

A HERMENÊUTICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA PÓS-MODERNIDADE: DO POSITIVISMO AO PARADIGMA PÓS-POSITIVISTA E NEOCONSTITUCIONALISTA

THE HERMENEUTICS OF FUNDAMENTAL RIGHTS IN POSTMODERNITY: FROM POSITIVISM TO THE POSTPOSITIVIST AND NEOCONSTITUTIONAL PARADIGM

FABRÍCIO CASTAGNA LUNARDI¹

RESUMO: O presente artigo científico tem por objetivo precípua a análise dos novos paradigmas para a hermenêutica e para a aplicação dos direitos fundamentais à luz da pós-modernidade, do pós-positivismo e do neoconstitucionalismo. Abordam-se o positivismo jurídico e as mudanças científicas causadas pela era da pós-modernidade. Discorre-se, também, sobre o novo paradigma pós-positivista, sobretudo pelas lentes de Habermas, Dworkin e Alexy. Nesse ínterim, traçam-se os marcos teóricos do neoconstitucionalismo, abordam-se construtivamente a interpretação, a criação e a recriação do direito pelo juiz e pela sociedade aberta, bem como os novos critérios hermenêuticos da interpretação constitucional. Por fim, trata-se dos novos paradigmas para a interpretação e a aplicação dos direitos fundamentais.

PALAVRAS-CHAVE: Hermenêutica; Direitos Fundamentais; Pós-positivismo; Neoconstitucionalismo.

ABSTRACT: This scientific paper is the main objective analysis of the new paradigm for hermeneutics and the application of fundamental rights in the light of postmodernity, postpositivism and neoconstitutionalism. It addresses legal positivism and scientific changes caused by the era of postmodernity. It discusses also the new post-positivism paradigm, especially through the lens of Habermas, Dworkin and Alexy. In the meantime, draw up theoretical frameworks of neoconstitutionalism and discuss constructively the interpretation, creation and recreation of the law by the judge and the open society, as also the new hermeneutic criteria of

*Artigo recebido em 11.09.2011. Pareceres emitidos em 20.12.2011, 23.12.2011 e 07.08.2012.
Artigo aceito para publicação em 13.08.2012.*

¹ Mestrando em Direito Constitucional pela Universidade de Brasília (UnB). Bacharel em Direito e Especialista em Direito Civil pela UFSM. Professor dos Cursos de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola Superior da Magistratura do Distrito Federal (ESMA-DF), do Instituto Brasileiro de Direito Público (IDP), da ATAME e da Escola de Administração Judiciária do TJDF. Juiz de Direito Substituto da Justiça do Distrito Federal e Territórios. *fabricioclunardi@yahoo.com.br*

constitutional interpretation. Finally, discuss the new paradigms for the interpretation and application of fundamental rights.

KEYWORDS: Hermeneutics; Fundamental Rights; Postpositivism; Neoconstitutionalism.

SUMÁRIO: Introdução; 1. O Positivismo Jurídico; 2. O Pós-positivismo: um novo paradigma; 3. Os Marcos Teóricos do Neoconstitucionalismo; 3.1 A Força Normativa da Constituição – Uma conquista do Direito Constitucional; 3.2 A Expansão da Jurisdição Constitucional; 3.3 Os Novos Critérios Hermenêuticos da Interpretação Constitucional; 4. A Interpretação, a Criação e a Recriação do Direito pelo Juiz e pela Sociedade Aberta; 5. Novos Paradigmas para a Interpretação e Aplicação dos Direitos Fundamentais; Conclusão; Referências Bibliográficas.

SUMMARY: Introduction; 1. Legal Positivism; 2. The Postpositivism: a new paradigm; 3. Theoretical Frameworks of Neoconstitutionalism; 3.1 The Normative Force of the Constitution – An achievement of Constitutional Law; 3.2 The Expansion of the Judicial Review; 3.3 The New Hermeneutic Criteria of Constitutional Interpretation; 4. The Interpretation, Creation and Recreation of Law by the Judge and the Open Society; 5. New Paradigms for the Interpretation and Application of Fundamental Rights; Conclusion; References.

INTRODUÇÃO

As questões que envolvem o pós-positivismo e o neoconstitucionalismo são sempre bastante complexas e delicadas, sobretudo no tocante à interpretação e à aplicação do direito, diante do fato de que não são um dado que pode simplesmente ser observado, senão um construto sobretudo filosófico, teórico, social, econômico, histórico e jurídico da humanidade.

Com a era da pós-modernidade, houve um aumento na complexidade social, causada, principalmente, pelas sucessivas guerras que a antecederam, pela insegurança mundial, pela massificação das relações sociais e pelo desenvolvimento da tecnologia. Constatou-se que as bases da modernidade não seriam capazes de enfrentar os novos e complexos problemas do porvir.

Em face da necessidade de superação do positivismo jurídico, eminentemente formalista e mecanicista, corolário de uma era suplantada, emergem novos construtos filosóficos que vão determinar uma profunda mudança de paradigma, criando uma nova concepção jusfilosófica que se autodenomina pós-positivista.

Para desenvolver um panorama epistemológico do novo Direito Constitucional na pós-modernidade, é preciso traçar os três marcos fundamentais: o histórico, o teórico e o filosófico. O marco histórico do novo constitucionalismo é, em grande parte dos países da Europa, o pós-guerra, e, no Brasil, a Constituição de 1988, com o processo de redemocratização que ela ajudou a criar e sedimentar, proporcionando o maior período de estabilidade institucional republicana que Estado brasileiro já teve. Sob o enfoque teórico, o marco do neoconstitucionalismo é certamente a força normativa da constituição, a jurisdição constitucional e as novas técnicas de interpretação constitucional. Do ponto de vista filosófico, os grandes marcos do neoconstitucionalismo são o pós-positivismo e a pós-modernidade.

A par de tudo isso, o presente trabalho terá como objetivo precípua a sistematização das bases do pós-positivismo e a sua relação estreita com o neoconstitucionalismo e com os direitos fundamentais, no cenário da pós-modernidade.

Para atingir esses escopos, o artigo abordará, inicialmente, o positivismo jurídico, sob a concepção dos seus principais autores, demonstrando as suas contribuições para a teoria do direito, sem deixar de apontar as suas falhas. Após, trata-se do pós-positivismo, sobretudo pelas lentes de Dworkin, Habermas e Alexy, mostrando o direito como um construto vivencial e discursivo, que tem base no agir comunicativo, que dá prevalência aos princípios e aos valores fundamentais de uma sociedade, e que é uma obra do seu tempo. Na sequência, será feita uma abordagem do neoconstitucionalismo, movimento criado e desenvolvido com as bases teóricas da força normativa e da supremacia da constituição, da ampliação e do recrudescimento do controle de constitucionalidade, do aprimoramento das técnicas de hermenêutica constitucional e do desenvolvimento dos direitos fundamentais. Posteriormente, faz-se uma análise reflexiva dos intérpretes do direito e da constituição, bem como dos pressupostos a serem considerados pelo juiz e pela sociedade aberta na tarefa hermenêutica. Por fim, são abordados construtivamente os novos paradigmas para a interpretação e aplicação dos direitos fundamentais.

Para o desenvolvimento do trabalho, são adotados os métodos de abordagem dialético e hipotético-dedutivo, bem como os métodos de procedimento histórico, comparativo e estruturalista.

É sob essas premissas que se desenvolve este artigo, procurando analisar a estreita e construtiva relação entre a pós-modernidade, o pós-positivismo e o neoconstitucionalismo, bem como as bases para uma nova hermenêutica dos direitos fundamentais.

1. O POSITIVISMO JURÍDICO

Antes de adentrar na análise do paradigma atual, é imprescindível traçar um panorama do positivismo jurídico, que norteou a teoria, a hermenêutica e a aplicação do direito durante toda uma era e que continua a ter muitos seguidores, sobretudo entre juízes e operadores do direito.

Apesar das diferentes concepções acerca do positivismo e das diversas correntes filosóficas, teóricas e doutrinárias que surgiram a respeito, o positivismo clássico pode ser definido – num ponto de partida – como “*aquela doutrina segundo a qual não existe outro direito senão o positivo*”² ou como “*a teoria segundo a qual os indivíduos só possuem direitos jurídicos na medida em que estes tenham sido criados por decisões políticas ou práticas sociais expressas.*”³

² BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico*: lições de filosofia do direito. Trad. Márcio Pugliesi et. al. São Paulo: Ícone, 1995. p. 26.

³ Esta é a definição dada por Ronald Dworkin, um dos principais críticos do positivismo jurídico da atualidade (in: DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. (trad. Nelson Boeira). 3. ed., São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. XV).

Um dos maiores autores do positivismo foi certamente Hans Kelsen, com a sua Teoria Pura do Direito. Para o autor, o sistema jurídico deveria ser interpretado pelo cientista do direito sem que houvesse juízo de valor, sem interlocução com a moral ou com a ética. Isso caracteriza a pureza do direito, quando visto como ciência. Com a Teoria Pura, “propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito”⁴.

Kelsen foi o grande precursor da hierarquia entre as normas, preconizando que a norma fundamental está no ápice de uma pirâmide, sendo fonte de validade para todas as outras normas.⁵ Assim, todas as normas devem obedecer ao seu processo de formação, previsto na norma fundamental. De outro lado, sustenta que o fundamento de validade da norma fundamental não está em outra norma jurídica, senão numa norma ainda mais elevada. Por conseguinte, conclui que o fundamento de validade da norma fundamental tem de ser pressuposta, não estando no plano jurídico, senão no plano lógico-transcendental. A norma fundamental, então, no plano jurídico, é fundamento de validade de todas as normas pertencentes a essa ordem normativa.⁶

Tais estudos foram extremamente importantes para os primórdios do constitucionalismo, por estabelecer a Constituição no ápice do sistema jurídico.

No entanto, para Kelsen, a validade das normas somente era aferida do ponto de vista procedimental, vale dizer, analisava-se apenas se o processo de elaboração de determinada norma obedecia àquele pré-estabelecido pela norma fundamental. Segundo o autor austríaco, não poderia ser negada a validade da norma somente porque o seu conteúdo não era compatível com a norma fundamental.⁷ Assim, segundo a Teoria Pura, o papel da Corte Constitucional era mínimo, restringindo-se apenas a controlar a validade formal das normas no papel de legislador negativo.

⁴ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. (trad. João Baptista Machado). 6. ed., São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 1.

⁵ “O fundamento de validade de uma norma apenas pode ser a validade de uma outra norma. Uma norma que representa o fundamento de validade de uma outra norma é figurativamente designada como norma superior, por confronto com uma norma que é, em relação a ela, a norma inferior” (KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. (trad. João Baptista Machado). 6. ed., São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 216).

⁶ Idem. Ibidem p. 217.

⁷ “O sistema de normas que se apresenta como uma ordem jurídica tem essencialmente um caráter dinâmico. Uma norma jurídica não vale porque tem um determinado conteúdo, quer dizer, porque o seu conteúdo pode ser deduzido pela vida de um raciocínio lógico do de uma norma fundamental pressuposta, mas porque é criada por uma forma determinada – em última análise, por uma forma fixada por uma norma fundamental pressuposta. Por isso, todo e qualquer conteúdo pode ser Direito. Não há qualquer conduta humana que, como tal, por força do seu conteúdo, esteja excluída de ser conteúdo de uma norma jurídica. A validade desta não pode ser negada pelo fato de seu conteúdo contrariar o de uma outra norma que não pertença à ordem jurídica cuja norma fundamental é o fundamento de validade da norma em questão.” (KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. (trad. João Baptista Machado). 6. ed., São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 221).

Para Kelsen, não há de ser feito um juízo de valor moral ou ético acerca da justiça da norma; há, apenas, um juízo de valor segundo o qual a conduta humana é “boa” quando atende ao preceito normativo ou “má” quando não lhe obedece.⁸ Ele admite que existe relação entre Direito e Justiça e entre Direito e Moral. De outro lado, na apreciação de um sistema jurídico pela moral, afirma que não existe “a” moral, ou uma moral, senão vários sistemas morais, razão pela qual dizer que uma norma é moral ou imoral, justa ou injusta, é um juízo de valor relativo e não absoluto. Esse é o fundamento que utiliza para concluir que “a validade de uma ordem jurídica positiva é independente da sua concordância ou discordância com qualquer sistema Moral.”⁹

Hans Kelsen – ao contrário do que por vezes é injustamente dito sobre a sua teoria – sabia que o sistema jurídico poderia apresentar lacunas. Nesse tocante, distinguia rigorosamente a interpretação do Direito pela Ciência Jurídica, a qual chamava de “não autêntica”, da interpretação realizada pelos órgãos judiciários, que denominava “autêntica”. Caso o cientista do direito deparasse com o problema das lacunas, a ele não caberia preenchê-la. O preenchimento da lacuna da lei seria uma função criadora do direito, somente podendo ser realizada por um órgão aplicador da norma, não devendo ser realizada pela via da interpretação científica, simples atividade cognoscitiva do sentido das normas jurídicas.¹⁰ Assim, o positivismo de Kelsen defende que o único objeto da ciência do direito é o direito positivo, razão pela qual, dentro das diversas vertentes do positivismo, é atualmente classificado como positivismo metodológico.¹¹

No entanto, embora Kelsen tenha claramente uma opção democrática, o positivismo albergado na Teoria Pura do Direito servia para qualquer Estado Social Democrático como também para qualquer Estado Social Autoritário.

