NEOCONSTITUCIONALISMO E CRISE DO POSITIVISMO JURÍDICO NO DIREITO PÓS-MODERNO[*]

NEOCONSTITUTIONALISM AND POSITIVISM CRISIS IN THE LEGAL RIGHT POST- MODERN

Clara Cardoso Machado
Dejair dos Anjos Santana Júnior

RESUMO

A crise do positivismo deve ser compreendida a partir da transformação do constitucionalismo no decorrer da história. A alteração da natureza da estrutura do direito juntamente com a mudança de paradigma da ciência jurídica edificou as bases do neoconstitucionalismo e do direito pós-moderno. Este trabalho tem o objetivo de retratar a evolução do constitucionalismo a fim de verificar a correspondência deste com o direito pós moderno, principalmente no tocante à eficácia e a interpretação das normas constitucionais.

PALAVRAS-CHAVES: POSITIVISMO; CONSTITUCIONALISMO; NEOCONSTITUCIONALISMO; EFICÁCIA; NORMAS CONSTITUCIONAIS; INTERPRETAÇÃO

ABSTRACT

The crisis of positivism must be understood from the transformation of constitutionalism in the course of history. The change in the nature of the structure of law with the paradigm shift in the jurisprudence built the foundations of law neoconstitutionalism and postmodern. This work aims to portray the evolution of constitutionalism in order to verify the correspondence of this with the right post-modern, primarily concerning the effectiveness and interpretation of constitutional

KEYWORDS: POSITIVISM; CONSTITUTIONALISM; NEOCONSTITUTIONALISM; EFFECTIVENESS; CONSTITUTIONAL, INTERPRETATION

INTRODUÇÃO

O Estado Democrático de Direito, marcado pela concepção contemporânea de direito Constitucional também denominado por muitos de neoconstitucionalismo, delineia novos paradigmas para o Ordenamento Jurídico em consonância com a pós-modernidade.

[*] Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

Do ponto de vista ideológico, conceitua-se Neoconstitucionalismo como fenômeno sócio-político-cultural que afere uma carga axiológica, normativa e suprema à *Lex Maxima* e exige uma leitura verticalizante de todos os ramos da ciência jurídica - a constitucionalização dos direitos.

Numa perspectiva teórica, o neoconstitucionalismo caracteriza uma teoria do direito que põe em xeque o positivismo jurídico, sob a ótica do direito pós-moderno. Portanto, o neoconstitucionalismo teórico representa uma alternativa em relação à teoria juspositivista tradicional. (COMANDUCI, 2003, p. 81)

A crise do positivismo é uma realidade do direito pós-moderno. A ruptura do paradigma dominante revela-se imprescindível para a compreensão da efetividade das normas constitucionais e da nova hermenêutica constitucional, características marcantes do novo olhar sobre o Direito Constitucional.

Destarte, emerge na comunidade científica uma revolução necessária à criação de uma nova teoria. Corroborando este pensamento, explica Thomas Samuel Kuhn (2006, p. 125), "[...] consideramos revoluções científicas aqueles episódios de desenvolvimento não-cumulativo, nos quais um paradigma mais antigo é total ou parcialmente substituído por um novo, incompatível com o anterior."

A revolução neoconstitucional é um processo em andamento que busca a efetivação das aspirações da sociedade. Em face disto, é mister ultrapassar as barreiras fincadas pelo positivismo jurídico, para a partir de uma interpretação concretizadora do texto constitucional efetivar suas normas.

EVOLUÇÃO DO CONSTITUCIONALISMO

"A ciência moderna nasceu da esmagadora ambição de conquistar a Natureza e subordiná-la às necessidades humanas."

(Bauman, *Modernidade e ambivalência*)

A fim de entendermos a questão da evolução do constitucionalismo mister a pré-compreensão da época em que ocorreram as alterações que deram desenvolvimento à matéria. A partir desse momento, portanto, poderemos entender o contexto em que ocorreram os principais fatos e teorias que deram margem ao seu incremento. Portanto, as considerações iniciais *supra* servem de suporte para o entendimento global que se fará no decorrer deste ponto.

Inegavelmente, as questões mais atuais e relacionadas, por exemplo, à interpretação e à aplicabilidade das normas constitucionais não podem ser bem compreendidas se não forem enunciados os principais fatos históricos responsáveis pela transformação dos Estados e, logicamente, dos modelos normativo-constitucionais que sustentaram tais ordenamentos.

Pode-se afirmar, inicialmente, com espeque na lição do professor Dirley da Cunha Júnior (2008, p. 23), que o constitucionalismo foi um movimento político-constitucional que pregava a necessidade da elaboração de Constituições escritas que regulassem o fenômeno político e o exercício do poder, em benefício de um regime de liberdades públicas.

