

PÓS-POSITIVISMO E DEMOCRACIA: EM DEFESA DE UM NEOCONSTITUCIONALISMO ABERTO AO PLURALISMO

Alexandre Garrido da Silva*

RESUMO

O termo neoconstitucionalismo ingressou recentemente no vocabulário da teoria do direito e da teoria constitucional contemporâneas. O artigo propõe, em primeiro lugar, analisar as relações conceituais entre o neoconstitucionalismo e o pós-positivismo. Em seguida, serão apresentadas e justificadas duas dimensões do neoconstitucionalismo capazes de apreender o fenômeno em sua totalidade: uma descritiva e outra normativa. Por último, com apoio nas reflexões de Robert Alexy e Peter Häberle, serão discutidas e problematizadas as relações e tensões entre a teoria neoconstitucionalista e a democracia para, ao final, propor uma versão minimalista do neoconstitucionalismo não-positivista que considere seriamente tanto o pluralismo político-institucional quanto o princípio *in dubio pro legislatore*.

PALAVRAS-CHAVE:

NEOCONSTITUCIONALISMO; DIREITOS FUNDAMENTAIS; PLURALISMO; DEMOCRACIA; ROBERT ALEXY.

ABSTRACT

The term neoconstitutionalism entered recently in the vocabulary of the contemporary right's theory and constitutional theory. The article proposes, in first place, to analyze the conceptual relationships between the neoconstitutionalism and the post-positivism. Afterwards, it will present and justify two dimensions of the neoconstitutionalism capable to apprehend the phenomenon in its totality: the descriptive one and the normative one. Lastly, supported in Robert Alexy's and Peter Häberle's reflections, we will discuss and problematize the relationships and tensions between the neoconstitutionalist theory and the democracy, in order to present a minimalist version

* Doutorando e mestre em Direito Público pela UERJ. Professor substituto de Teoria e Filosofia do Direito na UERJ e UFRJ. Bolsista de doutorado pelo CNPq.

of the non-positivist neoconstitutionalism which seriously considers as much the political-institutional pluralism as the principle *in dubio pro legislatore*.

KEYWORDS:

NEOCONSTITUTIONALISM; FUNDAMENTAL RIGHTS; PLURALISM; DEMOCRACY; ROBERT ALEXY.

INTRODUÇÃO:

O vocábulo *neoconstitucionalismo* tem sido utilizado, principalmente pelas doutrinas ibérica e italiana, para destacar as relevantes transformações metodológicas, teóricas e ideológicas ocorridas no âmbito do Direito Constitucional no período histórico posterior ao término da segunda guerra mundial. Estas transformações não tiveram lugar apenas na dimensão histórico-positiva de inúmeros ordenamentos jurídicos nacionais, repercutindo, também, sobre o estilo e os pressupostos metodológicos e filosóficos assumidos pela doutrina jurídica em suas reflexões sobre os direitos fundamentais, a democracia e a legitimação do texto constitucional.

O neoconstitucionalismo é mencionado pela doutrina jurídica em diferentes sentidos. Assim, pode referir-se a uma nova concepção sobre o Estado de Direito, uma proposta de reformulação da teoria jurídica, uma ideologia ou filosofia política aplicada ao Direito ou, ainda, em um sentido amplo, uma filosofia jurídica que estuda questões conceituais e metodológicas sobre a definição do Direito, o estatuto do conhecimento e a função do jurista¹.

O artigo pretende esclarecer e sistematizar as relações entre o neoconstitucionalismo, compreendido como uma reflexão renovada sobre o Direito Constitucional atenta às suas importantes transformações empíricas e normativas, e o *não-positivismo* jurídico (ou *pós-positivismo*), entendido como uma crítica ou questionamento *abrangente* – isto é, que ultrapassa os limites dogmáticos e institucionais do Direito Constitucional – ao positivismo jurídico como método, teoria e ideologia do Direito.

¹ SANCHÍS, Luis Prieto. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Editorial Trotta, 2003, p. 101-102.

Almeja-se, assim, apresentar e sistematizar os principais fundamentos metodológicos e filosóficos do *neoconstitucionalismo não-positivista* com apoio nas contribuições teóricas de Robert Alexy e, em seguida, analisar e discutir as aproximações e tensões entre o neoconstitucionalismo, a teoria dos direitos fundamentais e o princípio democrático. Por último, será defendida uma versão da teoria neoconstitucional que “leve a sério” o pluralismo político e que, nas palavras de Häberle, seja compatível com uma “filosofia de alternativas²” norteadora de um modelo de Estado constitucional aberto ao pluralismo democrático.

1. RELAÇÕES CONCEITUAIS ENTRE O NEOCONSTITUCIONALISMO E O PÓS-POSITIVISMO

Nos últimos anos, os prefixos *neo-* e *pós-*, assim como o adjetivo *novo*, conquistaram indubitavelmente uma posição de destaque na denominação de teorias jurídicas que pretendem, sob variados enfoques metodológicos e com reflexos nas diferentes disciplinas do Direito, superar um *status quo* teórico que, para muitos, é identificado como uma visão incompleta – para alguns até mesmo reducionista – do fenômeno jurídico.

Assim, é recorrente ouvirmos falar em pós-positivismo, “não-positivismo principiológico³”, neoconstitucionalismo e novo constitucionalismo⁴, enquanto diferentes denominações para um novo paradigma teórico do Direito que pretende

² HÄBERLE, Peter. *Pluralismo y constitución: estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta*. Madrid: Tecnos, 2002, p. 62.

³ Esta denominação é utilizada por: FIGUEROA, Alfonso Garcia. *Principios y positivismo jurídico: el no positivismo principialista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998.

⁴ Nos últimos anos, a expressão “neoconstitucionalismo” também vem sendo incorporada ao vocabulário jurídico pátrio por vários autores, por exemplo: BARCELOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, 240: 83-103, abr./jun. 2005; BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, 240: 01-67, abr./jun. 2005. Ambos os artigos destacam, em especial, a dimensão empírica do neoconstitucionalismo, isto é, o fenômeno da constitucionalização do direito pátrio e suas implicações teóricas e práticas nas diferentes disciplinas jurídicas. O presente artigo, por sua vez, almeja ressaltar os pressupostos metodológicos e filosóficos do neoconstitucionalismo não-positivista, com especial atenção para o abrandamento da dicotomia positivista entre descrição e prescrição postulado pelas recentes teorias que reabilitam a racionalidade prática no Direito. Proposta teórica semelhante a do artigo em tela é apresentada e desenvolvida no recente livro: DUARTE, Écio Oto Ramos. POZZOLO, Suzanna. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da Constituição*. São Paulo: Landy, 2006.

questionar, seja sob a forma *lato sensu* de uma teoria geral, seja sob a modalidade específica de uma renovada filosofia e teoria constitucional, alguns postulados fundamentais do positivismo jurídico.