⁸ Idem. Ibidem. p. 19.

⁹ “Na verdade, o conceito de “bom” não pode ser determinado senão como “o que deve ser”, o que corresponde a uma norma. Ora, se definimos Direito e Moral, Direito e Justiça, sob o pressuposto de uma teoria relativa dos valores, apenas significa que, quando uma ordem jurídica é valorada como moral ou imoral, justa ou injusta, isso traduz a relação entre a ordem jurídica e um dos vários sistemas de Moral, e não a relação entre aquela e “a” Moral. Dessa forma, é enunciado um juízo de valor relativo e não um juízo de valor absoluto. Ora, isto significa que a validade de uma ordem jurídica positiva é independente da sua concordância ou discordância com qualquer sistema Moral.” (Idem. Ibidem. p. 75-76).

¹⁰ “Sobretudo, porém, tem de distinguir-se rigorosamente a interpretação do Direito pela ciência jurídica, como não autêntica, da interpretação realizada pelos órgãos judiciários. A interpretação científica é pura determinação cognoscitiva do sentido das normas jurídicas. Diferentemente da interpretação feita pelos órgãos jurídicos, ela não é criação jurídica. (...) A interpretação simplesmente cognoscitiva da ciência jurídica também é, portanto, incapaz de colmar as pretensas lacunas do Direito. O preenchimento da chamada lacuna do Direito é uma função criadora do Direito e somente pode ser realizada por um órgão aplicador do mesmo; e esta função não é realizada pela via da interpretação do direito vigente”. (KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. (trad. João Baptista Machado). 6. ed., São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 395).

¹¹ Segundo Albert Calsamiglia, “El enfoque positivista clásico kelseniano defendía el positivismo metodológico según el cual el único objeto de la ciencia del derecho es el derecho positivo.” (CALSAMIGLIA, Albert. Postpositivismo. *Doxa*, 21, nº 1, p. 209-220, 1998. p. 209).

Se existe apenas controle formal de validade da norma, será válida uma norma infraconstitucional que contrarie o conteúdo material dos preceitos e valores fundamentais insculpidos na Constituição. Assim, se é verdade que o direito serve para proteger os cidadãos, não é menos verdade que, albergado no positivismo de Kelsen, ele também pode servir para cometer atrocidades, como o nazismo, o fascismo e o holocausto.

Contrapondo-se a Kelsen, mas seguindo o positivismo jurídico, Francesco Ferrara entendia que texto legal não era auto-evidente.¹² Preconizava que não se podia deixar de distinguir leitura de interpretação, ficando mais explícito o caráter aberto dos textos legais. No entanto, este autor contrapunha-se ao movimento do direito livre e demonstrava claramente a sua opção positivista.

Francesco Ferrara passa a conceber a aplicação de princípios, inclusive para dar sentido às normas. No entanto, não admitia que se aplicassem princípios quando fossem contrários aos textos legais. Defendia que não cabia ao intérprete se desviar conscientemente do que dizia a lei, querer reformá-la ou inová-la pela exigência de interesses ou em razão da satisfação de necessidades práticas.¹³

Para Ferrara, deveria o juiz aplicar a lei embora tivesse de sentenciar em oposição ao sentimento de justiça e de equidade, mesmo que tivesse de aplicar leis injustas ou más, pois não teria a função de criar o direito, a qual somente seria reservada ao legislador.

Dessa forma, limitando o papel criativo do juiz frente às leis, estar-se-ia assegurando a segurança jurídica, apontada por Ferrara como “o bem mais alto da vida moderna”, dizendo que isso era “a força da justiça, a qual não é lícito perder”. O autor entendia que, caso se permitisse ao juiz deixar de aplicar o texto de lei por considerá-lo injusto, se estaria deixando a solução do caso a uma hipotética exigência social que muda de acordo com o ponto de vista, com o caráter ou as paixões do indivíduo. Ferrara atribui a isso a força da justiça e, ao mesmo tempo, a sua fraqueza, dizendo que é o preço que se deve pagar para que o povo tenha confiança no direito.¹⁴

Embora Ferrara reconheça um certo grau de criatividade na atividade hermenêutica do juiz, também reduz direito à interpretação.

Assim, o erro dos positivistas estava na crença de que a introdução de leis gerais e abstratas – isto é, de textos de lei – daria segurança jurídica e poderia, portanto, proteger satisfatoriamente os bens jurídicos que devem ser

¹² “A lei, porém, não se identifica com a *lettra* da lei. Esta é apenas um meio de comunicação. (...) A missão do intérprete é justamente descobrir o conteúdo real da norma jurídica, determinar em toda a plenitude o seu valor, penetrar o mais que é possível (como diz Windscheid) na alma do legislador, reconstruir o pensamento legislativo.” (FERRARA, Francesco. *Interpretação e Aplicação das Leis*. (trad. Manuel A. D. de Andrade). 2. ed., Coimbra: Arménio Amado, 1963. p. 128).

¹³ *Ibidem*. p. 173.

¹⁴ FERRARA, Francesco. *Interpretação e Aplicação das Leis*. (trad. Manuel A. D. de Andrade). 2. ed., Coimbra: Arménio Amado, 1963. p. 173-174.

salvaguardados. No entanto, ao contrário do que pensavam, a realidade prática demonstrou que a criação de textos de lei possibilita interpretações abusivas, desviando-se da própria teleologia legislativa.

Além disso, a dissociação entre o Direito e a Filosofia leva os autores do positivo – inclusive Ferrara – a acreditar que o direito posto baste por si mesmo, sobrepondo-se a valores sociais e princípios construídos dentro de uma determinada sociedade.

Outra importante vertente do positivismo é a de H. L. A. Hart, considerado por muitos um positivista mais sofisticado. Essa vertente é conhecida como positivismo conceitual, que tem base na ideia de que o direito é baseado em fontes sociais determinadas – o que determina os limites do direito – e também na separação entre direito, moral e política, distinguindo-se os elementos jurídicos dos extrajurídicos.¹⁵

Segundo Hart, uma norma primária somente pode ser fonte do direito caso seja aceita por uma norma secundária de reconhecimento, o que seria fundamento do sistema jurídico.¹⁶ De outro lado, o autor reconhece a imprecisão da linguagem nos textos legais e que “a discricionariedade que a linguagem lhe confere desse modo pode ser muito ampla, de tal forma que, se a pessoa aplicar a norma, a conclusão, embora possa não ser arbitrária ou irracional, será de fato resultado de uma escolha”.¹⁷

Portanto, Hart também reconhece a textura aberta da legislação, como uma característica geral da linguagem humana, bem como que “a incerteza nas zonas limítrofes é o preço a pagar pelo uso de termos classificatórios gerais em qualquer forma de comunicação referente a questões factuais”.¹⁸

¹⁵ “El positivismo conceptual se asocia con dos tesis importantes. En primer lugar, la defensa de la teoría de las fuentes sociales del derecho y en segundo lugar, la tesis de la separación entre el derecho, la moral y la política. Según el positivismo, el derecho es una cuestión de normas dictadas por autoridades humanas que se manifiestan en unas fuentes sociales determinadas. Uno de los problemas más importantes es identificar estas fuentes del derecho y distinguirlos de otros sistemas normativos. La teoría de las fuentes sociales del derecho nos señala los límites del derecho.” (CALSAMIGLIA, Albert. *Postpositivismo*. *Doxa*, 21, nº 1, p. 209-220, 1998. p. 210). E continua o mesmo autor: “Podríamos concluir que uno de los objetivos fundamentales de Hart – y también de su escuela – fue establecer los límites del derecho y distinguir los elementos jurídicos de los extrajurídicos. Su regla de reconocimiento se construye precisamente para identificar el derecho” (Ibidem. p. 211).

¹⁶ Para Hart, “(...) só podemos apresentar claramente essas verdades e avaliar corretamente sua importância se supusermos um contexto social mais complexo no qual, para a identificação de normas primárias de obrigação, seja aceita e utilizada uma norma secundária de reconhecimento. Se algo merece ser denominado fundamento de um sistema jurídico, trata-se dessa situação”. (HART, H. L. A. *O Conceito de Direito*. (trad. Antônio de Oliveira Sette-Câmara). São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 129). Além disso, Hart reconhecia que “Num sistema jurídico moderno, no qual existem várias ‘fontes’ do direito, a norma de reconhecimento é correspondentemente mais complexa: os critérios para identificar a norma jurídica são múltiplos e geralmente incluem uma constituição escrita, a promulgação pelo legislativo e precedentes judiciais.” (Ibidem, p. 130).

¹⁷ HART, H. L. A. *O Conceito de Direito*. (trad. Antônio de Oliveira Sette-Câmara). São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 165.

¹⁸ Ibidem, p. 166.

A par dessa indeterminação da linguagem, o autor afirma que “a vida do direito consiste em grande parte em orientar tanto as autoridades quanto os indivíduos particulares através de normas precisas, que, diversamente das aplicações de padrões variáveis, não lhes exijam uma nova decisão a cada caso”.¹⁹ Assim, Hart entende a problemática da textura aberta e da discricionariedade judicial como uma contingência, natural à linguagem, mas isso não elimina o caráter essencial do direito, sobretudo porque este confere, na maioria dos casos, uma solução decidida previamente e em abstrato pela fonte primária, conferindo-se maior certeza ao sistema jurídico.

Portanto, após essa breve análise sobre as principais vertentes positivistas, observa-se que, por não reconhecerem a conexão necessária entre direito, moral e política, os positivistas em geral – sobretudo o positivismo de Ferrara e o positivismo metodológico de Kelsen, mas também o positivismo conceitual de Hart –, menoscabam os valores fundamentais do ser humano, por darem prevalência ao direito posto, mesmo que infraconstitucional, com fundamento numa pseudo segurança jurídica, em detrimento de outros valores fundamentais que, no caso concreto, podem ser superiores.

A dissociação entre a aplicação do direito e os valores morais e éticos implica uma cegueira parcial em relação àquilo que preexiste e é a própria razão do direito. A desconsideração do valor justiça para o positivismo jurídico leva a uma autofagia, pois o direito desconsidera a sua própria razão de ser.

Portanto, o positivismo jurídico passou, aos poucos, a não encontrar mais espaço diante das necessidades filosóficas, hermenêuticas e pragmáticas. Os supostos do movimento do direito livre, que criticava o rigorismo formal do positivismo, cada vez mais foram ganhando força, embora sob outras denominações, com profundas transformações e com outros ideais.

Mauro Cappelletti, ao analisar esse fenômeno em âmbito mundial, observa que, nos Estados Unidos e em outros ordenamentos de *Common Law*, houve essencialmente uma revolta contra o formalismo do *case method*; na França e nas áreas de influência francesa, dirigiu-se sobretudo contra o positivismo jurídico; e, na Alemanha e nas áreas de influência alemã, representou principalmente uma insurgência contra o formalismo “científico” e conceitual.²⁰

2. O PÓS-POSITIVISMO: UM NOVO PARADIGMA

A era da pós-modernidade²¹ emerge como um construto, sobretudo social, político, científico, histórico e filosófico, com ideias reacionárias às concepções

¹⁹ E continua o autor: “Esse fato evidente da vida social permanece verdadeiro mesmo que possam surgir dúvidas quanto à aplicabilidade de qualquer norma (estrita ou transmitida por precedente) a um caso concreto”. (Ibidem, p. 175).

²⁰ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?*. (trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999. p. 32.

²¹ O termo pós-modernidade não é de aceitação geral. Muitos preferem utilizar o termo contemporaneidade para designar o momento atual.

e às ideologias associadas à modernidade, sendo menos categorizantes, menos formalistas, mais abertas, propondo novos valores e uma nova compreensão da precariedade de si mesma.

