.

³³⁸ “«Juspositivismo como ideología» versus constitucionalismo. La incompatibilidad entre estos dos «objetos» sería total y evidente. El positivismo ideológico sostiene que el Derecho positivo, por el solo hecho de ser positivo, es justo y debe ser obedecido, en virtud de un deber moral el constitucionalismo parece, por el contrario, la ideología política menos complaciente con el poder”. POZZOLO, Susanna. Un constitucionalismo ambiguo. In: CARBONELL, Miguel (org). **Neoconstitucionalismo(s)**. p. 194.

³³⁹ “Serían, de hecho, los principios de justicia constitucional los que determinarían la dirección que debería tomar el Derecho positivo”. POZZOLO, Susanna. Un constitucionalismo ambiguo. In: CARBONELL, Miguel (org). **Neoconstitucionalismo(s)**. p. 194.

³⁴⁰ “Esta separación, y la consiguiente afirmación de que el Derecho puede ser estudiado simplemente como hecho social por un observador neutral, determinaría la incompatibilidad, ya

Diante destes aspectos se reconhece que o moderno paradigma do Constitucionalismo é “incompatível com uma aplicação mecânica das normas e obriga o intérprete a realizar constantes ponderações para poder concretizar tais valores de forma que afetem as circunstâncias do caso”³⁴¹.

Eduardo Ribeiro Moreira, na apresentação que faz do neoconstitucionalismo, afirma que este se distancia das demais teorias do Direito em três aspectos: por se opor ao positivismo na separação entre Direito e moral; por se fundar “em propostas de incremento de racionalidade, como a festejada ponderação”, e; por não negligenciar “o realismo jurídico e a sua dimensão sociológica”³⁴². Resumindo temáticas de contraposições do neoconstitucionalismo e as teorias tradicionais do Direito, o autor as coloca da seguinte forma:

Tema	Como é tratado pelas Teorias Tradicionais do Direito	Como é tratado pelo Neoconstitucionalismo
Sociedade	Homogênea	Plural e Global
Moral	Monista, (sem correlação com o direito no positivismo jurídico) ou dos Valores (absoluta no jusnaturalismo)	Construtivista, com Parâmetros de Racionalidade Prática e Pretensão de Correção, que vai guiar todo o discurso jurídico e romper com a ordem daquilo que é.
Política	Estado de Direito (com especial atenção à coerção exercida pelo Poder Judiciário e aos atos do poder público)	Estado Constitucional (acrescenta uma especial atenção para as emanções do poder constituinte e constituído – reformas constitucionais – e para o papel desempenhado pelo Tribunal Constitucional. Em primeiro plano,

que el Derecho del Estado constitucional necesitaría, para ser estudiado y comprendido, de una toma de postura moral, requeriría una actitud ética”. POZZOLO, Susanna. Un constitucionalismo ambiguo. In: CARBONELL, Miguel (org). **Neoconstitucionalismo(s)**. p. 195.

³⁴¹ “*El nuevo paradigma constitucionalista en el que estamos inmersos resulta incompatible con una aplicación mecánica de las normas y obliga al interprete a realizar constantes ponderaciones para poder concretar tales valores de forma que afecten a las circunstancias del caso*”. RÓDENAS, Ángeles. ¿Qué queda del positivismo jurídico? **Doxa**. Cuadernos de Filosofía del Derecho. n 26. Alicante: Universidad de Alicante, 2003. p. 419.

³⁴² MOREIRA, Eduardo Ribeiro. Neoconstitucionalismo e teoria da interpretação. **Revista Forense**, Rio de Janeiro: Forense, v. 396. p. 90. mar./abr. 2008.

		aparece a constante vigilância em torno dos direitos fundamentais, que permitem o direito como um todo alcançar novo status)
Desenho Institucional das Fontes do Direito	Lei em primeiro plano e demais fontes tidas como secundárias	Primazia da Constituição e da Jurisprudência emanada pelo Tribunal Constitucional
Teoria da Norma	Conjunto de Normas com configurações de regras	Primazia dos princípios preenchidos pela argumentação jurídica. Existência das normas políticas e dos critérios jurídico-procedimentais, além de regras e princípios com morfologia peculiar.
Teoria da interpretação	Regras para interpretação e quando estas não existirem, o intérprete é livre para julgar.	Metodologia constitucional apurada, considerando valores e criando conceitos como a derrotabilidade. Toda interpretação jurídica é interpretação constitucional.
<i>Teoria do Direito</i>	<i>Positivismo (exclusivo ou inclusivo)</i>	<i>Neoconstitucionalismo</i>

Assim, Eduardo Ribeiro Moreira afirma que o Neoconstitucionalismo pode ser entendido, enquanto teoria do Direito capaz de revisar a teoria da norma, da interpretação e das fontes, “suplantando o positivismo, para, percorrendo as transformações teóricas e práticas nos diversos campos jurídicos integrá-las sob uma base útil e transformadora”³⁴³.

A filosofia do direito do neoconstitucionalismo é preocupada: com o cientista do direito conectado ao que ocorre no mundo; com as derivações concretas das leis; com a conexão do direito através de parâmetros de racionalidade e intersubjetivos; com a relação necessária com a moral e com a política, estas guiadas por uma pretensão de correção; com a preocupação de um direito avaliado por critérios de coerência e de proporcionalidade; com o direito

³⁴³ MOREIRA, Eduardo Ribeiro. Neoconstitucionalismo e teoria da interpretação. **Revista Forense**. p. 92-93.

exposto por uma sólida teoria da argumentação, enfim um direito que alcança outros patamares até onde *ele pode ser*³⁴⁴.

Por todos estes aspectos, considerando especialmente o positivismo clássico em seu modelo sem qualificativos, pode-se afirmar que o neoconstitucionalismo é incompatível com este modelo de positivismo, pois o papel valorizado da Constituição no Estado Constitucional de Direito exige mais do cientista jurídico do que apenas descrever as normas prescritas pelo legislador.

Diversas críticas a este modelo de positivismo despertaram o surgimento de outras formas de positivismo, que são objetos dos próximos itens.

3.1.2 Positivismo jurídico exclusivo *versus* Neoconstitucionalismo

As críticas ao positivismo mencionadas anteriormente, despertaram, na literatura contemporânea, a atenção para o âmbito e a interpretação apropriada das teses do positivismo jurídico de Hart, colocando em debate duas formas do positivismo jurídico, positivismo jurídico exclusivo e positivismo jurídico inclusivo³⁴⁵. É a este modelo que Escudero chama de “modelos qualificativos de positivismo jurídico”³⁴⁶.

- 1) *Positivismo jurídico exclusivo*: acentua que, como uma questão de necessidade conceitual, as determinações do direito nunca podem estar em função de considerações morais;
- 2) *Positivismo jurídico inclusivo*: é conceitualmente possível, mas

³⁴⁴ MOREIRA, Eduardo Ribeiro. Neoconstitucionalismo e teoria da interpretação. **Revista Forense**. p. 94.

³⁴⁵ “[...] *in my view, it should be placed the contemporary debate between two forms of legal positivism: Exclusive Legal Positivism (ELP) and Inclusive Legal Positivism (ILP), also called Incorporationism or Soft-Positivism, respectively.*” MORESO, José J. In defense of Inclusive Legal Positivism. **Diritto & questioni pubbliche**. p. 100.

³⁴⁶ ESCUDERO, Rafael. *Los calificativos del positivismo jurídico*. El debate sobre la incorporación de la moral. *appud* DUARTE, Écio Oto Ramos. Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: uma introdução ao neoconstitucionalismo e às formas atuais do positivismo jurídico. In: _____; POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**: as faces da teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição. p. 41.

não é necessário, que determinações do direito possam estar (u)em função de considerações morais.³⁴⁷

Cada um destes modelos trás uma nova roupagem às teses de Hart, especialmente no que diz respeito aos critérios de validade da norma.

O positivismo jurídico exclusivo interpreta as teses hartianas de forma muito assemelhada, destacando-se: na “tese das fontes sociais”, a desnecessidade de se recorrer à moral para identificar a existência e o conteúdo da norma, assim como na “tese da separação” é necessário que a “validade jurídica de uma norma não dependa de sua validade moral”, e acerca da “tese dos limites da lei (ou tese da discricionariedade)” tem-se que “quando a lei recorre à moralidade os juízes necessariamente detêm discricionariedade”³⁴⁸.

Neste modelo de positivismo, que possui (JOSPEH) Joseph Raz como seu maior representante, Écio Oto Ramos Duarte ressalta que é do conceito de “autoridade” que se fundamentam as bases deste modelo. Restringe-se a identificação da norma jurídica a partir de sua natureza autoritativa, de forma que os critérios de legalidade da norma não dependem de seu conteúdo, mas apenas de sua fonte social³⁴⁹.

Desta forma, ao se deparar com disposições normativas vinculadas a conteúdos morais, responde definindo critérios para a regra de reconhecimento: “trata de demonstrar que um sistema jurídico não deve

³⁴⁷ DUARTE, Écio Oto Ramos. Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: uma introdução ao neoconstitucionalismo e às formas atuais do positivismo jurídico. In: _____; POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**: as faces da teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição. p. 42.

