

CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO: UMA CRÍTICA AOS CONCEITOS DE NEOCONSTITUCIONALISMO E POSITIVISMO

CONTEMPORARY CONSTITUCIONALISM: A CRITIC TO THE CONCEPTS OF NEOCONSTITUCIONALISM AND POSITIVISM

Carolina Salbego Lisowski¹

Santiago Artur Berger Sito²

RESUMO

O presente trabalho pretende perquirir os problemas dos conceitos desenhados acerca do neoconstitucionalismo, bem como evidenciar que o combate contra o positivismo pouco pode oferecer em termos de teoria do direito enquanto não souber identificar as posturas a partir de um paradigma maior. O problema, portanto, passa a ser a correta elucidação do que seja uma postura neoconstitucional, bem com contra o que ela se levanta. A partir de uma visão hermenêutica, que não desprende a facticidade própria do direito, trabalha-se com o conceito de Constitucionalismo Contemporâneo, que ultrapassa o mero neologismo. Trata-se de buscar um termo que seja capaz de funcionar como ambiente teórico, que albergue todas as formas de pensar a teoria do direito depois do constitucionalismo que se encerrou com o segundo pós-guerra. Conclui-se que o esvaziamento do termo neoconstitucionalismo acarretou uma má compreensão do pós-positivismo, desfocando o problema da verdadeira chaga atual: o positivismo e sua discricionariedade imanente.

¹ Doutoranda do Programa de Pós-Graduação em Letras da Universidade Federal de Santa Maria – UFSM. Mestre em Estudos Linguísticos pela Universidade Federal de Santa Maria – UFSM. Graduada em Letras - Português pela Universidade Federal de Santa Maria – UFSM. Graduada em Direito pelo Centro Universitário Franciscano – UNIFRA. Professora do Curso de Direito da Faculdade Palotina de Santa Maria – FAPAS e do Centro Universitário Franciscano – UNIFRA. Assessora Jurídica - Procuradoria Geral: Município de Itaara/RS. Tutora do Curso de Especialização em Gestão Pública Municipal - UAB/UFSM. Correio eletrônico: carollisowski@hotmail.com

² Mestre em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. Graduado em Direito pelo Centro Universitário Franciscano – UNIFRA. Membro do DASEIN – Núcleo de Estudos Hermenêuticos, coordenado pelo Prof. Dr. Lenio Luiz Streck. Correio eletrônico: artursito@gmail.com

PALAVRAS-CHAVE: Positivismo; Teoria do Direito; Constitucionalismo Contemporâneo.

ABSTRACT

This work intends to search the problems of the concepts around the neoconstitutionalism, as well to rise the issue regarding the supposed conflict against positivism little can do about the theory of law, at least it cannot identify the concepts inside a wide paradigm. The problem, though, starts to be the correct identification of what really is a neoconstitutional theory, like the conflict it brings. Setting from a hermeneutic point of view, which does not separate facts from law, this work presents the Contemporary Constitutionalism, going forward than one simple neologism. Actually, the idea is to seek for a term able to play the role of a larger theoretical environment, which embraces all other ways to do theory of law after World War II. It concludes that the emptiness of these terms, such as positivism and neoconstitutionalism, hides the real problem of law nowadays: the discretionary way of being of positivism.

KEYWORDS: Positivism; Theory of law; Contemporary Constitutionalism.

1. LINHAS INTRODUTÓRIAS: HÁ UM COMBATE CONTRA O POSITIVISMO? QUAL?

O poder judicial, a função judicial ou, sobretudo e melhor, a jurisdição tornaram-se um tema e um problema centrais no universo jurídico de nossos dias. E não certamente apenas no âmbito estrito deste universo, pois que o seu relevo se projecta com uma importância aguda e a muitas dimensões no mundo global da prática comunitária. É vocação do iudicium exercer o poder só como poder e mais ainda a força arbitrária impondo razões de validade e críticas à acção na interacção, e o nosso tempo, que tem feito experiências cruéis, e regressivas, desse poder e dessa força, sente profundo e urgente o apelo à razão contra a atávica irracionalidade.
- Castanheiras Neves³

O “qual”, do título deste trabalho evidencia uma ambiguidade. Quer-se saber se há, efetivamente, um combate ao positivismo no país. E também, caso positivo, quer-se saber contra quem tal embate é dirigido. Assim, localizar o problema significa

³ CASTANHEIRA NEVES, António. “Entre o legislador, a sociedade e o juiz ou entre sistema, função e problema – os modelos actualmente alternativos de realização jurisdicional do Direito”. In: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Volume LXXIV(Separata). Coimbra, 1998, p. 1.

justamente isso: evidenciar as ambiguidades e é em torno deste questionamento que se articula o presente artigo.

O pano de fundo que se adota, para fins de contextualização do presente trabalho, desvela um país latinoamericano, assolado pela eventualidade de uma modernidade tardia⁴, desacreditado pelas promessas constitucionais não cumpridas. Isso significa dizer que a história institucional do direito no Brasil representou uma sequência de eventos em sincronia peculiar.

Transcorreram-se mais de vinte e três anos da promulgação da Constituição Federal de 1988 e o responsável por concretizar as políticas públicas prestacionais, típicas de um Estado Providência⁵, mantém sua ineficiência. As causas de tal modo de ser advém de épocas longínquas. Veja-se o tradicionalismo na historicidade brasileira,

⁴ O termo se refere ao problema de consideração posto ao país onde as elites se consideram pós-modernas, e o povo vive no atraso sócio-cultural. Pode-se considerar que os problemas oriundos da onde neoliberal atingiram os países que viveram um *welfare state* de uma forma, e os que nunca o conheceram (caso brasileiro), de outra. O que está em foco, com este conceito, é a consideração de que a modernidade não passou, pois a desigualdade social não permitiu a vivência plena de uma verdadeira modernidade, ao menos para larga parcela social que ainda vive na linha abaixo da miséria. A discrepância de uma elite intangível e intocável e uma pobreza cliente das varas criminais é por demais ampla. “Evidentemente, a minimização do Estado em países que passaram pela etapa do Estado Providência ou *welfare state* tem consequências *absolutamente diversas* da minimização do Estado em países como o Brasil, *onde não houve o Estado Social*. O Estado interventor-desenvolvimentista-regulador, que deveria fazer esta função social, foi – especialmente no Brasil – pródigo (somente) para com as elites, enfim, para as camadas médio-superiores da sociedade, que se apropriaram/aproveitaram de tudo desse Estado, privatizando-o, dividindo/lotando com o capital internacional os monopólios e os oligopólios da economia e, entre outras coisas, construindo empreendimentos imobiliários com o dinheiro do fundo de garantia (FGTS) dos trabalhadores, fundo esse que, em 1966, *custou a estabilidade no emprego para os milhões de brasileiros!*” (STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, pp. 28-29.

⁵ Tal utilização diz respeito ao Estado do Bem-Estar Social (*Welfare State*), também conhecido como Estado Providência. Significa o tipo-ideal (no sentido de Weber) de uma organização jurídica de natureza pública e soberana que objetiva prestar, na maioria das vezes por meio de políticas públicas (embora este não seja o único mecanismo utilizado), atendimento aos direitos de segunda dimensão (*rectius*: igualdade), ou seja, os direitos fundamentais sociais, entre eles a moradia, a segurança pública, a saúde, etc., de modo a minimizar a desigualdade material gerada pela utilização irresponsável da liberdade garantida pela ideologia do Liberalismo. Ou seja, ele contrapõe o tipo-ideal do Estado Liberal, que dá ênfase aos direitos fundamentais de primeira dimensão (*rectius*: liberdade), centrados nas liberdades negativas dos sujeitos contra o próprio Estado. Seu cariz, próprio para atender aos interesses burgueses, visava afastar o Estado da faticidade da vida, desde que quando chamado, garantisse os principais bens jurídicos desta casta social: o patrimônio e a segurança. Em tese, o Estado Democrático de Direito deveria ser a superação de ambos os modelos: tanto do Estado Liberal como do Estado Social. O termo “tese” se justifica na medida em que, no Brasil, nunca houve um modelo de Estado propriamente *Social*. O movimento democratizador, que culminou com a queda da ditadura militar e a promulgação da Constituição Federal de 1988 lançou à sociedade brasileira um modelo constitucional-estatal muito avançado. Sem a devida herança jurídica institucional, ainda se vive um amadurecimento político-jurídico. Para informações completas sobre o tema, ver: STRECK, Lenio Luiz, BOLZAN DE MORAIS, José Luís. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

cheia de percalços de ritmo⁶, que remonta uma corruptela de sistema político, ainda de cariz lusitano.

A própria condição de país da América Latina já diz muito⁷, seja desde o evento colonizador, de cunho exploratório, próprio das colônias ibéricas, até as formações das nações, cujo combate pela democracia revirou diversos anos. A concreção das repúblicas, negociadamente ou pela luta, reconstrói justamente tal quadro: as elites mantêm um afastamento da realidade, alimentando a manutenção de um nível de dominação e, principalmente, o *status quo*.

