



NEOCONSTITUCIONALISMO: VALE A PENA ACREDITAR?¹

NEO-CONSTITUTIONALISM: SHOULD WE BELIEVE IT?

Georges Abboud²

Rafael Tomaz de Oliveira³

Resumo

As presentes reflexões tiveram por objetivo analisar as idiosincrasias que envolvem a teoria neoconstitucionalista para afirmar, ao final, que ela não representa a melhor opção teórica para descrever o movimento constitucional que se observa, em um primeiro momento, na Europa continental pós-bélica espalhando-se posteriormente para a América Latina. Por um lado, os neoconstitucionalistas erram no diagnóstico de que o principal problema do direito no período imediatamente anterior à 1945 dizia respeito ao formalismo derivado de uma concepção jurídica baseada em um legicentrismo que apartou os problemas jurídicos das questões ligadas à justificação filosófica do direito, da ética e da justiça. Por outro lado, a descrição do protagonismo judiciário como uma consequência da “descoberta” europeia da supremacia judicial dos estadunidenses, esconde aquilo que pode ser considerado o principal elemento relacionado à questão separação de poderes: a pretensão de limitação do exercício do poder político.

Palavras-chave: Neoconstitucionalismo. Pós-positivismo. Formalismo. Antiformalismo. Supremacia judicial. Separação de poderes.

Abstract

The present paper aims to analyze the idiosyncrasies related to the neo-constitutional theory in order to affirm, at the end, that it does not present the best theoretical option to describe the constitutional movement that started in Europe after the World War II and spread later on to Latin America. On the one hand, the neo-constitutionalists make a mistake in affirming that the main problem faced by the Law immediately before 1945 was related to the formalism of the legal conception based on a focus on the laws that kept the problems away from a philosophical and ethical justification of the Law. On the other hand, they described the role of the Judiciary as a consequence of the European “discovery” of the American judicial supremacy, which hides what can be considered the main element of the separation of powers: the wish to limit the exercise of political power.

¹ Artigo recebido em: 30/11/2015. Pareceres emitidos em 11/12/2015 e 18/12/2015. Aprovação comunicada em 21/12/2015.

² Doutor e Mestre em Direitos Difusos e Coletivos pela PUC-SP. Professor do mestrado e doutorado da Faculdade Autônoma de São Paulo. FADISP. Professor do curso de graduação da Pontifícia Universidade Católica de São – PUC-SP. Membro do Conselho Editorial da Revista de Direito Privado – RT. Advogado sócio do escritório Nery Advogados. Consultor Jurídico. E-mail: <georges.abboud@neryadvogados.com.br>.

³ Doutor e Mestre em Direito Público pela UNISINOS-RS. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNAERP-SP. Advogado.



Keywords: Neo-constitutionalism. Post-positivism. Formalism. Anti-formalism. Judicial supremacy. Separation of powers.

Sumário: 1. Introdução. 2. O neoconstitucionalismo e algumas peculiaridades de sua recepção pelo pensamento jurídico brasileiro. 2.1. A falácia antiformalista do neoconstitucionalismo à brasileira. 2.2. A questão da “supremacia judicial” e a necessidade de limitação do poder: um problema de engenharia constitucional. 3. É o neoconstitucionalismo um modelo epistemológico pos-positivista? 4. Considerações finais. 5. Referências.

1 INTRODUÇÃO

A pergunta lançada no título tem certo tom provocatório. Quer ela indicar que o neoconstitucionalismo apresenta-se mais como uma crença que, cada vez com mais vigor, encontra reduto nos corações daqueles que se ocupam do direito constitucional (especialmente no Brasil), do que, propriamente, como uma teoria científica, capaz de descrever e apontar soluções adequadas para os problemas constitucionais contemporâneos.

No presente artigo, procuramos torar isso evidente jogando luz, especialmente, em dois pontos que estão, na verdade, interconectados: primeiro, o diagnóstico equivocado de que o principal problema do direito no período imediatamente anterior à 1945 dizia respeito ao formalismo derivado de uma concepção jurídica baseada em um legicentrismo que apartou os problemas jurídicos das questões ligadas à justificação filosófica do direito, da ética e da justiça; segundo, a descrição do protagonismo judiciário como uma consequência da “descoberta” europeia da supremacia judicial dos estadunidenses, esconde aquilo que pode ser considerado o principal elemento relacionado à questão separação de poderes: a pretensão de limitação do exercício do poder político.

Com efeito, nas últimas décadas, assistimos a uma modificação significativa do papel desempenhado pelo direito constitucional no quadro das tradicionais disciplinas jurídicas e ramos do direito. Tornou-se comum a afirmação de que o direito constitucional, de disciplina auxiliar, foi alçado à verdadeira disciplina estruturante, (CANOTILHO, 2005, *passim*) que confere sentido e direção ao jurídico. Uma tal assertiva, é bom que se diga, não se apresenta como um prenúncio teórico ou doutrinário vazio mas encontra-se respaldada pela experiência de diversos sistemas



político-jurídicos contemporâneos e pode ser demonstrada a partir do papel decisivo que as cortes ou tribunais constitucionais têm desempenhado na vida política dessas mesmas realidades⁴.

Nessa medida, tornou-se um lugar comum a afirmação de que as Constituições Europeias do segundo pós-guerra transformaram as configurações predominantes no campo jurídico uma vez que incorporaram cartas de direitos que deveriam ser respeitados pelas maiorias eventuais que dirigem os rumos do governo conferindo a concretização de tais direitos à tribunais que passaram a exercer, com exclusividade, a função de controle da constitucionalidade.