³⁴⁸ “ELP interprets the three theses as follows: Ia. *The Social Sources Thesis: the existence and the content of the law in a certain society only depend on a set of social facts, i.e., on a set of actions by the members of such a society, which can be identified without resort to morality.* IIa. *The Separability Thesis : It is necessarily the case that the legal validity of a norm does not depend on its moral validity.* IIIa. *The Limits of the Law Thesis (or the Discretion Thesis): When the law resorts to the morality, judges do necessarily have discretion.*” MORESO, José J. In defense of Inclusive Legal Positivism. **Diritto & questioni pubbliche**. p. 100-101.

³⁴⁹ DUARTE, Écio Oto Ramos. Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: uma introdução ao neoconstitucionalismo e às formas atuais do positivismo jurídico. In: _____; POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**: as faces da teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição. p. 43-44.

incorporar pautas de moralidade dentro de sua regra de reconhecimento³⁵⁰. O tratamento que este modelo dá aos conteúdos morais negam a tese da incorporação da moral pela Constituição.

Quando a Constituição ‘incorpora’ uma consideração moral, tal como a liberdade de expressão, ela estabelece limites ao poder do Congresso e outros criadores de leis para modificar este aspecto de moralidade. As referências às considerações morais nas Constituições não são tipicamente casos de incorporação da moralidade, senão bloqueios à sua exclusão ou modificação pela legislação ordinária³⁵¹.

Desta forma, afirma Moreso, o positivismo jurídico exclusivo igualmente não teria uma resposta satisfatória à descrição da norma, pois “as constituições nas democracias contemporâneas usualmente recorrem a *standards* morais, e a discricionariedade judicial, nestes casos, seria bastante difundida”³⁵².

Dada a proximidade do positivismo jurídico exclusivo com as teses do positivismo clássico, tem-se que as mesmas críticas formuladas pelo neoconstitucionalismo àquele modelo “sem qualificativos” se repetem neste momento, especialmente aquelas decorrentes da separação entre Direito e moral. Mesmo que o positivismo jurídico exclusivo pretenda admitir alguns “critérios morais de legalidade” não se reconhece que tais critérios façam parte do Direito, pois a validade jurídica da norma dependeria exclusivamente de seu *pedigree*³⁵³.

³⁵⁰ DUARTE, Écio Oto Ramos. Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: uma introdução ao neoconstitucionalismo e às formas atuais do positivismo jurídico. In: _____; POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição.** p. 45.

³⁵¹ RAZ, Joseph. Incorporation by law. **Legal Theory**, 10 (2004), p. 12-13. *apud* DUARTE, Écio Oto Ramos. Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: uma introdução ao neoconstitucionalismo e às formas atuais do positivismo jurídico. In: _____; POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição.** p. 46.

³⁵² “*ELP provides an unsatisfactory picture of the law. Provided that constitutions in contemporary democracies often resort to moral standards, judicial discretion would be, in these cases, quite pervasive*” MORESO, José J. In defense of Inclusive Legal Positivism. **Diritto & questioni pubbliche.** p. 101.

³⁵³ IGLESIAS VILA, Marisa. Discreción judicial y positivismo jurídico: Los criterios sustantivos de validez. In SABA R (ed). **Estado de derecho y democracia.** Um debate acerca del rule of law. Buenos Aires: Ediciones del Puerto, 2001, p. 228. *apud* DUARTE, Écio Oto Ramos. Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: uma introdução ao neoconstitucionalismo e às

Diferentemente do positivismo jurídico exclusivo, o positivismo jurídico inclusivo possui uma proposta distinta frente à relação Direito e moral, como se verá a seguir.

3.1.3 Positivismo jurídico inclusivo *versus* Neoconstitucionalismo

Jules L. Coleman afirma que no pós-escrito (*postscript*) à segunda edição de *O Conceito de Direito (The Concept of Law)*, Hart explicitamente defende o “*soft positivism*”, também chamado de positivismo jurídico inclusivo ou, segundo o próprio professor da Universidade de Yale, Incorporacionismo³⁵⁴.

Analisando as três teses do positivismo hartiano, Moreso aponta que as duas primeiras possuem alguma relação conceitual, entretanto a terceira é independente das anteriores:

Ib. A tese das fontes sociais: a existência e o conteúdo do direito numa determinada sociedade dependem de um conjunto de fatos sociais, ou seja, grupo de ações dos membros de determinada sociedade, que pode contingentemente recorrer a *standards* morais, tornando-os legalmente válidos.

IIb. A tese da separação: não é necessário que a validade legal de uma norma dependa de sua validade moral.

IIIb. A tese dos limites da lei (ou tese da discricionariedade): em alguns casos onde a lei recorre à moralidade, ela evidentemente regula determinados comportamentos e, conseqüentemente, não confere qualquer discricionariedade aos juízes.³⁵⁵

formas atuais do positivismo jurídico. In: _____; POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**: as faces da teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição. p. 46.

³⁵⁴ “*With the posthumous publication of the Postscript to the second edition of CL (Concept of Law), Hart has recaptured centre stage. [...] In the Postscript, Hart explicitly embraces ‘soft positivism’ (his label for inclusive positivism, or what I call Incorporationism), apparently settling the issue between inclusive and exclusive legal positivists for Hart’s legacy*”. COLEMAN, Jules. Incorporationism, Conventionality, and the Practical Difference Thesis. In: _____. **Hart’s postscript**: Essays on the postscript to the Concept of Law. Oxford: Oxford University Press, 2001. p. 100.

³⁵⁵ “*Ib. The Social Sources Thesis: the existence and the content of the law in a certain society depend on a set of social facts, i.e., on a set of actions by the members of such a society, which may contingently resort to moral standards, making them legally valid. IIb. The Separability Thesis : It is not necessarily the case that the legal validity of a norm depends on its moral*

Susanna Pozzolo afirma que o positivismo jurídico inclusivo constitui-se em uma das propostas teóricas que exerceu maior influência nos últimos anos. Sustenta que “o juspositivismo se mantém coerente consigo mesmo, incluindo padrões morais, dentre as considerações da regra de reconhecimento”³⁵⁶.

Destaca neste modelo, baseando-se nas propostas de Wilfrid J. Waluchow, que “a moral pode ser um dos critérios adotados na regra de reconhecimento hartiana, sem que isso conduza ao abandono da idéia de separação”³⁵⁷.

Neste sentido, de acordo com o autor canadense citado por Pozzolo, “a moral pode desempenhar um papel na determinação da existência, do conteúdo e do significado da norma válida”. Para tanto, leva em consideração que o Judiciário utiliza-se de princípios morais para resolver e justificar suas decisões, e tal ação constitui “*criação de novo direito*”. Ademais, as próprias constituições referem-se a “princípios e valores morais condicionado a atividade legislativa, sem que isto leve a um abandono da idéia de *separação* entre direito e moral”³⁵⁸.

*validity. IIIb. The Limits of the Law Thesis (or the Discretion Thesis): At least in some of the cases where the law resorts to morality, it clearly regulates certain behaviours and, accordingly, it does not confer any discretion to the judges. [...] In fact, it can be argued that, in all three versions, the first and the second theses have some conceptual relationship, in contrast the third thesis is, in my opinion, conceptually independent from the other two.” MORESO, José J. In defense of Inclusive Legal Positivism. **Diritto & questioni pubbliche**. Palermo: Università di Palermo. n. 1, 2001, p. 102.*

³⁵⁶ “*L’inclusive positivism è una delle proposte teoriche che maggiore influenza ha esercitato nel movimento giuspositivista degli ultimi anni. La sua caratteristica principale risiede nel sostenere che il giuspositivismo resta coerente con se stesso pur includendo standards morali tra quelli considerati dalla regola di riconoscimento.*” POZZOLO, Susanna. Inclusive positivism: alcune critiche. **Diritto & questioni pubbliche**. p. 163.

³⁵⁷ W. J. Waluchow, **Inclusive Legal Positivism**. Oxford: Clarendon Press, 1994. p. 1. *apud* POZZOLO, Susanna. Inclusive positivism: alcune critiche. **Diritto & questioni pubbliche**. p. 163.

³⁵⁸ “*L’argomentazione avanzata da Waluchow – per sostenere la tesi secondo cui la morale può giocare un ruolo nella determinazione dell’esistenza, del contenuto e del significato delle norme valide. – fa leva soprattutto su due rilevazioni di fatto: i) le corti si appellano a principi morali per risolvere e giustificare le loro decisioni, senza che questo costituisca creazione di nuovo diritto; ii) le costituzioni fanno esplicito riferimento a principi e valori morali condizionando l’attività legislativa, senza che questo determini un abbandono della tesi della separazione fra diritto e morale.*” W. J. Waluchow, **Inclusive Legal Positivism**. Oxford: Clarendon Press, 1994. p. 2. *apud* POZZOLO, Susanna. Inclusive positivism: alcune critiche. **Diritto & questioni pubbliche**. p. 163.