Todas essas expressões, no entanto, apresentam-se bastante imprecisas na doutrina jurídica. Aliás, cabe registrar, já há algum tempo diferentes formulações teóricas, geralmente fundadas em premissas filosóficas inconciliáveis, qualificam-se como pós-positivistas, de tal modo que o referido conceito, extremamente impreciso, perdeu quase todo o seu caráter distintivo⁵. Aliada à imperiosa indagação sobre um conceito plausível, isto é, não estigmatizado, que sintetize a doutrina do positivismo jurídico⁶, encontramos outra questão significativa que merece ser suscitada, qual seja: estaríamos realmente diante de um novo paradigma jurídico – neoconstitucionalista – que pretende superar *in totum* o anterior?

Ao mesmo tempo, o vocábulo “neoconstitucionalismo”, neologismo que encontrou rápida difusão no meio doutrinário pátrio, também possui um semelhante grau de imprecisão conceitual que caracteriza o pós-positivismo. Deste modo, cabe ressaltar, encontramos-nos diante de pelo menos dois importantes “dilemas analíticos” envolvendo as relações entre ambos os conceitos anteriormente mencionados:

Em primeiro lugar, neoconstitucionalismo e pós-positivismo possuem diferentes graus de amplitude teórica. Em razão desta assertiva, os dois conceitos não são intercambiáveis, pois algumas teses filosóficas e metodológicas do pós-positivismo extrapolam o âmbito dos questionamentos ordinariamente apreciados pelo neoconstitucionalismo. Ao identificar ambos os conceitos como sinônimos, corre-se o risco de submeter importantes questões – eminentemente especulativas ou excessivamente teóricas, ideais ou abstratas – que conformam o campo de investigação da Filosofia do Direito – por exemplo, racionalidade prática, questões sobre a justiça,

⁵ PULIDO, Carlos Bernal. *El neoconstitucionalismo a debate*. Bogotá: Instituto de Estudios Constitucionales, 2006, p. 29.

⁶ No sentido de uma definição não estigmatizada do positivismo jurídico, cabe citar os importantes trabalhos: STRUCHINER, Noel. Algumas ‘proposições fulcrais’ acerca do Direito: o debate jusnaturalismo vs. Juspositivismo. In: MAIA, Antonio Cavalcanti *et al* (Orgs.). *Perspectivas Atuais da Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 399-415; DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. São Paulo: Método, 2006.

estatuto epistemológico do conhecimento jurídico, dentre outros significativos temas – aos limites institucionais, tanto teóricos quanto pragmáticos, impostos pela dimensão positiva do Direito Constitucional.

Em segundo lugar, ao falarmos em “neoconstitucionalismo não (ou pós-) positivista”, corremos outro risco, tão significativo quanto o anterior, de simplesmente adicionarmos a imprecisão terminológica do primeiro conceito ao segundo, duplicando, assim, o problema analítico que enfrentamos. Este risco, decerto, é difícil de ser integralmente afastado. A partir de um trabalho teórico de lapidação conceitual, pode, no entanto, ser minimizado. Por outro lado, a utilização conjunta de ambas as expressões representa um ganho cognitivo, pois permite distinguir entre um neoconstitucionalismo eminentemente descritivo, que relata o desenvolvimento histórico e teórico do fenômeno de “constitucionalização do direito”⁷ em diferentes sistemas jurídicos nacionais – ligado, sobretudo, ao desenvolvimento do Estado de Bem-Estar Social (*Welfare State*) e à difusão das teses jurídicas sobre a força normativa da Constituição e de sua efetividade – e um segundo neoconstitucionalismo, que destaca, além da dimensão anterior, o íntimo relacionamento entre as dimensões descritiva e prescritiva na compreensão do Direito Constitucional, dos direitos humanos e da Constituição nas sociedades democráticas e pluralistas contemporâneas⁸.

Após essa breve exposição, devemos, em um primeiro momento, adotar uma postura prudente quanto à utilização do vocábulo “superação”, pois, consoante Albert

⁷ A utilização do vocábulo “neoconstitucionalismo” para destacar tão somente a sua dimensão histórica, empírica ou descritiva, significa a utilização de um neologismo conceitual para a denominação tardia de um fenômeno jurídico – a “constitucionalização do direito” – que não é tão recente nem no direito pátrio nem no direito europeu. Neste sentido, o conceito é usualmente utilizado para “referir-se a algo conhecido: o constitucionalismo contemporâneo ou constitucionalismo da segunda pós-guerra” (Cf. PULIDO, Carlos Bernal. *El neoconstitucionalismo a debate*, cit., p.29, grifo nosso).

⁸ Podemos distinguir duas versões fundamentais do neoconstitucionalismo: em primeiro lugar, um neoconstitucionalismo não-positivista que sustenta que a dimensão metodológica e filosófica do neoconstitucionalismo conduz necessariamente a uma revisão de algumas das teses centrais do positivismo jurídico. Em segundo lugar, há autores que sustentam que o neoconstitucionalismo e o modelo de Estado constitucional não implicam necessariamente uma revisão das principais teses que definem o positivismo jurídico. Neste último sentido, cabe citar o posicionamento de Luis Prieto Sanchís (*Justicia constitucional y derechos fundamentales*, cit., p. 103-104): “Desde luego, no comparto esa forma de entender el constitucionalismo, es decir, no creo que el modelo de Estado constitucional, ni por cierto cualquier outro modelo, obligue a modificar nuestras creencias a propósito de las relaciones entre Derecho y moral, de la obligación de obediencia o de la perspectiva que haya de adoptarse para el conocimiento del Derecho, pero, no obstante, ejemplos notables de todas estas implicaciones pueden encontrarse en los planteamientos de autores como R. Dworkin, J. Habermas, R. Alexy, C. S. Nino ou G. Zagrebelsky”.

Calsamiglia, “em um certo sentido a teoria jurídica atual pode denominar-se pós-positivista porque muitos dos ensinamentos do positivismo foram aceitos e, hoje, todos em um certo sentido somos positivistas⁹”.

2. OS DOIS SENTIDOS DO NEOCONSTITUCIONALISMO

O neoconstitucionalismo possui um duplo significado em regra olvidado pela doutrina: em uma primeira acepção, tal expressão destaca alguns elementos estruturais dos sistemas jurídico-constitucionais típicos do período histórico posterior ao término da segunda grande guerra, que são descritos pelo neoconstitucionalismo enquanto uma nova *teoria geral* atenta para as transformações *empíricas* decorrentes do fato da constitucionalização do ordenamento jurídico.