A teoria constitucional que se edifica em torno do chamado *neoconstitucionalismo* procura enquadrar esse fenômeno de modo a enxergar nele uma série de elementos que, nem sempre, estão bem postos ou esclarecidos. Vários autores, de posições teórico-filosóficas extremamente heterogêneas e que nunca secundaram expressamente as teses neoconstitucionais, são, a despeito disso, elencados como *neoconstitucionalistas*. Ronald Dworkin, Robert Alexy, Carlos Santiago Nino, Luigi Ferrajoli, entre outros, estariam entre aqueles que comporiam o feixe teórico do neoconstitucionalismo. Afirma-se que, muito embora seja possível observar diferenças nas propostas de tais autores, poder-se-ia também identificar elementos comuns, a partir de uma certa tipologia, que se manifestaria em torno de temas como: a) a redefinição da relação entre direito e moral; b) a distinção entre regras e princípios; e c) a ponderação como método privilegiado de aplicação do direito e o aumento da carga de discricionariedade judicial.

A dificuldade de se apresentar a complexidade do pensamento dos autores acima citados nessas caixas conceituais é autoevidente. Sem embargo, alguns desses autores, tido como propulsores ou defensores do *neoconstitucionalismo*, publicaram trabalhos recentes procurando esclarecer suas propostas, diferenciando-se dos postulados básicos do *neoconstitucionalismo*, especialmente a questão da separação entre direito e moral e a questão da discricionariedade judicial⁵.

⁴ Nesse sentido, é importante mencionar as seguintes obras: TATE, VALLINDER; 1995; SHAPIRO; SWEET, 2002; HIRSCHL, 2007. Há também textos traduzidos para o português e publicados recentemente na *Revista de Direito Administrativo* da Fundação Getúlio Vargas: HIRSCHL, 2009, p. 139-175; numa outra perspectiva, mas apontando também para a incisividade do poder judiciário na condução da vida política Cf. DAHL, 2009, p. 25-43.

⁵ Lenio Streck, por exemplo, tem reiteradamente assinalado em trabalhos recentes que deixou de utilizar o termo *neoconstitucionalismo* para se referir às alterações paradigmáticas verificadas no



Um exemplo significativo desse tipo de tratamento teórico, que desenvolve uma relação crítica com o *neoconstitucionalismo*, pode ser encontrado em Luigi Ferrajoli. De fato, Ferrajoli procura apontar para o problema contemporâneo do constitucionalismo e da vinculação jurídica das Constituições ressaltando o fato de que a profusão de novas teorias jurídicas que procuraram dar conta dessa nova experiência constitucional terminou por criar dois grandes modelos de análise que englobam as mais diversas posições: há, de um lado, um *constitucionalismo principialista* e, de outro, um *constitucionalismo garantista*. (FERRAJOLI, 2012, p. 13-55).

No interior do conceito *constitucionalismo principialista*, Ferrajoli encaixa as mais variadas posições que compõem os chamados *pós-positivismo* e *neoconstitucionalismo*. Nos termos por ele propostos, todas essas posições partilham da ideia de que a novidade representada pela juridicidade das Constituições do Pós-Guerra deve ser entendida como uma superação do positivismo jurídico – que pregava uma separação exclusiva entre direito e moral e descrevia o direito como um simples sistema de regras, deixando de lado outros padrões normativos, como é o caso dos princípios – em favor de um modelo teórico que reconheça uma necessária conexão entre direito e moral e que reconheça um papel privilegiado dos princípios na formação concreta do direito. Esse tipo de posição teórica acarreta um modelo de fundamentação do direito tendencialmente “jusnaturalista” ou “ético-objetivista”.

De outra banda, o *constitucionalismo garantista* – que é a proposta teórica defendida por Ferrajoli – afirma que o novo desse movimento constitucionalista vivenciado pelas democracias do segundo Pós-Guerra só pode ser apreendido em sua plenitude se ele for entendido como um aperfeiçoamento do positivismo jurídico. Assevera que, como a questão da democracia está no cerne desse debate, é preciso reconhecer que há uma relação interna e imanente entre positivismo e democracia,

direito depois do segundo pós-guerra por uma questão de ajuste epistemológico. Com efeito, o *neoconstitucionalismo*, principalmente nos moldes capitaneados mais recentemente por alguns professores espanhóis e italianos, passou a produzir uma literatura que, como afirma Garcia Amado, deixou de perseguir um equilíbrio entre direitos humanos e soberania popular (preocupação que aparece em autores como Habermas e Dworkin) em favor de uma formulação moralizante e absolutizada dos primeiros (Cf. GARCÍA AMADO, 2007). Nessa medida, Streck tem procurado se diferenciar dessa tradição que tem se formado em torno do *neoconstitucionalismo* afirmando que esta “representa, apenas, a superação – no plano teórico-interpretativo – do *paleojuspositivismo* (Ferrajoli), na medida em que nada mais faz do que afirmar as críticas antiformalistas deduzidas por partidários da Escola do Direito Livre, da Jurisprudência dos Interesses e daquilo que é a versão mais contemporânea desta última, ou seja, da Jurisprudência dos Valores” (Cf. STRECK, 2011, p. 36).



de modo que o melhoramento que esse novo modelo constitucional agregou ao positivismo foi o fato de que os dispositivos guardadores de direitos fundamentais passaram a possibilitar uma submissão conteudística por parte dos demais poderes – inclusive a legislação – à Constituição: além do “quem” e do “como”, que já eram uma preocupação das manifestações posteriores do positivismo jurídico, o *constitucionalismo garantista* apresenta um modelo de positivismo que prescreve também uma adequação do “que”, vale dizer, dos conteúdos veiculados pela legislação.