Susanna Pozzolo afirma ainda que o fato de a moral ter sido introduzida entre as fontes de Direito, não acarretaria numa vertente jusnaturalista do positivismo, pois, “como escreve Waluchow, se a moralidade desempenha ou não um papel no reconhecimento do direito válido é um fato contingente determinado pelo teor de cada regra de reconhecimento”³⁵⁹.

Este modelo de positivismo jurídico, que realiza a incorporação da moral, ou o Incorporacionismo a que Coleman se refere, permite que a moralidade seja “uma condição de legalidade: que a legalidade das normas pode, às vezes, depender de seus méritos substantivos (morais), não somente de seu pedigree ou fonte social”³⁶⁰.

As premissas do Incorporacionismo abandonam ou mesmo rejeitam requisito do *pedigree* e admitem ou permitem testes de conteúdo para declarar a validade de uma norma em virtude de seus méritos³⁶¹.

Em resumo, Incorporacionismo é a teoria de ‘explicações possíveis’ do caráter de legalidade ou de validade jurídica. Diz, de fato, que um positivista pode aceitar não apenas que princípios morais por vezes figurem no argumento jurídico, não apenas que estes princípios possam ter obrigatoriedade, mas algo além disso. Um positivista pode aceitar a alegação, ainda mais forte, que estes princípios figurem na argumentação legal porque têm obrigatoriedade; que sejam obrigatórios porque são legalmente válidos ou fazem parte do ordenamento jurídico de dada

³⁵⁹ “L’introduzione della morale fra le fonti del diritto non rappresenterebbe la base per una “deriva” giusnaturalista del positivismo, poiché, come scrive Waluchow, se la morale gioca o meno un ruolo nel riconoscimento del diritto valido è un dato contingente determinato dalla formulazione di ogni singola regola di riconoscimento.” W. J. Waluchow, **Inclusive Legal Positivism**. Oxford: Clarendon Press, 1994. p. 2. *apud* POZZOLO, Susanna. Inclusive positivism: alcune critiche. **Diritto & questioni pubbliche**. p. 163.

³⁶⁰ “Very roughly, Incorporationism allows that morality can be a condition of legality: that the legality of norms can sometimes depend on their substantive (moral) merits, not just their pedigree or social source”. COLEMAN, Jules. Incorporationism, Conventionality, and the Practical Difference Thesis. In: _____. **Hart’s postscript: Essays on the postscript to the Concept of Law**. p. 100.

³⁶¹ “[...] the initial premises of Incorporationism – that one way of meeting Dworkin’s objection is to reject the pedigree requirement. [...] Incorporationism is the claim that positivism allows or permits substantive or content tests. [...] Incorporationism is the claim that positivism allows or permits such explanations (moral principles are binding law ... in virtue of their merits) of legal validity”. COLEMAN, Jules. Incorporationism, Conventionality, and the Practical Difference Thesis. In: _____. **Hart’s postscript: Essays on the postscript to the Concept of Law**. p. 127-128.

comunidade; que possam ser válidos em virtude de seus méritos, e que operem como condições de legalidade frente outras normas em seus méritos substantivos³⁶².

Écio Oto Ramos Duarte destaca que esta é a tese central do positivismo jurídico inclusivo, pois quando, no momento da sentença judicial, os juízes se utilizam de *standards* morais estão incorporando “conteúdos de moralidade na composição do direito juridicamente válido”³⁶³.

Para Coleman, as compreensões de Dworkin acerca dos princípios³⁶⁴ não exigiriam nem o abandono nem a modificação do positivismo, pois podem se adaptar a ele³⁶⁵.

Além da tese do Incorporacionismo, Coleman expõe outras duas teses: a tese do convencionalismo e da diferença prática. Entretanto, adverte, que “nenhum positivista, nem mesmo Hart, pode manter simultaneamente todas as três”³⁶⁶.

A tese do convencionalismo decorre da análise da tese das fontes sociais. Para que a lei se torne uma prática social normatizada é

³⁶²“*In short, Incorporationism is a theory of ‘possible explanations’ of the character of legality or legal validity: It says, in effect, that a positivist can accept not just moral principles sometimes figure in legal argument, not just that these principles might even be binding on officials, but much more. A positivist can accept the much stronger claim that these principles figure in legal argument because they are binding on officials; that they are binding on officials because they are legally valid or part of the community’s law; that they may be valid in virtue of their merits; and that they operate as conditions of legality by other norms on their substantive merits*”. COLEMAN, Jules. Incorporationism, Conventionality, and the Practical Difference Thesis. In: _____. **Hart’s postscript: Essays on the postscript to the Concept of Law.** p. 128.

³⁶³ DUARTE, Écio Oto Ramos. Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: uma introdução ao neoconstitucionalismo e às formas atuais do positivismo jurídico. In: _____. POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição.** p. 47.

³⁶⁴ Sobre as compreensões de Ronald Dworkin acerca dos princípios ver item 2.2 deste trabalho.

³⁶⁵“[...] *even if Dworkin is right about the status of moral principles in adjudication, his insights can be accommodated within positivism. Incorporationism says, in effect, that Dworkin’s observations, left unchallenged, do not provide a reason for abandoning or even modifying positivism*”. COLEMAN, Jules. Incorporationism, Conventionality, and the Practical Difference Thesis. In: _____. **Hart’s postscript: Essays on the postscript to the Concept of Law.** p. 128.

³⁶⁶“*The problem is that Incorporationism and the conjunction of the Conventionality and Practical Difference Theses constitute an inconsistent set. No positivist, not even Hart, can simultaneously maintain all three*”. COLEMAN, Jules. Incorporationism, Conventionality, and the Practical Difference Thesis. In: _____. **Hart’s postscript: Essays on the postscript to the Concept of Law.** p. 101.

necessário a existência de determinados fatos sociais, levando-se em consideração “(1) fatos sociais relevantes; (2) a relação entre estes fatos e a lei”. Para a tese do convencionalismo o fato social relevante decorre da convenção entre autoridades. Desta maneira, “a existência de uma regra convencional (consuetudinária) depende do comportamento e atitude, enquanto a existência de uma regra normativa depende do argumento (moral) substantivo”³⁶⁷.

De tal forma, a regra de reconhecimento, ao incorporar princípios morais transforma uma fonte social com caráter moral em condição de legalidade, tratando-se de uma “regra convencional” abarca certas “razões morais como critérios de reconhecimento e validação de outras regras jurídicas aceita pelos indivíduos de uma comunidade”³⁶⁸.

Na tese do convencionalismo, sob a perspectiva interna³⁶⁹ do participante do sistema, a norma cria, ainda que parcialmente, estabilidade e expectativas recíprocas. E tal, segundo Coleman, é demonstrado através do comportamento público. “Cada pessoa desenvolve um certo grau de confiança no comportamento dos demais e cria expectativas interdependentemente legitimadas”. Tem-se, desta forma, que “estabilidade, reciprocidade e expectativas mútuas são criadas e intensificadas pelo comportamento demonstrado por aqueles que aceitam a norma desde o ponto de vista interno”³⁷⁰.

³⁶⁷“*All positivists embrace the Social Fact Thesis, the claim that wile law is a normative social practice it is made possible by some set of social facts. Positivists differ from one another with respect to (1) the relevant social facts and (2) the relationship between those facts and law. [...] The Conventionality Thesis claims that the relevant social fact is a convention among officials. [...] The existence of a conventional rule depends on behaviour and attitude, whereas the existence of a normative rule depends on substantive (moral) argument*”. COLEMAN, Jules. Incorporationism, Conventionality, and the Practical Difference Thesis. In: _____. **Hart’s postscript: Essays on the postscript to the Concept of Law**. p. 116.

³⁶⁸ DUARTE, Écio Oto Ramos. Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: uma introdução ao neoconstitucionalismo e às formas atuais do positivismo jurídico. In: _____. POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição**. p. 49.

³⁶⁹ Sobre as perspectivas interna e externa ver item 1.3.2 desta pesquisa.

³⁷⁰ “*The internal point of view, I suggest, is a part of the casual explanation of how such a rule creates stable, reciprocal expectations. Acceptance from an internal point of view is exhibited in public behaviour. [...] This enables each person to develop a degree of confidence in the behaviour of others and to form expectations legitimated interdependently. [...] Stability, reciprocity, and mutuality of expectation are created and enhanced by the behaviour exhibited by those accepting a rule from the internal point of view*”. COLEMAN, Jules. Incorporationism,

A terceira tese mencionada por Coleman versa sobre a diferença prática. Observando as considerações de Joseph Raz, Coleman afirma que “a lei deve ser algo cuja autoridade seja verdadeira”. Desta forma, a tese da diferença prática afirma que “a lei deve, a princípio, ser capaz de promover uma diferença prática”, caso contrário, tal lei não pode pretender “guiar a conduta humana”. Nesta tese “a norma jurídica deve, a princípio, ser capaz de realizar uma diferença prática, e deve ser capaz de realizá-la justamente por ser uma lei”³⁷¹.