A pós-modernidade é uma desconstrução de tudo aquilo que é moderno. Atualmente, não se tem uma definição precisa do que seja a pós-modernidade, mas se sabe o que ela não é. Segundo Bauman, “Se, de um ponto de vista moderno, o relativismo era um problema com que lidar e afinal superar na teoria e na prática, do ponto de vista pós-moderno, a relatividade do conhecimento (isto é, sua ‘inserção’ na própria tradição sustentada em comum) é um traço duradouro do mundo.”²²

Do ponto de vista filosófico, reconhecem-se as pretensões abusivas da racionalidade humana, buscando-se a superação do mito da sociedade moderna, que seria capaz de revelar verdades eternas, imutáveis, a-históricas, bem como reconhecem-se as consequências desastrosas da crença nesse mito.²³

²² BAUMAN, Zygmunt. *Legisladores e Intérpretes: sobre modernidade, pós-modernidade e intelectuais*. (trad. Renato Aguiar). Rio de Janeiro: Zahar, 2010. p. 19. Bauman também faz a seguinte diferenciação entre a modernidade e a pós-modernidade: “A oposição entre modernidade e pós-modernidade foi empregada aqui a serviço da teorização dos três últimos séculos da história europeia ocidental (ou da história dominada pela Europa Ocidental), vistos da perspectiva da práxis intelectual. Esta prática é que pode ser moderna ou pós-moderna; a dominância de um ou outro dos dois mundos (sem exclusividade) distingue modernidade e pós-modernidade como períodos da história intelectual. Mesmo que a ideia de modernidade e pós-modernidade como períodos históricos sucessivos seja considerada duvidosa (quando se aponta, com acerto, que as duas práticas coexistem, embora em proporção variável, no interior de cada uma das eras, e que só é possível falar de domínio de um outro padrão como tendência), a distinção entre elas ainda é útil, nem que seja como ‘tipos ideais’; na verdade, essa distinção avança um pouco no sentido de revelar a essência das controvérsias intelectuais correntes e a extensão das estratégias intelectuais disponíveis”. (...) A visão tipicamente moderna do mundo é a de uma totalidade em essência ordenada; a presença de um padrão desigual de distribuição de probabilidades possibilita um tipo de explicação dos fatos que – se correta – é, ao mesmo tempo, uma ferramenta de predição e (se os recursos exigidos estiverem disponíveis) de controle. Esse controle (‘domínio da natureza’, ‘planejamento’ ou ‘desenho’ da sociedade) é quase de imediato associado à ação de ordenamento, compreendida como a manipulação de probabilidades (tornando alguns eventos mais prováveis, outros menos prováveis). Sua efetividade depende da adequação do conhecimento à ordem ‘natural’. Tal conhecimento adequado é, em princípio alcançável.” (BAUMAN, Zygmunt. *Legisladores e Intérpretes: sobre modernidade, pós-modernidade e intelectuais*. (trad. Renato Aguiar). Rio de Janeiro: Zahar, 2010. p. 17-18). O mesmo autor refere que: “A visão pós-moderna do mundo é, em princípio, a de um número ilimitado de modelos de ordem, cada qual gerado por um conjunto relativamente autônomo de práticas. A ordem não precede as práticas e, por conseguinte, não pode servir como medida externa de sua validade. Cada qual dos muitos modelos de ordem só faz sentido em termo das práticas que os validam. Em cada caso, a validação introduz critérios que são desenvolvidos no interior de uma tradição particular; eles são sustentados pelos hábitos e crenças de uma ‘comunidade de significados’ e não admitem outros testes de legitimidade”. (BAUMAN, Zygmunt. *Legisladores e Intérpretes: sobre modernidade, pós-modernidade e intelectuais*. (trad. Renato Aguiar). Rio de Janeiro: Zahar, 2010. p. 19).

²³ CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. *Os Direitos Fundamentais e a (in)certeza do Direito: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 25.

Concebe-se que a verdade não é um dado, não pode existir independente da racionalidade humana. A verdade é diuturnamente construída e reconstruída pela mente humana através da linguagem.²⁴

O pós-positivismo surge nesse contexto da pós-modernidade. O direito da pós-modernidade reaproxima-se da filosofia, passando a ser constituído e refletido com forte influência da filosofia da linguagem.²⁵ Há o desenvolvimento da semiótica²⁶, mas não da forma hermética do positivismo, senão dentro do princípio do discurso, onde o paradigma passa a ser o domínio das técnicas de argumentação pelos cidadãos, os quais exercem o seu poder político pelo agir comunicativo.

Embora o termo pós-positivismo seja de certa forma impreciso e não tenha aceitação geral²⁷, Albert Calsamiglia, apontado como o primeiro autor a utilizar essa designação, denomina “postpositivistas a las teorías contemporáneas que ponen el acento en los problemas de la indeterminación del derecho y las relaciones entre el derecho, la moral y la política”.²⁸ Segundo o autor, “El postpositivismo cambia la agenda de problemas porque presta especial

²⁴ Nesse sentido, Richard Rorty: “A verdade não pode estar dada – não pode existir independentemente da mente humana – porque as frases não podem existir dessa maneira, ou estar aí. O mundo existe, mas não as descrições do mundo. Só as descrições de mundo podem ser verdadeiras ou falsas. O mundo em si – sem o auxílio das atividades descritivas dos seres humanos – na pode sê-lo.” E continua o mesmo autor: “O mundo não fala. Só nós o fazemos. O mundo, depois de nos programarmos com uma linguagem, pode fazer-nos sustentar convicções, mas não pode propor uma linguagem para falarmos. Somente outros seres humanos são capazes de fazê-lo” (RORTY, Richard. *Contingência, Ironia e Solidariedade*. (trad. Vera Ribeiro). São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 28-30).

²⁵ “A criação da linguagem e a criação do Direito se assemelham. Ambas surgem como processos de adaptação social e são objetos culturais que realizam valores. Na linguagem, a necessidade determinante é a comunicação, dada a sociabilidade inerente aos seres humanos; no Direito, a necessidade é de garantia da ordem e segurança no ambiente social.” (NADER, Paulo. *Filosofia do Direito*. 19. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 128).

²⁶ “Semiótica é a ciência dos signos e o seu vocábulo provém do grego “*semeiotiké*”, formado por *semeion* (sinal) e *optiké* (ver), significando, pois, modo de ver. Objeto de estudo da semiótica são os tipos de signos, destinados à comunicação. A semiótica se compõe de regras semânticas, sintáticas e pragmáticas. A semântica dispõe sobre as relações entre o sinal e o objeto, revelando significação.” (NADER, Paulo. *Filosofia do Direito*. 19. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 127)

²⁷ Manoel Gonçalves Ferreira Filho entende que o termo pós-positivismo é inapropriado: “Uma observação preliminar no que concerne à impropriedade da expressão ‘pós-positivismo’. Ela induz à ideia de que, antes da pós-modernidade, a prevalência do positivismo era absoluta. Ora, isto está longe da verdade. Numerosas eram as correntes que com ele competiam e, sem dúvida, grandes filósofos do direito não eram adeptos dessa doutrina. Para citar alguns, Gustav Radbruch, John Rawls, Giorgio del Vecchio, Miguel Reale etc. Tal expressão, em consequência, faz caricatura simplificativa, e simplória, da realidade jurídica, o que evidentemente serve de expediente para o combate contra o direito moderno. E, em contraste com os demais traços apontados do pós-positivismo, é distorcido esse direito moderno como um direito formalista, cego para os princípios, maquinal na interpretação e sem força jurídica às normas constitucionais. Tudo isso inexistente.” (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Notas sobre o Direito Constitucional Pós-moderno, em partilhar sobre certo Neoconstitucionalismo à Brasileira. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 250, p. 151-167, jan./abr. 2009).

²⁸ CALSAMIGLIA, Albert. Postpositivismo. *Doxa*, 21, nº 1, p. 209-220, 1998. p. 209.

atención a la indeterminación del derecho. Se desplaza el centro de atención de los casos claros o fáciles a los casos difíciles”. Calsamiglia también afirma que o que interessa não é tanto averiguar as soluções do passado, senão resolver os conflitos que não estão resolvidos.²⁹

Com efeito, a teoria do direito passa a estudar como interpretar e aplicar o direito naqueles casos em que a lei não é clara quanto à regra que deve ser aplicada, seja em razão da vagueza dos termos da lei, seja porque as regras constitucionais, hierarquicamente superiores, possuem conceitos jurídicos indeterminados, que precisam de interpretação para sua aplicação³⁰, o que torna insuficientes as ferramentas dadas pelo positivismo.³¹ Nesse tocante, o positivismo jurídico não se preocupava em estudar os elementos fora do direito positivo que seriam necessários para resolver os casos difíceis, sobretudo porque isso implicaria extrapolar o seu objeto de estudo, ou ao menos admitir que haveria valoração na aplicação do direito, rompendo-se os limites entre a moral e o direito.³²

Assim, no pós-positivismo – ou na teoria do direito contemporânea, para aqueles que não aceitam o termo –, não se despreza o direito posto, mas o centro de interesse passa do legislador para o intérprete ou o juiz³³, e o objeto de estudo está mais focado na indeterminação do direito, na relação intrínseca e na conexão necessária entre moral, política e direito, não somente no momento da produção da norma, mas também no momento da sua aplicação.

Ronald Dworkin, certamente um dos grandes autores e precursores desta nova teoria do direito, critica de forma veemente o positivismo jurídico, sobretudo porque não fornece a resposta para vários problemas que surgem diante da complexidade social.

Dworkin pretende construir uma teoria geral do direito que seja, ao mesmo tempo, normativa e conceitual. Segundo ele, a parte normativa deve examinar uma variedade de temas, compreendendo uma teoria da legislação, da decisão judicial e da observância da lei, as quais tratam as questões normativas do direito, respectivamente, a partir da perspectiva de um legislador, de um juiz e de um cidadão.³⁴

²⁹ Ibidem. p. 211.

³⁰ Ibidem. p. 215.

³¹ Nesse sentido, Calsamiglia: “Creo que las herramientas positivistas son adecuadas para el análisis de las normas pero la teoría positivista es incompleta porque no ofrece herramientas adecuadas para una teoría de la adjudicación.” (Ibidem. p. 215).

³² “Las razones que muchos positivistas tenían para enmudecer eran coherentes con su posición emotivista, pues los criterios para decidir en los casos difíciles exigen compromisos valorativos, y según su concepción de la ciencia no es posible prescribir porque el postulado de la separación entre derecho y moral no se lo permite. Ahora bien, el postpositivismo acepta que las fuentes del derecho no ofrecen respuesta a muchos problemas y que se necesita conocimiento para resolver estos casos.” (CALSAMIGLIA, Albert. Postpositivismo. *Doxa*, 21, nº 1, p. 209-220, 1998. p. 212).

³³ Ibidem. p. 215.

³⁴ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. (trad. Nelson Boeira). 3. ed., São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. VIII-IX.

Dworkin contrapõe-se ao decisionismo do positivismo jurídico de Kelsen, o qual preconizava que, nos casos difíceis, diante da ausência de uma regra clara, o juiz teria o poder discricionário de decidir o caso de uma maneira ou de outra.³⁵ Argumenta que o positivismo, diante dos *hard cases*, se isentava de dizer como o juiz deveria decidir. Os autores do pós-positivismo não terão nenhuma resposta fácil ou reducionista para esses casos, tampouco tem a pretensão de criar um processo mecânico de aplicação da lei. Pelo contrário, consideram que juízes e juristas sensatos frequentemente irão divergir sobre a norma a ser aplicada no caso concreto.³⁶ Nesse ínterim, Dworkin pondera que “O juiz continua tendo o dever, mesmo nos casos difíceis, de descobrir quais são os direitos das partes, e não de inventar novos direitos retroativamente”.³⁷

Com base nessas premissas, Ronald Dworkin relata que as teorias de decisão judicial mais sofisticadas – que albergam o positivismo jurídico – preconizam que os juízes devem aplicar o direito criado por outras instituições e não devem criar um novo direito. No entanto, ele próprio reconhece que “Isso é o ideal, mas por diversas razões não pode ser plenamente concretizado na prática.”³⁸ Com efeito, as leis positivadas e as regras do direito costumeiro (*Common Law*) são quase sempre vagas e devem ser interpretadas antes de se poder aplicá-las aos novos casos. O autor acrescenta que, “Além disso, alguns desses casos colocam problemas tão novos que não podem ser decididos nem mesmo se ampliarmos ou reinterpretarmos as regras existentes. Portanto, os juízes devem às vezes criar um direito novo, seja essa criação dissimulada ou explícita”. E conclui: “Ao fazê-lo, porém, devem agir como se fossem delegados do poder legislativo, promulgando leis que, em sua opinião, os legisladores promulgariam caso se vissem diante do problema.”³⁹

Uma das principais contribuições de Dworkin foi a de assentar a aplicação direta de princípios, afirmando que eles compõem o próprio direito e são normas com vinculação e coercibilidade. O autor afirma a importância dos princípios tratando do seu significado adicional dentro de um ordenamento jurídico. Em uma comunidade de princípios, a legislação não é encarada do mesmo modo que uma comunidade baseada em códigos – como acordos negociados que não têm nenhum significado adicional ou mais profundo além daquele declarado pelo texto da lei. A comunidade de princípios “trata da legislação como uma decorrência do compromisso atual da comunidade com o esquema precedente de moral política”.⁴⁰

³⁵ Ibidem. p. 127.

³⁶ Ibidem. p. 127-128.

³⁷ Ibidem. p. 127.

³⁸ Ibidem. p. 128-129.

³⁹ Ibidem. p. 128-129.

⁴⁰ E continua o autor: “O costume protege igualmente uma das vantagens práticas de uma comunidade de princípios: encoraja os cidadãos a basearem-se em uma análise precisa do sistema público quando eles próprios o desenvolvem e aplicam. (...) Uma comunidade de princípios

Os princípios consideram os valores fundamentais de uma determinada sociedade, mostrando as ligações entre a prática jurídica e a prática social, mas também continuam a examinar a prática social de forma crítica, à luz de uma eticidade reflexiva.

No entanto, a par da reconhecida importância dos princípios, não se pode deixar de mencionar a existência de objeções existentes à originalidade judicial, vale dizer, quando o juiz se distancia do texto de lei para decidir com base em princípios.

A primeira objeção diz respeito à legitimidade de o juiz, diante da ausência de lei que regule explicitamente o caso posto a julgamento, decidir refugindo aos parâmetros dados pelo texto de lei. Esse argumento enfoca o fato de que os juizes não são eleitos e não são responsáveis perante o eleitorado, como ocorre com os legisladores.