Revolver este romance literário, o *conto brasileiro*, demonstra que não havia, efetivamente, espaço para um Direito autônomo, capaz de dizer de si mesmo. Sua instrumentalização era notória, aceita. Para ilustrar a afirmação, utilize-se o caso da

⁶ Raymundo Faoro lança luzes sobre o progresso dos países retrógrados através de um conceito chave, *a desigualdade do ritmo*, assim explicada: “Um teórico marxista, Trotski, atento à lição do seu mestre, olhos postos no país atrasado onde o Estado absorve parte da fortuna, enfraquecendo todas as classes e burocratizando-se, nota que a adaptação ao ritmo mundial impõe a combinação original de bases diversas do processo histórico. ‘Selvagens lançaram fora os arcos e flechas e apanharam imediatamente os fuzis, sem percorrer o caminho que havia entre essas duas armas no passado.’ ‘A desigualdade do ritmo,’ — prossegue mais tarde — ‘que é a mais geral das leis do processo histórico, manifesta-se com especial rigor e complexidade no destino dos países atrasados. Sob o chicote das necessidades exteriores, a vida retardatária é constringida a avançar por saltos. Desta lei universal da desigualdade do ritmo decorre outra lei que, na falta de melhor nome, pode denominar-se lei do desenvolvimento combinado, no sentido da aproximação das etapas diversas, da combinação de fases discordantes, da amálgama de formas arcaicas com as modernas.’ A crítica liberal e a marxista, ao admitirem a realidade histórica do Estado patrimonial, com sua alma no capitalismo politicamente orientado, partem do pressuposto da transitoriedade do fenômeno, quer como resíduo anacrônico, quer como fase de transição. Ambas, na verdade, comparam a estátua imperfeita a um tipo ideal, este, em termos de distância histórica, de existência mais curta, de cores mais embaralhadas que a clara visão de seus ideólogos. O ponto de referência é o capitalismo moderno, tal como decantado por Adam Smith, Marx e Weber, tratados os estilos divergentes como se fossem desvios, atalhos sombreados, revivescências deformadoras, vestígios evanescentes. Sobre um mundo acabado, completo, ou em via de atingir sua perfeição última e próxima, a vista mergulha no passado, para reconstruí-lo, conferindo-lhe um sentido retrospectivo, numa concepção linear da história. O passado tem, entretanto, suas próprias pautas, seu curso, embora não caprichoso, obra dos homens e de circunstâncias não homogêneas. O historiador, adverte um filósofo, elimina o elemento irracional dos acontecimentos, mas, nesta operação, cria uma ordem racional, que não só por ser racional será verdadeira.” (FAORO, Raymundo. *Os Donos do Poder: formação do patronato político brasileiro*. 3 ed. São Paulo: Globo, 2001, pp. 868-869). O conceito acima trabalhado permite advertir o leitor acerca da historicidade por saltos do Brasil. Como descrito anteriormente, *terrae brasiliis* não vivenciou os estágios dos modelos estatais, fato que gerou um imbróglio em diversos setores. O patrimonialismo das cortes pós-feudais europeias teve reflexos no Brasil, criando uma estrutura própria, dando origem ao coronelismo, ao clientelismo político, à burocracia e ao tradicionalismo, especialmente na esfera pública. Ou seja, não é preciso um exercício profundo para visualizar a *desigualdade de ritmo* entre o Brasil e os países ditos modernos, ou os *saltos*, nos termos do autor.

⁷ Para um estudo das desigualdades e absurdos presentes na América Latina atual, ver: MÉNDEZ, Juan E.; O’DONNELL, Guillermo; PINHEIRO, Paulo Sérgio. (orgs.) *Democracia, violência e injustiça: O não-Estado de Direito na América Latina*. Tradução de Ana Luiz Pinheiro. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

Lei (delegado) Fleury⁸ ou das aposentadorias compulsórias durante a ditadura militar⁹, dois privilegiados casos comprobatórios de que o trilho do Direito Constitucional, e de uma hermenêutica caudatária, ainda desenhava perfis de caráter vaziamente formal.

Com a instauração da Constituinte de 1988, tem-se a tão aclamada revolução paradigmática¹⁰: o Brasil se alinhava ao que de mais moderno existia, em termos de Constituição – ao menos, em tese.

Ao deixar de, simplesmente, regular o funcionamento e a operacionalização da estrutura do Estado, passava-se ao estabelecimento de um *locus* privilegiado de fundamentos político-jurídicos da Nação. Em outros termos, a Carta Magna de 1988 trouxe, para dentro do Direito Constitucional, na linha do que vinha sendo feito

⁸ “A Lei n. 5.941/73, conhecida como ‘Lei Fleury’, elaborada no período marcado pela ditadura no Brasil, foi criada para proteger o Delegado Sérgio Fernando Paranhos Fleury, que estava à frente da operação que matou Carlos Marighella. Apesar das inúmeras pressões e intimidações que o Promotor Hélio Bicudo estava sofrendo, ele havia conseguido reunir evidências suficientes para o indiciamento do delegado, e, segundo a lei vigente na época, os indiciados deveriam ser presos. Essa lei, então, alterou, entre outros, o artigo 408 do Código de Processo Penal, dando a seguinte redação: ‘Art. 408 – Se o juiz se convencer da existência do crime e de indícios de que o réu seja o seu autor, pronuncia-lo-á, dando os motivos do seu convencimento. (...) § 2º Se o réu for primário e de bons antecedentes, poderá o juiz deixar de decretar-lhe a prisão ou revogá-la, já se encontre preso’ (...). Logo, foi neste contexto que o princípio da presunção da inocência foi introduzido na codificação.” (STRECK, Lenio Luiz. *Em defesa da Pós-Graduação Acadêmica*: Notas sobre a inadequação do Mestrado Profissionalizante na área do Direito ou “das razões pelas quais o direito não é uma racionalidade instrumental”. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/Texto%20Mestrado%20Profissionalizante%20-%20Lênio%20Streck%20-%20Jacinto%20Coutinho.pdf>>. Acesso em 21 dez. 2011, nota 12).

⁹ O exemplo emblemático que se pode colacionar aqui é o do ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal, José Paulo Sepúlveda Pertence. Em sua entrevista ao Projeto História Oral, do Memorial do Ministério Público Federal, o ex-Ministro Sepúlveda Pertence conta acerca de sua aposentadoria compulsória, dada pelo famigerado Ato Institucional n.º 5: “**E aí o senhor fica no Ministério Público como promotor até 1969, quando o senhor, então, é aposentado pelo Ato Institucional n.º 5?** Sou aposentado pelo Ato Institucional n.º 5, pela Junta Militar. **É um afastamento, é uma demissão. E aí como é que o senhor se sentiu, Dr. Pertence?** Bem, a essa altura, já casado, e um tanto perplexo... A aposentadoria era uma coisa simbólica e os poucos proventos da aposentadoria... **O que significava essa aposentadoria em termos salariais?** Eu tinha cinco anos, era proporcional nesse tempo. Rigorosamente, não representava coisa alguma.” (PERTENCE, José Paulo Sepúlveda. Projeto História Oral. *Ministério Público Federal*, Brasília, 2005. Entrevista concedida a Prof. Dr. José Walter Nunes em 25 março 2005. Disponível em: <http://cdij.pgr.mpf.gov.br/memorial/historia-oral/depoimentos_do_cs/jose%20paulo.pdf>. Acesso em: 19 abr. 2011) (grifos no original).

¹⁰ Sempre tendo em mente os percalços, notadamente a proximidade que se instaurou na constituinte de 1988, muito bem retratada por Paulo Bonavides: “Foi o período mais duro e agônico vivida pela Constituinte. Realmente, naquela ocasião o público parecia perder a fé na idoneidade da tarefa executada. Contribuições folclóricas foram referidas pelo próprio relator Bernardo Cabral, numa conferência na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, onde sumariamente lembrou emendas deste teor: art. tal: ‘Todos os carros oficiais serão pintados de uma só cor. § único. Lei complementar definirá qual a cor.’ Alguém também, acrescentou ele, havia posto na subcomissão que os homens e as mulheres são iguais, exceto na gravidez, no parto e no aleitamento.” (BONAVIDES, Paulo. *História Constitucional do Brasil*. Brasília: OAB Editora, 2002, pp. 461-462). Pondo de lado o caráter anedótico do exemplo, fica a nota de que mesmo a conquista constitucional em *terrae brasilis* foi tarefa árdua. Diversos setores da sociedade mobilizaram-se para a implantação da maior conquista político-jurídica do país desde sua independência. Outro motivo, portanto, para se defender a força normativa da Constituição, em todos os níveis processuais e procedimentais do cotidiano judicial.

internacionalmente ¹¹, conteúdos próprios de uma Constituição, de cunho essencialmente material. Em outros termos: ela se *rematerializa*. E isso acarreta uma abertura.

Com a instituição do Estado Democrático (e Social) de Direito¹², tem-se a invasão do privado pelo público, no sentido de que o interesse público passa a legitimar as mais diversas intervenções estatais na esfera privada, com limitações previstas no próprio corpo constitucional. Essa intervenção denota expressão providencial de Estado prestador, garantidor, afiançador, protetor de direitos e garantias fundamentais, notadamente de segunda dimensão¹³. Um Estado que passa a receber dos cidadãos, os quais não mais podem se opor, pessoalmente, à quaisquer afrontas aos seus direitos, a incumbência de ser o prestador de direitos e de garantias, como em um contrato.

Principalmente na economia e na política, vê-se o Estado obrigado a *dar condições*, com base nos princípios (agora) constitucionais. Os sujeitos, assim, passam a exigir programas públicos, para que se realizem como indivíduos, usufruindo de sua dignidade. Cidadãos esse legitimados e interpelados – por que não assim dizer – de sujeitos para *sujeito de direitos*.

¹¹ Utiliza-se como exemplo as Constituições Mexicanas, de 1917, e de Weimar, de 1919. Ambas, de uma forma geral, se caracterizam como: “(...) uma garantia cidadã de bem-estar pela ação positiva do Estado como afiançador da qualidade de vida do indivíduo.” (STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Uma Nova Crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 64).