Destacam-se que algumas as críticas formuladas ao positivismo jurídico inclusivo vêm tanto de defensores do Neoconstitucionalismo, quanto e do positivismo jurídico exclusivo.

Moreso destaca quatro argumentos contrários ao positivismo jurídico inclusivo: “1) o argumento da controvérsia, 2) o argumento do colapso, 3) o argumento da autoridade, e 4) o argumento da diferença prática”³⁷², realizando, em seguida, sua a defesa de alguns deles.

O primeiro argumento, que Coleman extrai das idéias de Dworkin, constata que “os princípios morais são inerentemente controvertidos”, por esta razão no momento da aplicação pelos juízes, estes irão divergir “sobre quais os princípios putativos satisfazem as exigências da moralidade”. Como a regra de reconhecimento é uma “regra social parcialmente constituída ou superveniente a uma prática social convergente” tal convergência constitui-se

Conventionality, and the Practical Difference Thesis. In: _____. **Hart’s postscript: Essays on the postscript to the Concept of Law.** p. 120.

³⁷¹ “[...] *law must be the sort of thing whose claim to authority could be true. Raz’s view about law and authority is an instance of the more general Practical Difference Thesis (PDT). The basic claim of the PDT is that law must in principle be capable of making a practical difference. [...] If it is impossible for them to make a practical difference, then the law of that community cannot coherently claim to guide human conduct. [...] In short, the PDT asserts that legal rules must in principle be capable of making a practical difference, and that they must be capable of doing so in virtue of their being law*”. COLEMAN, Jules. Incorporationism, Conventionality, and the Practical Difference Thesis. In: _____. **Hart’s postscript: Essays on the postscript to the Concept of Law.** p. 121-122.

³⁷² “*The four arguments I have in mind may be dubbed as follows: 1) The Controversy Argument, 2) The Collapse Argument, 3) The Authority Argument, and 4) The Practical Difference Argument*”. MORESO, José J. In defense of Inclusive Legal Positivism. **Diritto & questioni pubbliche.** p. 102.

numa “condição da regra do reconhecimento”. Porém, a convergência “é enfraquecida pela discordância que assistiria a qualquer regra que faz a moralidade uma condição de legalidade”. Por tais características, como já havia prenunciado anteriormente o autor, a tese do convencionalismo é incompatível com o Incorporacionismo³⁷³.

A contraposição que se faz à referida controvérsia diz respeito à adoção de um objetivismo moral. Susanna Pozzolo defende esta proposição acerca da moral³⁷⁴ para o positivismo jurídico inclusivo.

Se não aderir a esta forma de objetivismo, a teoria afirma que a utilização de *standards* políticos ou morais por parte dos juízes seria mero exercício da discricionariedade. A única forma do positivismo inclusivo de distinguir entre direito determinado e direito indeterminado é afirmar que o direito dá respostas certas e, em seguida, aderir ao objetivismo moral. O positivismo inclusivo não pode, de fato, pretender que os princípios e valores morais sejam critérios de validade para determinar o conteúdo das regras se não admitir que os princípios e os valores são objetivos³⁷⁵.

Moreso igualmente defende a existência de um “objetivismo moral”, pois existe bastante espaço para a objetividade em questões morais. Exemplifica seu entendimento na teoria de Kant, para quem “os juízos morais

³⁷³ “The argument is this: moral principles are inherently controversial. Judges will disagree about which putative principles satisfy the demands of morality and what is required of the principles that do. In contrast, the rule of recognition is a social rule partially constituted by or supervenient on a convergent social practice. Thus, convergence is a condition of the rule of recognition. Convergence, however, is undermined by the disagreement that would attend any rule that makes morality a condition of legality. Thus, Incorporationism is incompatible with the Conventionality Thesis.” Coleman, Jules L. Incorporationism, Conventionality, and the Practical Difference Thesis, **Legal Theory**, Oxford: Oxford University Press, n. 4, 1998, p. 410, *apud*. MORESO, José J. In defense of Inclusive Legal Positivism. **Diritto & questioni pubbliche**. p. 104.

³⁷⁴ Sobre os diversos significados do termo moral segundo Susanna Pozzolo ver item 2.4 desta pesquisa.

³⁷⁵ “A me pare che, per aggiungere qualcosa di nuovo, il positivismo inclusivo esige l’oggettivismo morale. Qualora non si aderisse a tale forma di oggettivismo, la tesi indicherebbe che qualsiasi utilizzo di standards politici o morali da parte dei giudici sarebbe mero esercizio della discrezionalità. L’unico modo per il positivismo inclusivo di distinguere fra diritto determinato e diritto indeterminato è affermare che il diritto offre risposte giuste, dunque aderire all’oggettivismo morale. Il positivismo inclusivo non può, infatti, pretendere che principi e valori morali siano criteri di validità per determinare il contenuto delle regole se non ammette che quei principi e valori siano oggettivi.” POZZOLO, Susanna. Inclusive positivism: alcune critiche. **Diritto & questioni pubbliche**. p. 175-176.

básicos são prescrições e o princípio fundamental da moralidade é, literalmente, um imperativo”³⁷⁶.

Tem-se que, ainda que alguns conceitos de fundo moral sejam controversos, é inquestionável que tais conceitos possuem um componente descritivo. Assim, quando os juízes se utilizam de um padrão moral pré-existente, caso paradigmático, efetivamente não modificam o Direito, por outro lado, quando concorrem diferentes concepções de tal padrão moral, e a solução do caso se dará de forma incompatível entre si, os juízes recorrem à discricionariedade. Neste sentido, a aplicação de prescrições constitucionais que possuam atributos morais nem sempre é um ato discricionário³⁷⁷.

O segundo argumento contrário trata do “Colapso”, pois, segundo Dworkin, o positivismo jurídico inclusivo seria altamente instável, acarretando na destruição da sua tese central.

Entretanto, Moreso afirma que “o direito como integridade” é compatível com as teses das fontes sociais e da separação expostas pelo positivismo jurídico inclusivo³⁷⁸.

A compatibilidade da concepção dworkiana com a tese das fontes sociais é percebida pelo fato de que Dworkin admite um estágio de “pré-interpretação”, exigindo um certo grau de consenso para que a atividade

³⁷⁶ “According to Kant, basic moral judgments are prescriptions and the fundamental principle of morality is, literally, an imperative.” MORESO, José J. In defense of Inclusive Legal Positivism. **Diritto & questioni pubbliche**. p. 106.

³⁷⁷ “[...] the application of constitutional provisions which contain moral predicates is not always discretionary. [...] at least for the cases of application of contested concepts resorting to morality, the criterion which ILP might use is the following: given that these concepts have an indisputable descriptive component and that they point to paradigms, in the paradigmatic cases, and also in those sufficiently close to them, judges apply pre-existent standards and do not change the law; by contrast, in the cases where different conceptions compete and solve the case in incompatible ways, judges have discretion The fact that the identification of applicable standards by courts resorts, in some cases, to morality, does not necessarily lead to the conclusion that legal theory is an evaluative practice”. MORESO, José J. In defense of Inclusive Legal Positivism. **Diritto & questioni pubbliche**. p. 108.

³⁷⁸ “The Collapse argument asserts that ILP is a view highly unstable which, if properly understood, leads to the destruction of the core theses of legal positivism. This is, as it is well-known, the opinion of Ronald Dworkin. [...] law as integrity, is in accordance with the Thesis Ib (Social Sources Thesis) and the Thesis IIb (Separability Thesis) of ILP.” MORESO, José J. In defense of Inclusive Legal Positivism. **Diritto & questioni pubbliche**. p. 109.

interpretativa seja produtiva, “pressupondo que as classificações produzidas são tratadas como decorrente de reflexões e argumentos do cotidiano”³⁷⁹. Já a tese da separação é, de certa forma, acolhida por Dworkin quando este aceita que mesmo uma lei da Alemanha nazista era considerada lei, mesmo que injusta³⁸⁰. Por outro lado, a tese da discricionariedade é expressamente oposta por Dworkin, especialmente utilizando-se da tese da resposta certa³⁸¹.

Por tais razões, Moreso entende que o *Direito como integridade*³⁸² de Dworkin seria uma forma otimista do positivismo jurídico inclusivo e não sucumbiria frente ao anti-positivismo³⁸³.

³⁷⁹ “I enclose ‘preinterpretive’ in quotes because some kind of interpretation is necessary even at this stage. Social rules do not carry identifying labels. But a very great degree of consensus is needed -perhaps an interpretive community is usefully defined as requiring consensus at this stage- if the interpretive attitude is to be fruitful, and we may therefore abstract from this stage in our analysis by presupposing that the classifications it yields are treated as given in day-to-day reflection and argument.” DWORKIN, Ronald. **Law’s Empire**. Cambridge: Harvard University Press, 1986. p. 126-127. *apud* MORESO, José J. In defense of Inclusive Legal Positivism. **Diritto & questioni pubbliche**. p. 109.

³⁸⁰ “Here, Dworkin seems willing to accept that even though Nazi law was unjust, it did not lose at all, for that very reason, its character of “law” (at least, in the preinterpretive sense)” MORESO, José J. In defense of Inclusive Legal Positivism. **Diritto & questioni pubbliche**. p. 110.