Respondendo a tal questionamento, Dworkin ressalta que, quando se trata de uma decisão política, certamente um processo político funciona melhor para definir quais são os interesses de uma determinada sociedade. No entanto, quando juiz está diante de um caso difícil, pode decidir com base em argumento de princípio, e não de política.⁴¹ Nesse sentido, conclui que “Assim, um juiz que não é pressionado pelas demandas da maioria política, que gostaria de ver seus interesses protegidos pelo direito, encontra-se, portanto, em uma melhor posição para avaliar o argumento”.⁴²

A segunda objeção contra a originalidade da decisão judicial é a de que, se um juiz criar uma nova norma e aplicá-la retroativamente ao caso em julgamento, a parte vencida será punida, não por ter infringido um dever que tinha no momento do fato, mas sim por ter violado um dever jurídico novo, criado pelo juiz após o fato.

Em relação a esta objeção, Dworkin ressalta que a tese da originalidade da decisão judicial não tem força alguma contra um argumento de princípio.

é mais bem servida por uma estrutura de legislação complexa como essa, uma estrutura que inclua uma distinção entre atos legislativos performativos e explicações interpretativas desses atos.” (DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. (trad. Jefferson Luiz Camargo). 2. ed., São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 403-404).

⁴¹ Dworkin diferencia os argumentos de princípio e os argumentos de política da seguinte forma: “Os argumentos de princípio são argumentos destinados a estabelecer um direito individual; os argumentos de política são argumentos destinados a estabelecer um objetivo coletivo. Os princípios são proposições que descrevem direitos; as políticas são proposições que descrevem objetivos”. (Idem. *Ibidem*. p. 141). Contrapondo-se a Dworkin, Robert Alexy argumenta que “O conceito de princípio em Dworkin é definido de forma mais restrita que essa. Segundo ele, princípios são apenas aquelas normas que podem ser utilizadas como razões para direitos individuais. Normas que se refiram a interesses coletivos são por ele denominadas como “políticas”. A diferenciação entre direitos individuais e interesses coletivos é, sem dúvida, importante. Mas não é nem exigível nem conveniente vincular o conceito de princípio ao conceito de direito individual”. (ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. (trad. Virgílio Afonso da Silva). 2. ed., São Paulo: Malheiros, 2011. p. 116).

⁴² DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. (trad. Nelson Boeira). 3. ed., São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 134.

Fundamenta que, “Se o demandante tem um direito contra o réu, então este tem um dever correspondente, e é este dever, e não algum novo dever criado pelo tribunal, que justifica a sentença contrária a ele”.⁴³ Com efeito, se o autor da ação tem realmente o direito a uma decisão judicial em seu favor, deve ter a garantia de poder receber esse direito. Assim, “Se for óbvio e incontroverso que ele tem o direito, o réu não poderá alegar ter sido injustamente surpreendido pela decisão, simplesmente porque o direito não foi criado por meio da publicação de uma lei”.⁴⁴ Isso não quer dizer que não foi sopesada a expectativa ou a perspectiva da parte sucumbente de não ser surpreendida por decisão judicial sem lei expressa que lhe impusesse a obrigação; pelo contrário, quer dizer que, sopesados todos os direitos, interesses e valores em jogo – inclusive o de não ser surpreendido sem lei expressa –, a decisão de conceder o direito à parte demandante, também considerando as suas expectativas e perspectivas, era a mais adequada no caso concreto.

De outro lado, Dworkin também aborda as questões atinentes à análise econômica do direito⁴⁵ e critica o utilitarismo econômico do positivismo jurídico, sustentando que, ao fixar o objetivo do bem-estar médio ou geral como padrão de justiça para a legislação, define o bem-estar geral como uma função do bem-estar dos indivíduos distintos. Nesse aspecto, opõe-se firmemente à ideia de que, enquanto entidade separada, uma comunidade tem algum interesse ou prerrogativa independente.⁴⁶ Para o autor, os indivíduos possuem direitos contra o Estado que são anteriores aos direitos criados através de legislação explícita⁴⁷. Nesse sentido, “Os direitos individuais são trunfos políticos que os indivíduos detêm”.⁴⁸

Assim, Dworkin lança bases sólidas para uma nova teoria geral do direito, ao mesmo tempo conceitual e normativa, compreendendo uma teoria da legislação, uma teoria da decisão judicial e uma teoria da observância da lei. O desenvolvimento da comunidade de princípios também fornece uma grande contribuição para uma teoria do direito pós-moderna.

No entanto, não se pode dizer que os postulados de Dworkin sejam imunes a críticas.

⁴³ Ibidem. p. 134-135.

⁴⁴ Ibidem. p. 134-135.

⁴⁵ “A análise econômica fornece padrões para identificar e medir o bem-estar dos indivíduos que compõem uma comunidade (embora a natureza desses padrões seja matéria de muita discussão) e sustenta que as questões normativas de uma teoria da legitimidade, da justiça legislativa, da jurisdição e da controvérsia, bem como do respeito à lei e de sua execução, devem todas ser resolvidas mediante a suposição de que as instituições jurídicas compõem um sistema cujo objetivo geral é a promoção do mais elevado bem-estar médio para esses indivíduos”. (Idem. Ibidem. p. XI).

⁴⁶ Ibidem. p. XI-XII.

⁴⁷ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. (trad. Nelson Boeira). 3. ed., São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. XIII.

⁴⁸ Ibidem. p. XV.

Jürgen Habermas tece objeções à teoria de Dworkin ao argumento de que este pressupõe que o juiz esteja altamente qualificado, seja por seus conhecimentos e habilidades profissionais, seja por suas próprias virtudes pessoais, a representar os cidadãos e a garantir inteiramente a integridade da comunidade jurídica.⁴⁹ Habermas defende que “Dworkin oscila entre a perspectiva de cidadãos que legitima os deveres judiciais e a perspectiva de um juiz que tem a pretensão de um privilégio cognitivo, apoiando-se apenas em si mesmo, no caso em que a sua própria interpretação diverge de todas as outras”.⁵⁰

Embora Habermas utilize Dworkin, em muitos pontos, para fundamentar o desenvolvimento das suas teorias (entre elas, a do agir comunicativo), o critica porque este entende o direito como um meio de integração social, aplicável numa comunidade solidária por demais abstrata. Tentando corrigir um dos supostos da teoria de Dworkin, Habermas enfatiza que “Nas sociedades complexas, essas relações de reconhecimento mútuo, que se produzem em formas de vida concreta através do agir comunicativo, só se deixam generalizar abstratamente através do direito”. E continua: “Entretanto, é possível ampliar as condições concretas de reconhecimento através do mecanismo da reflexão do agir comunicativo, ou seja, através da prática da argumentação, que exige de todo o participante a assunção das perspectivas de todos os outros.”⁵¹

Nesse ponto, Habermas utiliza a doutrina de Peter Häberle para criticar o juiz “Hércules” de Dworkin e fundamentar a sua teoria do agir comunicativo, sustentando que “Isso sugere que se ancoram as exigências ideais feitas à teoria do direito no ideal político de uma ‘sociedade aberta dos intérpretes da constituição’, ao invés de apoiá-las no ideal da personalidade de um juiz, que se distingue pela virtude e pelo acesso privilegiado à verdade”.⁵²

A crítica de Habermas a Dworkin não diz respeito à legitimidade do juiz para decidir, tampouco pretende vinculá-lo ao texto de lei, pois apenas pretende acrescentar aos supostos de Dworkin o fato de que a interpretação das normas é construtiva e decorrente de um empreendimento comum, que tem base na comunicação pública (agir comunicativo) dos cidadãos, que é concreta, discursiva e vivencial.⁵³

Assim, Habermas desenvolve uma teoria da argumentação jurídica com a premissa de que ela não pode se limitar simplesmente ao acesso lógico-semântico ao discurso jurídico. Nesse sentido, a correção dos juízos normativos não pode ser explicada com base em uma teoria da verdade, pois os direitos

⁴⁹ Ibidem. p. 276/277.

⁵⁰ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre faticidade e validade*. v. 1. (trad. Flávio Beno Siebeneichler). Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010. p. 276-277.

⁵¹ Ibidem. p. 277.

⁵² HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre faticidade e validade*. v. 1. (trad. Flávio Beno Siebeneichler). Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010. p. 278.

⁵³ “E continua: “O juiz singular tem que conceber sua interpretação construtiva como um empreendimento comum, sustentado pela comunicação pública dos cidadãos”. (Idem. Ibidem. p. 278).

são construtos sociais que não admitem essa concepção do verdadeiro e do falso. A correção do juízo normativo exige aceitabilidade racional apoiada em argumentos. A validade de um juízo somente pode ser definida através de condições de validade (argumento válido ou inválido), e isso somente é possível através do discurso, vale dizer, pelo caminho da fundamentação que se desenvolva argumentativamente.⁵⁴

Com a teoria do agir comunicativo, Habermas substitui a razão prática pela razão comunicativa.⁵⁵ A ação comunicativa permite a criação de direitos, que os membros de uma sociedade se reconhecem e se atribuem reciprocamente. Nesse ínterim, reconhece a ligação entre o princípio do discurso, os direitos fundamentais e o princípio da democracia.⁵⁶

Com base no princípio do discurso, na autonomia pública e privada e no agir comunicativo, o povo assume a construção do direito pelo próprio exercício da comunicação, quando os cidadãos se reconhecem livres e iguais. Os cidadãos são, ao mesmo tempo, criadores e destinatários da ordem jurídica.⁵⁷

Assim, a estrutura da argumentação não pode ser hermética, voltada apenas para um número reduzido de especialistas; ao contrário, a argumentação deve servir para as interações entre os interlocutores e com o cotidiano.

⁵⁴ Para Habermas, “Uma teoria da argumentação que se entrega a essa tarefa não pode limitar-se a um acesso lógico-semântico ao discurso jurídico (...) A correção dos juízos normativos não pode ser explicada no sentido de uma teoria da verdade como correspondência, pois direitos são uma construção social que não pode ser hipostasiada em fatos. “Correção” significa aceitabilidade racional, apoiada em argumentos. Certamente a validade de um juízo é definida a partir do preenchimento das condições de validade (...) isso só é possível através do discurso – ou seja, pelo caminho de uma fundamentação *que se desenrola argumentativamente*”. (Ibidem. p. 281-282).

⁵⁵ “A razão comunicativa, ao contrário da figura clássica da razão prática, não é uma fonte de normas do agir. Ela possui um conteúdo normativo, porém somente na medida em que o que age comunicativamente é obrigado a apoiar-se em pressupostos pragmáticos de tipo contrafactual”. (Ibidem. p. 20).

⁵⁶ “Nesse ponto, é possível enfiar diferentes linhas de argumentação, a fim de fundamentar um sistema de direitos que faça jus à autonomia privada e pública dos cidadãos. Esse sistema deve contemplar os direitos fundamentais que os cidadãos são obrigados a se atribuir mutuamente, caso queiram regular sua convivência com os meios legítimos do direito positivo” (Ibidem. p. 154). Dessa forma, Habermas mostra como a legitimidade surge paradoxalmente à legalidade e desenvolve “um modo próprio de interpretar o conceito de autonomia, na linha de uma teoria do discurso, o qual torna possível reconhecer o nexo interno entre direitos humanos e soberania do povo”. (Ibidem. p. 154).

⁵⁷ Habermas: “Por esta razão, o direito vigente tem que ser um direito legítimo. E ele só pode satisfazer a esta condição se for constituído de acordo com procedimentos da formação democrática da opinião e da vontade, que fundamentam a suposição da aceitabilidade racional dos resultados. Aquilo que dá direito à participação política liga-se com a expectativa de um uso público da razão: como legisladores democráticos, os cidadãos não podem fechar-se às exigências informais que resultam de uma orientação pelo bem comum. O que foi dito acima parece sugerir que a razão prática tem sua sede exclusiva no exercício de uma autonomia política, que permite aos destinatários do direito entender-se, ao mesmo tempo, como seus autores.” (HABERMAS, Jürgen. *Era das Tradições*. (trad. Flávio Siebeneichler). Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 73).

Dentro do mesmo contexto da pós-modernidade, Robert Alexy reconhece e desenvolve os princípios como normas jurídicas, aplicáveis diretamente aos casos concretos.

Dessa forma, Alexy propõe critérios para a diferenciação entre princípios e regras. Preconiza que “princípios são normas com grau de generalidade relativamente mais alto, enquanto o grau de generalidade das regras é relativamente baixo”.⁵⁸ Além disso, os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades fáticas e jurídicas, enquanto as regras são normas que são sempre satisfeitas ou não satisfeitas. Logo, os princípios contêm “mandamentos de otimização”, pois devem ser aplicados na maior medida possível.⁵⁹ Por conseguinte, os princípios são qualitativamente superiores.⁶⁰

Assim, a importância dos princípios é não somente fundamentar a criação das regras, mas também solucionar casos concretos, na medida em que a sua aplicação direta é fundamental.

Alexy estabelece uma estreita conexão entre a teoria dos princípios e a máxima da proporcionalidade. Segundo o autor, “Princípios são mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas e fáticas. A *máxima da proporcionalidade em sentido estrito*, ou seja, exigência de sopesamento, decorre da relativização em face das possibilidades *jurídicas*.”⁶¹ Com efeito, quando uma norma de direito fundamental com caráter de princípio (e não de regra) colide com um princípio contrário, a possibilidade jurídica para a aplicação dessa norma depende do conteúdo do princípio de sentido antagônico.