Esta primeira acepção ressalta o elemento descritivo ou empírico da teoria neoconstitucionalista e, neste âmbito, há um relativo consenso entre pós-positivistas e positivistas no que se refere à identificação das principais transformações históricas, dogmáticas e institucionais verificadas no Direito Constitucional contemporâneo em inúmeros sistemas jurídicos, inclusive no Brasil, que, ao longo das últimas décadas, passaram a irradiar os seus efeitos sobre todo o ordenamento jurídico¹⁰. Ambos os posicionamentos identificam transformações significativas em uma ordem jurídica “impregnada” pela supremacia e pela eficácia “expansiva” das normas constitucionais que condicionam, por sua vez, a passagem de um paradigma jurídico centrado no conceito *legalista* de Estado de Direito para um novo paradigma articulado em torno da idéia de um Estado *constitucional* de Direito.

⁹ CALSAMIGLIA, Albert. Postpositivismo. *DOXA*, 21, n° 1, p. 209-220, 1998, p. 209. Esclarece o autor que as teorias jurídicas pós-positivistas (*postpositivistas*) “ponem el acento en los problemas de la indeterminación del derecho y de las relaciones entre el derecho, la moral y la política. Por supuesto que existen otros problemas importantes, como los que sugieren la aceptación del punto de vista interno y sus compromisos morales en su caso, o las concepciones que mantienen que la pretensión de rectitud forma parte del concepto del derecho” (p. 209).

¹⁰ O aludido consenso restringe-se à identificação de tais mudanças histórico-estruturais nos sistemas constitucionais das principais democracias contemporâneas européias e latino-americanas. No entanto, profundas divergências teóricas entre positivistas e pós-positivistas persistem na valoração de tais mudanças e na avaliação de suas conseqüências teóricas e práticas, por exemplo, no âmbito das relações institucionais entre a jurisdição constitucional, a jurisdição ordinária e o legislador democrático, assim como os seus reflexos na metodologia jurídica. Confira, neste sentido, o importante livro: PULIDO, Bernal Carlos. *El neoconstitucionalismo a debate*. Bogotá: Instituto de Estudios Constitucionales, 2006.

Em segundo lugar, o neoconstitucionalismo designa, à semelhança da tradicional classificação do positivismo jurídico elaborada por Norberto Bobbio¹¹, (a) um método de análise do direito, (b) uma teoria do direito e (c) uma ideologia do direito. Neste sentido, o neoconstitucionalismo em sua dimensão *prescritiva* refere-se, sobretudo, aos itens (a) e (c), ou seja, propõe uma metodologia e uma ideologia do direito que constituem uma alternativa ao positivismo jurídico¹².

2. 1. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO ORDENAMENTO JURÍDICO: A DIMENSÃO DESCRITIVA DO NEOCONSTITUCIONALISMO

Riccardo Guastini, em importante ensaio, cuidou de abordar descritivamente o fenômeno de constitucionalização do ordenamento jurídico, definindo-o como “um processo de transformação de um ordenamento ao término do qual o ordenamento em questão resulta totalmente ‘impregnado’ pelas normas constitucionais¹³”. Um sistema jurídico *constitucionalizado* caracteriza-se pela existência de uma Constituição “invasora”, capaz de condicionar tanto a legislação quanto a jurisprudência e a doutrina, assim como o conjunto das relações sociais que tem lugar em uma determinada comunidade jurídica. O ordenamento jurídico encontra-se, consoante tal definição, “impregnado” pela eficácia irradiante das normas constitucionais que atinge os diferentes ramos do Direito, sejam eles de direito público ou de direito privado. Embora centrado no estudo do caso constitucional italiano, suas conclusões são igualmente pertinentes para a análise do fenômeno no Brasil.

O conceito de “constitucionalização” é, por sua vez, gradativo, no sentido de que a implementação parcial ou integral das condições necessárias para a sua realização dá-se segundo um processo histórico que pode ser mais ou menos longo e cambiante consoante o sistema jurídico estudado. Riccardo Guastini enumera uma lista contendo sete condições que um ordenamento deve satisfazer para ser considerado “impregnado” pela normativa constitucional, que são, em breve síntese, os seguintes:

¹¹ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Editora Ícone, 1995, p. 131-134.

¹² Sobre a divisão do neoconstitucionalismo em metodologia, teoria e ideologia, assim como o seu relacionamento com o positivismo jurídico, confira em maiores detalhes: SILVA, Alexandre Garrido da. Neoconstitucionalismo, direitos humanos e teoria do discurso: notas para uma filosofia do direito constitucional. *Arquivos de Direitos Humanos*, Rio de Janeiro, v. 8, no prelo.

¹³ GUASTINI, Riccardo. La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2003, p. 49.

(1) a existência de uma Constituição rígida, cujo procedimento de revisão constitucional exija um *quorum* qualificado para modificar ou revogar normas constitucionais. A Constituição pode eventualmente conter cláusulas dotadas de intangibilidade (ou cláusulas *superconstitucionais*) frente às deliberações do poder constituinte reformador, constituindo uma espécie de *super-rigidez* constitucional, normalmente para assegurar a inderrogabilidade de certos direitos e garantias fundamentais e de princípios estruturais do Estado Democrático de Direito¹⁴;

(2) a existência de uma garantia jurisdicional da Constituição mediante a previsão de alguma modalidade (ou de várias) de controle de constitucionalidade das leis;

(3) o compartilhamento pela comunidade jurídica da tese da força normativa da Constituição, que defende a idéia de que toda norma constitucional é norma jurídica, imperativa e, portanto, suscetível de produzir alguma modalidade de efeito jurídico. Esta condição diz respeito à *ideologia* difundida na cultura jurídica de um determinado país, não guardando relação com a estrutura do ordenamento jurídico. A Constituição é vista como um documento jurídico, dotado de efetividade e, conseqüentemente, incompatível com a vetusta idéia – típica do constitucionalismo europeu anterior ao término da segunda grande guerra – de que suas normas não constituem mais do que um “manifesto político”, cuja concretização constituiria uma tarefa deixada ao julgamento de conveniência e oportunidade do legislador ordinário;

(4) a idéia de “sobreinterpretação” do texto constitucional: uma Constituição é sobreinterpretada quando, após a interpretação de seus dispositivos, não há espaços vazios, isto é, livres de direito constitucional. As normas constitucionais condicionam a interpretação de todas as normas jurídicas: neste sentido, podemos afirmar que toda interpretação jurídica é, direta ou indiretamente, interpretação constitucional. Em suma, as normas constitucionais passam a constituir um “filtro” ou “lente” através do qual todas as normas jurídicas devem ser interpretadas. A Constituição condiciona, tanto negativa quanto positivamente, o espaço de liberdade de conformação do legislador ordinário.