¹² Da historicidade do Estado de Direito, dadas suas nuances peculiares ao se variar o espaço de análise, inicialmente de cariz liberal, passando por uma natureza social, e culminando em um projeto democrático-constitucional, e principalmente, para entender o levante contra o absolutismo, ver: COSTA, Pietro. O Estado de Direito: uma introdução histórica. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (orgs.). *Estado de Direito: história, teoria, crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. Quanto ao termo “e Social”, utiliza-se lição de Lenio Streck, que lança tal terminologia para designar, especialmente em *terrae brasiliis*, a inexistência de um efetivo Estado Social de Direito, justamente por que a incorporação dos direitos fundamentais de segunda geração (Bobbio) ou dimensão (Sarlet), ao texto constitucional, diz dessa *memória não vivida*. Tudo na linha do que afirma: STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, especialmente capítulo 1.

¹³ Faz-se, aqui, menção à clássica divisão de Norberto Bobbio, na obra *A Era dos Direitos*, com a substituição terminológica de Ingo Wolfgang Sarlet, fazendo constar *dimensão* no lugar de *geração*, como originalmente proposto. Assim, portanto, são direitos de primeira dimensão os derivados do mandamento central da liberdade, de natureza individual. São todos os direitos que garantam liberdades subjetivas, operando como uma contra-ordem ao Estado, para que se mantenha afastado, estabelecendo um distanciamento, um absentismo público. Já os direitos de segunda dimensão circunscrevem o conceito nuclear da igualdade, de natureza coletivo-social. Neste sentido, são direitos de segunda dimensão todos que guarneçam interesses coletivos, mas não simplesmente protegendo-os, e sim os promovendo. Assim, tem-se como exemplos a moradia, a segurança pública, a saúde, etc. Por fim, embora Bobbio tenha elencado outros, a terceira dimensão diz respeito aos direitos advindos da noção central da fraternidade-solidariedade. Diz respeito aos direitos protetores das massas transindividuais, como o meio ambiente, etc. O tema por ser abordado à saciedade em: BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Prefácio de Celso Lafer. Rio de Janeiro: Elsevier, 1992.

Esta onda materializadora recebeu o nome de *neoconstitucionalismo*. Autores como Paolo Comanducci, Prieto Sanchís, Ricardo Guastini, e no Brasil, Luis Roberto Barroso, Daniel Sarmento e Dimitri Dimoulis, deram cabo de levar tal movimento às suas últimas consequências: era necessário enfrentar o positivismo.

2. NEOCONSTITUCIONALISMO(S) E A EXPERIÊNCIA BRASILEIRA: UM LEVANTE CONTRA O(S) POSITIVISMO(S)?

Embora o termo neoconstitucionalismo apresente ambiguidades, formulações diversas, características por vezes contraditórias, o certo é que, entre estas, existe um campo mais ou menos delimitado de caracteres compartilhados. Assim, para além de adotar uma posição, cumpre, pelo rigor científico, que se faça uma abordagem destas características. Pelas delimitações que o trabalho pretende abordar, torna-se desnecessário elencar todas as classificações dos autores espanhóis para o termo, justamente por que, ao fim e ao cabo, suas contribuições desaguam sempre na mesma linha: um neoconstitucionalismo que não fez mais que superar o paleojuspositivismo¹⁴.

Os estudos de Lenio L. Streck revelam que as características partilhadas são em número de onze¹⁵. Adiantando algumas conclusões, se verá que alguns apontamentos são anti-hermenêuticos, algo que será abordado alhures. Veja-se, em resumo, quais são:

(1) pragmatismo – o pragmatismo jurídico, muito similar ao realismo jurídico, diz das considerações práticas do mundo dos fatos. Em verdade, diz-se, aqui, das considerações exógenas ao direito, como as percepções políticas, econômicas,

¹⁴ “Nesse sentido, não assume relevância – nos limites destas reflexões – a classificação que os neoconstitucionalistas espanhóis e italianos fazem em ‘neoconstitucionalismo ideológico, teórico ou metodológico’. Isto porque, por qualquer viés que se olhe o fenômeno, fica claro que, no âmbito da questão teórico-interpretativa, o movimento neoconstitucionalista não apresenta uma contribuição significativa para a superação do protagonismo judicial presente naquelas posturas críticas do formalismo jurídico do final do século XIX (Escola do Direito Livre, Jurisprudência dos Interesses e Jurisprudência dos Valores). No limite, é possível afirmar que o neoconstitucionalismo representa apenas a superação do positivismo primitivo. Na verdade, o neoconstitucionalismo, ao invés de representar uma solução para o problema da decisão, propicia um ainda maior protagonismo judicial.” (STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 64-65).

¹⁵ Os (onze) apontamentos aqui realizados baseiam-se na percuciente investigação presente no posfácio de Lenio L. Streck ao livro de Écio Oto Ramos Duarte e Susanna Pozzolo: DUARTE, Écio Oto Ramos. POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição*. 2. ed. São Paulo: Landy Editora, 2010, pp. 208-229.

internacionais, que acabam por fazer o juiz decidir de forma diferente. Os textos positivados que costumam deixar parcela da aplicabilidade na mão do juiz apostam no pragmatismo, de forma que cada caso vira único, uno, primeiro e último, o que justifica qualquer aplicação da legislação. A quebra da corrente, do “DNA do direito”, implica em um “grau zero de sentido”, passível de ser preenchido *ad hoc* pelos aplicadores do direito.

Então, embora haja um avanço em termos hermenêuticos, apenas para adiantar a temática, pela percepção que a continuidade de se trabalhar apenas *sobre teses* é extremamente perniciosa, há também um problema aplicativo do direito. Isso porque as condições da colocação da facticidade dentro do jurídico precisam de uma teoria adequada. Os capítulos 2 e 3, e em especial as conclusões, irão demonstrar como a acolher a facticidade, simplesmente, não representa, *per si*, uma solução ao alijamento do cotidiano engendrado pelo positivismo;

(2) ecletismo (ou sincretismo) metodológico – alguns autores têm apontado o neoconstitucionalismo como o *locus* de mixagens teóricas absolutamente impossíveis de pareamento. A hermenêutica filosófica não pode ser conjugada com a Teoria da Argumentação Jurídica de Robert Alexy, pois este aposta na ponderação como fundamento da decisão. Revela, assim, seu atrelamento ao esquema sujeito-objeto, próprio da Filosofia da Consciência, que ainda acredita no *Selbstsüchtiger* e resiste à Filosofia da Linguagem.

Novamente é preciso esclarecer que mixagens metodológicas não autorizam o ignorar dos avanços filosóficos. Em outros termos, é preciso compreender que a adoção de uma postura filosófica apresenta consequências, e que não se pode simplesmente *conjug*ar o *inconj*ugável por pretensões solistas. As leituras de Habermas e Gadamer mostrar-se-ão diferenciadas e, desde já, deixa claro que o presente trabalho não pretende mesclá-las;

(3) principialismo – a adoção dos princípios como “mandados de otimização” ou “pautas axiológicas” assume a condição de pretexto para, na verdade, se inserir valores no seio da Constituição. Esta talvez seja uma das principais características do neoconstitucionalismo, embora seja encontrar autores dispostos à enfrentar o problema *do que se entende por princípio*. O trabalho de Rafael Thomaz de Oliveira, neste sentido, é sem precedentes. Ao abordar o tema, propõe um estudo profundo acerca do que efetivamente é princípio, para concluir que, com Dworkin, na linha da hermenêutica filosófica, o princípio não representa uma “abertura” ao sujeito

solipsista, nem um “colmatar de lacunas” no ordenamento, mas sim um *fechamento hermenêutico*, capaz de buscar na coerência e na integridade do próprio direito suas características¹⁶. Assim, com apoio em teorias argumentativas do direito, tem-se utilizado como pretexto a diferença entre regra e princípio para instrumentalizar o neoconstitucionalismo, onde a regra tenha uma natureza definida, e o princípio uma natureza *a definir*. A pergunta que não fica respondida por tais alegações perpassa justamente o ponto acerca de quem definirá o que será o princípio. E nessa imbricação, a falta de resposta é a própria resposta: deixando-se em aberto (daí a “abertura” ao intérprete) os conteúdos dos princípios, eles automaticamente assumem o conteúdo-que-se-fizer-necessário, sempre de forma *ad hoc*.

Isso gerou dois problemas polarizados, a saber. Ou o panprincipiologismo¹⁷, entendido como a standartização interpretativa, colocado diante do direito mediante o levante dos princípios constitucionais, de cariz aberto, que admitem a otimização e os valores de forma inescrupulosa, e construída de forma pragmaticista, sempre *ad hoc*. É como se todos assumissem certos *locus* privilegiados de construção de sentido, e a partir dali designassem o que entendem por correto. Aqui, o princípio é tudo (o que for necessário).

¹⁶ Embora o tema volte a surgir, após certas considerações, indica-se desde já o trabalho completo de Rafael Thomaz de Oliveira: OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão Judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

¹⁷ Lenio L. Streck chama de “panprincipiologismo” esse quadro inventivo que se tem desenhado na atualidade jurídica brasileira. Trata-se de percuente apontamento para desvelar um evento pitoresco de *invenção de sentido*, onde o intérprete, senhor das significações, diz da essência do princípio conforme a situação se mostra. E como mecanismo inventivo, cria e desenha princípios conforme sua tese jurídica precise. Este é o princípio *otimizador* (ou como chamam os adeptos das Teorias Argumentativas: mandados de otimização – *sic*), próprio para se ponderar o que se quiser, da forma como se preferir. Para aprofundamento, ver o ponto XXV, em: STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 531-532. E mais: “Percebe-se, assim, uma proliferação de princípios, circunstancia que pode acarretar o enfraquecimento da autonomia do direito (e da força normativa da Constituição), na medida em que parcela considerável (desses “princípios”) é transformada em discursos com pretensões de correção e, no limite, como no exemplo da afetividade”, um alibi para decisões que ultrapassam os próprios limites semânticos do texto constitucional. Assim, esta-se diante de um fenômeno que pode ser chamado de “panprincipiologismo”, caminho perigoso para um retorno a “completude” que caracterizou o velho positivismo novecentista, mas que adentrou ao século XX: na “ausência” de “leis apropriadas” (a aferição desse nível de adequação e feita, evidentemente, pelo protagonismo judicial), o interprete “deve” lançar mão dessa ampla principiologia, sendo que, na falta de um “princípio” aplicável, o próprio interprete pode criá-lo. Em tempos de “densa principiologia” e “textura aberta”, tudo isso propicia a que se de um novo *status* ao velho *non liquet*. Isto e, os limites do sentido e o sentido dos limites do aplicador já não estão na Constituição, enquanto “programa normativo-vinculante”, mas, sim, em um conjunto de enunciados criados *ad hoc* (e com funções *ad hoc*), que, travestidos de princípios, constituem uma espécie de “supraconstitucionalidade”. Agregue-se a tudo isso a relevante circunstância de que muitos dos princípios gerais do direito – que teriam sido “constitucionalizados” – são incompatíveis com a Constituição.” (STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 538-539).