Assim, diante dessa necessidade de sopesamento entre os princípios contrários, surge a máxima da proporcionalidade em sentido estrito. De outro lado, as máximas da necessidade e da adequação surgem do fato de os princípios serem mandamentos de otimização, vale dizer, de que devem ser aplicados da forma mais ampla possível.⁶²

Dessa forma, Alexy fundamenta que o princípio da proporcionalidade (constituído por necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito) decorre das normas fundamentais, na medida em que tenham caráter de princípio.⁶³

Ao compreender os direitos fundamentais como princípios ou valores, Alexy usa a proporcionalidade (ponderação ou sopesamento) como método para solucionar os problemas de conflito entre os direitos fundamentais.

⁵⁸ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. (trad. Virgílio Afonso da Silva). 2. ed., São Paulo: Malheiros, 2011. p. 87.

⁵⁹ *Ibidem*. p. 90-91.

⁶⁰ Alexy traça várias outras diferenças entre princípios e regras, tais como a forma de solucionar as colisões entre princípios e entre regras; o caráter *prima facie* dos princípios e das regras.

⁶¹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. (trad. Virgílio Afonso da Silva). 2. ed., São Paulo: Malheiros, 2011. p. 117.

⁶² *Ibidem*. p. 117-118.

⁶³ *Ibidem*. p. 120.

Habermas, de outro lado, faz diversas críticas ao método da ponderação de Alexy, como critério para resolver o conflito entre direitos fundamentais. Entende que, se os direitos individuais forem transformados em bens ou valores, como quer Alexy, ruirá a viga-mestra de normas e princípios do direito, crescendo o perigo de juízos irracionais, porque os argumentos funcionalistas crescem sobre os normativos.⁶⁴

Além disso, Habermas (concordando com os supostos de Dworkin em relação ao método da interpretação construtiva) afirma que colocar a discussão sobre a colisão entre os direitos fundamentais no plano do sopesamento de valores implica reduzir a importância desses direitos, pois os valores possuem caráter teleológico, enquanto princípios e regras possuem caráter deontológico.⁶⁵

Ademais, para Habermas, normas válidas obrigam seus destinatários a um determinado comportamento que preenche expectativas generalizadas, enquanto que valores são simples preferências compartilhadas intersubjetivamente, vale dizer, analisa-se apenas se determinados bens são mais atrativos do que outros.⁶⁶ Assim, para o autor, direitos fundamentais não podem ser analisados sob a ótica de custos e vantagens.⁶⁷ Nesse ponto, Habermas adere à proposta de Dworkin, no sentido de que os direitos fundamentais devem ser entendidos como princípios (e não como valores), bem como que, nos casos difíceis (ex.: colisão entre direitos fundamentais), as decisões judiciais, para o caso singular (único e irrepetível), devem ser tomadas a partir do *contexto do direito vigente racionalmente reconstruído*.⁶⁸ Assim, para Habermas

⁶⁴ “Ao deixar-se conduzir pela ideia da realização de valores materiais, dados preliminarmente no direito constitucional, o tribunal constitucional transforma-se numa instância autoritária. No caso de uma colisão, todas as razões podem assumir o caráter de argumentos de colocação de objetivos, o que faz ruir a viga mestra introduzida no discurso jurídico pela compreensão deontológica de normas e princípios do direito. A partir do momento em que direitos individuais são transformados em bens e valores, passam a concorrer em pé de igualdade, tentando conseguir a primazia em cada caso singular. Cada valor é tão particular como qualquer outro, ao passo que normas devem sua validade a um teste de universalização. (...) Isso leva a Dworkin a entender direitos como ‘trunfos’ a serem usados contra argumentos de colocação de objetivos. (...) Normas e princípios possuem uma força de justificação maior do que a de valores, uma vez que podem pretender, além de uma especial dignidade de preferência, uma obrigatoriedade geral, devido ao seu sentido deontológico de validade; valores têm que ser inseridos, caso a caso, numa ordem transitiva de valores. (...) Na medida em que um tribunal constitucional adota a doutrina da ordem de valores e a toma como base de sua prática de decisão, cresce o perigo dos juízos irracionais, porque, neste caso, os argumentos funcionalistas prevalecem sobre os normativos.” (HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre faticidade e validade*. v. 1. (trad. Flávio Beno Siebeneichler). Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010. p. 320-321).

⁶⁵ *Ibidem*, p. 258.

⁶⁶ “Segundo I. Maus, ele adere à proposta de R. Alexy, a qual consistem em interpretar princípios transformados em valores como mandamentos de otimização, de maior ou menor intensidade. Essa interpretação vem ao encontro do discurso da ‘ponderação de valores’, corrente entre juristas, o qual, no entanto, é frouxo” (*Ibidem*, p. 315).

⁶⁷ “Os direitos fundamentais, ao contrário, ao serem levados a sério em seu sentido deontológico, não caem sob uma análise dos custos e vantagens.” (*Ibidem*, p. 322).

⁶⁸ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre faticidade e validade*. v. 1. (trad. Flávio Beno Siebeneichler). Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010, p. 261.

(e também para Dworkin), a decisão deve ser tomada racionalmente, reconciliando as decisões tomadas pelo legislador no passado com a decisão justa a ser tomada no presente, satisfazendo simultaneamente os critérios de segurança do direito e aceitabilidade racional.⁶⁹

Robert Alexy, no entanto, em artigo escrito para rebater as críticas de Habermas, diz que a regra da proporcionalidade (ou do sopesamento) não se efetiva arbitrariamente ou não-refletidamente, como afirma Habermas, pois funda-se em graus de intensidade de intervenção como fundamento, em juízos de correção, que são juízos racionais. Além disso, Alexy ressalta que, na medida em que têm um núcleo resistente (ou núcleo essencial), os direitos fundamentais ganham sobreproporcionalmente em fortidão quando aplicados com a regra do sopesamento, e isso estabelece o que Habermas chama de “muro de fogo” (ou viga-mestra).⁷⁰

Portanto, o desenvolvimento do direito, com a reaproximação da filosofia, culmina em tornar totalmente ultrapassados os ideais formalistas e mecanicistas de interpretação e aplicação do direito na forma preconizada pelo positivismo jurídico, o qual não encontra mais espaço diante da sociedade de massas, da complexidade social, da concepção de normas construídas discursivamente e da constitucionalização dos direitos. Nesse ambiente filosófico, teórico e pragmático, está o neoconstitucionalismo.

3. OS MARCOS TEÓRICOS DO NEOCONSTITUCIONALISMO

À luz dessas construções da teoria do direito, com reflexo direto na hermenêutica e na aplicação das normas constitucionais, dentro de uma sociedade plural, multicultural e complexa, de um Estado Democrático de Direito e de uma Constituição garantidora dos direitos fundamentais, emerge um novo movimento de pensadores do direito constitucional, que vem sendo denominado neoconstitucionalismo.

Miguel Carbonell, um dos maiores autores do neoconstitucionalismo, afirma que esse novo direito constitucional compreende os textos constitucionais, as práticas jurisprudenciais e desenvolvimentos teóricos.⁷¹

⁶⁹ Para Habermas, “Uma tal teoria reconstrutiva do direito deve ser suficientemente seletiva, a fim de permitir precisamente uma decisão correta, a qual define quais as pretensões que um partido pode fazer valer no quadro da ordem jurídica existente, o que equivale a dizer quais os direitos que lhe competem objetivamente. A teoria do juiz Hércules reconcilia as decisões racionalmente reconstruídas do passado com a pretensão à aceitabilidade racional do presente, ou seja, reconcilia a história com a justiça.” (HABERMAS, Jürgen. Op. cit., p. 264). E continua: “A teoria de Dworkin serviu como fio condutor para analisarmos o problema da racionalidade da jurisdição, cujas decisões devem satisfazer, simultaneamente, a critérios de segurança do direito e da aceitabilidade racional.” (Ibidem, p. 297).

⁷⁰ ALEXY, Robert. Direitos Fundamentais, Ponderação e Racionalidade. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto (org.). *Direito Constitucional: teoria geral da constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 721-732, p. 731-732.

⁷¹ CARBONELL, Miguel. Neoconstitucionalismo: elementos para una definición. In: MOREIRA, Eduardo Ribeiro; PUGLIESI, Marcio (Coord.). *20 anos da Constituição Brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 197-208.

De outro lado, o neoconstitucionalismo não se confunde com o pós-positivismo. Embora ambos os termos sejam controversos, não sendo de aceitação geral, grande parte dos autores, como Manuel Atienza, entendem que seria melhor utilizar o termo neoconstitucionalismo para o momento atual, já que se está vivendo diante de um paradigma de direito que se caracteriza pelo papel fundamental atribuído à Constituição.⁷² De outro lado, outros autores afirmam que a base ou o marco filosófico do neoconstitucionalismo é o pós-positivismo, como Luis Roberto Barroso,⁷³ tese que se acolhe e se pretende seguir no presente trabalho.

O neoconstitucionalismo também não se confunde com o garantismo, ao menos se for levada em conta a maioria dos preceitos neoconstitucionalistas. Embora a semelhança entre eles, já que ambos têm forte base no estudo da interpretação e aplicação das normas constitucionais, no garantismo há uma separação firme entre direito e moral, além de não haver espaço para as teorias da argumentação, diferentemente do que ocorre no neoconstitucionalismo.⁷⁴ Além disso, no garantismo, não há espaço para a discricionariedade judicial, tampouco ao decisionismo, pois o juiz deve se cingir à operação normativa e cognoscitiva de subsunção do fato à lei, com profunda obediência o princípio da legalidade⁷⁵, diversamente do que ocorre

⁷² ATIENZA, Manuel. Os Diversos Enfoques da Teoria Contemporânea do Direito e a Passagem para uma Teoria Constitucionalista do Direito: diálogo entre a prof^a. Cláudia Rosane Roesler e o Prof. Manuel Atienza. In: CRUZ, Paulo Márcio; ROESLER, Claudia Rosane (Org.). *Direito & Argumentação no Pensamento de Manuel Atienza*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 43-84. p. 46-47.

⁷³ Nesse sentido, Luis Roberto Barroso: "O marco filosófico do novo direito constitucional é o pós-positivismo. O debate acerca de sua caracterização situa-se na confluência das duas grandes correntes de pensamento que oferecem paradigmas opostos para o Direito: o jusnaturalismo e o positivismo. (...) A doutrina pós-positivista se inspira na revalorização da razão prática, na teoria da justiça e na legitimação democrática. (...) O novo direito constitucional ou neoconstitucionalismo é, em parte, produto desse reencontro entre a ciência jurídica e a filosofia do direito." (BARROSO, Luis Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3. ed., São Paulo: Saraiva, 2011. p. 269-272).

⁷⁴ "Em resumo, creio que o garantismo representa uma das mais estimulantes versões do constitucionalismo. (...) No entanto, há dois aspectos que Ferrajoli afasta-se claramente das formulações constitucionalistas mais divulgadas. O primeiro tem a ver com uma tese básica do chamado positivismo conceitual: não há em Ferrajoli a mais mínima concessão nem ao neojusnaturalismo constitucionalista, nem ao positivismo inclusivo ou incorporacionismo, nem nada similar que possa parecer ao constitucionalismo ético; a separação entre direito e moral fica firmemente assegurada. O segundo refere-se à teoria da argumentação. Esta costuma apresentar-se como uma das mais felizes descobertas do constitucionalismo e, no entanto, não se encontram rastros dela no garantismo." (SANCHÍS, Luis Prieto. *Constitucionalismo e Garantismo*. (trad. Eduardo Ribeiro Moreira). In: MOREIRA, Eduardo Ribeiro; PUGLIESI, Marcio. *20 anos da Constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 377-394, 393-394).

⁷⁵ "Disso resulta que o vínculo da verdade processual é também a principal fonte de legitimação externa, ético-política, ou substancial do Poder Judiciário, que, diversamente de qualquer outro poder público, não admite uma legitimação do tipo representativo ou consensual, mas apenas uma legitimação do tipo racional e legal, adequada ao caráter cognitivo dos fatos e recognitivo da sua qualificação jurídica, que é indispensável à motivação dos atos jurisdicionais. (...) Esse nexó entre verdade e validade dos atos judiciais representa o primeiro fundamento teórico da divisão

no neoconstitucionalismo, no qual se reconhece a função eminentemente criativa do juiz na interpretação e na aplicação do direito, sobretudo nos casos difíceis.

Historicamente, esse novo constitucionalismo surge, em grande parte dos países europeus, após a Segunda Guerra Mundial e, no Brasil, após o processo de redemocratização e a Constituição Federal de 1988.⁷⁶ Esse novo modelo constitucional, acaba redefinindo o próprio modelo de Estado, passando-se para um Estado de Direito Constitucional, na definição de Suzzana Pozzolo.⁷⁷

No plano teórico, o neoconstitucionalismo é fruto da contribuição de diversos filósofos e teóricos do direito, como Dworkin, Nino, Alexy e Dreier, mas o surgimento do termo e a sua conceituação são fruto do trabalho de alguns teóricos da Escola de Gênova, como Suzana Pozzolo, que inventou o termo, Mauro Barberis, que o redefiniu, além de Riccardo Guastini, Paulo Comanducci e Tecla Mazzarese, que desenvolveram conceitual e conteudisticamente o neoconstitucionalismo.⁷⁸

dos poderes e da independência do Poder Judiciário no moderno Estado representativo de direito. Uma atividade cognitiva, ainda que inclua inevitavelmente opções, convenções e momentos decisórios, não pode, por princípio, submeter-se a imperativos que não aqueles inerentes à procura da verdade.” (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. (trad. ZOMER, Ana Paula; et. al.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 437.