¹⁴ Confira, neste sentido, o importante livro: VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição e sua reserva de justiça: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 222 et seq.

(5) a aplicação *direta* das normas constitucionais: esta condição encontra-se intimamente relacionada com a idéia de força normativa da Constituição. Toda norma constitucional é norma jurídica e, portanto, dotada de imperatividade e suscetível de produzir, em graus diversos, efeitos jurídicos imediatos.

(6) a interpretação das leis conforme à Constituição, enquanto uma técnica de interpretação das leis à luz das normas constitucionais com o objetivo de manter-lhes a validade jurídica.

(7) a influência da Constituição sobre as relações políticas. Esta condição cuida do fenômeno da *judicialização da política*, segundo o qual certos conflitos de natureza eminentemente política ou envolvendo temas morais profundamente controversos, bastante freqüentes em sociedades democráticas, passam a ser resolvidos pelo Poder Judiciário com fundamento em normas constitucionais.

Riccardo Guastini destaca que as condições (1) e (2) são necessárias para o processo de constitucionalização do ordenamento jurídico, enquanto as condições (3) a (7), quando implementadas, conferem um grau distinto – mais ou menos intenso – de constitucionalização do direito. As condições (3), (4) e (5) encontram-se, por sua vez, intimamente relacionadas.

No Brasil, o processo de ascensão do Direito Constitucional para o centro do ordenamento jurídico operou-se a partir da consagração da doutrina da efetividade que, consoante Luís Roberto Barroso, “consolidou-se (...) como um mecanismo eficiente de enfrentamento da insinceridade normativa e da superação da supremacia política exercida fora e acima da Constituição¹⁵”. A importância da doutrina da efetividade para a ascensão teórica e prática do Direito Constitucional é indiscutível, tendo em vista que “em menos de uma geração, o Direito Constitucional brasileiro passou da desimportância ao apogeu, tornando-se o centro formal, material e axiológico do sistema jurídico¹⁶”. A atual discussão filosófica, que privilegia a “convivência do plano da eficácia ou efetividade com o da legitimação, justificação ou fundamentação¹⁷”, adota como um *background* de convicções compartilhadas as transformações

¹⁵ BARROSO, Luís Roberto. *A doutrina da efetividade*. Excerto mimeografado. 2004.

¹⁶ *Idem*.

¹⁷ TORRES, Ricardo Lobo. Introdução. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Legitimação dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2002, p. 03.

supramencionadas promovidas pela doutrina da efetividade na teoria e na prática do Direito Constitucional pátrio.

2. 2. A APROXIMAÇÃO ENTRE DESCRIÇÃO E PRESCRIÇÃO NAS TEORIAS JURÍDICAS CONTEMPORÂNEAS: A DIMENSÃO *NORMATIVA* DO NEOCONSTITUCIONALISMO NÃO-POSITIVISTA

As teorias contemporâneas do direito, explica-nos Albert Calsamiglia, “tendem a oferecer não somente aspectos cognoscitivos referidos a fatos sociais do passado, mas têm também pretensões prescritivas no sentido de oferecer critérios adequados para resolver problemas práticos¹⁸”. Neste sentido, tem-se presenciado, no decorrer das últimas décadas, a pesquisa e a busca das teorias jurídicas contemporâneas por subsídios conceituais em outras disciplinas, principalmente nos âmbitos da filosofia política e moral. Aleksander Peczenick ressalta que, aliada à perspectiva analítica supramencionada, a filosofia do direito tem procurado “obter uma perspectiva mais profunda vinculando a teoria jurídica com a filosofia moral, a teoria política e a epistemologia¹⁹”.

Deste modo, o neoconstitucionalismo acentua o novo caráter adquirido na atualidade pela “teoria ou conjunto de teorias que têm proporcionado uma cobertura justeórica conceitual e/ou normativa à constitucionalização do Direito em termos normalmente não-positivistas²⁰”. O neoconstitucionalismo não-positivista distingue-se da abordagem positivista do Direito – ou positivismo metodológico – eminentemente descritiva e preocupada em identificar de modo avalorativo (ou normativamente inerte) o que é o Direito.

Neste sentido, constitui um mínimo denominador comum de tais teorias a insistência na necessidade de superar um modelo teórico que estabeleça que a ciência jurídica deva ocupar-se exclusivamente em descrever o direito formalmente válido segundo a tese positivista das fontes sociais do direito. De acordo com Santiago Sastre Ariza, a proposta de uma teoria jurídica eminentemente descritiva supõe uma séria limitação para a própria ciência jurídica, pois esta acabaria por dedicar-se

¹⁸ CALSAMIGLIA, Albert. Postpositivismo. *DOXA*, 21, nº 1, 1998, p. 212.

¹⁹ PECZENICK, Aleksander. Introducción. In: _____. *Derecho y Razón*. Versión castelhana de Ernesto Garzón Valdés. México: Distribuciones Fontamara, 2000, p. 08.

²⁰ FIGUEROA, Alfonso Garcia. La teoría del Derecho en tiempos del constitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2003, p. 164-165.

exclusivamente “a realizar um mero *repetitorium* das normas jurídicas que compõem o Direito²¹”.

Alfonso García Figuerola, referindo-se à teoria do Direito de Robert Alexy, sintetiza que “a própria distinção entre Direito ideal e real, entre o Direito que deve ser e o Direito que é e, em termos mais gerais, entre moral crítica e moral social, tende a debilitar-se²²”. A distinção entre o Direito real e o Direito ideal é mitigada, por exemplo, pela função assumida pelos princípios nos sistemas jurídicos contemporâneos, ao evocarem principalmente “um ideal [isto é, um estado de coisas a ser alcançado ou salvaguardado] que pode ser otimizado argumentativamente²³”.