Ou o “uso hipossuficiente do conceito de princípio”¹⁸, que pode ser compreendido como a negativa da normatividade de um *a priori* coletivamente sublimado, retirando de determinada sociedade de direito suas conquistas sociopolíticas incrustadas em textos constitucionais, maximizando o argumento de autoridade, e expondo sem escrúpulos a vontade do poder (a *Wille zur Macht* de Friedrich Nietzsche). Aqui, porém, princípio nada representa.

(4) garantismo – no bojo do neoconstitucionalismo existe uma pressuposição imanente de que os direitos e garantias fundamentais devem contar com instituições

¹⁸ Devidamente explicitado por Lenio L. Streck no texto *Ministro equivoca-se ao definir presunção da inocência*, referindo-se ao voto do Ministro Luiz Fux no caso da “Lei da ficha limpa”, que chamou a presunção de inocência de regra, e ao cabo, constringendo mesmo o pai da ponderação, Robert Alexy, efetuou um cálculo ponderativo envolvendo a regra (eis o problema) da presunção da inocência e a soberania do povo, dada pelo próprio contexto. Se a aplicação das regras se resolve com o processo subsuntivo, e a aplicação dos princípios com a ponderação, percebe-se que, desde já, o Ministro do STF equiparou regra a princípio, negou a especificação conceitual atingida pelo neoconstitucionalismo e, não satisfeito, considerou um dos mais caros e preciosos princípios do direito do homem como mera regra, sendo que votou pelo seu afastamento. Assim se manifesta o autor: “No julgamento conjunto das ADCs 29 e 30 e da ADI 4578, o STF parece ter inaugurado uma forma nova desse fenômeno se manifestar. Com efeito, ao lado do uso inflacionado do conceito de princípio (por exemplo, o panprincípioalismo é, corretamente, denunciado pelo ministro Tóffoli em vários votos, inclusive fazendo alusão ao meu *Verdade e Consenso*, op.cit.), o voto que até o momento foi apresentado nesses julgamentos (Lei da ‘Ficha Limpa’) produz uma espécie de retração que, mais do que representar uma contenção ao panprincípioalismo, manifesta-se como um subproduto deste mesmo fenômeno. Trata-se de uma espécie de ‘uso hipossuficiente’ do conceito de princípio. Já não se sabe o que é mais grave: o panprincípioalismo ou a hipossuficiência principiológica. O que seria esse ‘uso hipossuficiente do conceito de princípio’? Explico: ao invés de nomear qualquer standard argumentativo ou qualquer enunciado performático de princípio, o Judiciário passa a negar densidade normativa de princípio àquilo que é, efetivamente, um princípio, verdadeiramente um princípio, anunciando-o como uma regra. Aliás, nega-se a qualidade de princípio àquilo que está nominado como princípio pela Constituição...! O que ocorreu, afinal? O julgamento em tela trata da adequação da Lei Complementar 115/2010 (chamada lei da ‘Ficha Limpa’) à Constituição. Neste momento, não me preocupa tanto o mérito da ação, mas aquilo que é feito com a Teoria do Direito. Qual é a serventia da Teoria do Direito? Não se trata de uma questão cosmética. Pelo contrário, é da Teoria do Direito que se retiram as condições para construir bons argumentos e fundamentar adequadamente as decisões. Quero dizer: tem-se a discutir o que foi feito da Teoria do Direito dos últimos 50 anos, a tanto ocupar a questão do conceito de princípio e que, agora, no voto do ministro Fux, parece não ter muita serventia. (...) A afirmação de que a presunção de inocência seria uma regra (*sic*) e não um princípio é tão temerária que uniria dois autores completamente antagônicos, como são Robert Alexy e Ronald Dworkin, na mesma trincheira de combate. Ou seja, ambos se uniriam para destruir tal afirmação. Isso porque a grande novidade das teorias contemporâneas sobre os princípios jurídicos foi demonstrar que, mais do que simples fatores de colmatação das lacunas (como ocorria nas posturas metodológicas derivadas do privatismo novecentista), eles são, hoje, normas jurídicas vinculantes, presentes em todo momento no contexto de uma comunidade política. Tanto para Dworkin quanto para Alexy – que, certamente, são os autores que mais representativamente se debruçaram sobre o problema do conceito de princípio – existe uma diferença entre a regra (que, evidentemente, também é norma) e os princípios. Só para lembrar: cada um dos autores (Dworkin e Alexy) construirá sua posição sob pressupostos metodológicos diferentes que os levarão, no mais das vezes, a identificar pontos distintos para realizar essa diferenciação. No caso de Alexy, sua distinção será estrutural, de natureza semântica; ao passo que Dworkin realiza uma distinção de natureza mais fenomenológica.” (STRECK, Lenio Luiz. *Ministro equivoca-se ao definir presunção da inocência*. Consultor Jurídico, publicado em 17 nov 2011. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2011-nov-17/ministro-fux-presuncao-inocencia-regra-nao-principio> >. Acesso em 19 nov 2011).

estatalizadas de efetiva tutela. Se o Estado Democrático de Direito esta assentado na programação pública da democracia, também está na realização dos direitos e garantias constitucionais. Isso representa, também, que o Estado deixa de ser um inimigo, contra quem os direitos devem ser exercidos, assumindo sim um papel de implementador do direitos e garantias, a partir de uma jurisdição que, inexoravelmente, será constitucional. Se a democracia passa a ser a garantia maior, a Constituição reconfigura-se no local onde acontecem tais pleitos¹⁹;

(5) judicialismo ético-jurídico, ou moralização do direito – com o advento da Constituição de 1988, no Brasil, houve uma crítica ferrenha contra o juiz-boca-da-lei. Aplicar a letra da lei significava, assim, um apelo ao desumano. O direito tinha que sair diferente depois do segundo pós-guerra. Impessoal, a lei não garantia a aplicação correta da norma, o que gerava situações de imoralidade, e sua legitimidade decaiu. O neoconstitucionalismo, neste aspecto, salva a moral, desprezada desde Kelsen, para que esta faça parte das instituições jurídicas. As mesclas que se fizeram aparecer foram de diversos carizes. O questionamento por uma moral que fosse coligada ao direito adotou caminhos diversos, gerando um problema de moralização do direito. A moral acompanhou os anseios sociais, que mudaram-se para dentro do direito.

Daí a importante diferença entre deslocamento de tensão em direção ao Poder Judiciário²⁰ e protagonismo judicial²¹. O primeiro é contingencial, irreversível,

¹⁹ Merece referência, neste trecho, a obra, de forma ampla, do autor Luigi Ferrajoli. Quando do lançamento do seu *Direito e Razão*, onde descreveu uma teoria do garantismo penal, não se vislumbrava a grandiosidade do implemento, que hoje, com o *Democracia y garantismo*, chega ao ápice: o garantismo assumiu-se como uma teoria do direito. Nas palavras do próprio autor: “Si todo esto es cierto, el constitucionalismo no sólo es una conquista y legado del pasado sino tal vez el legado más importante de nuestro siglo. Es también, y creo que ante todo, un programa para el futuro, en doble sentido. En primer lugar, en el sentido de que los derechos fundamentales incorporados por las constituciones deben ser garantizados y satisfechos concretamente: el garantismo, bajo este aspecto, es la otra cara del constitucionalismo, dirigida a establecer las técnicas de garantías idóneas y a asegurar el máximo grado de efectividad a los derechos constitucionalmente reconocidos. Y también en el sentido de que el paradigma de la democracia constitucional es todavía un paradigma embrional, que puede y debe ser expantendido en una triple dirección: ante todo, hacia la garantía de todo los derechos, no sólo de los derechos de libertad sino también de los derecho sociales; en segundo lugar, frente a todos los poderes, no sólo frente a los poderes públicos sino también frente a los poderes privado; en tercer lugar, a todos los niveles, no sólo en el derecho estatal sino también en el derecho internacional.” (FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y garantismo*. Edición de Miguel Carbonell. Madrid: Editorial Trotta, 2010, p. 35).

²⁰ Trata-se de questão própria de contextos de desigualdade social, como afirma Lenio Luiz Streck. Significa dizer que os países de modernidade tardia inexoravelmente conduzem seus anseios não adimplidos perante os Tribunais, que passam a operar como baluartes últimos dos direitos e garantias fundamentais previstos no catálogo constitucional, mas ainda sem repercussão fática. Para aprofundamento, ver: STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, em especial o capítulo 1.

²¹ A noção que se expõe, neste momento, diz daquela trabalhada por Francisco José Borges Motta, que bem denuncia o que seria o protagonismo judicial. Naquele contexto, protagonismo judicial pode ser

especialmente em países de modernidade tardia, que não viveram um Estado Social propriamente dito. O segundo é pernicioso, pois vai contra a construção de uma teoria do direito atenta ao republicanismo de uma democracia estável. Em sociedades plurais, o primeiro será fatal, o segundo, problemático.