Nessa medida, o presente artigo objetiva analisar as idiosincrasias do neoconstitucionalismo na perspectiva de demonstrar sua insuficiência para dar conta dos problemas constitucionais contemporâneo.

Em especial, destacamos três elementos: a) o problema da interpretação da constituição e o antiformalismo interpretativo preconizado por alguns autores partidários do neoconstitucionalismo; b) a pretensa “supremacia judicial” na relação constitucionalismo v. democracia; e c) a (im)possibilidade de se falar em um modelo epistemológico pós-positivista no contexto de um teoria neoconstitucionalista.

Assim, no tópico n. 2, ocupar-nos-emos de uma descrição sumária das origens do termo *neoconstitucionalismo* e das principais teses que o envolvem. Também, aqui demonstraremos os problemas que estão ligados ao antiformalismo interpretativo e às questões ligadas à “supremacia judicial”.

Já no item n. 3, estabelecemos uma comparação entre aquilo que se apresenta, de modo delimitado, como uma proposta pós-positivista de teoria do direito e aquilo que preconiza o neoconstitucionalismo. Nesse ponto, objetivamos concluir que o neoconstitucionalismo não se manifesta como uma teoria verdadeiramente pós-positivista.

2 O NEOCONSTITUCIONALISMO E ALGUMAS PECULIARIDADES DE SUA RECEPÇÃO PELO PENSAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Miguel Carbonell (2010, n. I-II, p. 154-155) elenca três elementos essenciais para a formação do *neoconstitucionalismo*: o texto constitucional, a prática jurisprudencial e o desenvolvimento teórico.



Nessa perspectiva, o *neoconstitucionalismo* pretende explicar um conjunto de textos e experiências constitucionais que surgem após a segunda guerra, especialmente a partir da Lei Fundamental de Bonn de 1949. A origem da expressão, contudo, é bem mais recente. Sua utilização com intenção teórica específica, segundo alguns autores, remonta a uma conferência proferida em 1997 pela professora italiana Suzana Pozolo que, posteriormente, deu contornos mais rigorosos ao conceito em sua tese de doutorado de 2001 chamada *Giuspositivismo e neoconstituzionalismo*. (JARAMILLO, 2010, p.212-213).

Tal expressão encontrou forte aceitação do direito constitucional espanhol e, a partir daí, influenciou fortemente a doutrina ibero-americana, tendo sido apresentada, no Brasil, com ares de novo paradigma científico para estudarmos o direito constitucional. (BARROSO, 2007, p. 129-173).

No Brasil, temos que o *neoconstitucionalismo* acabou sendo cristalizado como uma postura teórica antiformalista que aposta no protagonismo do poder judiciário para a concretização de direitos; na fórmula da ponderação como alternativa ao dogma da susunção; e no império moral dos princípios, entendidos como os valores constitutivos da comunidade.

Alguns desses elementos, contudo, estão fundamentados em pressupostos não apenas imprecisos, mas, principalmente, questionáveis. Trataremos aqui sucintamente de alguns deles.

2.1 A falácia antiformalista do neoconstitucionalismo à brasileira

Há uma interpretação sedimentada no contexto atual do constitucionalismo brasileiro que assume como um pressuposto necessário do *neconstitucionalismo*, o discurso de libertação do direito com relação aos grilhões do formalismo positivista que predominou até o final da Segunda Guerra Mundial no continente europeu. Afirma-se, entre outras coisas, que antes de 1945 prevalecia um modelo de direito fundado na supremacia do parlamento, que atribuía reduzidas funções de controle para o judiciário, e, em consequência, e que, de alguma forma, mostrou-se insuficiente para conter os desmandos políticos dos totalitarismos, bem como as horrendas



transgressões perpetradas contra a ética, a moral e a dignidade da pessoa humana (o exemplo sempre mais bem acabado dessa barbárie é a Alemanha nazista).

Em busca de objetividade científica, o positivismo equiparou o Direito à lei, afastou-o da filosofia e de discussões como legitimidade e justiça e dominou o pensamento jurídico da primeira metade do século XX. Sua decadência é emblematicamente associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha, regimes que promoveram a barbárie sob a proteção da legalidade. Ao fim da Guerra, a ética e os valores começam a retornar ao Direito. (...) Antes de 1945, vigorava na maior parte da Europa um modelo de supremacia do Poder Legislativo, na linha da doutrina inglesa de soberania do Parlamento e da concepção francesa da lei como expressão da vontade geral. A partir do final da década de 40, todavia, a onda constitucional trouxe não apenas novas constituições, mas também um novo modelo, inspirado pela experiência americana: o da supremacia da Constituição. (BARROSO, 2007, n. II).

Nota-se, assim, a presença de dois diagnósticos: 1) que o modelo formalista de direito – que equipara direito à lei – mostrou-se ineficiente diante da barbárie porque esta última acabou “protegida” pela própria legalidade; 2) que os instrumentos de controle e limitação do poder político baseados na supremacia do parlamento mostraram-se insuficientes, reivindicando uma alteração de rota, mais ligada à supremacia judicial, nos moldes estadunidenses.

No primeiro caso, o argumento envolve uma problematização relativa à teoria do direito; no segundo, estamos diante de uma questão de engenharia constitucional. Deixemos o segundo ponto para uma análise em subitem específico.