O argumento dos princípios, aduzido por Robert Alexy em sua teoria discursiva do Direito, “apresenta uma virtualidade maximalista no sistema jurídico – tendo em vista que pretende expandir o ordenamento jurídico até um ideal [e] objetiva otimizar as possibilidades morais do sistema jurídico, uma vez garantido um mínimo ético²⁴”. A abordagem positivista do Direito é incapaz de explicitar a pretensão de correção normativa presente na compreensão ordinária do direito e da democracia compartilhada pelos cidadãos, ou seja, consoante Jürgen Habermas, não evidencia “(...) o conteúdo normativo [que] está inserido parcialmente na facticidade social dos próprios processos políticos [e jurídicos] observáveis²⁵”. Com relação ao funcionamento das instituições jurídicas e legislativas, conclui Habermas, o mesmo “não pode ser descrito

²¹ ARIZA, Santiago Sastre. La ciencia jurídica ante el neoconstitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2003, p. 251. Segundo o autor, o modelo de ciência jurídica que parece exigir o neoconstitucionalismo contrapõe-se àquele tradicionalmente defendido pelo paradigma positivista: “en este sentido, frente al distanciamiento (o la reivindicación del punto de vista externo), a la neutralidad y a la función descriptiva, se opone un modelo en el que las principales características que se predicán de la ciencia jurídica suelen ser el compromiso (o la adopción del punto de vista interno), la ineludible intervención de los juicios de valor en el análisis del Derecho y la prioridad del carácter práctico de la ciencia jurídica frente su presentación como un estudio de carácter científico” (p. 245).

²² FIGUEROA, Alfonso Garcia. *La teoría del Derecho en tiempos del constitucionalismo*, cit., p. 182-183.

²³ *Ibid.*, p. 183. O autor ressalta o fato de que a distinção entre o direito real e o direito ideal é quantitativa e não qualitativa e a presença dos princípios jurídicos, que constituem *standards* impregnados por uma forte valoração moral, contribuem para a validade de tal afirmação. Neste sentido, “ciertos principios formales parecen presentar esta virtualidade sobre todo cuando son incorporados a la argumentación de los juristas. Muchos principios (igualdade, buena fé, libertad, justicia) evocan un ideal que puede ser más o menos optimizado argumentativamente, pero que en todo caso crean en el razonamiento de los juristas una *tensión* podrá ser resuelta com una satisfacción del ideal en mayor o menor grado” (*Idem*).

²⁴ *Id.*, *ibid.*, p. 181.

²⁵ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de F. B. Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. II, p. 09.

adequadamente, nem mesmo em nível empírico, quando não se leva em conta a dimensão de validade do direito e a força legitimadora da gênese democrática do direito²⁶”.

O Direito, segundo o entendimento de Robert Alexy, não se reduz à facticidade da legalidade estabelecida e da eficácia social institucionalmente alcançada: com fundamento na tese neokantiana de Gustav Radbruch de que o Direito é uma realidade que tem o sentido de servir aos valores jurídicos e, portanto, à idéia de Direito²⁷, o autor postula uma compreensão normativa do Direito e não apenas descritiva do conjunto de normas jurídicas que o compõe²⁸. O Direito possui, em síntese, uma “dupla natureza” que consiste na imbricação do aspecto institucional com sua dimensão ideal e crítica representada pelos princípios jurídicos que consagram os direitos fundamentais e pela argumentação jurídica em bases racionais.

Assim como a prática comunicativa encontra-se permeada por idealizações inevitáveis ou pressupostas, o Direito também se encontra atravessado por uma compreensão normativa que o aproxima da idéia de justiça. Deste modo, ao criticarmos, na qualidade de *cidadãos* que participam discursivamente *do* (e *no medium*) direito²⁹, a parcialidade ou o privilégio de interesses particulares ou coletivos falsamente identificados com o interesse comum, muitas vezes encontrados nas práticas jurídicas e legislativas observadas empiricamente, pressupomos idealizações que propugnam pela imparcialidade, igualdade e racionalidade que deveriam necessariamente presidir tais práticas. Segundo Robert Alexy:

“o ideal, que a teoria do discurso trata de conceber sob a forma de condições de argumentação racional, funde suas raízes no

²⁶ *Id.*, *ibid.*, p. 09.

²⁷ Esta tese, sintetizada por Radbruch com uma linguagem excessivamente idealista, típica da axiologia jurídica ou filosofia dos valores, será reformulada por Robert Alexy e assumirá contornos mais analíticos e uma linguagem contemporânea com o argumento da injustiça: é extremamente injusto todo ato, conduta ou norma que atente contra o núcleo dos direitos humanos básicos. Decerto, apesar da linguagem contemporânea, a assertiva apresenta-se ainda excessivamente indeterminada ao apresentar um insuficiente grau de clareza conceitual em razão da dificuldade em definir com segurança quais direitos integram o núcleo dos direitos humanos.

²⁸ ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. Traducción de Jorge M. Seña. 2ª edición. Barcelona: Editorial Gedisa, 2004.

²⁹ Cabe ressaltar que essa perspectiva *participativa*, que relaciona as dimensões de descrição e prescrição, distingue-se daquela preconizada pela comunidade de filósofos e teóricos positivistas do direito – aliás bastante restrita em comparação à “sociedade aberta dos intérpretes da constituição” (Peter Häberle) – que postula o distanciamento metodológico para identificação do direito e a separação entre a descrição e a prescrição na análise do fenômeno jurídico.

real e não teria força alguma sem o real. Inversamente, o real não seria a nossa forma de vida, a forma de vida de seres vivos dotados de razão, se não incluísse o ideal³⁰”.

Neste sentido, as teorias jurídicas contemporâneas, que são partícipes do recente movimento de reabilitação da filosofia prática, preocupar-se-iam não apenas com a descrição do fenômeno jurídico como um sistema *estático* formado por regras, procedimentos e princípios. Mas, sobretudo, com a investigação e o estudo do sistema *dinâmico* da argumentação jurídica, a partir da aplicação e da justificação racional de tais regras, procedimentos e princípios, vinculado, por sua vez, à idéia de uma razão prática geral e à incorporação de referenciais jurídicos e morais contrafáticos à argumentação.

Com a defesa da expansão da racionalidade, antes limitada às questões teóricas, também para o âmbito das questões práticas³¹ – política, ética e direito – grande parte das teorias jurídicas hodiernas e, neste caso, privilegiaremos a contribuição teórica de Robert Alexy, entendem também ser possível a extensão da racionalidade do âmbito da descrição (o Direito tal como ele é) em direção às questões normativas³² (o Direito tal como ele deveria ser).

De acordo com Robert Alexy, o conceito de “Estado constitucional democrático³³” ressalta, em primeiro lugar, o fato de que o sistema jurídico é permeado por princípios morais que adotam a forma de direitos fundamentais e, em segundo lugar, as liberdades garantidas mediante direitos fundamentais impedem uma identificação do Direito com concepções morais não compartilhadas por todos e cuja aceitação não possa ser igualmente pretendida por todos. Deste modo, “o Estado constitucional democrático trata de resolver a velha tensão entre o Direito e a Moral³⁴”, tendo em vista a existência de uma conexão necessária entre ambos – direito e moralidade – que é

³⁰ ATIENZA, Manuel. Entrevista a Robert Alexy. *DOXA*, 24, p. 671-687, 2001, p. 675.