⁷⁶ Segundo Carbonell, “El neoconstitucionalismo pretende explicar a um conjunto de textos constitucionales que comienzan a surgir después de la Segunda Guerra Mundial y sobre todo a partir de los años 70 del siglo XX. Se trata de Constituciones que no se limitan a establecer competencias o a separar a los poderes públicos, si no que contienen altos niveles de normas ‘materiales’ o substantivas que condicionan la actuación del Estado por medio de la ordenación de ciertos fines y objetivos. (...) Ejemplos representativos de este tipo de Constituciones lo son la española de 1978, la brasileña de 1988 y la colombiana de 1991.” (CARBONELL, Miguel. Neoconstitucionalismo: elementos para una definición. In: MOREIRA, Eduardo Ribeiro; PUGLIESI, Marcio (Coord.). 20 anos da Constituição Brasileira. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 197-208. p. 198)

⁷⁷ “Nesse sentido, tais práticas acabam conformando o estado de direito constitucional, tornando-o conforme as assunções das concepções de partida, ou seja, a concepção acaba determinando uma certa percepção da realidade por parte dos operadores, portanto, endereçam-lhes as praxes, e, finalmente, reconfigura a própria realidade onde eles operam: os ordenamentos contemporâneos estão quase todos envolvidos em um processo de constitucionalização (no sentido de Guastini).” (POZZOLO, Susanna. Neoconstitucionalismo: um modelo constitucional ou uma concepção da constituição? (trad. Juliana Salvetti, Marcelo Lamy e Luiz Carlos de Souza Auricchio). *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, São Paulo, nº 7, v. 1, pp. 231-253, jan./jun. 2006. p. 232-233.)

⁷⁸ A esse respeito, Mauro Barberis lembra que “Se o próprio fato, a teoria ou doutrina neoconstitucionalista, é fruto de muitas contribuições, tanto anglo-americanas (DWORKIN, 1977 e 1985), como latino-americanas (NINO, 1999), e europeu-continentais (ALEXY, 1987; DREIER, 1991), o termo e o conceito de neoconstitucionalismo são frutos, sobretudo, do trabalho de alguns teóricos da escola de Gênova: Suzana Pozzolo pela invenção do termo; Mauro Barberis pela sua redefinição; Riccardo Guastini pela elaboração de um conceito intimamente interligado ao precedente, o conceito de constitucionalização; Paulo Comanducci e Tecla Mazzarese por algumas das análises meta teóricas mais aprofundadas do argumento. É o caso de avisar desde já, contudo, que nenhum desses estudiosos adere ao neoconstitucionalismo: ao contrário, trata-se freqüentemente de seus críticos mais ferozes. Nos escritos dos teóricos genoveses, todavia, o termo ‘neoconstitucionalismo’ faz a sua aparição nos fins de 1990, para indicar teorias (cognitivas) e doutrinas (normativas), por um lado críticas do positivismo jurídico, por outro

Esse novo constitucionalismo possui três principais marcos teóricos: o reconhecimento da força normativa da Constituição, a consagração e a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional.⁷⁹

Assim, o entendimento desses marcos teóricos permitirá compreender o neoconstitucionalismo, a sua formação e os seus efeitos sobre todo o sistema jurídico.

3.1 A Força Normativa da Constituição – Uma conquista do Direito Constitucional

A luta dos povos pelos direitos e pela criação de instrumentos que os garantisse foi uma constante na historiografia mundial. Assim, há uma tensão permanente – nem sempre pacífica – entre os interesses do povo menos afortunado por uma ordem jurídica que garantisse direitos essenciais para todos os cidadãos, independentemente das condições econômicas, patrimoniais, sociais ou culturais e, ao mesmo tempo, a resistência das elites sociais pela manutenção dos privilégios e poderes que lhe são inerentes diante da situação confortável que ocupam.

Certamente, trata-se de um fenômeno universal, que é, ao mesmo tempo, independente em cada nação, mas certamente influenciado pelos movimentos sociais, culturais, econômicos e políticos mundiais.

Em contexto semelhante a esse, Ferdinand Lassalle escreveu o seu opúsculo “A Essência da Constituição”, com defesa intransigente do sufrágio universal, igual e direto para os cidadãos, como meio para o povo conquistar maior espaço no Estado e implementar reformas sociais. Nesse contexto, defendia que a Constituição real e verdadeira era a soma dos fatores reais de poder, estes entendidos como o poder exercido, por exemplo, pelo rei, pelo exército, pela aristocracia etc. Em relação ao povo, dizia que tinha um poder inorgânico, vale dizer, não organizado, mas que poderia um dia impor a sua supremacia.

Portanto, Lassalle fazia a distinção entre a Constituição escrita e a Constituição real, dizendo que a primeira não passava de simples folha de papel, enquanto a segunda era a Constituição verdadeira, pois refletia a soma dos fatores reais de poder.⁸⁰ Dizia que todo o país sempre possuiu e possui a

lado não inteiramente redutíveis ao tradicional jusnaturalismo.” (BARBERIS, MAURO. Neoconstitucionalismo (trad. Juliana Salvetti, Marcelo Lamy e Luiz Carlos de Souza Auricchio). *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, São Paulo, nº 7, v. 1, pp. 18-30, jan./jun. 2006. p. 19.

⁷⁹ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto (org.). *Direito Constitucional: teoria geral da constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 143-195, p. 148.

⁸⁰ “Tenho demonstrado a relação que guardam entre si duas constituições de um país: essa constituição real e efetiva, integralizada pelos fatores reais de poder que regem a sociedade, e essa outra constituição escrita, à qual, para distingui-la da primeira, vamos denominar folha de papel”. (LASSALLE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. (trad. Aurélio Wander Bastos). 6. ed., Rio de Janeiro: Lumem juris, 2001. p. 23).

sua Constituição real e efetiva, já que não seria possível um país onde não houvesse fatores reais de poder. Ademais, para Lassalle, o que mudava com os tempos eram as Constituições escritas em folha de papel.⁸¹

O autor preconizava que aquilo que está escrito em uma folha de papel como sendo a Constituição não tinha força por si própria, não seria durável, tampouco teria qualquer valor caso não se justificasse e se fundasse nos fatores reais e efetivos de poder.⁸²

Fica claro, assim, que Ferdinand Lassalle entendia que a Constituição escrita não tinha qualquer força normativa por si própria.

Opondo-se frontalmente à concepção de Lassalle a respeito do que seria uma Constituição, Konrad Hesse publicou a obra “A força normativa da Constituição” (*Die normative Kraft der Verfassung*), preconizando que a matéria constitucional trata de questões que não são originalmente jurídicas, senão políticas.⁸³ O autor concorda que a norma constitucional não tem existência autônoma e isolada da realidade fática, mas a sua essência reside na sua vigência, vale dizer, existe uma pretensão de eficácia, de que seja concretizada na realidade social. Existe uma relação de interdependência entre a realidade e a norma constitucional.⁸⁴

No entanto, a Constituição não é apenas uma expressão do ser, uma simples expressão fática da realidade ou das forças sociais e políticas, mas implica a imposição de um dever ser para a sociedade. A Constituição não pode ser separada do contexto social a que se destina, mas não se confunde com ele.⁸⁵ Quanto mais conectada com a realidade social, maior será a força normativa da Constituição.⁸⁶

Ao mesmo tempo em que Hesse reconhece a força normativa da Constituição, passa a traçar alguns princípios e diretrizes de interpretação a fim de assentar o seu postulado.

Nesse íterim, o autor preconiza que a interpretação constitucional deverá ser submetida ao princípio da ótima concretização da norma, segundo o qual a interpretação adequada é a que consegue concretizar de forma excelente o sentido da proposição normativa dentro das condições reais existentes na sociedade.⁸⁷

Da mesma forma, o autor conecta o Direito Constitucional com outras ciências da realidade, tais como a História, a Sociologia e a Economia,

⁸¹ LASSALLE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. (trad. Aurélio Wander Bastos). 6. ed., Rio de Janeiro: Lumem juris, 2001. pp. 25-27.

⁸² Idem. Ibidem. pp. 37-40.

⁸³ HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. (trad. Gilmar Ferreira Mendes). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991. p. 9.

⁸⁴ Idem. Ibidem. p. 14.

⁸⁵ Idem. Ibidem. p. 22-23.

⁸⁶ Idem. Ibidem. p. 20-24.

⁸⁷ HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. (trad. Gilmar Ferreira Mendes). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991. p. 22-23.

afirmando que o Direito Constitucional, para poder se impor e subsistir, deve preservar a consciência de seus limites.⁸⁸

Portanto, a força normativa da Constituição representou uma das maiores e mais importantes mudanças de paradigmas para o constitucionalismo, na medida em que atribuiu às normas constitucionais *status* de norma jurídica, com imperatividade, caráter vinculativo e obrigatoriedade.

O debate acerca da força normativa da Constituição somente chegou no Brasil de maneira consistente ao longo da década de 1980. Antes disso, as Constituições eram concebidas apenas por promessas vagas e exortações ao legislador infraconstitucional.⁸⁹

Portanto, a obra de Konrad Hesse foi essencial para o constitucionalismo atual, pois criou e sedimentou a determinação de aplicação imediata dos valores fundamentais insculpidos na Constituição, sem intermédio de qualquer legislação infraconstitucional.

Além disso, com o novo paradigma de que as normas inferiores devem obediência formal e material à norma fundamental, sob pena de invalidade, desenvolveu-se o controle de constitucionalidade material das leis, o que é essencial para a consagração dos valores superiores da sociedade, albergados na Constituição com a positivação dos direitos fundamentais. Assim, são criados novos critérios para a hermenêutica constitucional.

De outro lado, como o texto constitucional que alberga os direitos constitucionais não é composto do arquétipo “ocorrência da hipótese, consequência jurídica”, mas apenas da formulação de que determinados bens jurídicos e valores são fundamentais, exige-se do juiz um maior esforço hermenêutico ao interpretar e aplicar o sistema jurídico quando se reconhece a supremacia substancial da Constituição, porquanto, ao se pretender consagrar os valores constitucionais, não se encontra no simples texto de lei a resposta que se precisa para o caso concreto.

Assim, a nova hermenêutica constitucional, com esteio na força normativa da constituição e na abertura do arquétipo das normas que positivam os direitos fundamentais, impõe ao juiz constitucional que busque na sociedade, no agir comunicativo e nos valores compartilhados e vivenciados, as respostas para a aplicação das normas constitucionais.

3.2 A Expansão da Jurisdição Constitucional

Vigorava até 1945, na maior parte dos países da Europa, um modelo de supremacia do Poder Legislativo, na forma preconizada pela doutrina inglesa de soberania do Parlamento e da concepção francesa da lei como expressão da vontade geral do povo. No entanto, a partir do final da década de 1940,

⁸⁸ Idem. Ibidem. p. 26-27.

⁸⁹ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto (org.). *Direito Constitucional: teoria geral da constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 143-195, p. 149.

emerge um movimento que trouxe não apenas novas Constituições, como também um novo modelo, inspirado na experiência norte-americana, o da supremacia da Constituição.⁹⁰ Tal formatação envolvia a constitucionalização de direitos e a proteção de direitos humanos. Assim, o Judiciário passa a ter a incumbência de controle de constitucionalidade das leis, como também a missão de proteção dos direitos fundamentais.⁹¹

Em âmbito mundial, nota-se que o controle de constitucionalidade, do ponto de vista subjetivo ou orgânico, pode se apresentar por dois sistemas, quais sejam: o sistema difuso, em que o poder de controle de constitucionalidade incumbe a todos os órgãos judiciários de um determinado ordenamento jurídico, que o exercitam incidentalmente, por ocasião das decisões acerca das causas concretas que são julgadas; o sistema concentrado, segundo o qual o poder de controle de constitucionalidade se concentra em um órgão judiciário⁹².

No Brasil, o controle de constitucionalidade existe desde a primeira Constituição republicana, a de 1891. No entanto, segundo essa Constituição, o controle de constitucionalidade somente poderia ocorrer pelo sistema difuso. Nesse ínterim, cabia ao Supremo Tribunal Federal rever as sentenças das Justiças dos Estados, em última instância, quando se contestasse a validade de leis ou atos federais em face da Constituição (art. 59, § 1º, alíneas “a” e “b”).

A ação direta para o controle de constitucionalidade por via principal – controle abstrato e concentrado – somente foi adotado pelo sistema constitucional brasileiro com a Emenda Constitucional nº 16/1965.

No entanto, foi a Constituição de 1988 que expandiu verdadeiramente a jurisdição constitucional, ampliando os legitimados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade. Além disso, foram criados outros mecanismos de controle de constitucionalidade, quais sejam, a ação declaratória de constitucionalidade e a ação de descumprimento de preceito fundamental.

Assim, a Constituição Federal de 1988 permitiu que quase todas as controvérsias constitucionais relevantes fossem examinadas pelo Supremo Tribunal Federal mediante processo de controle abstrato de normas.⁹³

Com a criação de sistemas de controle de constitucionalidade por Cortes Constitucionais, existe atualmente, no ordenamento jurídico brasileiro e em

⁹⁰ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto (org.). *Direito Constitucional: teoria geral da constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 143-195, p. 150.