No que tange à necessidade de superação do formalismo positivista (entendido como um pretenso enrijecimento da ideia de legalidade, com baixa margem de atuação do interprete-juiz no momento de proferir decisões “justas” para os casos levados à sua apreciação), basta dizer que o período do entre guerras caracteriza-se muito mais por possibilitar, principalmente no caso da Alemanha, a experiência de teses libertárias e antiformalistas do que, propriamente, formalistas. Aliás, o problema do formalismo está muito mais ligado às discussões jurídicas do século XIX do que àquelas que observamos no desenrolar do século XX.

Como afirma Mário Losano (2010, cap. V., p. 185):

O nacional socialismo levou à extremas consequências a crítica ao sistema iniciada pelos jusliberalistas. O direito anterior a 1933 foi esvaziado, obrigando os juizes a interpretá-lo segundo os princípios nazistas: os juizes eram liberados da servidão da norma, para ficar subjugados ao poder político.



É importante notar, portanto, que, a pretexto de se retirar o direito de sua prisão formalista, os juristas do nacional-socialismo aderiram, em um primeiro momento, às teses libertárias, e não à ideia de defesa da legalidade ou de supremacia do parlamento. Apenas em um segundo momento, depois que a revolução se cristalizara e o regime pôde dar as notas definidoras da política nacional, é que as estratégias de endurecimento da legalidade passaram a fazer parte da agenda jurídica de tais regimes.

Portanto, justificar a existência de menos formalismo na interpretação do direito com o conseqüente aumento de poder dos juízes em modelos pretensamente legicentricos do entre guerras significar reduzir artificialmente um problema que é bem mais complexo.

No fundo, a questão aqui remonta, mais uma vez, à relação direito e política e suas conseqüências para um modelo de estado que se pretenda, efetivamente, democrático. Parafraseando Losano, em passagem transcrita linhas acima, as teses antiformalistas não deixam de colocar os juízes em uma situação de exposição aos jogos da política: sob a justificativa de libertação do direito “formal”, pode-se cair na lógica de interpretação que melhor serve à pessoa ou grupo que ocupa o poder político.

2.2 A questão da “supremacia judicial” e a necessidade de limitação do poder: um problema de engenharia constitucional

Por outro lado, a questão atinente à “descoberta” da supremacia judicial pelas democracias europeias do segundo pós-guerra devem ser encaradas mais como um movimento da dinâmica de separação de poderes do que, propriamente, como um fator de “libertação” do poder judiciário. Ao final, o problema central diz respeito à pretensão de limitação do exercício do poder político.

Com efeito, conforme já analisamos em estudo diretamente relacionado ao tema (ABBOUD; TOMAZ DE OLIVEIRA, 2014, p.13-42), o conceito de separação de poderes não é uma conceito natural de modo que só exista sua ocorrência nos casos em que visualizamos uma divisão de funções, normalmente de forma tripartite. Vale dizer, não se trata de uma conceito estático, mas, sim, dinâmico. Não existe uma



fórmula definida e definitiva sobre o que seja e como funciona a divisão de poderes. Na verdade, como conceito histórico-político, a separação de poderes sofre alterações de significado constantes, principalmente no contexto das experiências constitucionais de curta duração.

Todavia, o elemento subjacente que permanece com uma carga reguladora do conceito – e que, por isso, desdobra-se em uma dimensão de expectativa ou de longa duração – é a ideia de limitação do poder, classicamente presente na fórmula de Montesquieu a respeito do “poder que controla o poder”. Portanto, o conceito que nos orienta na análise da separação de poderes é o de limitação efetiva do poder político e não a velha tentativa de análise que se apoia na configuração tripartite.

Assim, quando trabalhamos com o conceito de separação de poderes operamos, ao mesmo tempo, com uma *perspectiva descritiva* e com uma *perspectiva prescritiva*.⁶

Do ponto de vista descritivo, a análise procura estabelecer, a partir de abordagens histórico-comparativas, o modo como as mais diversas experiências constitucionais estabelecem critérios de divisão das funções que compõem o poder do Estado e operam com elas. Trata-se de uma microanálise de experiências materiais que envolvem distintas realidades constitucionais.

Já na perspectiva prescritiva – ou regulatória – perguntamo-nos até que ponto o modelo de divisão de poderes efetivamente operante em uma dada realidade constitucional cumpre o seu principal desiderato: limitar o exercício do poder político.

Desse modo, o conceito de divisão de poderes pode apresentar-se de formas muito variadas, comportando, inclusive, a previsão de organismos e funções que não se enquadram perfeitamente na clássica ideia tripartite, mas que, ainda assim, perseguem o ideal de concretização de um governo limitado.

⁶ A dualidade apresentada no texto e que envolve *descrição* e *prescrição* é retirada de Giovanni Sartori e das considerações por ele tecidas sobre a polêmica acerca do *realismo político*. Para Sartori, o realismo político – cujo marco é as vezes representado pela obra de Maquiavel – esta assentado em uma falácia, tanto quanto a sua antítese que é o *idealismo político*. No primeiro caso, há uma exagero descritivo que acaba levando a análise política a se perder em meio a particularismos estéreis; no outro, há uma exagerada hipostasiação que acaba por levar o pensamento político para o campo de um ingênuo planejamento racional, incapaz de condicionar normativamente a realidade. Assim, a análise política deve estar envolvida em uma circularidade virtuosa capaz de lidar tanto com as questões descritivas como prescritivas que envolvem conceitos políticos como *democrática*, *separação de poderes*, etc.. (Cf. SARTORI, 1965, p. 46 e ss.).