³⁸¹ A tese da resposta correta de Dworkin é consequência de uma bem fundamentada teoria da argumentação (ver DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 188-216) e do esforço de um juiz Hérculos, caracterizado como um juiz filósofo dotado de “capacidade, sabedoria, paciência e sagacidade sobre-humanas” (DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. P. 165). Esta decisão correta está vinculada à interpretação do Direito que tem por objetivo a justiça. “Se estiver certo, em afirmar que a interpretação no Direito é sensível à visão que se tem sobre o objetivo do próprio Direito, e que o objetivo do Direito tem algo a ver com Justiça, a incerteza jurídica seria, portanto, uma simples derivação da incerteza moral ou política. Se somos céticos a respeito do Direito, se queremos dizer: ‘Oh, não existe uma resposta correta para um caso realmente difícil’, isso deve ser porque somos céticos em relação à moralidade política. Se pensamos existir uma resposta correta para as questões de justiça, pensamos, assim, que existem respostas corretas para as questões de direito, mesmo para as mais intrincadas e sobre as quais os professores de Direito e os juízes discordem”. NETTO, Menelick de Carvalho. A interpretação das leis: um problema metajurídico ou uma questão essencial do Direito de Hans Kelsen a Ronald Dworkin. *In: Cadernos da Escola do Legislativo*. n. 05 jan/jun 1997. p. 69.

³⁸² “A integridade torna-se um ideal político quando exigimos o mesmo do Estado ou da comunidade considerados como agentes morais, quando insistimos em que o Estado aja segundo um conjunto único e coerente de princípios mesmo quando seus cidadãos estão divididos quanto à natureza exata dos princípios de justiça e equidade corretos. [...] Segundo o direito como integridade, as proposições jurídicas são verdadeiras se constam, ou se derivam, dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade. [...] O direito como integridade é diferente: é tanto o produtor da interpretação abrangente da prática jurídica quanto sua fonte de inspiração”. DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 202-273.

O terceiro argumento mencionado por Moreso contrário ao positivismo jurídico inclusivo, é exposto por Joseph Raz – representante do positivismo jurídico exclusivo. Trata-se do “argumento da autoridade”, que versa que “uma perspectiva positivista da lei é a única posição possível para se considerar a característica da autoridade”³⁸⁴.

Moreso defende ser possível, por um lado, até mesmo como consequência da tese da separação, que algumas normas não possuam autoridade. Ademais, de outra monta, podem existir normas que necessitem, mesmo parcialmente, de razões implícitas para sua identificação no momento de sua aplicação. Isto estaria de acordo com a tese das fontes sociais do positivismo jurídico inclusivo, mas em contraste com a leitura da tese das fontes sociais de Raz³⁸⁵.

A última crítica apontada por Moreso contrária ao positivismo jurídico inclusivo trata do argumento da diferença prática³⁸⁶. Neste particular critica-se o positivismo jurídico inclusivo argumentando que os *standards* morais de que se utilizam os tribunais “não são capazes de motivar o comportamento do julgador” visto que, em decorrência da racionalidade do julgador, os “*standards* morais não acrescentam quaisquer razões acerca do comportamento que os juízes deveriam ter”, assim, “o apelo da lei à moralidade é supérfluo”. Por esta constatação, o positivismo jurídico inclusivo deveria ser abandonado, pois

³⁸³ “[...] *the Dworkinian theory may be regarded as a specially optimistic form of ILP. Accordingly, ILP does not collapse at all into anti-positivism; on the contrary, it is law as integrity which appears as a form of ILP.*” MORESO, José J. In defense of Inclusive Legal Positivism. **Diritto & questioni pubbliche**. p. 110.

³⁸⁴ “*According to Raz, a positivistic outlook as to the law is the only suitable position in order to take the feature of authority into account.*” MORESO, José J. In defense of Inclusive Legal Positivism. **Diritto & questioni pubbliche**. p. 111.

³⁸⁵ “*Therefore, on the one hand, there can be law which lacks authority (this is a consequence of the positivistic thesis of Separability, always accepted by Raz); and, on the other hand, there can be law whose identification requires a partial resort to underlying reasons, in accordance with the Social Sources Thesis of ILP, but in contrast with the strong reading of the Social Sources Thesis of Razian ELP.*” MORESO, José J. In defense of Inclusive Legal Positivism. **Diritto & questioni pubbliche**. p. 115.

³⁸⁶ Sobre a tese da diferença prática exposta por Coleman ver anteriormente neste item e em COLEMAN, Jules. Incorporationism, Conventionality, and the Practical Difference Thesis. In: _____. **Hart’s postscript: Essays on the postscript to the Concept of Law**. p. 121-123.

somente o positivismo jurídico exclusivo seria capaz de “realizar uma diferença prática”³⁸⁷.

Moreso não possui argumentos para defender neste particular o positivismo jurídico inclusivo. Afirma que “a diferença prática do direito conceitualmente depende de sua estrutura institucional, por esta razão a tese da diferença prática não é compatível com o positivismo jurídico inclusivo”³⁸⁸.

Em que pese o presente capítulo tenha iniciado com as evidentes contraposições entre positivismo e Neoconstitucionalismo, as características aqui apresentadas sobre o positivismo jurídico inclusivo acabam por exigir nova reflexão sobre as incompatibilidades entre estes dois modelos.

3.2 A COMPATIBILIDADE ENTRE POSITIVISMO JURÍDICO E NEOCONSTITUCIONALISMO

José Juan Moreso se propõe a discutir as teses apresentadas por Paolo Comanducci³⁸⁹ afirmando a compatibilidade entre o positivismo jurídico e o Neoconstitucionalismo. Para tanto, utiliza-se igualmente da divisão entre Neoconstitucionalismo teórico, ideológico e metodológico³⁹⁰.

³⁸⁷ “*The Practical Difference Thesis has recently been formulated by S. J. Shapiro, who argues that if we accept this Thesis we will give up ILP. We should give up ILP, according to Shapiro, because if the legal directives applicable by courts resort to moral standards, then such standards will not be able to motivate judges's behaviour, provided that moral standards add no reasons to the reasons for action which judges would have, if they were rational beings. In other words, the appeals of law to morality are superfluous and, therefore, the only plausible conception of law, as an instrument making a 'practical difference', is ELP.*” MORESO, José J. In defense of Inclusive Legal Positivism. **Diritto & questioni pubbliche**. p. 115.

³⁸⁸ “*To sum up: the practical difference of law conceptually depends on its institutional structure, for this reason the Practical Difference Thesis is not incompatible with ILP.*” MORESO, José J. In defense of Inclusive Legal Positivism. **Diritto & questioni pubbliche**. p. 117.

³⁸⁹ Sobre as classificações de Paolo Comanducci sobre o neoconstitucionalismo ver item 2.5 desta pesquisa.

³⁹⁰ “*Me propongo discutir las tesis que Comanducci atribuye al neoconstitucionalismo y las críticas que le dirige, con el doble objetivo de trazar los perfiles que considero adecuados de dicha concepción y mostrar que, así trazados, dicha concepción es perfectamente compatible con el positivismo jurídico. Para tal fin, acepto la presentación del autor y la división entre neoconstitucionalismo teórico, ideológico y metodológico y desarrollaré mi réplica a partir de este patrón.*” MORESO, José Juan. Comanducci sobre neoconstitucionalismo. **Isonomia: Revista de teoría y filosofía del derecho**. n. 19. México D.F.: Instituto Tecnológico Autónomo de México, 2003. p. 268-269.

Enquanto teoria, Moreso entende que há compatibilidade entre Neoconstitucionalismo e positivismo especialmente pelas características observadas nos ordenamentos jurídicos das democracias contemporâneas. Destaca-se neste momento a existência de uma Constituição rígida, sua força vinculante, institucionalização de controle de constitucionalidade das leis, do que decorre uma “análise mais aprofundada das peculiaridades da interpretação constitucional”. Tais condições não são incompatíveis com o positivismo jurídico, em verdade, exigem que “se leve em consideração a estrutura hierárquica dos sistemas constitucionais e se analise os conceitos centrais da teoria jurídica, como o conceito de validez, a partir desta perspectiva”³⁹¹.

O Neoconstitucionalismo como ideologia, que destaca especialmente as técnicas de interpretação da Constituição, não se limita a descrevê-la, mas realiza uma leitura moral do Direito. Disto decorreria inclusive uma obrigação moral de obedecer à Constituição.

Moreso adverte para o fato de que ainda que a Constituição remeta à argumentação moral em diversas ocasiões, exigindo igualmente uma leitura moral não implica supor que “todas as obrigações constitucionais são também obrigações morais ou que a Constituição não pode vulnerar a moralidade”³⁹².