De uma forma ou de outra, ambos movimentos ingressaram na realidade judiciária brasileira, sendo que vieram justamente neste movimento constitucional característico do segundo pós-guerra. O Brasil, por conta do segundo movimento, e também do próximo apontamento, experimenta uma reprimatização da Jurisprudência dos Valores alemã, como se verá;

(6) interpretativismo moral-constitucional – esse apontamento tem muita conexão com o anterior. Mas mereceu um nota apartada por conta de sua importância ímpar: afirmar que a moral retornou de encontro ao direito não pode significar que veio corrigir normativamente a aplicação do direito. Mas de uma forma bastante peculiar, em *terrae brasilis*, foi justamente isso que aconteceu.

A inserção da moral, no contexto jurídico, fez com que a interpretação da Constituição assumisse um caráter eminentemente solipsista. Nada se avançou em termos de superação da metafísica. Se no apontamento anterior a moral surgia como correção ético-social da aplicação do direito, aqui ela assume as rédeas do que diz a Constituição, e passa a ditar conteúdos para quem interpreta a lei, notadamente na mão da Corte Excelsa. Em verdade, este apontamento gera uma conclusão aterradora: essa moral, incluída da forma como foi, gerou um retorno ao jusnaturalismo, ou à Escola do Direito Natural. Os intérpretes ficam autorizados, desde o neoconstitucionalismo, a lerem, dos textos legais, o que quiserem, pois a moral não tem limites epistemológicos;

lido como “protagonismo processual do juiz”, ou seja, por trabalhar com questões vivas do direito processual, Francisco Motta está preocupado em demonstrar que o juiz não pode ser um “solista” no processo. Não pode, a partir de seu ponto de vista moral, conduzir o processo com base no que entende *justo*, em termos de procedimento, e sempre que entender de forma contrária, alterar tais pontos de vista. O juiz tem um dever: “O trabalho do juiz é um ‘trabalho de equipe’ com os demais juízes do presente e com aqueles do passado. Mais do que isso, é um trabalho construído em conjunto com (e através dos) argumentos trazidos pelos participantes do processo particularmente considerado; não haverá jurisdição democrática sem que isso seja assegurado. Para tanto, não operará com regras prévias acabadas e nem com qualquer delas isoladamente: deverá ter uma visão do Direito (e, decorrentemente, da Constituição), como um todo coerente e íntegro. Nesta tarefa, a doutrina (e os precedentes, se forem adequadamente compreendidos, e vistos como corretos) o socorrerá.” (MOTTA, Francisco José Borges. *Levando o Direito a sério: Uma Crítica Hermenêutica ao Protagonismo Judicial*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, p. 41).

O próximo ponto, pela importância, será analisado em subtítulo próprio, embora não a linha condutora do presente trabalho permaneça. Assim, veja-se no que consiste o pós-positivismo.

3. PÓS-POSITIVISMO E POSITIVISMO(S): UM EXCURSO

(7) pós-positivismo – ao contrário do que se diz, esta característica não é o próprio neoconstitucionalismo²². É, porém, sua principal marca. Neste sentido, o pós-positivismo é o avanço paradigmático para além das fronteiras do positivismo²³. Mas qual positivismo?

O presente subcapítulo faz a mesma indagação. E o que se entende por positivismo diz exatamente *o que se pretende* em termos de teoria do direito. Isso porque os ataques ao positivismo perderam o sentido, e passaram a um lugar comum que pouco acrescenta em termos de progresso científico. Tem-se que identificar

²² Descrevendo características do neoconstitucionalismo, para conceituar o pós-positivismo, veja-se o exemplo de Luís Roberto Barroso: “O *pós-positivismo* é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada *nova hermenêutica* e a teoria dos direitos fundamentais. (...) O Direito, a partir da segunda metade do século XX, já não cabia mais no positivismo jurídico. A aproximação quase absoluta entre Direito e norma e sua rígida separação da ética não correspondiam ao estágio do processo civilizatório e às ambições dos que patrocinavam a causa da humanidade. Por outro lado, o discurso científico impregnara o Direito. Seus operadores não desejavam o retorno puro e simples ao jusnaturalismo, aos fundamentos vagos, abstratos ou metafísicos de uma razão subjetiva. Nesse contexto, o pós-positivismo não surge com o ímpeto da desconstrução, mas como uma superação do conhecimento convencional. Ele inicia sua trajetória guardando deferência relativa ao ordenamento positivo, mas nele reintroduzindo as idéias de justiça e legitimidade. O constitucionalismo moderno promove, assim, uma volta aos valores, uma reaproximação entre ética e Direito.” (BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-modernidade, Teoria Crítica e Pós-Positivismo). In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 27-28).

²³ “Me parece que más que la superación del positivismo estamos ante um desplazamiento de la agenda de problemas que interesan y, em algunos casos, a un cierto distanciamiento de algunas de las tesis que eram sostenidas de forma mayoritaria por las teorías positivistas. Algunos autores han llegado a defender que el positivismo es autodestructivo porque si se llevan sus tesis hasta sus últimas consecuencias se desemboca en el antipositivismo (...). El postpositivismo cambia la agenda de problemas porque presta especial atención a la indeterminación del derecho. Se desplaza el centro de atención de los casos claros o fáciles a los casos difíciles. Lo que interesa no es tanto averiguar las soluciones del pasado sino resolver los conflictos que todavía no están resueltos. (...) Ahora bien, el post positivismo acepta que las fuentes del derecho no ofrecen respuesta a muchos problemas y que se necesita conocimiento para resolver estos casos.” (CALSAMIGLIA, Albert. Postpositivismo. In: *Revista Eletrônica Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 21, vol. I (1998), pp. 209-220. Disponível em: <http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/23582844322570740087891/cuaderno21/voll/Doxa21_12.pdf> Acesso em: 01 Mai. 2011).

adequadamente o inimigo. Neste ponto se abre pequeno excurso, a fim de clarear estas noções de positivismo, nem sempre bem colocadas.

Pode-se dizer que o positivismo originou-se em uma imbricação de circunstâncias que favoreceram seu aparecimento. Cientificamente, o final do século XVIII representou o declínio da certeza eclesiástica, e com ela, o Direito Natural²⁴. Nos primórdios do século XIX, August Comte palestrava pela Europa entusiasmado com a *ciência positiva*. Segundo ele, a nova era aberta pelo positivismo colocaria por terra os argumentos teológicos e metafísicos, tudo em nome da certeza comprovável através da ciência indutiva, forte o suficiente para unir uma Europa assolada pelas revoluções e ruínas da firmeza religiosa. O dogmatismo sacro precisava de substituição, pois. E o positivismo era o profano²⁵.

Com efeito, o direito assimilou este movimento. Através, principalmente, de John Austin, (hoje se pode pensar) ludibriado pelo progresso alcançado pelas ciências exatas, o direito passou a ser compreendido como dependente de um método (no sentido cartesiano) para atingir a verdade. A pureza deste método residia justamente no objetivismo das análises fáticas, do estudo dos fenômenos, na indução conduzida pelos resultados dos testes empíricos, e não da vontade do cientista/jurista.

Este fenômeno sofreu muitas críticas. Ainda hoje se critica²⁶. Uma delas foi de Karl Popper, filósofo epistemológico que atacou ferrenhamente a pureza metodológica do positivismo, alegando que nenhum método poderia ser isento de valores.

²⁴ Embora Lenio L. Streck retorne muito mais no tempo para explicar o nascimento do exegetismo, mais precisamente no *Corpus Juris Civilis*, ancestral do movimento codificador, o caminho aqui adotado, embora divergente, ao menos no início, acaba por ter o mesmo destino: separar exegetismo de normativismo, e estes dois do pós-positivismo. Perceba-se que só nestas linhas foram citados três termos distintos, o que comprova a necessidade deste pequeno excurso.

²⁵ MORRISON, Wayne. *Filosofia do direito: dos gregos ao pós-modernismo*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. Revisão de Gildo Sá Leitão Rios. São Paulo: Martins Fontes, 2006, pp. 269-270.

²⁶ De há muito as críticas dirigidas à Hermenêutica Filosófica, e à Nova Crítica do Direito, são embasadas num ponto específico: a aplicação da lei, tal qual escrita, é uma ação propriamente positivista. Como se fosse possível furtar-se da interpretação, e fosse pós-positivista desconsiderar a lei. Isso motivou Lenio L. Streck a escrever um artigo que merece especial atenção: STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista? In: *Revista Novos Estudos Jurídicos*, NEJ/Eletrônica, v. 15, n. 1, pp. 158-173, Itajaí, janeiro/abril, 2010. Trata-se de percuciente estudo desenhado para ilustrar como aplicar a lei nada tem a ver com o positivismo. Aduzir isso é ignorar justamente o fato que une todos os positivismos: a aposta inegável e inconsequente na discricionariedade do intérprete/aplicador do direito. O positivismo exegetico não enfrentou isso, nem o normativista-kelseniano, nem Hart (HART, Herbert Lionel Adolphus. O conceito de direito. Pós-escrito organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Tradução Antônio de Oliveira Sette-Câmara. Revisão Marcelo Brandão Cipolla. Revisão técnica Luiz Vergílio Dalla-Rosa. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009) e nem Ross (BARZOTTO, Luis Fernando. *O positivismo jurídico contemporâneo: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart*, 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007).