No momento em que as modificações estruturais – que alteram competências, órgãos ou funcionalidades – se apresentam não como técnicas de limitação do exercício do poder, mas, sim, como artifícios para o exercício autocrático do governo, teríamos, neste caso, uma afronta à separação de poderes e, por consequência, ao próprio Estado Constitucional.

Em suma, as premissas do neoconstitucionalismo estão assentadas no entendimento de que as novas Constituições não se limitam mais a apenas estabelecer a separação de poderes e delimitar competências do Poder Público, na medida em que passam a positivar diversas garantias fundamentais estabelecendo, assim, maior espaço de atuação para o Poder Judiciário. (CARBONELL, 2010, n. I-II, p. 154-155) (POZZOLO, 2010, p. 165 *et seq*)⁷.

Convém ressaltar que, no cenário político, as Constituições tiveram profundas alterações em seus textos: elas deixaram de apenas estabelecer a formação do processo legislativo, na medida em que seu enfoque passou a constituir primordialmente a consagração de direitos fundamentais em seu texto.

Em razão do novo formato desses textos constitucionais, a atuação dos Tribunais Constitucionais e a doutrina também sofreram profundas alterações.

Por consequência, foi desenvolvido um novo paradigma teórico e técnicas interpretativas, buscando assegurar a concretização desse texto constitucional, nesse ínterim, ganharam importância na aplicação jurídica os princípios constitucionais da razoabilidade e proporcionalidade, bem como a normatização dos direitos fundamentais que passaram a ser aplicados a partir de sua eficácia horizontal, a *Drittwirkung*. (CARBONELL, 2010, n. II-III, p. 155-157). No âmbito doutrinário, merecem ênfase as novas perspectivas doutrinárias que foram desenvolvidas, e.g., a teoria dos princípios de Dworkin (2002, 2003, 2006) e sua tese sobre a resposta correta e a técnica da ponderação de Robert Alexy (2002).

Para diversos autores, o *neoconstitucionalismo* desenvolve-se sob o paradigma *pós-positivista*⁸. Contudo, é importante não se confundir

⁷ Para uma análise da relação entre neoconstitucionalismo e positivismo, ver: Comanducci, 2008, p. 141 *et seq.* Abboud, 2011, n. 1.1.1, p. 46.

⁸ De se consignar que o próprio termo – *pós-positivismo* – remonta à Friedrich Müller (2007, n.1, p. 11) e a sua *Metódica Estruturante do direito*. Com efeito, foi Müller quem, pela primeira vez, e com intenção metodológica, utilizou o termo, já na primeira edição de seu *Juristische Methodik* em 1971. Ver também Tomaz de Oliveira, 2008, p. 27 *et seq.*



neoconstitucionalismo com pós-positivismo. O *neoconstitucionalismo* reside em um fenômeno político-jurídico surgido no pós-guerra, já o pós-positivismo consiste num paradigma filosófico que se originou a partir do giro-linguístico e do giro ontológico-linguístico. Se bem compreendido, do *pós-positivismo* teremos menos, e não mais, discricionariedade judicial⁹.

3 É O NEOCONSTITUCIONALISMO UM MODELO EPISTEMOLÓGICO POS-POSITIVISTA?

O pós-positivismo consiste em paradigma que analisa o fenômeno jurídico sem dissociá-lo da realidade. Desse modo, para uma teoria jurídica desenvolver-se sob as bases de um paradigma *pós-positivista*,¹⁰ faz-se necessário elaborar-se juntamente uma concepção pós-positivista de norma que a distinga do texto normativo, o que, por sua vez, implica a necessidade de uma estruturação pós-positivista de sentença não mais vista como um processo de subsunção. Ou seja, em qualquer modelo que se pretenda pós-positivista, a forma primordial de aplicação do direito não pode mais ocorrer via silogismo.

Portanto, a simples alegação de que determinada teoria está embasada no *neoconstitucionalismo*, em nada assegura que ela esteja desenvolvendo-se com fundamento no paradigma pós-positivista, nos termos que expusemos acima.¹¹

Por conseguinte, não se pode considerar determinada teorização como pós-positivista se esta ainda empregar um conceito de norma de caráter semântico de formato kelseniano – como acontece com Robert Alexy, por exemplo – que confunde, de alguma maneira, o texto normativo com a própria norma. Ademais, tal confusão redundaria numa apropriação em sentido subjetivo da base kantiana, que representa a matriz do próprio pensamento positivista.

O ponto decisivo na obra de Robert Alexy (1997, p. 162) para a distinção entre regras e princípios reside no fato de que os princípios são *mandados de otimização*, enquanto que as regras têm caráter de *mandados de definição*. Como *mandados de*

⁹ Referidos conceitos já foram objeto de nossa análise em: Abboud, n. 1.2, p. 53-60.

¹⁰ Para não cairmos no risco provocado pela poluição semântica, importante consultar as lições de Lenio Luiz Streck acerca da acepção do positivismo, Cf. Streck, 2011. n. 1, p. 31-33.

¹¹ Nesse mesmo sentido, ver: Streck, 2011, n. 2, p. 35-37.



otimização, os princípios ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, desde que respeitadas as possibilidades e os limites fáticos e jurídicos.

Nessa perspectiva, a ordenação principiológica pode ser satisfeita em diferentes graus, o que depende não só de suas possibilidades fáticas, mas também jurídicas. As limitações jurídicas são derivadas do fato de existirem não apenas regras, mas também princípios opostos que estão em constante pressão uns contra os outros. Esse caráter *oposicional* dos princípios implica na suscetibilidade (e até mesmo na necessidade, segundo Alexy) da ponderação. *A ponderação, portanto, é a forma de aplicação dos princípios.* (ALEXY, 1997, p. 162).