³⁹¹ “[...] *el neoconstitucionalismo como teoría puede contemplarse como una teoría del derecho, compatible con el positivismo jurídico, especialmente atenta a los rasgos que caracterizan la evolución de muchos de los ordenamientos jurídicos de las democracias contemporáneas: existencia de una Constitución rígida, institucionalización del control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes, la consideración del texto constitucional no sólo como un texto programático sino como un texto con fuerza vinculante (esto es, con capacidad de generar efectos jurídicos), y que conllevan un análisis más detallado de las peculiaridades de la interpretación constitucional. La preocupación de Comanducci porque algunos, a la Ferrajoli, sostengan la naturaleza normativa de tal teoría del derecho puede ser disipada. Tal naturaleza no resulta incompatible con los postulados del positivismo jurídico. Sólo viene a insistir en la necesidad de que dicha teoría jurídica tome en cuenta la estructura jerárquica de los sistemas constitucionales y analice los conceptos centrales de la teoría jurídica, como el concepto de validez, desde dicha perspectiva.*” MORESO, José Juan. Comanducci sobre neoconstitucionalismo. **Isonomía**: Revista de teoría y filosofía del derecho. p. 271-272.

³⁹² “[...] *una cosa es defender que, en muchos puntos, la Constitución remite a la argumentación moral y, en este sentido, el texto constitucional exige una lectura moral y otra cosa, muy distinta, es suponer que todas las obligaciones constitucionales son también obligaciones morales o que la Constitución no puede vulnerar la moralidad.*” MORESO, José Juan. Comanducci sobre neoconstitucionalismo. **Isonomía**: Revista de teoría y filosofía del derecho. p. 273.

A resolução aos conflitos que possam decorrer da interpretação moral da Constituição se daria através da técnica da ponderação dos princípios constitucionais. Entretanto, o próprio Comanducci, analisando criticamente o Neoconstitucionalismo como ideologia, afirma que “a diminuição do grau de certeza do Direito deriva da técnica de ‘ponderação’ dos princípios constitucionais e da interpretação ‘moral’ da Constituição”³⁹³. Neste sentido, o Neoconstitucionalismo acarretaria num aumento da “inevitável indeterminação do direito”³⁹⁴.

Segundo Moreso, o que outorga valor à certeza do Direito está relacionado com a “autonomia pessoal”, e para honrar tal autonomia é necessário “reservar um espaço para a argumentação moral”, mesmo que para tanto se sacrifique a certeza. Tendo em vista que “em nosso horizonte moral sempre existem valores em conflito, como enfrentá-los, sopesando-os, é nossa tarefa como agentes morais”³⁹⁵.

Analisando os argumentos aqui trazidos e destacando o fato de que a ponderação judicial está intimamente ligada à tese da discricionariedade, não se pode negar a ligação entre o Neoconstitucionalismo e o positivismo jurídico neste particular. Entretanto, adverte Moreso que “a extensão da discricionariedade judicial não deve ser exagerada”, pois até mesmo na interpretação constitucional existem casos claros³⁹⁶.

³⁹³ “[...] *la disminución del grado de certeza del derecho derivada de la técnica de ‘ponderación’ de los principios constitucionales y de la interpretación ‘moral’ de la constitución*”. COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. In: CARBONELL, Miguel (org). **Neoconstitucionalismo(s)**. p. 91

³⁹⁴ “*Es posible, sin embargo, que Comanducci vea la cuestión de la falta de certeza como una cuestión de grado y, en este sentido, el neoconstitucionalismo agrave la de por sí inevitable indeterminación del derecho*” MORESO, José Juan. Comanducci sobre neoconstitucionalismo. **Isonomía**: Revista de teoría y filosofía del derecho. p. 273-274.

³⁹⁵ “[...] *para hacer honor a la autonomía personal, que es lo que otorga valor a la certeza del derecho, es preciso reservar un lugar para la argumentación moral, aunque ello sacrifique la certeza en alguna medida. En nuestro horizonte moral siempre existen valores en conflicto, como encajarlos sopesándolos es nuestra tarea como agentes morales.*” MORESO, José Juan. Comanducci sobre neoconstitucionalismo. **Isonomía**: Revista de teoría y filosofía del derecho. p. 275.

³⁹⁶ “*Por otra parte, la extensión de la discreción judicial no debe ser exagerada. También en este ámbito existen casos claros.*” MORESO, José Juan. Comanducci sobre neoconstitucionalismo. **Isonomía**: Revista de teoría y filosofía del derecho. p. 276.

A característica essencial do Neoconstitucionalismo metodológico está na conexão entre Direito e moral. Para Moreso, esta tese pode ser compreendida de três formas: “como uma tese relativa à identificação do direito, relativa ao raciocínio jurídico e como uma tese relativa ao raciocínio prático”³⁹⁷.

Na primeira compreensão, mesmo reconhecendo que os ordenamentos constitucionalizados remetem a conteúdos morais, tal “não comporta a aceitação da conexão necessária entre direito e moral, posto que a conexão é contingente, depende de um fato não necessário de que o texto constitucional regule de tal modo o comportamento”³⁹⁸.

Por outro lado, enquanto pensamento/raciocínio jurídico, nos sistemas constitucionalizados, trata-se de “uma espécie de raciocínio moral”. Moreso afirma que esta tese é aceitável quando entendida com as seguintes cautelas: tratar de um sistema constitucionalizado que remete à moral e que o pensamento/raciocínio jurídico seja uma espécie de raciocínio moral somente naquelas partes onde o texto constitucional remeta à moralidade³⁹⁹.

A terceira forma de compreender a conexão entre Direito e moral seria como uma tese relativa ao raciocínio prático. Neste particular, Moreso, tratando da justificação das decisões jurídicas, exige uma justificação lógica (se A então B), justificação jurídica (se A é uma norma jurídica então a conclusão está

³⁹⁷ “Esta tesis, que Comanducci ve como un síntoma de que el neoconstitucionalismo es una forma contemporánea de iusnaturalismo, puede ser comprendida de diversas formas: como una tesis referida a la identificación del derecho, como una tesis relativa al razonamiento jurídico y como una tesis referida a la razonamiento práctico en general.” MORESO, José Juan. Comanducci sobre neoconstitucionalismo. **Isonomía**: Revista de teoría y filosofía del derecho. p. 276.

³⁹⁸ “[...] esto no comporta la aceptación de la conexión necesaria entre derecho y moral, puesto que la conexión es contingente, depende del hecho no necesario de que el texto constitucional regule de tal modo el comportamiento.” MORESO, José Juan. Comanducci sobre neoconstitucionalismo. **Isonomía**: Revista de teoría y filosofía del derecho. p. 277.

³⁹⁹ “[...] el razonamiento jurídico, en sistemas constitucionalizados, es una especie de razonamiento moral. Si esta tesis es entendida con las cautelas necesarias creo que es aceptable. Las cautelas son las siguientes: a) que se trate de sistemas constitucionalizados que remiten a la moralidad y b) el razonamiento jurídico es una especie de razonamiento moral sólo en aquellos fragmentos de razonamiento en los cuales el texto constitucional remite a la moralidad.” MORESO, José Juan. Comanducci sobre neoconstitucionalismo. **Isonomía**: Revista de teoría y filosofía del derecho. p. 277.

justificada) e uma justificação moral (pois a decisão afeta centralmente bem-estar de B). Assim, “visto que os juízes são agentes morais, quando tomam decisões que afetam o bem-estar de terceiros (o que ocorre praticamente sempre nas decisões judiciais) devem (um dever moral) fundamentá-las em normas morais”⁴⁰⁰.

É possível observar, portanto, que não há uma espécie de superação do positivismo jurídico por parte do Neoconstitucionalismo. Em verdade sequer existe a obrigação de entendê-los como necessariamente antagônicos. Porém, é inegável que as formulações Neoconstitucionalistas contribuíram para despertar atenção sobre temas como a interpretação moral da Constituição.

Susanna Pozzolo afirma que um dos méritos do Neoconstitucionalismo é o de despertar a atenção dos teóricos sobre “uma exigência argumentativa qualitativamente mais forte”. A discricionariedade positivista sofreu influências do Neoconstitucionalismo exigindo sua reformulação, especialmente em decorrência do papel destacado dos princípios constitucionais. Desta forma, até mesmo em virtude do modelo de Estado Constitucional de Direito, exige-se dos juízes e intérpretes do Direito uma atuação mais forte que a sua mera descrição⁴⁰¹.

A autora destaca ainda que “parece pacífico que a Constituição incorpora uma visão ética”, acrescentando que se pode caracterizar as Constituições contemporâneas “por um certo grau de pluralismo, ou seja, visão ética adotada, por sorte, é mais ampla e genérica, permite um número múltiplo de

⁴⁰⁰ “*En primer lugar, podemos referirnos a la justificación lógica. [...] el segundo sentido de justificación, la justificación jurídica. Dado que esta decisión tiene relevancia moral [...], podemos también interrogarnos si esta decisión está justificada moralmente. [...] Esto es, la tesis de la conexión justificativa, aceptada la tesis de la unidad, deviene una tesis bastante inocua: dado que los jueces son agentes morales, cuando toman decisiones que afectan al bienestar de terceros (lo que ocurre virtualmente siempre en las decisiones judiciales) deben (un deber moral) fundarlas en normas morales.*” MORESO, José Juan. Comanducci sobre neoconstitucionalismo. **Isonomía**: Revista de teoría y filosofía del derecho. p. 279.