Em vez de começar pela coleta de dados ou pelas observações, os cientistas têm em mente conjuntos de problemas para os quais formulam soluções especulativas. Para Popper, o verdadeiro teste da boa ciência consiste em saber se essas soluções são ou não estruturadas de modo que se mostrem abertas à crítica e permitam que a comunidade científica tenha acesso às ideias e aos dados experimentais a fim de poder testá-los – e não que sejam afirmações dogmáticas da “verdade” – com base na observação e na coleta de dados.²⁷

Nestas *soluções especulativas* se esconderia a subjetividade que testa o que quer, finalizando a pureza pretendida pelo positivismo científico. Mas isso era na Inglaterra. Na França e na Alemanha o positivismo surgiu com base na atividade dos glosadores. A própria herança romano-canônica fez que estes direitos conhecessem os institutos sempre a partir do que diziam os “entendidos”, uma espécie de “argumento de autoridade”, notadamente, dogmático.

Com o advento da Revolução Francesa, e surgimento do Código Napoleônico, a França abandonou o estudo romano dos glosadores, e partiu para uma compreensão contextualizada de seus textos. Perceba-se que os *codex* eliminavam o dogmatismo da glosa (mas não abandonou o dogmatismo, em si), do argumento de autoridade que preenchia o ordenamento por conta de interpretações das iluminuras romanas.

Paralelamente, a Alemanha, que também estava imersa nos estudos como o de Georg Puchta, as *Pandektas*, conheceu nas mãos de Bernhard Windscheid o *Bürgerliches Gesetzbuch*, conhecido por BGB (o Código Civil alemão). No mesmo trilho francês, a Alemanha substituiu o dogmatismo da glosa pelo dogmatismo do código. Mas o dogmatismo ainda resistia.

O avanço dos estudos evidenciou que os códigos não abarcavam todas as situações da vida, algo temerário aos juristas, pois colocava em evidência a própria sistemática da organização do direito codificado. A insuficiência veio à tona. Para lidar com tal problema, surgiu na França a Escola da Exegese, e na Alemanha a Jurisprudência dos Conceitos.

Assim surge o *Positivismo Exegético*, ou Positivismo Primevo, ou ainda Primitivo. Lenio L. Streck aduz que a principal característica destes tipos de positivismo está na crença de que as resoluções dos problemas interpretativos se

²⁷ MORRISON, Wayne. *Filosofia do direito: dos gregos ao pós-modernismo*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. Revisão de Gildo Sá Leitão Rios. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 271.

dariam através de análises sintáticas²⁸. Acreditava-se que todos os problemas na ordem da aplicação seriam resolvidos com um percuciente estudo acerca do texto do código, devidamente contextualizado (justamente onde os glosadores falhavam). A resolução acreditava na completude do sistema, apoiando o rigor interpretativo na mera decodificação do sinal gráfico aposto no *codex* – a sintaxe, pois.

Com os avanços do poder do Estado, o crescimento dos sentimentos nacionalistas, os movimentos ultranacionais, o sistema interpretativo deu uma guinada importante. No início do século XX, estava disseminado um movimento que pregava a adequação do direito legislado aos conteúdos aplicados pela jurisprudência. A Jurisprudência dos Interesses e a Escola do Direito Livre (Alemanha e França, respectivamente) estavam amordaçando as conquistas do positivismo, provocando um quase retorno ao Direito Natural.

Contra esse movimento ergueu-se Hans Kelsen. E com ele, inaugurou-se o que se convencionou chamar de *Positivismo Normativista*. Envidado em combater o psicologismo, o ideologismo e politização plena do direito, Kelsen desenhou uma teoria “pura” do direito (*Reine Rechtslehre*), que visava se livrar das mordanças do movimento instrumentalizador do sistema jurídico. Desta vez, com Lenio L. Streck, a ênfase migra da sintaxe para a semântica²⁹: as possibilidades interpretativas de um texto, que configuram a norma aplicanda, desenhavam o que Kelsen chamou de “moldura da norma”. Um espaço cuja liberdade do intérprete se faz plena, já que o limite semântico resta(ria) observado.

Pois, desta perene forma, já quase no fim de sua *Meisterwerk*, Hans Kelsen se entrega ao problema interpretativo³⁰, crendo em uma moral relativista, sem saber

²⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 32.

²⁹ Manfredo Araújo de Oliveira ensina que os neopositivistas (no sentido filosófico do termo, inclusive Rudolf Carnap) demonstraram que a linguagem que mantém exclusiva atenção aos limites sintáticos dos textos não produz comunicação fiel. Produz emanação de sentido e percepção de sentido, mas pode produzir irrealidades. Só com o reparo da semântica que se pode dizer algo sobre algo com segurança: “A primeira tentativa de Carnap de desenvolver uma teoria semântica fundamenta-se na concepção de que a significação de uma expressão linguística é o objeto, a qualidade, o acontecimento, etc. a que ela se refere quando se trata de formulações linguísticas inferiores à frase e, quando se trata de uma frase, as condições sob as quais ela é verdadeira. Uma semântica se apresenta quando as *regras de designação*, que especificam as coisas às quais as expressões linguísticas se relacionam e as *regras de verdade* que explicitam as condições da verdade.” (OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta Lingüístico-pragmática na Filosofia contemporânea*. São Paulo: Loyola, 2001, pp. 83-84).

³⁰ “De fato, Kelsen reconhece que a indeterminação do âmbito legal no qual o juiz exerce sua atividade fornece-lhe a oportunidade não só de deduzir a solução concreta a partir da regra geral, mas de proceder livremente a uma interpretação da lei, sendo esta resultante de uma escolha exercida por sua vontade: o juiz arremata o traçado que a lei lhe apresenta antes de convertê-la na maior do silogismo judiciário. Mas, procedente assim, passando da norma geral à decisão judiciária, que constitui uma

como lidar com a razão prática do sujeito cognoscente (afinal de contas, como apontado por Lenio L. Streck, com Manfredo A. de Oliveira, a pragmática – terceiro vetor da linguagem, ao lado da sintaxe e da semântica – era empírica, assim, estava excluída da filosofia da linguagem³¹). Em seu capítulo VIII, onde tratou a interpretação, aduz o jusfilósofo de Viena:

A questão de saber qual é, de entre as possibilidades que se apresentam nos quadros do Direito a aplicar, a “correta”, não é sequer – segundo o próprio pressuposto de que se parte – uma questão de conhecimento dirigido ao Direito positivo, não é um problema de teoria do Direito, mas um problema de política do Direito. (...) Justamente por isso, a obtenção da norma individual no processo de aplicação da lei é, na medida em que nesse processo seja preenchida a moldura da norma geral, uma função voluntária. Na medida em que, na aplicação da lei, para além da necessária fixação da moldura dentro da qual se tem de manter o ato a pôr, possa ter ainda lugar uma atividade cognoscitiva do órgão aplicador do Direito, não se tratará de um conhecimento do Direito positivo, mas de outras normas que, aqui, no processo da criação jurídica, podem ter a sua incidência: normas de Moral, normas de Justiça, juízos de valor sociais que costumamos designar por expressões correntes como bem comum, interesse do Estado, progresso, etc. Do ponto de vista do Direito positivo, nada se pode dizer sobre a sua validade e verificabilidade.³²

Desta forma, aplicar a lei, de forma pura, seja lá o que isto represente, nada tem a ver com Kelsen. Nada tem a ver com o positivismo jurídico. O que hoje se vê, em termos de ataque ao positivismo (cujos adjetivos são variados, não raro usados sem critérios científicos), é uma incompreensão generalizada do que efetivamente é o positivismo.

Se não se pode cercar algo, e ali delimitar como *o positivismo*, então algumas características podem ser erigidas, sob pena de se perder o raciocínio conector. Neste sentido, o positivismo jurídico é: (a) o alijamento da esfera do prático, que desnuda a cisão apontada por Castanheira Neves entre “questão de direito” e “questão de fato”,

norma particular, age como o administrador público encarregado de uma função, que ele exerce da melhor forma, levando em conta considerações oportunas.” (PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica*. Tradução de Vergínia K. Pupi. Revisão de tradução de Maria Ermantina Galvão. Revisão técnica de Dr. Gildo Rios. 2. ed. São Paulo, Martins Fontes, 2004, p. 93).

³¹ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 34. A pragmática, cuja entrada na filosofia corresponde ao *momentum da linguistic turn*, só encontrou o direito a partir do neoconstitucionalismo. Para tanto, ver: DUARTE, Écio Oto Ramos. POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição*. 2. ed. São Paulo: Landy Editora, 2010, p. 208.

³² KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 393.

“teoria” e “prática”, ou “validade” e “legitimidade”³³; (b) ou a negação completa da moral como parte da vida (positivismo normativista de Kelsen) ou sua plena aceitação como instância reguladora da aplicação do direito (moral que corrige o direito – teorias argumentativas)³⁴; (c) a consideração dos princípios, ou como Princípios Gerais do Direito, ou seja, meros (e últimos) mecanismos de resolução de lacunas (alheio, portanto, ao avanço trazido pelo neoconstitucionalismo)³⁵, ou na forma de um panprincipiologismo, ou ainda, instrumento de criação de *standarts* (ou padrões) interpretativos, bem como de inserção de valores na ordem jurídica a partir de um comportamento solipsista e antiético; e a mais importante marca da chaga positivista, (d) a aposta na discricionariedade do intérprete que, por não saber lidar com a visão aristotélica de razão prática vs. razão teórica, entrega-se à exclusividade da razão teórica, e alija a razão prática (que no positivismo se chama discricionariedade) para fora das preocupações jurídico-epistemológicas.