³¹ A expansão da racionalidade dá-se a partir da adoção de uma postura cognitivista que, no entanto, se distingue das modalidades de objetivismo ético representadas pelo intuicionismo racional, no campo da filosofia moral, ou pelo jusnaturalismo, no âmbito da Filosofia do Direito.

³² Sobre a distinção entre fato e valor e as tentativas contemporâneas (com ênfase na obra de Jürgen Habermas) de superação da dicotomia entre descrição e prescrição e, conseqüentemente, da célebre “guilhotina de Hume”, confira: MAIA, Antonio Cavalcanti. A distinção entre fatos e valores e as pretensões neofrankfurtianas. In: MAIA, Antonio C. *et al* (Orgs.). *Perspectivas atuais da filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 03-29.

³³ ALEXY, Robert. “Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático” In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2003, p. 31-47.

³⁴ ATIENZA, Manuel. Entrevista a Robert Alexy. *DOXA*, 24, p. 671-687, 2001, p. 673.

ressaltada pela dimensão moral dos direitos fundamentais e de outros princípios que integram os sistemas jurídico-constitucionais na atualidade.

Neste sentido, assevera Alfonso Garcia Figuerola:

“o papel que joga a Constituição nos atuais sistemas jurídicos tem condicionado intensamente o discurso filosófico-jurídico, até o ponto de fundar nada menos do que uma nova teoria do Direito ainda por definir, cujo pressuposto seria o ‘paradigma do constitucionalismo’, o ‘paradigma do Estado Constitucional de Direito’³⁵”.

Entre os caracteres distintivos deste novo conjunto de teorias jurídicas, aliás bastante heterogêneo, estaria “a desfiguração da contraposição entre jusnaturalismo e positivismo³⁶”, ao postular a introdução de um controle racional no âmbito das discussões sobre questões práticas sem que isto configure, por outro lado, um retorno ao objetivismo ético que define a posição jusnaturalista³⁷.

Certamente, o *neoconstitucionalismo não-positivista* resgata e reformula – a partir de um paradigma filosófico *construtivista*³⁸ – a intuição jusnaturalista de que há direito para além do direito positivo³⁹. Defende, outrossim, de acordo com o argumento alexyano da injustiça, a identificação do direito com apoio em critérios mínimos de moralidade. No entanto, a sua estratégia de legitimação ou justificação de tais “direitos

³⁵ FIGUEROA, Alfonso Garcia. *La teoría del Derecho en tiempos del constitucionalismo*, cit., p. 160.

³⁶ *Id.*, *ibid.*, p. 161.

³⁷ MAIA, Antônio Cavalcanti. DINIZ, Antônio Carlos. “Pós-positivismo”. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo - Rio de Janeiro: UNISINOS; Editora Renovar, 2006, p. 652-653. Segundo os autores, a filosofia do direito pós-positivista propõe-se a tarefa de buscar um lugar teórico para além do jusnaturalismo e do positivismo jurídico. No entanto, é bastante comum – e também injustificada e imprecisa – a classificação dos principais autores filiados ao não-positivismo (Ronald Dworkin, Robert Alexy, Carlos Santiago Nino, entre outros) como representantes contemporâneos do jusnaturalismo: “neste aspecto, Dworkin não se encontra sozinho. Também outro *avatar* do pós-positivismo, Robert Alexy, é identificado por determinados autores como integrando as fileiras jusnaturalistas por defender teses contrárias a alguns dos principais pressupostos positivistas, a exemplo de sua controvertida teoria da pretensão de correção do direito. Tanto Dworkin quanto Alexy, entretanto, rejeitam tal qualificativo na certeza de que suas idéias perfilam uma terceira via superadora dos paradigmas justeóricos preexistentes, não se confundindo com os marcos positivista e jusnaturalista”.

³⁸ Confira sobre o construtivismo na filosofia do direito: SILVA, Alexandre Garrido da. Direitos humanos, Constituição e discurso de legitimação: possibilidades e limites da teoria do discurso. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Legitimação dos Direitos Humanos*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2007, p. 29 *et seq.*

³⁹ Neste sentido, alguns autores identificam o neoconstitucionalismo não-positivista com uma espécie de “constitucionalismo ético” ou “moral”, uma vez que a Constituição, ao incorporar os direitos fundamentais e a deliberação democrática, teria definitivamente aberto o direito à avaliação moral com apoio nos princípios jurídicos e na argumentação jurídica.

morais” (*moral rights*) – isto é, direitos que são válidos independentemente de sua positivação – não apela para a idéia de um direito natural imutável e anterior à experiência humana ou para considerações neotomistas acerca da intrínseca dignidade do ser humano.

Em suma, o neoconstitucionalismo metodológico, consoante a contribuição de Robert Alexy, sustenta que os princípios constitucionais, ao consagrarem os direitos fundamentais, constituem *standards* normativos que estabelecem uma *ponte* entre o direito e a moral. É necessário que o jurista prático ou o estudioso do direito assumam a perspectiva de um participante interessado em ingressar em uma argumentação jurídica e moral para que possa ter acesso à pretensão de correção formulada tanto pelas normas isoladas quanto pelo sistema jurídico como um todo. A pretensão de correção seria responsável por tornar explícita a conexão entre a argumentação jurídica e a argumentação moral⁴⁰. Há, no entanto, uma extensa discussão sobre o caráter dessa conexão, que mereceria certamente um trabalho à parte: segundo Robert Alexy, a vinculação entre o direito e a moral é *necessária*⁴¹, enquanto que para os representantes de um positivismo inclusivo tal conexão seria apenas *contingente*⁴².

3. NEOCONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA: UMA TENTATIVA DE CONCILIAÇÃO

Juan Antonio García Amado, em diversos ensaios, elabora uma contundente crítica ao neoconstitucionalismo, em particular às teses⁴³ da “onipresença da Constituição”, seu caráter excessivamente principialista, sua pretensão desmedida de conformação do mundo político, além do protagonismo exacerbado que é habitualmente conferido ao Poder Judiciário pela teoria jurídica com apoio na metodologia da

⁴⁰ ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*, cit., p. 41 et seq.

⁴¹ Cf. ALEXY, Robert. Sobre las relaciones necesarias entre el derecho y la moral. In: _____. *Derecho y Razón Práctica*. Traducción de Wistano Orozco. México: Distribuciones Fontamara, 1993, p. 37-58.

⁴² Sobre as principais teses do positivismo inclusivo: MORESO, José Juan. En defensa del positivismo jurídico inclusivo. In: NAVARRO, Pablo E. REDONDO, María Cristina (Comp.). *La relevancia del derecho: ensayos de filosofía jurídica, moral y política*. Barcelona: Editorial Gedisa, 2002, p. 93-116.