Por outro lado, as regras são normas que sempre são, ou não, satisfeitas. Não há possibilidade de satisfazer a ordem emanada das regras em diferentes graus, como acontece com os princípios, mas sua aplicação é uma questão de *tudo-ou-nada*. Assim, ALEXY determina a *subsunção como a forma característica de aplicação do direito que as regras realizam*.

Ilustrativas nesse sentido são as assertivas de Lenio Streck que demonstram a filiação de Alexy ao paradigma da filosofia da consciência a partir da sua não superação do esquema sujeito-objeto e da manutenção, em sua *Teoria da Argumentação*, do modelo dedutivo baseado na subsunção que aparece em sua *justificação interna* (lógico sistemática) da fundamentação das decisões jurídicas nos chamados “casos simples”, resolvidos pela aplicação das regras. Essa distinção aponta, ainda, para uma possível separação entre *direito e fato*, o que nos remete à metodologia jurídica construída, no século XIX, sob a égide das teorias sintático-semânticas de interpretação que já foi objeto de nossa análise nos tópicos antecedentes. (STRECK, 2011, n. 10.1, p. 296 *et seq*; ALEXY, 1989, p. 205 *et seq*).

Na realidade, o *Neoconstitucionalismo* no Brasil, em diversos momentos, assemelha-se mais a uma recepção tardia da *Jurisprudência dos Valores* do que efetivamente de uma aproximação com o paradigma pós-positivista. (STRECK, 2011, n. 2, p. 35-37).

A *Jurisprudência dos valores* (*Wertungsjurisprudenz*), diferentemente de sua antecessora – a *Jurisprudência dos Interesses* (HECK, 1961, n. III-IV, p. 59-92) – não se limita a uma investigação sociológica das questões jurídicas a serem enfrentadas,



isso porque Jurisprudência dos Valores possui uma dimensão filosófica que objetiva auxiliar o julgador a identificar os valores que subjazem ao direito naquele dado conflito levado a sua apreciação. Como afirma Lamego: “*se a Jurisprudência dos interesses tinha empreendido a crítica aos procedimentos abstrato-classificatórios e lógico-subsuntivos da Jurisprudência dos conceitos mediante o recurso a modos de pensamento ‘teleológicos’ a Jurisprudência da valoração, em vez de pensamento ‘teleológico’, prefere falar de pensamento ‘orientado a valores’*”. (LAMEGO, 1990, p. 87).

Ademais, a Jurisprudência dos Valores tem por objeto principal de sua análise a jurisprudência oriunda das decisões das Cortes Superiores, diferentemente da Jurisprudência dos Interesses que tinha suas atenções destinadas à atividade do Poder Legislativo.

Trata-se de uma época retratada por autores como Larenz, Lamego e Haverkate, como a da “perda das certezas jurídicas” (LARENZ, 2009. p. 1; LAMEGO, 1990, *passim*).

Isso se deve, em grande parte, a uma peculiaridade histórica que cerca a Jurisprudência dos valores. O final da Segunda Guerra Mundial representa um marco para composição de uma nova ordem, social, política e jurídica, é o início do fenômeno denominado por Mario Losano de direito pós-bélico. (LOSANO, 2010, p. 185 *et seq*).

Em termos sociais, os anos que se seguiram a 1945 vivenciaram as agruras do período da reconstrução da Europa e, a partir da década de 1950, desenvolveram condições de vida e igualdade sem paralelo na história (a chamada “era de ouro do capitalismo”). Politicamente, a queda do nazismo e do fascismo – enquanto inimigos comuns – abriu espaço para a polarização do mundo entre as duas grandes ideologias: o capitalismo e o socialismo. É o tempo da chamada “guerra fria”. Juridicamente, a principal mudança operada pelo fim do período bélico é, certamente, o novo papel desempenhado pelas Constituições e um remapeamento global do direito público em face da força normativa dos direitos fundamentais. Todavia, um elemento que permanece pouco explorado diz respeito ao papel que a “redescoberta cultural dos Estados Unidos” (LOSANO, 2010, p. 245) desempenhou nessa reconfiguração do jurídico.



Rainer Wahl ressalta que a década de 50 constitui marco fundamental para uma nova dimensão do direito público. No entendimento do publicista alemão, essa mudança deve-se, primordialmente a três fatores: (i) consolidação do princípio da proporcionalidade como parâmetro normativo para atuação do Poder Público; (ii) intensificação da normatividade dos direitos fundamentais tanto no aspecto interpretativa quanto aplicativo; (iii) principalmente ao triunfo da jurisdição constitucional e de sua atividade interpretativa que assegurou a concretização dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais, consolidando um limite normativo, até então desconhecido pelo Poder Público. (WAHL, 2013, p. 34).

Ademais, os horrores caracterizados pela Segunda Guerra Mundial impuseram um alerta aos juristas, principalmente aos Tribunais Constitucionais, que não podiam mais examinar o nível de legitimidade de uma lei, tendo em vista tão somente a regularidade de seu processo legislativo. Ou seja, nem todo *conteúdo*, ainda que em consonância com o regular trâmite do processo legislativo, poderia ser considerado *direito*.