Então, no que consiste o pós-positivismo? Eis a postura que trata da problemática da colocação da razão prática dentro do direito, mais especificamente, de como se interpreta e como se resolve as ambiguidades do direito enquanto texto. Muitas soluções filosóficas surgiram para tal problema, cada uma oferecendo um trato diferente para a inserção e o desenvolvimento de uma pragmática no interior da teoria do direito. Sem pretender examinar todas, elenca-se algumas: Teoria da Argumentação de Robert Alexy³⁶; Teoria Discursiva de Jürgen Habermas; Estruturalismo de Friedrich Müller; Fenomenologia hermenêutica de Ronald Dworkin e Arthur Kaufmann; e a *Nova Crítica do Direito* (NCD, ou também denominada *Crítica Hermenêutica do Direito*), de Lenio L. Streck que, assentada em Heidegger e Gadamer, faz percuciente par com a Teoria Integrativa de Dworkin para, ao cabo, suscitar importantes problemas, e oferecer (adequadas) soluções.

³³ Devidamente trabalhada por Lenio L. Streck no posfácio de: DUARTE, Écio Oto Ramos. POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição*. 2. ed. São Paulo: Landy Editora, 2010, p. 201.

³⁴ Como demonstrado no texto inaugural do Verdade e Consenso 4ª edição. STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 31-35.

³⁵ Embora o papel dos princípios e a forma de tratamento que os mesmos recebem tenha importante papel na Nova Crítica do Direito, objeto do Capítulo 3, por ora adianta-se que positivismo menosprezou a carga principiológica, ao vê-los como instrumentos de resolução de lacunas. Para tanto, ver: OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão Judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, principalmente Capítulo 1.

³⁶ Desenvolvida, principalmente, em: ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. Tradução de Hilda Hutchinson Schild Silva. Revisão e introdução de Claudia Toledo. 2. ed. São Paulo: Landy Editora, 2005.

Veja-se, o decorrer do presente trabalho comprovará que nem todas as teorias supostamente pós-positivistas superarão o positivismo. Nem todas atacarão de frente as questões apontadas linhas acima como caracteres próprios de um conceito aproximadamente regular de positivismo. Também é importante citar que algumas expressamente adotarão postulados positivistas, como a discricionariedade. Outras manterão tal questão silente. Por ora cumpra esclarecer o que se quer dizer com positivismo e pós-positivismo, e ainda, como isso ocorre dentro do neoconstitucionalismo;

Por encerrar o excuro, acerca da natureza do positivismo, e o que se pode compreender como um pós-positivismo, retorna-se ao trabalho de elencar as características do neoconstitucionalismo.

4. NOVAMENTE O NEOCONSTITUCIONALISMO: FALIBILIDADES DE UM PARADIGMA

Proseguindo as características antes elencadas, segue-se o rol ainda não finalizado, já que o ponto anterior referiu-se apenas ao excuro relativo aos conceitos de positivismo e ao que pode ser entendido como pós-positivismo.

(8) juízo de ponderação – compreendido aqui como sistemática de aplicação da moral corretiva do direito. E em uma importação indevida-equivocada do edifício teórico de Robert Alexy, propala-se no judiciário brasileiro sua descoberta einsteiniana: a ponderação dos valores. É preciso, neste momento, compreender que qualquer teoria argumentativa, seja calcada em Alexy, seja calcada em Perelman, sempre escorrega na subjetividade, na discricionariedade³⁷. Isso porque compreendem a verdade como um fundamento atingível somente pela persuasão.

A ponderação é uma persuasão. Em verdade, Alexy desenhou sua teoria argumentativa na linha de uma teorização da Jurisprudência dos Valores alemã. Tanto que Jürgen Habermas também a critica, como se verá. Disso extrai-se: um juiz livre para dizer *qualquer coisa sobre qualquer coisa* é algo írrito, antidemocrático.

³⁷ “Os direitos fundamentais não são um objeto passível de ser dividido de uma forma refinada que inclua impasses estruturais – ou seja – impasses reais no sopesamento -, de forma a torná-los praticamente sem importância. Neste caso, então, existe uma discricionariedade para o sopesar, uma discricionariedade tanto do legislativo quanto do judiciário.” (ALEXY, Robert. *Teorias dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 611).

O intrigante, no atual estado d'arte, é que todo o ocidente tem (ou melhor: deveria ter) percebido o imbróglio da discricionariedade judicial como o maior problema da jurisdição, e aqui, tal discurso permeia ambientes estritamente acadêmicos³⁸. O cotidiano forense é onde o *habitus* de decidir conforme a consciência fixou trono.

Ficou assente que a culpa de todo o holocausto pertencia ao ato de aplicar a lei, sem filtros morais. E foi Phillip Heck quem construiu uma explanação racional-científica para a Jurisprudência dos Valores alemã, justificando uma atuação do Tribunal Constitucional (*Bundesverfassungsrecht*) que, quando em julgamento, utilizaria valores “escondidos por sobre” as normas positivadas no ordenamento. Seguido por Alexy, que enfeixou a interpretação e a aplicação com a ponderação de valores, de cunho moral.

Assim, quem “des-cobre” os valores, o faz retirando a norma do caminho, colocando o conteúdo legislado de lado, fazendo surgir o justo, o correto, o moral. Esse é o *positivismo fático*³⁹, ou positivismo do caso concreto, que faz a partir de cada

³⁸ Como exemplo, veja-se Rosemiro P. Leal: “(...) atualmente, com as conquistas histórico-teóricas de direitos fundamentais incorporadas ao processo, como instrumentalizador e legitimador da Jurisdição, a atividade jurisdicional não é mais um comportamento pessoal do juiz, mas uma estrutura procedimentalizadora de atos jurídicos sequenciais a que se obriga o órgão judicial pelo controle que lhe impõe a norma processual legitimando-o ao processo. Portanto, não há para o órgão judicial qualquer folga de conduta subjetiva ou flexibilização de vontade, pelo arbítrio ou discricionariedade, no exercício da função jurisdicional, porque, a existirem tais hipóteses, se quebraria a garantia de simétrica paridade do processo.” (LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo*: primeiros estudos. 8ª ed. São Paulo: Forense, 2009, p. 28). Ainda, Cattoni de Oliveira, discorrendo que a jurisprudência dos valores: “(...) não corresponde a uma garantia consistente dos direitos, já que, por um lado, submete o exercício desses direitos a um cálculo de custo/benefício, e, por outro, faz do tribunal um poder legislativo de segundo grau, a controlar, de uma perspectiva legislativa e não jurisdicional, as escolhas políticas legislativas e executivas, assim como as concepções de vida digna dos cidadãos, à luz do que seus 11 Ministros consideram ser o melhor – e não o constitucionalmente adequado – para a sociedade brasileira.” (CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito, política e filosofia*: contribuição para uma teoria discursiva da constituição no marco do patriotismo constitucional. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2007, pp. 120-121). Por todos, um dos parágrafos conclusivos do livro desenhado para atacar tal temática amiúde: “Na verdade, está-se diante de um sincretismo *ad hoc*: quando interessa ao *establishment* dogmático (aos detentores da fala), lança-se mão da filosofia da consciência; quando já não há como ‘segurar’ esse ‘estado de natureza hermenêutico’ decorrente dessa ‘livre convicção’. ‘livre convencimento’, ‘íntima convicção’ (e suas decorrências, como o panprincipiologismo, o axiologismo, o pragmaticismo, etc.), *apela-se ao mito do dado*... E tudo começa de novo, como um eterno retorno...!” (STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 109).

³⁹ “Isto quer dizer que haverá ‘casos difíceis’ que não serão solucionáveis pelas normas jurídicas existentes; daí o recurso à discricionariedade, poder ‘delegado’ aos juízes (é neste ponto que o positivismo se liga umbilicalmente ao sujeito solipsista – *Selbstsüchtiger* – da modernidade). Tais questões, de um modo ou de outro, estão presentes em Kelsen e Hart, que constituem, assim, o ‘ovo da serpente do positivismo contemporâneo’ (portanto, pós-exegético), ainda que realistas jurídicos, como Alf Ross, tenham, sob outro viés, parcela significativa de responsabilidade nesse *affair*. Kelsen ‘desiste’ de enfrentar o problema dos ‘casos difíceis’ (embora deles não fale, na especificidade), deixando a cargo dos juízes tal solução, a partir de um ‘ato de vontade’ (daí se falar do ‘decisionismo

caso uma aplicação de um valor constitucional diverso (o sentido da norma se dará no ato decisório), sempre dizendo o que quer, de forma velada, sobre aquilo que quer.

Foi assim que o Brasil enterrou o projeto dirigente de sua própria Constituição: ao invés de concretizar direitos fundamentais, o Poder Judiciário passou a criar sentidos para os conteúdos constitucionais, como se fosse possível *criar sentidos*, a partir do que se chamou de *grau zero*. A moral assumiu as rédeas da interpretação, e Alexy fixou suas bases em *terrae brasilis*. Desse jeito a Constituição Federal perdeu sua força normativa⁴⁰;

(9) especificidade interpretativa – alguns autores defendem que o neoconstitucionalismo exige padrões diferenciados para a interpretação da (agora rematerializada) conteudística da Constituição. Isso dependerá do que se entende por interpretação. Se se pensar a interpretação como método, ou técnica, no sentido clássico do termo hermenêutica (*ars interpretandi*), então estes autores terão razão. Mas, com o acender das luzes a partir da hermenêutica filosófica, fica sempre claro, desde já, que interpretação é explicitação do compreendido, e ao mesmo tempo aplicação (*applicatio*, algo que será abordado, no capítulo 3, amiúde).