⁴³ Confira o tópico 2. 1 sobre o processo de constitucionalização do direito.

ponderação⁴⁴. Para García Amado, o neoconstitucionalismo “tem como transfundo político a crescente desconfiança frente ao legislador parlamentar e a correlativa fé nas virtudes taumatúrgicas da magistratura⁴⁵”. Em sua crítica, o autor atenta para os perigos de uma versão inflacionada do neoconstitucionalismo que acabaria por comprometer o pluralismo e a liberdade do legislador ordinário que definem o campo da disputa política nas democracias contemporâneas:

“O Direito e, especialmente, a Constituição, delimita o território da política, definindo limites infranqueáveis para aquilo que seja politicamente possível. Porque se não há âmbitos de livre configuração e, portanto, imunes à correção por parte dos órgãos judiciais, não restará espaço para uma sociedade que exerça a política, passando todos a serem súditos do supremo órgão político e não democrático, a magistratura⁴⁶”.

García Amado concebe o neoconstitucionalismo como uma teoria defensora de um “controle judicial de máximos⁴⁷”, pois concebe o texto constitucional em um sentido axiológico e argumentativo que acaba por ressaltar o papel interpretativo (e construtivo) do Poder Judiciário na definição e maximização do conteúdo dos direitos fundamentais. Em sentido contrário, o autor defende um “controle judicial de mínimos” restrito àquelas “normas que manifestamente vulnerem a semântica dos enunciados constitucionais⁴⁸”.

Neste sentido, García Amado defende uma regra de preferência em favor do legislador – *in dubio pro legislatore* – no momento de estabelecer quem tem a última palavra na zona de penumbra ou no âmbito de abertura do texto constitucional. Esta preferência traduz-se em um convite à auto-restrição (*self-restraint*) por parte da jurisdição constitucional principalmente naquelas hipóteses em que o texto constitucional nada nos diz, ou seja, quando se encontra aberto a uma pluralidade de concretizações politicamente possíveis ou, nas palavras de Häberle, ao “pensamento

⁴⁴ Para uma exposição minuciosa das críticas elaboradas pelo autor ao neoconstitucionalismo confira: PULIDO, Carlos Bernal. *El neoconstitucionalismo a debate*. Bogotá: Instituto de Estudios Constitucionales, 2006, p. 13-23.

⁴⁵ GARCÍA AMADO, J. A. *apud* PULIDO, Carlos Bernal. *El neoconstitucionalismo a debate*. Bogotá: Instituto de Estudios Constitucionales, 2006, p. 17.

⁴⁶ *Id.*, *ibid.*, p. 18.

⁴⁷ *Id.*, *ibid.*, p. 20.

⁴⁸ *Id.*, *ibid.*, p. 19.

possibilista” que define a própria democracia como “reversibilidade de toda possibilidade e alternativa que surja no marco constitucional⁴⁹”.

Robert Alexy propõe uma importante saída para este dilema entre constitucionalismo e democracia ao desenvolver recentemente uma dogmática das margens de ação⁵⁰. A Constituição é compreendida pelo autor como uma “ordem marco”, que deixa para o legislador uma ampla margem de ação estrutural para a eleição dos fins políticos em conformidade com os direitos fundamentais (que definem uma ordem fundamental em sentido qualitativo) e bens coletivos tutelados constitucionalmente, assim como a definição dos meios para a promoção de tais fins. Segundo esta visão, “se reconhece que a legislação não é uma mera aplicação dos princípios entendidos como mandados de otimização⁵¹”. Neste sentido, argumenta Carlos Bernal Pulido com apoio nas reflexões de Robert Alexy:

“As disposições de direitos fundamentais não ordenam nem proíbem nada, nem sequer implicitamente, para muitos casos. Isto se faz evidente quando o resultado da ponderação é um empate. E ali onde a Constituição nada prescreve, o legislador tem a competência para decidir. Quando esta circunstância se apresenta na ponderação, o Tribunal Constitucional deve ser deferente com esta competência legislativa⁵²”.

Robert Alexy é considerado o principal representante do neoconstitucionalismo não-positivista⁵³. A sua teoria das margens de ação contribui para a construção de uma teoria neoconstitucional sem pretensões expansionistas ou, em outras palavras, a justificação de um neoconstitucionalismo “sóbrio” que leve a sério o pluralismo constitucional como “um amplo espectro de múltiplas formas que se institucionalizam

⁴⁹ HÄBERLE, Peter. *Pluralismo y constitución: estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta*. Madrid: Tecnos, 2002, p. 68.

⁵⁰ Sobre a teoria das margens de ação, confira: ALEXY, Robert. *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*. Traducción de Carlos Bernal Pulido. Madrid, Fundacion Beneficentia et Peritia Juris, 2004.

⁵¹ PULIDO, Carlos Bernal. *El neoconstitucionalismo a debate*, cit., p. 63.

⁵² *Idem*.

⁵³ Cf. SEOANE, José Antonio. “Presentación”. In: ALEXY, Robert. *La institucionalización de la justicia*. Granada: Editorial Comares, 2005, p. 11. De acordo com o autor, a teoria da justiça de Robert Alexy é, sobretudo, “una teoría constitucional y constitucionalista de la justicia, en la que la Constitución constituye la base sobre la que se plasman los restantes elementos, materiales o de contenido y procedimentales o metodológicos”.

como alternativas jurídicas⁵⁴”. Deste modo, a teoria das margens de ação constitui uma importante proposta teórica de conciliação entre o neoconstitucionalismo e a democracia.

CONSIDERAÇÕES FINAIS: EM DEFESA DE UM NEOCONSTITUCIONALISMO ABERTO AO PLURALISMO.

O neoconstitucionalismo em sua versão inflacionada ou expansionista, ao preconizar um ideal de constituição “invasora” e “onipresente”, não é compatível com uma visão aberta da democracia como “pluralismo de iniciativas e de alternativas⁵⁵”. A tese da força irradiante dos direitos fundamentais, se levada às últimas conseqüências, resulta na completa conformação da atividade legislativa, ou seja, na afirmação de que “na Constituição de direitos não há espaço isento para o legislador porque todos os espaços aparecem regulados⁵⁶”.