⁴⁰¹ POZZOLO, Susanna. Neoconstitucionalismo como *último* desafio ao positivismo: a reconstrução neoconstitucionalista da teoria do direito: suas incompatibilidades com o positivismo jurídico e a descrição de um novo modelo. In: DUARTE, Écio Oto Ramos; _____. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**: as faces da teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição. p. 118.

concretizações compatíveis com o ditado constitucional.” E mesmo que se adote uma abordagem positivista, é possível “individualizar múltiplas possibilidades de concretização sem que a opção por uma ou outra incida sobre a validade”. Igualmente, o positivismo jurídico “não nega a relação entre direito e moral (positiva), simplesmente nega que seja a bondade do princípio que determina juridicidade – para isso ocorre um ato de vontade autorizador”⁴⁰².

Nesta relação entre Direito e moral o Neoconstitucionalismo incita a revisão da tese da separação do positivismo jurídico clássico, pois as “razões jurídicas, enquanto razões para agir, são fundamentalmente razões morais e, portanto, quem aceita o direito o faz por razões morais”. E é justamente por conta da revisão operada através do positivismo jurídico inclusivo que se introduz a moral entre os critérios adotados na regra de reconhecimento. Desta feita, supondo que “a aceitação da regra de reconhecimento fosse moral, isso não colocaria em discussão a tese da separação”, pois o positivismo “reconhecerá que os valores defendidos pela sociedade ou por um certo grupo social são refletidos no direito”⁴⁰³.

Por tais motivos é possível afirmar que o Neoconstitucionalismo colabora com o positivismo jurídico inclusivo quando se caracteriza como teoria, ideologia e método.

⁴⁰² POZZOLO, Susanna. Neoconstitucionalismo como *último* desafio ao positivismo: a reconstrução neoconstitucionalista da teoria do direito: suas incompatibilidades com o positivismo jurídico e a descrição de um novo modelo. In: DUARTE, Écio Oto Ramos; _____. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**: as faces da teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição. p. 118.

⁴⁰³ POZZOLO, Susanna. Neoconstitucionalismo como *último* desafio ao positivismo: a reconstrução neoconstitucionalista da teoria do direito: suas incompatibilidades com o positivismo jurídico e a descrição de um novo modelo. In: DUARTE, Écio Oto Ramos; _____. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**: as faces da teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição. p. 131-133.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pesquisa realizada possibilitou a identificação da importância dos estudos sobre os fundamentos históricos e conceituais das instituições até porque a própria mudança sofrida pelos conceitos demonstram modificações expressivas nas sociedades.

É evidente a mudança ocorrida na concepção tradicional de Constitucionalismo do século XVIII para aquela após as revoluções ocorridas neste período é evidente. De mera descrição do sistema político, o Constitucionalismo passou a ser reconhecido como técnica de limitação do poder e garantia de direitos.

O Estado de Direito evidenciou esta concepção, colocando-se o império da lei sobre o governo dos homens, que é enaltecimento do Constitucionalismo moderno. A limitação do governo é igualmente exercida pelo Poder Judiciário ou por Tribunal Superior guardião da Constituição, bem como pelo ideal democrático, pois não se concebe um regime democrático que não seja constitucional.

Como característica principal do Estado de Direito, ou Estado legislativo de Direito, tem-se o monopólio da produção jurídica. Uniu-se a esta característica do Constitucionalismo moderno a teoria do positivismo jurídico. Numa concepção clássica, o positivismo refletia uma concepção reducionista do Direito à simples função de compreender a fazer aplicar a “vontade do legislador”. E, por suas características, o positivismo pode ser compreendido por três aspectos fundamentais.

Enquanto método trata da forma de abordar o Direito para se fazer ciência. Como teoria aborda uma técnica social para determinar a conduta humana, impondo um *dever-ser* (teoria imperativista), considerando a lei como única fonte do Direito dentro do ordenamento jurídico (que tem como pilares a unidade, a coerência e a completude). Esta abordagem implica em uma *interpretação mecanicista* sem considerar o seu conteúdo, tratando o *direito como*

um fato e não como um valor. Como ideologia, o positivismo jurídico impõe a obediência à lei.

O positivismo jurídico se apresenta vinculado à característica de obediência à lei, destacando-se sua abordagem avaliativa do Direito. Foi possível identificar que os critérios de validade da norma se relacionam, de acordo com a compreensão de Hart, à regra de reconhecimento, considerando critério de uma regra última e suprema de validade.

Para Kelsen, os critérios de validade da norma presentes, no positivismo jurídico, independem de seu conteúdo. A validade de uma norma dependeria de sua vinculação à uma norma superior e em última instância à Norma Fundamental (*Grundnorm*).

Esta compreensão da validade do Direito separada do seu conteúdo, explicitada por um teste de *pedigree*, possibilitou o surgimento de autoritarismos sob o manto do Estado de Direito. Evidenciou-se a crise deste modelo através do surgimento de Estados totalitários que se utilizaram das características clássicas do positivismo, do formalismo e do absolutismo legislativo.

O cenário restou agravado pela crise da própria lei, que criada de forma desordenada e contada aos milhares, acarretou na perda de sua eficácia e certeza. Isso impediu que o Direito se constituísse em garantia contra o poder arbitrário. Ao contrário, torna-se instrumento deste poder. A lei tornou-se parte do conflito social, pois suas características de generalidade e abstração já não mais garantiam os direitos fundamentais e a paz social.

Assim, este modelo tornou-se incapaz de submeter totalmente o poder a ele, o que fez nascer a necessidade de se exigir uma jurisdição superior e vinculante. Neste momento, voltou-se à Constituição, e à leitura de seu conteúdo material, isto é, a Constituição tornou-se parâmetro de referência deste conteúdo, especialmente porque estabelece os princípios ideológicos de uma dada sociedade. Esta função foi atribuída ao Constitucionalismo moderno.

Desta maneira, a Constituição, como garantia de direitos fundamentais, deve servir a todos, mesmo quando não se encontra unidade social, possibilitando a convivência pacífica. A exaltação da Constituição como “projeto de conciliação social e política” e como instância de garantia dos direitos fundamentais acarreta na elaboração de um modelo de Estado Constitucional de Direito, onde são disciplinadas as formas de produção legislativa e os limites contra a violação de direitos de liberdade e sociais.

A própria teoria do garantismo jurídico demonstra uma crítica interna do positivismo jurídico, revisando conceitos de vigência, validade e eficácia da norma, evidenciando a necessidade da análise do conteúdo material da norma. Demonstra-se a preocupação com a tutela das liberdades individuais, dos direitos sociais e coletivos.

Exige-se, como forma de garantia dos Direitos contra o abuso de poder, que a lei esteja submetida à Constituição e a ela se harmonize com seus princípios e valores. Para tanto, a rigidez constitucional, apresentada também por sua forma escrita, é especialmente eficaz para impor tais limites. Não que se enrijeça o conteúdo da Constituição, muito pelo contrário, dá-se uma interpretação dúctil, maleável, que se reflete na resistência constitucional. É através da resistência constitucional que se possibilita a alteração da Constituição através de novas interpretações sem alteração de seu texto.

Foi possível constatar, portanto, que este novo modelo de Estado Constitucional e o papel que a Constituição desempenha, demandam do operador do Direito uma nova forma de interpretar a Constituição. Esta nova forma interpretativa deve se preocupar com as cláusulas de conteúdo aberto e principiológico. Destaca-se a “viragem lingüística” ocorrida, surgindo um novo paradigma hermenêutico-interpretativo diferente do positivismo jurídico.

Esta mudança da forma de interpretar o Direito, a partir de uma maior influência da Constituição, gera, através da hermenêutica, a expectativa de superação do modelo tradicional do positivismo jurídico. O Neoconstitucionalismo contrapõe-se ao positivismo principalmente pela característica da constitucionalização do ordenamento jurídico. Observa-se uma

invasão constitucional em todos os âmbitos do ordenamento. O processo de constitucionalização se opera, principalmente, pelas características relacionadas à rigidez constitucional e ao controle de constitucionalidade (garantia jurisdicional da Constituição).

Tem-se que submissão do legislador à Constituição não se dá apenas pelo processo legislativo, mas também quanto ao seu conteúdo. Esta característica demonstra uma conexão entre Direito e moral, especialmente os valores morais constantes na própria Constituição, refletidos pelos princípios constitucionais.

O tratamento dos princípios no modelo Neoconstitucional é diferente daquele dispensado pelo positivismo jurídico. Neste particular as teorias de Dworkin foram sensivelmente importantes para o reconhecimento da força normativa dos princípios constitucionais.

Não se olvida, entretanto, que também podem ocorrer conflitos que a regra da subsunção é incapaz de solucionar. Para estes casos, o Neoconstitucionalismo propõe a técnica da ponderação, que exige um juízo de valor no momento de sua aplicação. Estes juízos valorativos recorrem a conteúdos morais que, no modelo Neoconstitucionalista, demonstram-se presentes no Estado Constitucional de Direito.