A interpretação no interior do viragem linguística-ontológica não pode ser compreendida como método, não pertence ao mundo metafísico, não acredita em dualidades como sujeito cognoscente e objeto interpretado. As interpretações entendidas como método sempre assumem posturas objetivantes, sendo que neste sentido, a Constituição realmente demanda uma nova visão. Mas depende do que se fará com essa tal *nova visão*, pois a manutenção dos esquemas antigos, ou sua troca de roupagem não cumprirá o desiderato do neoconstitucionalismo, enquanto pensado em termos de levante contra o positivismo;

(10) ampliação do conteúdo da *Grundnorm* – o neoconstitucionalismo trouxe consigo uma reanimação das postulações kelsenianas de norma fundamental como fundamento último de validade de todo o ordenamento (*Grundnorm*). Isso reativa

kelseniano’). Já Hart confia plenamente nos juizes para a resolução dos casos difíceis, desde que tal ‘escolha’ se dê no interior da zona de penumbra da norma. Ao transferir o problema da normatividade kelseniana para a decisão judicial, Ross confirma aquilo que se pode denominar de positivismo fático (o sentido da norma se dá na decisão). Mas, em todos eles, está presente a indissociabilidade entre ‘discricionariedade/arbitrariedade e o sujeito do esquema sujeito-objeto’.” (STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 63).

⁴⁰ Veja-se o fenômeno da “baixa constitucionalidade”, e de tantos outros percalços que a Constituição (notadamente) dirigente enfrenta, no Brasil, em: STRECK, Lenio Luiz. *Constituição e Hermenêutica em países periféricos*. In: OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de. *Constituição e Estado Social: os obstáculos à concretização da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, pp. 197-218.

diversos questionamentos já clareados, mas que sempre podem ser confundidos. Assim, a busca de um fundamento último de validade comprova o atrelamento desta noção específica do neoconstitucionalismo com o dogmaticismo próprio da metafísica. As críticas erigidas por Martin Heidegger exporão as vicissitudes de uma sistemática que se engana, investiga o nada, e a partir dele trabalha, como se produzisse ciência, no caso, jurídica.

Isso desautoriza, notadamente, desde sempre, que a moral ingresse no direito *a posteriori*, num nível de discurso corretivo, pois estar-se-ia institucionalizando o solipsismo, algo abominável na filosofia desde o início do século passado (se considerada a crítica de Martin Heidegger, já que Hans-Georg Gadamer adentra neste universo em meados do século passado, com *Verdade e Método*⁴¹). Mas, como o direito tem levantado muros de contensão contra as invasões filosóficas, sua autonomia tem sido deixada de lado, sua instrumentalização tem adquirido contornos de regra, e não de exceção;

E (11) o conceito não-positivista de direito – o neoconstitucionalismo coloca na agenda do direito uma inspiração negativista, no sentido de que é possível dizer algo sobre o conceito de direito para fora do mundo dos códigos. A lei, a norma, o princípio, a jurisprudência, o caso concreto serão elementos constitutivos do direito, mas nenhum deles será, de forma isolada, o direito. A lição, como pauta, será a insurgência de um paradigma que não aceita mais a separação da teoria e da prática.

CONCLUSÃO

Ao que se verifica, as noções apontadas demonstram como o positivismo é uma ideia mal compreendida. Isso fica nítido quando se aponta Kelsen como aquele responsável pela aplicação da “letra da lei”. A lei é texto. Texto que comporta norma. Norma que é atingível por um caminho hermenêutico, impossível de ser atalhado.

Neste sentido, torna-se necessário enfrentar o problema da interpretação, recordar ao jurista que o direito é questão de caso concreto, mas que isso não permite, ao mesmo tempo, que o juiz tenha poderes infinitos se posto diante de um caso não

⁴¹ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 8. Ed. Petrópolis: Vozes, 2007, vol. I e II.

abarcado pela lei. Ou seja, “é preciso superar o esquema direito-enquanto-sistema-de-regras”⁴².

Desta forma, se interpretação é explicitação do compreendido, então não há como desviar o direito desta luz emanada pela Filosofia da Linguagem. Assumir posicionamentos positivistas, ou seja, que ainda acreditem na discricionariedade do intérprete, seja ele juiz ou qualquer outro, revela-se como um grave problema de democracia.

Nos mesmos trilhos os posicionamentos neoconstitucionais (generalizando, haja vista que nem toda postura autodeclarada neoconstitucional insiste no ranço positivista), que ao invés de apontarem para a solução do problema interpretativo do direito, prestaram profundo desserviço no sentido de promover uma guinada em direção ao panprincipiologismo e ao uso hipossuficiente do conceito de princípio.

Tais pontos, por demais abrangentes, mereceriam trabalho próprio. Este, dado os limites semânticos dos termos positivismo e neoconstitucionalismo, pretendeu elucidar estes meandros, tão somente, para apontar a necessidade de constante revistar dos lugares teóricos, agora mais comuns do que nunca.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. Tradução de Hilda Hutchinson Schild Silva. Revisão e introdução de Claudia Toledo. 2. ed. São Paulo: Landy Editora, 2005.

_____. *Teorias dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

⁴² “Mas há um algo a mais na tese hermenêutico-gadameriana: essa pré-compreensão está eivada de faticidade, do modo prático de ser no mundo que Heidegger havia percebido para superar a metafísica moderna. Também Dworkin que, ao se contrapor ao positivismo discricionarista, assenta sua tese na interidade do direito e na moralidade institucional, que se aproxima sobremodo da *Wirkungsgeschichtliches Bewußtsein* gadameriana. A importância desse debate está no fato de que o novo paradigma de direito instituído pelo Estado Democrático de Direito proporciona a superação do direito-enquanto-sistema-de-regras, fenômeno que (somente) *se torna possível a partir das regras (preceitos) e princípios* – produzidos democraticamente – *introduzidos no discurso constitucional e que representam a efetiva possibilidade de resgate do mundo prático (faticidade)* até então negado pelo positivismo (veja-se, nesse sentido, por todos, o sistema de regras defendido por jusfilósofos como Kelsen e Hart)” (STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 61-62).

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-modernidade, Teoria Crítica e Pós-Positivismo). In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BARZOTTO, Luis Fernando. *O positivismo jurídico contemporâneo: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart*, 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Prefácio de Celso Lafer. Rio de Janeiro: Elsevier, 1992.

BONAVIDES, Paulo. *História Constitucional do Brasil*. Brasília: OAB Editora, 2002.

CALSAMIGLIA, Albert. Postpositivismo. In: *Revista Eletrônica Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 21, vol. I (1998), pp. 209-220. Disponível em: <http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/23582844322570740087891/cuaderno21/volI/Doxa21_12.pdf> Acesso em: 01 Mai. 2011.

CASTANHEIRA NEVES, António. “Entre o legislador, a sociedade e o juiz ou entre sistema, função e problema – os modelos actualmente alternativos de realização jurisdicional do Direito”. In: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Volume LXXIV(Separata). Coimbra, 1998.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito, política e filosofia: contribuição para uma teoria discursiva da constituição no marco do patriotismo constitucional*. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2007.

COSTA, Pietro. O Estado de Direito: uma introdução histórica. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (orgs.). *Estado de Direito: história, teoria, crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

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

FAORO, Raymundo. *Os Donos do Poder: formação do patronato político brasileiro*. 3 ed. São Paulo: Globo, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y garantismo*. Edición de Miguel Carbonell. Madrid: Editorial Trotta, 2010.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 8. Ed. Petrópolis: Vozes, 2007, vol. I e II.

HART, Herbert Lionel Adolphus. *O conceito de direito*. Pós-escrito organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Tradução Antônio de Oliveira Sette-Câmara. Revisão Marcelo Brandão Cipolla. Revisão técnica Luiz Vergílio Dalla-Rosa. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 8 ed. São Paulo: Forense, 2009.

MÉNDEZ, Juan E.; O'DONNELL, Guillermo; PINHEIRO, Paulo Sérgio. (orgs.) *Democracia, violência e injustiça: O não-Estado de Direito na América Latina*. Tradução de Ana Luiz Pinheiro. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

MORRISON, Wayne. *Filosofia do direito: dos gregos ao pós-modernismo*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. Revisão de Gildo Sá Leitão Rios. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MOTTA, Francisco José Borges. *Levando o Direito a sério: Uma Crítica Hermenêutica ao Protagonismo Judicial*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta Lingüístico-pragmática na Filosofia contemporânea*. São Paulo: Loyola, 2001.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão Judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica*. Tradução de Vergínia K. Pupi. Revisão de tradução de Maria Ermantina Galvão. Revisão técnica de Dr. Gildo Rios. 2. ed. São Paulo, Martins Fontes, 2004.

PERTENCE, José Paulo Sepulveda. Projeto História Oral. *Ministério Público Federal*, Brasília, 2005. Entrevista concedida a Prof. Dr. José Walter Nunes em 25 março 2005. Disponível em: <http://cdij.pgr.mpf.gov.br/memorial/historia-oral/depoimentos_docs/jose%20paulo.pdf>. Acesso em: 19 abr. 2011.

STRECK, Lenio Luiz, BOLZAN DE MORAIS, José Luís. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista? In: *Revista Novos Estudos Jurídicos*, NEJ/Eletrônica, v. 15, n. 1, pp. 158-173, Itajaí, janeiro/abril, 2010.

_____. Constituição e Hermenêutica em países periféricos. In: OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de. *Constituição e Estado Social: os obstáculos à concretização da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, pp. 197-218.

_____. *Em defesa da Pós-Graduação Acadêmica*: Notas sobre a inadequação do Mestrado Profissionalizante na área do Direito ou “das razões pelas quais o direito não é uma racionalidade instrumental”. Disponível em:

<<http://www.conpedi.org.br/Texto%20Mestrado%20Profissionalizante%20-%20Lênio%20Streck%20-%20Jacinto%20Coutinho.pdf>>. Acesso em 21 dez. 2011.

_____. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Uma Nova Crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____. *Ministro equivocou-se ao definir presunção da inocência*. Consultor Jurídico, publicado em 17 nov 2011. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2011-nov-17/ministro-fux-presuncao-inocencia-regra-nao-principio> >. Acesso em 19 nov 2011.

_____. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.