Este posicionamento é incompatível com um modelo de constitucionalismo aberto ao possibilismo filosófico e à compreensão crítico-reflexiva da democracia como um permanente processo de levantamento de conjecturas e submissão a refutações⁵⁷ (*trial and error*). O neoconstitucionalismo deve adequar-se a uma visão experimentalista de democracia, deixando ao legislador eleito democraticamente, assim como aos atores políticos que atuam no espaço público, a crítica, tematização e proposição de novas alternativas institucionais para problemas que *não* foram decididos no plano jurídico-constitucional. Esta deve ser a regra de preferência: *in dubio pro legislatore*, pois é o representante eleito democraticamente o agente mais legitimado para tomar decisões no espaço de abertura da constituição que, por sua vez, deve ser interpretado em um sentido maximalista em favor do debate político. Segundo esta visão, o legislador democrático é o legitimado *inclusive* para tomar uma decisão eventualmente *errada*, pois é responsável politicamente pela mesma, enquanto o Poder Judiciário não. De um ponto de vista hermenêutico, a dimensão objetiva dos direitos

⁵⁴ HÄBERLE, Peter. *Pluralismo y constitución: estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta, cit.*, p. 65.

⁵⁵ HESSE, K. *apud* HÄBERLE, Peter. *Pluralismo y constitución: estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta, cit.*, p. 67.

⁵⁶ PULIDO, Carlos Bernal. *El neoconstitucionalismo a debate, cit.*, p. 12.

⁵⁷ HÄBERLE, Peter. *Pluralismo y constitución: estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta, cit.*, p. 62.

fundamentais não deve ser compreendida como contendo sempre uma única resposta correta para a solução de todos os problemas.

A teoria neoconstitucional deve adequar-se a uma visão da democracia que privilegie a discussão política inovadora, preservando, estimulando e ampliando o “âmbito do político” – isto é, daquilo que *não* foi decidido pela Constituição – bem como a capacidade de “imaginação institucional” dos atores políticos no parlamento e, em especial, na esfera pública política. Em síntese, o neoconstitucionalismo não-positivista deve estar aberto ao pluralismo político, reconhecendo, assim, ao campo do político (no qual interagem atores políticos institucionais, organizações não-governamentais e movimentos sociais) a maior extensão possível de autonomia para a tomada de decisões inovadoras, alternativas e criativas, estimulando, assim, a sua “imaginação institucional”. O neoconstitucionalismo deve, neste sentido, ser *minimalista* e deferente com a deliberação democrática. Somente assim o neoconstitucionalismo poderá ser democraticamente compreendido como uma “teoria constitucional de alternativas” ou como “teoria constitucional da tolerância⁵⁸” compatível, por sua vez, com o *ethos* pluralista que define o Estado constitucional democrático contemporâneo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXY, Robert. Sobre las relaciones necesarias entre el derecho y la moral. In: _____ . *Derecho y razón práctica*. Traducción de Wistano Orozco. México: Distribuciones Fontamara, 1993, p. 37-58.
- _____. Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2003, p. 31-47.
- _____. *El concepto y la validez del derecho*. Traducción de Jorge M. Seña. 2ª edición. Barcelona: Editorial Gedisa, 2004.
- _____. *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*. Traducción de Carlos Bernal Pulido. Madrid, Fundacion Beneficentia et Peritia Juris, 2004.
- ARIZA, Santiago Sastre. La ciencia jurídica ante el neoconstitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2003, p. 239-258.
- ATIENZA, Manuel. Entrevista a Robert Alexy. *DOXA*, 24, p. 671-687, 2001.

⁵⁸ *Id.*, *ibid.*, p. 70.

- BARCELOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, 240: 83-103, abr./jun. 2005.
- BARROSO, Luís Roberto. *A doutrina da efetividade*. Excerto mimeografado. 2004.
- _____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, 240: 01-67, abr./jun. 2005.
- BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: lições de filosofia do direito*. Tradução e notas de Márcio Pugliesi *et al.* São Paulo: Ícone, 1995.
- CALSAMIGLIA, Albert. Postpositivismo. *DOXA*, 21, nº 1, p. 209-220, 1998.
- CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2003.
- DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. São Paulo: Método, 2006.
- DUARTE, Écio Oto Ramos. POZZOLO, Suzanna. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da Constituição*. São Paulo: Landy, 2006.
- FIGUEROA, Alfonso Garcia. *Principios y positivismo jurídico: el no positivismo principialista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998.
- _____. La teoría del Derecho en tiempos del constitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2003, p. 159-186.
- GUASTINI, Ricardo. La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2003, p. 49-73.
- HÄBERLE, Peter. *Pluralismo y constitución: estudios de teoría constitucional de La sociedad abierta*. Madrid: Tecnos, 2002.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, 2 v.
- MAIA, Antônio Cavalcanti. DINIZ, Antônio Carlos. Pós-positivismo. In: BARRETTO, Vicente de Paula (Coord.). *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo - Rio de Janeiro: UNISINOS; Renovar, 2006, p. 652-653.
- MAIA, Antonio Cavalcanti. A distinção entre fatos e valores e as pretensões neofrankfurtianas. In: MAIA, Antonio C. *et al* (Orgs.). *Perspectivas atuais da filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 03-29.
- MORESO, José Juan. En defensa del positivismo jurídico inclusivo. In: NAVARRO, Pablo E. REDONDO, María Cristina (Comp.). *La relevancia del derecho: ensayos de filosofía jurídica, moral y política*. Barcelona: Editorial Gedisa, 2002, p. 93-116.

- PECZENICK, Aleksander. Introducción. In: _____. *Derecho y Razón*. Versión castelhana de Ernesto Garzón Valdés. México: Distribuciones Fontamara, 2000, p. 07-09.
- PULIDO, Carlos Bernal. *El neoconstitucionalismo a debate*. Bogotá: Instituto de Estudios Constitucionales, 2006.
- SANCHÍS, Luis Prieto. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Editorial Trotta, 2003.
- SEOANE, José Antonio. Presentación. In: ALEXY, Robert. *La institucionalización de la justicia*. Granada: Editorial Comares, 2005, p. 01-15.
- SILVA, Alexandre Garrido da. Direitos humanos, Constituição e discurso de legitimação: possibilidades e limites da teoria do discurso. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Legitimação dos Direitos Humanos*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 11-96.
- _____. Neoconstitucionalismo, direitos humanos e teoria do discurso: notas para uma filosofia do direito constitucional. *Arquivos de Direitos Humanos*, Rio de Janeiro, v. 8, no prelo.
- STRUCHINER, Noel. Algumas 'proposições fulcrais' acerca do Direito: o debate jusnaturalismo vs. Juspositivismo. In: MAIA, Antonio Cavalcanti *et al* (Orgs.). *Perspectivas Atuais da Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 399-415.
- TORRES, Ricardo Lobo. A legitimação dos direitos humanos e os princípios da ponderação e da razoabilidade. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Legitimação dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 397-449.
- _____. Introdução. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Legitimação dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 01-10.
- VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição e sua reserva de justiça: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma*. São Paulo: Malheiros, 1999.