No Brasil, é frequente o discurso sobre a chamada *constitucionalização do direito* – em referência ao espalhamento das disposições constitucionais para todos os demais ramos do direito. É comum a referência ao fato de que o direito (infraconstitucional) não pode ficar imune aos “valores” introduzidos pela nova ordem constitucional. (Por todos, Cf. BARROSO; BARCELLOS, 2005). Valores esses que são conduzidos para dentro do sistema jurídico pela via dos princípios constitucionais que devem ser aplicados segundo as regras da ponderação.

Em regra, a doutrina Brasileira tem confundido a introdução de valores no ordenamento com o paradigma pós-positivista. De modo que bastaria argumentar com base em direitos fundamentais, valores, princípios jurídicos ou direitos fundamentais para, automaticamente, situar-se perante o paradigma pós-positivista.

Na verdade, do ponto de vista paradigmático, nem se poderia optar pela chamada constitucionalização. Vale dizer: não há uma escolha ao jurista, seja em teoria ou na prática, em trabalhar ou não com a Constituição. Ela tem plena normatividade. Analisar os institutos jurídicos perante o prisma constitucional é tarefa obrigatória e não mera opção por paradigma teórico. Por exemplo, pode-se optar em



utilizar Hart ou Dworkin como referencial teórico, todavia, não se permite escolher entre trabalhar os institutos jurídicos à luz ou não da Constituição. Isso porque o texto constitucional, desde sempre, se impõe.¹²

Entretanto, tal pensamento ainda é refratário a uma concepção pós-positivista, na medida em que ignora a impossibilidade de se conferir caráter abstrato, semântico e autônomo à norma jurídica. Na realidade, a doutrina brasileira não se atenta aos riscos de importar a aplicação de valores e ponderação em detrimento da legalidade vigente. Hodiernamente, diversos setores da doutrina e dos Tribunais, a pretexto de trabalharem em um paradigma *neoconstitucionalista*, passam a argumentar com fundamento em valores e utilizando a proporcionalidade em detrimento da legalidade e principalmente a constitucionalidade vigente, descambando em regra para discricionariedades e arbitrariedades.

Esse ponto é que parece não ter sido bem compreendido por parte da doutrina brasileira. Como afirma Streck: “os juristas brasileiros não atentaram para as distintas realidades (Brasil e Alemanha). No caso específico do Brasil, onde, historicamente, até mesmo a legalidade burguesa tem sido difícil de ‘emplacar’, a grande luta tem sido estabelecer um espaço democrático de edificação da legalidade, plasmado no texto constitucional”. (STRECK, 2011. Introdução, n. 4, p. 48 et seq.).

Em suma, há que se ter presente que a Jurisprudência dos Valores produziu um tipo de discurso metodológico que, ainda hoje, faz parte de nossa doutrina e jurisprudência. As críticas que são feitas aos partidários da valoração passam pelo excesso de subjetivismo que existe na ideia de valores (que estão a depender do sujeito que os conhece e os articula) chegando às acusações de irracionalidade a que o procedimento da ponderação submete o direito.

Nesse sentido são as críticas de Friedrich Müller (2010, n. 3.1, p. 53):

Tal procedimento (a ponderação) não satisfaz as exigências, imperativas no Estado de Direito e nele efetivamente satisfazíveis, a uma formação da decisão e representação da fundamentação, controlável em termos de objetividade da ciência jurídica no quadro da concretização da constituição e do ordenamento jurídico infraconstitucional. O teor material normativo de

¹² Ilustrativo, nesse sentido, é o posicionamento de Cassio Scarpinella Bueno (n. 2.5, p. 99): “é como se sublinhasse que aquele que se predispõe a estudar o direito processual civil não tivesse muitas escolhas (se é que as tem) sobre como iniciar o descobrimento do objeto de sua análise. Ele tem que começar pela Constituição Federal”. Do mesmo autor, com maior detalhamento, ver: Bueno, 2012, n. 2, p. 76 et seq.



prescrições de direitos fundamentais e de outras prescrições constitucionais é cumprido muito mais e de forma mais condizente com o Estado de Direito com ajuda dos pontos de vista hermenêutica e metodicamente diferenciadores e estruturante da análise do âmbito da norma e com uma formulação substancialmente mais precisa dos elementos de concretização do processo prático de geração do direito, a ser efetuada, do que com representações necessariamente formais de ponderação, que conseqüentemente insinuam no fundo uma reserva de juízo (*Urteilsvirbehalt*) em todas as normas constitucionais, do que com categorias de valores, sistema de valores e valoração, necessariamente vagas e conducentes a insinuações ideológicas.

Portanto, e numa palavra final, não se pode associar o *neoconstitucionalismo* ao *pós-positivismo*, tal qual fossem fenômenos idênticos.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As presentes reflexões tiveram por objetivo analisar as idiossincrasias que envolvem a teoria neconstitucionalista para afirmar, ao final, que ela não representa a melhor opção teórica para descrever o movimento constitucional que se observa, em um primeiro momento, na Europa continental pós-bélica espalhando-se posteriormente para a América Latina.

Por um lado, os neconstitucionalistas erram no diagnóstico de que o principal problema do direito no período imediatamente anterior à 1945 dizia respeito ao formalismo derivado de uma concepção jurídica baseada em um legicentrismo que apartou os problemas jurídicos das questões ligadas à justificação filosófica do direito, da ética e da justiça. Dão como resposta a isso, a emergência de um modelo teórico antiformalista, mais propenso ao desenvolvimento de problemas morais no seio das questões jurídicas, especialmente quando estamos diante de uma questão que envolva concretização de direitos fundamentais.