⁹¹ Nesse sentido, tal mudança de paradigma dá ensejo a uma nova problematização do tema nos países europeus. Como ressalta Paulo Gustavo Gonet Branco: “Ganha a Europa, assim, um novo tema para deslindar – o da compatibilização do princípio democrático com o controle de constitucionalidade nos moldes do constitucionalismo em vigor” (BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Juízo de Ponderação na Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 45).

⁹² CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle Judicial da Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*. (trad. Aroldo Plínio Gonçalves). 2. ed., Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1992. p. 67.

⁹³ Nesse sentido: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle Concentrado de Constitucionalidade*. 3. ed., São Paulo: Saraiva, 2009. p. 86.

grande parte dos países, uma ampla proteção dos direitos fundamentais, garantidos pela supremacia e pela força normativa da Constituição, bem como pelo controle de constitucionalidade. A constitucionalização dos direitos – decorrente principalmente da supremacia da constituição e da expansão do rol dos direitos fundamentais – foi determinante para que surgisse a necessidade de novos critérios para interpretação e aplicação direta dos preceitos fundamentais.

3.3 Os Novos Critérios Hermenêuticos da Interpretação Constitucional

Diante da força normativa e da supremacia da Constituição em face das outras normas, ou seja, da construção de que as disposições constitucionais têm força normativa e prevalência em relação às demais normas infraconstitucionais, surge a imposição de que todos os direitos devem ser interpretados à luz da Constituição.

Assim, se, de um lado, é iniludível que os métodos de interpretação gramatical, histórico, teleológico e sistemático se aplicam à hermenêutica constitucional, de outro, também está claro que eles são insuficientes para a interpretação e aplicação das normas constitucionais.

Desse modo, na medida em que a necessidade de materialização da constituição franqueia ao juiz constitucional um novo âmbito de discricionariedade – que, num modelo anterior, era reservado ao legislador,⁹⁴ são criados novos critérios e princípios aplicáveis à hermenêutica constitucional.

Tais princípios, para a maioria dos constitucionalistas atuais, são os da unidade da Constituição, da concordância prática, da correção funcional, da eficácia integradora, da força normativa da Constituição, da máxima efetividade, da proporcionalidade ou razoabilidade, da interpretação conforme a Constituição e o princípio da presunção de constitucionalidade das leis.⁹⁵

Assim, o avanço do novo Direito Constitucional faz emergir novas premissas, contrapondo-se ao sistema hermenêutico tradicional. Há profundas mudanças na concepção do papel da norma, pois se verifica claramente que a solução dos problemas jurídicos não se encontra pura e simplesmente no texto de lei, senão numa decisão discursiva e vivencialmente construída dentro de uma sociedade que é, ao mesmo tempo, co-autora e destinatária da norma.

O papel do juiz também é substancialmente alterado na nova conjuntura pós-moderna, pois não lhe cabe mais apenas a função de revelar a solução contida no preceito normativo com o seu conhecimento técnico jurídico, pois atua como co-participante na criação do direito, completando o trabalho do legislador e criando, com base em novos critérios hermenêuticos e em todo um complexo discursivo, a norma para o caso único e irrepetível que tem de julgar.

⁹⁴ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Juízo de Ponderação na Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 45.

⁹⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2009. p. 132.

4. A INTERPRETAÇÃO, A CRIAÇÃO E A RECRIAÇÃO DO DIREITO PELO JUIZ E PELA SOCIEDADE ABERTA

Na atualidade, não mais se admite a negação da atividade criativa do juiz ao realizar a atividade hermenêutica e a aplicação do direito. Da mesma forma que ocorre na literatura, na música, nas artes, na filosofia, por exemplo, no direito também há intensa atividade criativa na interpretação e compreensão dos signos colocados à apreciação.⁹⁶

Não é verdade que o juiz tenha arbitrariedade para julgar, ou que seja despedido de quaisquer vínculos ou critérios. O juiz, ao deparar com o texto legal, o interpreta de acordo com todo o sistema jurídico, levando em consideração, sobretudo: as outras regras que disponham sobre hipóteses semelhantes; os princípios que estão no mesmo sentido ou em sentido contrário; os valores fundamentais que estão protegidos ou estão sendo mitigados pelo texto legal; os critérios interpretativos traçados pela lei, pela filosofia, pela doutrina e pela jurisprudência; a racionalidade; os valores morais e éticos; a proporcionalidade; a justiça da decisão; dentre outros fatores. Assim, não se pode negar a atividade eminentemente criativa da função do juiz diante da necessidade de interpretação e de aplicação do direito ao caso concreto.

Nesse íterim, Mauro Cappelletti constata que “Do ponto de vista substancial, portanto, não é diversa a ‘natureza’ dos dois processos, o legislativo e o jurisdicional. Ambos constituem processos de criação do direito. A questão se põe, pelo contrário, em termos totalmente diversos se examinada do ponto de vista processual”.⁹⁷

De outro lado, é igualmente insofismável que o juiz não é o único hermeneuta do direito. Peter Häberle, na obra “Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição”, propõe uma “interpretação constitucional pela e para uma sociedade aberta”, de modo que “Os critérios de interpretação constitucional hão de ser tanto mais abertos quanto mais pluralista for a sociedade”.⁹⁸

Häberle identifica a interpretação constitucional com a democracia liberal, preconizando que a interpretação é mais um dos elementos da sociedade aberta.

Com efeito, todos aqueles que vivem no contexto regulado pelo direito são, ao mesmo tempo, criadores, destinatários e intérpretes da norma. Dentro de um Estado Democrático de Direito, todo o cidadão tem o direito de participar,

⁹⁶ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?*. (trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999. p. 21.

⁹⁷ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?*. (trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999. p. 27.

⁹⁸ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. (trad. Gilmar Ferreira Mendes). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997. p. 12-13 e 40.

de forma direta ou indireta, da criação das leis, seja através da eleição dos seus representantes, seja através de grupos de pressão para a aprovação das leis que interessem a esse grupo,⁹⁹ seja pela construção de direitos pelo agir comunicativo, quando os cidadãos discursiva e vivencialmente se reconhecem como livres e iguais.

Mas não é só. Uma vez em vigor a lei, é inegável que os padrões de conduta por ela disciplinados de forma abstrata precisam ser interpretados pela sociedade. Portanto, todos aqueles que vivem no contexto da norma são, direta ou indiretamente, intérpretes da norma. Dessa forma, a sociedade aberta, quando interpreta a norma, leva em consideração todas as demais normas existentes no sistema jurídico, os princípios constitucionais, a racionalidade, os padrões de justiça¹⁰⁰.

Logo, não há como negar que o direito é vivencial, é criado e recriado pela própria sociedade. Com efeito, a sociedade é destinatária, mas, ao mesmo tempo, criadora, intérprete e recriadora da norma.¹⁰¹

A forma como a sociedade se comporta em razão do direito – questão a que se dedica especialmente a sociologia jurídica – é elemento de extrema relevância na criação, incorporação e recriação da norma dentro do sistema jurídico, sendo, inclusive, crucial na aplicação do direito pelo Judiciário. Aliás, a consideração pelo juiz desse procedimento de assimilação e interpretação pela sociedade da lei é uma questão que envolve a própria legitimidade da decisão judicial.

Na lição de Luhmann, para ser legítimo, o ato estatal de tomada de decisão deve proporcionar a participação ativa daqueles que serão por ela atingidos, ainda que num futuro incerto.¹⁰² Portanto, a participação da sociedade

⁹⁹ Idem. Ibidem. p. 37.

¹⁰⁰ “Como princípio do direito, a justiça delimita e harmoniza os desejos, pretensões e interesses conflitantes na vida social da comunidade. Uma vez adotada a idéia de que todos os problemas jurídicos são problemas de distribuição, o postulado da justiça equivale a uma exigência de igualdade na distribuição ou partilha de vantagens ou cargas.” (ROSS, Alf. *Direito e Justiça*. (trad. Edson Bini). 2. ed., Bauru, São Paulo: Edipro, 2007. p. 313).

¹⁰¹ Nesse sentido: “Todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive com este contexto é, indireta ou, até mesmo diretamente, um intérprete dessa norma. O destinatário da norma é participante ativo, muito mais ativo do que se pode supor tradicionalmente, do processo hermenêutico. Como não são apenas os intérpretes jurídicos da Constituição que vivem a norma, não detêm eles o monopólio da interpretação da Constituição” (HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. (trad. Gilmar Ferreira Mendes). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997. p. 15).

¹⁰² Nesse sentido, Niklas Luhmann: “Assim o interessado pode participar duma forma racional e atuar num presente sempre atual, ainda que viva para um futuro incerto. A decisão não recai sobre ele como uma surpresa inesperada, como sorte ou desgraça que se aguarda com perplexidade sem se poder tomar posição, mas como resultado de um processo de decisão, na medida em que uma pessoa se pode preparar para ele pela participação e ação”. (LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo Procedimento*. Trad. Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: Universidade de Brasília, 1980. p. 187).

tanto no processo de criação da lei, quanto no processo de interpretação e assimilação dela, criando e recriando o direito, é um fator de legitimação social do próprio direito.

A sociedade não pode ser tratada como mero objeto de regulação, senão como sujeito ativo do seu próprio destino.¹⁰³ As forças sociais e privadas devem ocupar papel fundamental na interpretação constitucional, razão pela qual devem ser desenvolvidas novas formas de participação da sociedade multicultural e pluralista na condição de intérpretes em sentido amplo da Constituição. O direito processual constitucional, desenvolvido para o controle de constitucionalidade, torna-se parte do direito de participação democrática.¹⁰⁴

Nesse ínterim, no controle de constitucionalidade que se desenvolveu no Brasil, observa-se a ampliação da participação das forças sociais e populares no processo, com a realização de audiências públicas, onde são ouvidos diversos órgãos representativos da sociedade civil para, ao final, ser proferida uma decisão discursivamente construída junto com os cidadãos.

5. NOVOS PARADIGMAS PARA A INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

No paradigma da pós-modernidade, os conceitos jurídicos, as suas premissas e as suas consequências não são dados de que o ser humano se apropria, senão um construto vivencial e discursivo do seu tempo, que se auto-reconhece, desde o início, incompleto e precário.

A lógica do conhecimento científico não diz respeito à apropriação de um dado, mas apenas a questões de justificação ou de validade.¹⁰⁵ No caso do direito, as normas nascem como um construto discursivo dentro de uma determinada sociedade, com o agir comunicativo, onde os cidadãos se reconhecem merecedores de igual respeito e consideração, ditando quais os direitos fundamentais que devem ser reconhecidos e garantidos.

Ocorre a retomada da razão prática e o seu aperfeiçoamento para uma razão comunicativa, desenvolvendo-se no princípio do discurso, no agir comunicativo e na teoria da argumentação jurídica. Passa a existir uma preocupação com uma nova hermenêutica constitucional, com novos critérios de interpretação, voltados para assegurar a força normativa e a supremacia da Constituição, a prevalência dos direitos fundamentais e o controle de constitucionalidade.

¹⁰³ Nesse sentido: HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição*. (trad. Gilmar Ferreira Mendes). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997. p. 33.

¹⁰⁴ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição*. (trad. Gilmar Ferreira Mendes). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997. p. 48.

¹⁰⁵ POPPER, Karl. *A Lógica da Pesquisa Científica*. (trad. Leonidas Hegenberg e Octami Silveira da Mota). São Paulo: Cultrix, 2007. p. 31-32.

A justiça da decisão e a consagração de valores fundamentais são tematizações constantes tanto no desenvolvimento de critérios hermenêuticos quanto na aplicação dos direitos fundamentais.

Percebe-se uma tensão produtiva não somente entre textos legais, princípios, valores éticos e morais. Existe uma tensão produtiva entre diferentes correntes filosóficas que, compreendidas em um sentido mais amplo e à luz de um pensamento complexo, fornecem critérios e variáveis a serem analisados na construção e na aplicação da norma constitucional no concreto.

Há um imprescindível papel da sociedade aberta na interpretação da Constituição – pela participação de cientistas, de setores da comunidade, de associações, da sociedade civil organizada, do próprio povo etc. –, que atua de forma ativa na construção multicultural e pluralista do direito, passando a ser, ao mesmo tempo, autora e destinatária das normas.

O direito se revela não somente através de textos escritos, mas também – e sobretudo – por discursos vivencialmente construídos e reconstruídos, nos quais é considerada fundamentalmente a tensão existente entre o valor justiça, a razoabilidade, os resultados hermenêuticos satisfatórios do ponto de vista prático, a abertura do sistema, a clareza metodológica, a razoabilidade, a segurança jurídica, a previsibilidade, a transparência, a formação de unidade, a harmonização e a força normativa da Constituição, o direito ao respeito e à igual consideração, a proteção efetiva da liberdade e da igualdade social, a ordem pública voltada para o bem comum e a defesa intransigente dos direitos fundamentais.

Nesse contexto, o Judiciário passa a ocupar papel central na missão de promover e proporcionar segurança jurídica, racionalidade, crença no direito e na própria justiça. A atividade jurisdicional se desenvolve num processo de validação da decisão judicial dentro do qual há, segundo uma teoria da argumentação, a interpretação, a criação, a reconstrução e a aplicação do direito.