Por esta razão, o positivismo jurídico clássico seria incompatível com o Neoconstitucionalismo e estaria obsoleto no novo paradigma do Direito constitucional. Chegou-se, neste ponto, ao questionamento inicial desta pesquisa, qual seja, se o positivismo jurídico é ou não incompatível com o Neoconstitucionalismo.

Para responder a esta indagação foi preciso recorrer às diversas formas de positivismo jurídico. Num modelo exclusivo de positivismo jurídico se reconhece claramente a incompatibilidade com o Neoconstitucionalismo. Isto é, ao se excluir a moral entre os critérios de validade da norma reconhece que a norma será válida a partir de seu teste de *pedigree*.

Entretanto, percebeu-se que o positivismo tem recepcionado o “constitucionalismo de princípios”. O positivismo inclusivo permite que a moral seja adotada como um dos critérios da regra de reconhecimento, ou seja, a validade de uma norma pode ser determinada por seus méritos.

As contraposições existentes entre positivismo e Neoconstitucionalismo somente são evidentes quando se considera a forma clássica do positivismo. Por outro lado, o positivismo inclusivo é compatível com o Neoconstitucionalismo quando incorpora conteúdos morais como condição de validade das normas. Deve-se destacar o fato de que ainda que a Constituição remeta à análise de conteúdos morais, isso não ocorre sempre.

Em conclusão, afirma-se que Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico inclusivo são compatíveis por duas considerações: o positivismo recepciona a moral como conteúdo determinante das normas jurídicas; enquanto o positivismo possibilita ao Neoconstitucionalismo uma diminuição da incerteza que a ponderação judicial poderia acarretar.

Ademais, a discricionariedade judicial está longe de desaparecer, ainda que se utilize de toda a sapiência de um juiz Hércules, porém a conexão entre Direito e moral poderá torná-la mais próxima de um ideal de justiça.

Por fim, espera-se que o presente estudo tenha atingido o seu objetivo e contribuído de alguma forma para a comunidade científica. Considera-se que ele possibilitou o início de uma discussão acerca das relações entre Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico sob um outro contorno, qual seja, da compatibilidade entre os modelos. A continuidade desta pesquisa certamente poderá ser desenvolvida em uma futura tese de doutorado.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Trad. Ernesto G. Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2001.

ARTOLA, Miguel. **Constitucionalismo en la historia**. Barcelona: Crítica, 2005.

BARROSO, Luís Roberto (org.). **A nova Interpretação Constitucional: ponderação, Direitos fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>>. Acesso em: 13 fev. 2006.

_____. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro – Pós Modernidade, Teoria Crítica e Pós-Positivismo. In: QUARESMA, Regina. *et alii*. **Direito constitucional brasileiro**: perspectivas e controvérsias contemporâneas. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BERCOVICI, Gilberto. A problemática da constituição dirigente: algumas considerações do caso brasileiro, **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 36, n. 142, abr./jun., 1999. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ril/Pdf/pdf_142/r142-06.PDF>. Acesso em 18 setembro de 2006.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Trad. João Ferreira *et alii*. Brasília: Editora da UnB, 1986.

_____. **O Positivismo Jurídico**. Lições de Filosofia do Direito. Trad. Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1995.

_____. **Teoria geral da política**: a filosofia política e as lições dos clássicos. Org. Michelangelo Bovero. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

_____. **Da estrutura à função**: novos estudos de teoria do direito. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de direito e legitimidade**: uma abordagem garantista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almeida, 1995.

CARBONELL, Miguel (org). **Neoconstitucionalismo(s)**. 2 ed. Madrid: Trotta, 2005.

CASALI, Guilherme Machado. O princípio da solidariedade e o artigo 3º da Constituição da República Federativa do Brasil O PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE E O ARTIGO 3º DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. **Revista eletrônica direito e política**. Itajaí, v. 1, n. 1, p. 320-238, 3º trimestre. 2006. Disponível em: <www.univali.br/direitoepolitica> Acesso em: 24 jul. 2006.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Estado Constitucional, Neoconstitucionalismo e Tributação**. (conferência proferida no XVIII Congresso Brasileiro de Direito Tributário, promovido pelo Instituto Geraldo Ataliba – IDEPE). Disponível em: <<http://www.cleveadvogados.com.br/arquivos/neoconstitucionalismo-jurisdicao-constitucional-tributacao.doc.doc>> Acesso em: 2 jun. 2007.

COLEMAN, Jules. **Hart's postscript**: Essays on the postscript to the Concept of Law. Oxford: Oxford University Press, 2001.

COUSIN, John W. **Short biographical dictionary of English literature (1910)**. Whitefish: Kessinger Publishing, 2003.

CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do direito constitucional**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2004.

DUARTE, Écio Oto Ramos. POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**: as faces da teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição. São Paulo: Landy, 2006.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **Uma questão de princípio**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ESPÍNOLA, André Rodrigues. A rigidez e flexibilidade constitucional. **Revista da Escola Superior da Magistratura de Sergipe**. Aracajú: ESMESE/TJ, n. 2, p. 131-146, 2002. Disponível em: <www.esmes.com.br/revistas/revista_02.PDF>. Acesso em: 9 set. 2008.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Trad. Fauzi Hassan Choukr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución**. De la Antigüedad a nuestros días. Traducción Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 2001.

FLORENZANO, Modesto. Thomas Paine Revisitado. **Instituto de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo**. Disponível em: <www.iea.usp.br/iea/artigos/florenzanthomaspaine.pdf> Acesso em: 28 de maio 2008.

GUASTINI, Riccardo. Bobbio sobre la norma fundamental y la regla de reconocimiento. In: _____; COMANDUCCI, Paolo. **Analisi e diritto**: ricerche di giurisprudenza analitica. Torino: G. Giappichelli, 2006.

GIZBERT-STUDNICKI, Tomasz; PIETRZYKOWSKI, Tomasz. Positivismo blando y la distinción entre el Derecho... **Doxa**. Cuadernos de Filosofía del Derecho. n 27. Alicante: Universidad de Alicante, 2004.

HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. Trad. A. Ribeiro Mendes. 4 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. 7 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

KOSELLECK, Reinhart. **Futuro passado**: contribuição à semântica dos tempos históricos. Trad. Wilma Patrícia Maas, Carlos Almeida Pereira. Rio de Janeiro: Contraponto: Ed. PUC-Rio, 2006.

LEITE, Eduardo de oliveira. **A monografia jurídica**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MATTEUCCI, Nicola. **Organización del poder y libertad**. Historia del constitucionalismo moderno. Trad. F. J. Ansuátegui Roig y M. Martínez Meira. Madrid: Trotta, 1998.

McILWAIN, Charles Howard. **Constitucionalismo antiguo y moderno**. Trad. Juan José Solozábal Echaarría. Madrid: Centre de Estudios Constitucionales, 1992.

MESQUITA, Roberto Melo; MARTOS, Cloder Rivas. **Gramática Pedagógica**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. Neoconstitucionalismo e teoria da interpretação. **Revista Forense**, Rio de Janeiro: Forense, v. 396. p. 89-104. mar./abr. 2008.

MORESO, José Juan. In defense of Inclusive Legal Positivism. **Diritto & questioni pubbliche**. Palermo: Università di Palermo. n. 1, 2001.

_____. Comanducci sobre neoconstitucionalismo. **Isonomía**: Revista de teoría y filosofía del derecho. n. 19. México D.F.: Instituto Tecnológico Autónomo de México, 2003.

NETTO, Menelick de Carvalho. A interpretação das leis: um problema metajurídico ou uma questão essencial do Direito de Hans Kelsen a Ronald Dworkin. In: **Cadernos da Escola do Legislativo**. n. 05 jan/jun 1997.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Direito Processual Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

_____. **Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa jurídica e Metodologia da pesquisa jurídica**. 10 ed. Florianópolis: OAB-SC editora, 2007.

PEÑA FREIRE, Antonio Manoel. **La garantía en el Estado constitucional de derecho**. Madrid: Trotta, 1997.

POZZOLO, Susanna. Inclusive positivism: alcune critiche. **Diritto & questioni pubbliche**. Palermo: Università di Palermo. n. 1, 2001.

_____. Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional. **Doxa**. Cuadernos de Filosofía del Derecho. n 21-II. Alicante: Universidad de Alicante, 1998.

REGLA, Josep Aguiló. **La Constitución del Estado Constitucional**. Bogotá: Temis, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo. In: ROCHA, Leonel Severo; _____ (orgs). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

RÓDENAS, Ángeles. ¿Qué queda del positivismo jurídico? **Doxa**. Cuadernos de Filosofía del Derecho. n 26. Alicante: Universidad de Alicante, 2003.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Um discurso sobre as ciências**. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

USP, Universidade de São Paulo. Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão. **Biblioteca Virtual de Direitos Humanos**. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/counter/Doc_Histo/texto/Direitos_homem_cidad.html> Acesso em: 9 set. 2008.

WERNNECK VIANNA, Luiz *et alii*. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. Trad. Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 2005.

_____. **Historia y constitución**. Trad. Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 2005.

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)