Todavia, o antiformalismo estava também presente no período entre-guerras, tendo sido um dos componentes que abasteceram os teóricos do direito partidários do nacional-socialismo com munições teóricas para promover uma liberação das amarras jurídicas oriundas do regime anterior, possibilitando interpretações judiciais mais adequadas aos ocupantes do poder político.

Por outro lado, a descrição do protagonismo judiciário como uma consequência da “descoberta” europeia da supremacia judicial dos estadunidenses,



esconde aquilo que pode ser considerado o principal elemento relacionado à questão separação de poderes: a pretensão de limitação do exercício do poder político. Nesse ambiente, só existe poder político legítimo, se seu exercício estiver devidamente limitado. O desenvolvimento da engenharia constitucional envolvido nessa questão é dinâmico e a experiência europeia pós-bélica mostra-se como um bom exemplo desse quadro contínuo de desenvolvimento de novos arranjos para a separação de poderes.

Por fim, o neoconstitucionalismo não pode ser encarado como uma proposta epistemológica verdadeiramente pós-positivista. Assim, seguindo as trilhas de Friedrich Müller, procuramos anotar que o pós-positivismo não se refere a um *anti*-positivismo qualquer, mas representa uma postura teórica que, sabedora do problema não enfrentado pelo positivismo – qual seja: a questão interpretativa concreta, espaço da chamada “discricionariedade judicial” – procura apresentar perspectivas teóricas e práticas que ofereçam soluções para o problema da concretização do direito.

O *neoconstitucionalismo* pode, de certa forma, ser encarado como algum tipo de teoria anti-positivista. Mas isso, por si só, não significa pós-positivismo.

5 REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. **Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ABBOUD, Georges; TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael. O Supremo Tribunal Federal e a Nova Separação de Poderes: entre a interpretação da constituição e as modificações na engenharia constitucional. **Revista de Processo**. Ano 39, n. 233, jul./2014, p.13-42.

ALEXY, Robert. **El concepto y la validad del derecho**. 2. ed. Barcelona: Gedisa, 1997.

ALEXY, Robert. **Teoría de la Argumentación Jurídica**. Madrid: CEC, 1989.

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil). **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. Vol. 58/2007, pp. 129-173, jan./mar. 2007.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da História: a Nova Interpretação Constitucional e o papel dos Princípios no Direito Brasileiro. In: Virgílio Afonso da SILVA (Org.). **Interpretação Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005.



BUENO, Cassio Scarpinella. **Amicus Curiae no Processo Civil Brasileiro**: um terceiro enigmático. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, n. 2.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva, 2011.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2005.

Carbonell, Miguel. El Neoconstitucionalismo: significado y niveles de análisis. In: Miguel Carbonell e Leonardo García Jaramillo (orgs.). **El canon neoconstitucional**, Madrid: Trotta, 2010, n. I-II, p. 154-155.

Comanducci, Paolo. Il Neocostituzionalismo ideológico. In: **Filosofia e realtà del diritto**: studi in onore di Silvana Castignone. Torino: Giappichelli Editore, 2008.

DAHL, Robert A. Tomada de Decisões em uma democracia: a Suprema Corte como uma entidade formuladora de políticas nacionais. **Revista de Direito Administrativo**, n. 252, set./dez. de 2009, p. 25-43.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. *Constitucionalismo Principialista e Constitucionalismo Garantista*. In: Luigi Ferrajoli, Lenio Luiz Streck e André Karam Trindade (orgs.). **Garantismo, Hermenêutica e (Neo)Constitucionalismo**: Um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, pp. 13-55.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio. Derechos y pretextos. Elementos de crítica al neoconstitucionalismo. In: Miguel Carbonell (Org.). **Teoría del neoconstitucionalismo**. Madrid: Trotta-Instituto de investigaciones jurídicas, UNAM, 2007.

HECK, Philipp. **El problema de la creación del derecho**. Barcelona: Ariel, 1961.

HIRSCHL, Ran. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. **Revista de Direito Administrativo**, n. 251, maio/ago. 2009, p. 139-175.

HIRSCHL, Ran. **Towards juristocracy**. The origins and consequences of the new constitutionalism. Cambridge: Harvard University Press, 2007.

JARAMILLO, Leonardo Garcia. Los argumentos del neoconstitucionalismo y su recepción. In: Miguel Carbonell e Leonardo García Jaramillo (orgs.). **El canon neoconstitucional**. Madrid: Trotta, 2010, p. 212-213.

LAMEGO, José. **Hermenêutica e Jurisprudência. Análise de uma Recepção**. Lisboa: Fragmentos, 1990.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 5. ed. Tradução de José Lamago, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009.



LOSANO, Mário G. **Sistema e Estrutura no Direito**. 3. vol. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

MÜLLER, Friedrich. **Metodologia do Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

POZZOLO, Susanna. Reflexiones sobre la concepción neoconstitucionalista de la Constitución. In: Miguel Carbonell e Leonardo García Jaramillo (Orgs.). **El canon neoconstitucional**. Madrid: Trotta, 2010.

SARTORI, Giovanni. **Teoria Democrática**. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1965

SHAPIRO, Martin; SWEET, Alec Stone. **On law, politics & judicialization**. New York: Oxford University Press, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

TATE, Chester Neal; VALLINDER, Torbjörn. The global expansion of Judicial Power: the judicialization of politics. In: _____ (Orgs.). **The global expansion of Judicial Power**. New York: New York University Press, 1995.

Tomaz DE OLIVEIRA, Rafael. **Decisão Judicial e o Conceito de Princípio**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

WAHL, Rainer. **Los últimos cincuenta años de Derecho administrativo alemán**. Madrid: Marcial Pons, 2013.