Além disso, a decisão deve se preocupar com as particularidades do caso concreto, único e irrepetível, e, ao mesmo tempo, ser capaz de ser aplicada a casos que tenham as mesmas variáveis relevantes.

Com efeito, o Judiciário, para fazer justiça, não pode desprezar a unicidade e irrepetibilidade do caso concreto, vale dizer, a consideração de que cada caso tem as suas próprias variáveis, que devem ser especificamente consideradas. Além de tomar uma decisão com base no direito vigente, o juiz deve ser capaz de se colocar no lugar de cada uma das partes do litígio, vendo a questão sob todos os ângulos e, ao final de um processo dialético e discursivo, decidir racional e fundamentadamente acerca da norma adequada à unicidade e à complexidade do caso concreto.¹⁰⁶

¹⁰⁶ No mesmo sentido: CARVALHO NETTO, Menelick de. A Hermenêutica Constitucional sob o Paradigma do Estado Democrático de Direito. In: *Notícia do Direito Brasileiro: nova série*, nº 6, Universidade de Brasília, 2º semestre, 1998, p. 246-247.

De outro lado, a necessidade de se considerarem as especificidades do caso único e irrepetível não pode desprezar a premissa de que, na medida do possível, o juiz deve tomar uma decisão que possa ser universalizável para todos os casos que tenham as mesmas características relevantes daquele caso que está sendo julgado. No entanto, é inegável que tal critério deve ser aplicado com as devidas cautelas, pois pode ceder em razão da prevalência de outros valores fundamentais concorrentes. Além disso, não pode ser argumento válido para violar direitos individuais fundamentais, verdadeiros trunfos contra a maioria e contra o Estado.

A necessidade de que a decisão judicial seja, na medida do possível, universalizável, é uma releitura dessa necessidade concreta à luz do pós-positivismo e do neoconstitucionalismo, na medida em que assegura valores fundamentais, tais como a segurança jurídica e a crença no valor justiça, permitindo que a sociedade conheça qual é o conteúdo da norma que deve seguir.

Assim, o paradigma de hermenêutica e de aplicação do direito num Estado Democrático de Direito requer que o Judiciário decida trabalhando construtivamente os princípios e as regras constitutivos dos direitos fundamentais, cuja interpretação e aplicação deve, ao mesmo tempo, satisfazer a legalidade, a salvaguarda dos princípios, os valores fundamentais, a segurança jurídica e a crença na justiça.

CONCLUSÃO

A ciência da pós-modernidade concebe que a verdade não é um dado, não pode existir independente da mente humana. Com efeito, a verdade é diuturnamente construída e reconstruída pelos cidadãos pela linguagem. Nesse contexto, a ciência atual reconhece-se precária e contingente, pois se sabe que tudo que se produz é incompleto – embora se busque a maior completude –, tem limitações em si mesmo e é sempre aperfeiçoável. Ao mesmo tempo em que busca o conhecimento não fragmentado, multidimensional e não-redutor, possui a auto-crítica de ser sempre uma obra inacabada e incompleta.

Nesse ínterim, o direito da pós-modernidade é um construto discursivo e vivencial, razão pela qual não pode ser dissociado do contexto histórico, político, econômico, social e cultural em que se vive, pois se sabe que não é atemporal, pois, pelo contrário, é precário, limitado e multidimensional, um construto do seu tempo.

Já superadas as filosofias do direito natural e do positivismo jurídico, desenvolve-se nova corrente filosófica que passa a postular uma maior abertura da ciência e da teoria do direito, propondo um sistema jurídico que é vivencialmente construído no seio da comunidade, local e universal, e que sofre o influxo de diversas outras ciências, tais como a história, a política, a sociologia, dentre outras.

Na pós-modernidade, passa-se do paradigma da filosofia do conhecimento para a filosofia da linguagem. Portanto, quando se diz que uma das características essenciais do direito moderno é o seu caráter textual, não se está afirmando que o simples texto de lei tenha papel central, senão que somente se tem acesso às suas normas mediante textos discursiva e vivencialmente construídos e reconstruídos.

Desse modo, o domínio das técnicas de argumentação pelos cidadãos permite que conquistem autonomia pública e exerçam poder político pelo agir comunicativo. Do ponto de vista filosófico, substitui-se a razão prática pela razão comunicativa.

A ação comunicativa, desenvolvida por Habermas, proporciona a criação de direitos de forma discursiva e vivencial no espaço público, na medida em que os membros de uma sociedade se reconhecem reciprocamente como livres e iguais, merecedores de igual respeito e consideração, atribuindo-se reciprocamente direitos fundamentais.

Dessa forma, reconhece-se uma estreita relação entre o princípio do discurso, os direitos fundamentais e o princípio da democracia. Com suporte no princípio do discurso e no agir comunicativo, o povo, pelo uso da sua autonomia política, assume a construção do direito pelo próprio exercício da comunicação, quando os cidadãos reconhecem quais valores e situações jurídicas que devem merecer proteção. Assim, os cidadãos são, ao mesmo tempo, criadores e destinatários da ordem jurídica.

Logo, torna-se insofismável que o direito e as instituições jurídicas necessitam, para o seu desenvolvimento, de algo bem mais complexo do que a simples edição de textos de lei. Na concepção de direitos fundamentais como um construto discursivo e vivencial, a produção de textos normativos constitucionais no arquétipo de princípios ganha especial relevância para a hermenêutica e para a aplicação do direito constitucional.

O pós-positivismo tem o afã de ir além da legalidade estrita, embora não despreze o direito positivado. Prima pela reaproximação entre direito e filosofia. Tem intensa preocupação com a legitimidade popular, com a leitura moral e ética do direito. É inspirado em uma justiça da decisão, embora não comporte a arbitrariedade judicial. Possui intensa influência da teoria da justiça, da racionalidade. Por tais preocupações, dá valor substancial aos princípios, reconhecidos como normas jurídicas, havendo uma intensa consideração dos valores na interpretação das regras.

A construção do postulado da força normativa da Constituição representou uma das maiores e mais importantes mudanças de paradigma para o neoconstitucionalismo, na medida em que atribuiu, às normas constitucionais, *status* de norma jurídica, com imperatividade, caráter vinculativo e obrigatoriedade.

Com efeito, a força normativa e a supremacia da Constituição proporcionam que o direito constitucional se irradie por todos os outros ramos do direito,

num fenômeno que vem sendo chamado de constitucionalização dos direitos, o que determina uma nova hermenêutica constitucional, com novos princípios e critérios de interpretação, que proporciona uma efetiva proteção dos direitos fundamentais.

Portanto, os direitos fundamentais são construídos discursiva e vivencialmente com a autonomia pública e privada dos cidadãos, que passam a ser, ao mesmo tempo, autores e destinatários da norma, que se reconhecem livres e iguais, merecedores de igual respeito e consideração.

Assim, num Estado Democrático de Direito, o Estado-Juiz não pode menoscabar os sentimentos de justiça, os valores morais e éticos, que emergem discursiva e vivencialmente da sociedade. Por conseguinte, o argumento positivista de que os textos de lei são a única fonte de interpretação e aplicação do direito não subsiste. Pelo contrário, a lei deve ser entendida como parte integrante do sistema jurídico, e é inegável que, seja pela via dos princípios, seja pela via dos direitos humanos, os valores fundamentais, a moral e a ética norteiam a interpretação e a aplicação do direito.

Por conseguinte, no cenário atual da pós-modernidade, do neoconstitucionalismo e do pós-positivismo, o Judiciário, quando da aplicação dos direitos fundamentais, deve assegurar, a um só tempo, a certeza do direito, os valores morais e éticos da sociedade, a correção da decisão como algo argumentativamente válido, enfim, a justiça da decisão tomada.

A hermenêutica dos direitos fundamentais passa a enfrentar a complexidade e as contingências, torna-se pluralista, racionalmente discursiva, argumentativa, democrática, com pretensão de máxima efetividade, tendo em sua base a justiça como ideal e o conteúdo essencial dos valores fundamentais como condição inegociável.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. Direitos Fundamentais, Ponderação e Racionalidade. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto (org.). *Direito Constitucional: teoria geral da constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 721-732.

_____. *Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. (trad. Zilda Hutchinson Schild Silva). 2. ed., São Paulo: Landy, 2005.

_____. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. (trad. Virgílio Afonso da Silva). 2. ed., São Paulo: Malheiros, 2011.

ATIENZA, Manuel. Os Diversos Enfoques da Teoria Contemporânea do Direito e a passagem para uma Teoria Constitucionalista do Direito: diálogo entre a prof^a. Cláudia Rosane Roesler e o Prof. Manuel Atienza. In: CRUZ, Paulo Márcio; ROESLER, Claudia Rosane (Org.). *Direito & Argumentação no Pensamento de Manuel Atienza*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 43-84.

BARROSO, Luis Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3. ed., São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto (org.). *Direito Constitucional: teoria geral da constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 143-195.

BARBERIS, Mauro. Neoconstitucionalismo (trad. Juliana Salvetti, Marcelo Lamy e Luiz Carlos de Souza Auricchio). *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, São Paulo, nº 7, v. 1, p. 18-30, jan./jun. 2006.

BAUMAN, Zygmunt. *Legisladores e Intérpretes: sobre modernidade, pós-modernidade e intelectuais*. (trad. Renato Aguiar). Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: lições de filosofia do direito*. (trad. Márcio Pugliesi et. al.). São Paulo: Ícone, 1995, p. 26.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Juízo de Ponderação na Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.

CALSAMIGLIA, Albert. Postpositivismo. *Doxa*, 21, nº 1, p. 209-220, 1998.

CARBONELL, Miguel. Neoconstitucionalismo: elementos para una definición. In: MOREIRA, Eduardo Ribeiro; PUGLIESI, Marcio (Coord.). *20 anos da Constituição Brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 197-208.

CARVALHO NETTO, Menelick de. A Hermenêutica Constitucional sob o Paradigma do Estado Democrático de Direito. In: *Notícia do Direito Brasileiro: nova série*, nº 6, Universidade de Brasília, 2º semestre, 1998.

_____; SCOTTI, Guilherme. *Os Direitos Fundamentais e a (in)certeza do Direito: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?*. (trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

_____. *O Controle Judicial da Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*. (trad. Aroldo Plínio Gonçalves). 2. ed., Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1992.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. (trad. Nelson Boeira). 3. ed., São Paulo: Martins Fontes, 2010.

_____. *O Império do Direito*. (trad. Jefferson Luiz Camargo). 2. ed., São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. (trad. ZOMER, Ana Paula; et. al.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRARA, Francesco. *Interpretação e Aplicação das Leis*. (trad. Manuel A. D. de Andrade). 2. ed., Coimbra: Arménio Amado, 1963.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Notas sobre o Direito Constitucional Pós-moderno, em Partilhar sobre certo Neoconstitucionalismo à Brasileira. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 250, p. 151-167, jan./abr. 2009.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição*. (trad. Gilmar Ferreira Mendes). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

HABERMAS, Jürgen. *Agir Comunicativo e Razão Destranscendentalizada*. (trad. Lucia Aragão). Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002.

_____. *Direito e Democracia: entre faticidade e validade*. v. 1 e 2. (trad. Flávio Beno Siebeneichler). Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010.

- _____. *Era das Tradições*. (trad. Flávio Siebeneichler). Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- HART, H. L. A. *O Conceito de Direito*. (trad. Antônio de Oliveira Sette-Câmara). São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. (trad. Gilmar Ferreira Mendes). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. (trad. João Baptista Machado). 6. ed., São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- KUHN, Thomas. *A Estrutura das Revoluções Científicas*. (trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira). 10. ed., São Paulo: Perspectiva, 2011.
- LASSALLE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. (trad. Aurélio Wander Bastos). 6. ed., Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2001.
- LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo Procedimento*. (trad. Maria da Conceição Côrte-Real). Brasília: Universidade de Brasília, 1980.
- MARTINS, Ives Grandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle Concentrado de Constitucionalidade*. 3. ed., São Paulo: Saraiva, 2009.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2009.
- MORIN, Edgar. *Introdução ao Pensamento Complexo*. (trad. Eliane Lisboa). 4. ed., Porto Alegre: Sulina, 2011.
- NADER, Paulo. *Filosofia do Direito*. 19. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- POPPER, Karl. *A Lógica da Pesquisa Científica*. (trad. Leonidas Hegenberg e Octami Silveira da Mota). São Paulo: Cultrix, 2007.
- POZZOLO, Susanna. Neoconstitucionalismo: um Modelo Constitucional ou uma Concepção da Constituição? (trad. Juliana Salvetti, Marcelo Lamy e Luiz Carlos de Souza Auricchio). *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, São Paulo, nº 7, v. 1, pp. 231-253, jan./jun. 2006.
- RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. (trad. Álvaro de Vita). 3. ed., São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- RORTY, Richard. *Contingência, Ironia e Solidariedade*. (trad. Vera Ribeiro). São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- ROSS, Alf. *Direito e Justiça*. (trad. Edson Bini). 2. ed., Bauru, São Paulo: Edipro, 2007.
- SANCHÍS, Luis Prieto. Constitucionalismo e Garantismo. (trad. Eduardo Ribeiro Moreira). In: MOREIRA, Eduardo Ribeiro; PUGLIESI, Marcio. *20 anos da Constituição Brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 377-394.