Essas constituições escritas tinham o objetivo de limitar o poder supremo do monarca. Luís Roberto Barroso (2001, p. 07) ensina que o discurso do Estado atravessou ao longo do século XX três fases distintas: a pré-modernidade (ou Estado liberal), a modernidade (ou Estado social) e a pós-modernidade (ou Estado neo-liberal). A constatação inevitável, desconcertante, é que o Brasil chega à pós-modernidade sem ter conseguido ser liberal nem moderno. Herdeiros de uma tradição autoritária e populista, elitizada e excludente, seletiva entre amigos e inimigos – e não entre certo e errado, justo ou injusto -, condescendente com os ricos e rigorosa com os pobres, chegamos ao terceiro milênio atrasados e com pressa.

Do Constitucionalismo Liberal ao Constitucionalismo Social. A Modernidade e as suas Conseqüências

Vimos acima que a formação dos Estados Nacionais, no fim da Idade Média, possibilitou a centralização do poder em uma única pessoa: o monarca. Detentor do poder total, seu poder era absoluto, o que o permitia intervir em qualquer setor da sociedade, fosse ela econômica, social ou política.

A teoria filosófica do Absolutismo era baseada no direito divino dos reis. Esses detinham poder ilimitado outorgado por Deus e eram tidos como os legítimos representantes de Deus na terra. Surgiu, a partir daí, o que se passou a chamar de "direito natural", o qual deu início à escola do *jusnaturalismo*. Para a referida escola, existia um sistema de normas "superiores" às normas estatais, devendo estas estar em conformidade com aquelas. O direito natural teria validade em si mesmo, sendo anterior e superior ao direito positivo e, em caso de conflito, era ele quem deveria prevalecer.

De acordo com Barroso (2001, p. 20), o direito natural apresenta-se, fundamentalmente, em duas versões: a) uma lei estabelecida pela vontade de Deus; b) a lei ditada pela razão. Influenciada pela ideologia teológica conseqüente da Idade Média, a versão de que o direito natural decorre da vontade de Deus teve maior força no Absolutismo.

Com o movimento iluminista, os filósofos da luz passaram a criticar a fé e o dogma religioso através da razão. As ciências físicas e sociais passaram a ser compreendidas à luz do conhecimento científico, havendo uma grande evolução das ciências. Consolidou-se, assim, juntamente com o iluminismo, a *modernidade*, movimento para o qual a ordem, o indivíduo, a soberania e o Estado devem estar em primeiro lugar.

Barroso (2001, p. 21) explica que nesse momento o iluminismo se associa ao jusnaturalismo (na sua segunda versão), o que deu substrato jurídico-filosófico às duas

grandes conquistas do mundo moderno: a tolerância religiosa e a mitigação do poder do Estado. É justamente nesse momento que a burguesia articula sua chegada ao poder.

A mitigação do poder estatal se deu, principalmente, com a normatização, a positivação dos direitos naturais em leis escritas. Para Manoel Jorge da Silva e Neto (2008, p. 43), a gênese do constitucionalismo clássico está atrelada ao irrefreável ímpeto quanto à positivação de direitos e garantias aptos à salvaguarda dos indivíduos quanto à intromissão ou arbítrio praticados pelo Estado. Não se poderá compreender a noção de constitucionalismo daquela época se não se atentar para o autêntico motivo conducente à inclusão das liberdades públicas nos textos constitucionais: a preservação da liberdade individual.

Não podemos esquecer que esse era o grande objetivo dos burgueses: abreviar o poder do Estado a fim de dilatar a liberdade individual, tanto na política quanto na economia.

Sobrevém que, antes, a expressão da razão era o monarca, transmissor da vontade de Deus; nos Estados modernos, a expressão da razão é materializada com o advento da lei. No mesmo entendimento, Eduardo C. B. Bittar assevera que se os medievais acreditavam em Deus, e sacralizavam rituais de vida em nome de Deus, e cometiam barbaridades em nome de Deus, os modernos descobriram um novo Deus, a quem se devota igualmente a mesma dedicação febril e cega: o progresso.

Para o renomado Barroso (2001, p. 13-14), o sistema jurídico passa a ser considerado completo e auto-suficiente: lacunas eventuais são resolvidas internamente, pelo costume, analogia, princípios gerais. Separado da filosofia do direito por incisão profunda, a dogmática jurídica volta seu conhecimento apenas para a lei e o ordenamento positivo, sem qualquer reflexão sobre seu próprio saber e seus fundamentos de legitimidade.

Começa, assim, a consolidação do positivismo em detrimento do jusnaturalismo. Conforme Paulo Dourado Gusmão (2002, p. 385), o Positivismo pretendia ser a filosofia da ciência, ou seja, o coroamento do saber científico. Excluindo de seu domínio a metafísica, acabou sendo o saber fundado nos fatos *tout court*. No que diz respeito à esfera jurídica, pondo de lado a metafísica, reduzindo o direito ao direito positivo e definindo-o como fato, passível de estudo científico, fundado em dados reais, o Positivismo Jurídico tornou-se a doutrina do direito positivo.

Segundo Bittar (2009, p. 67-71), a filosofia da época, que haveria de fundamentar esse posicionamento de base socioeconômica, só poderia encontrar acolhida no pensamento de Augusto Comte, com a superação da era mítica (fundamentação pela natureza e pela mitologia) e metafísica (fundamentação pela revelação e pelas fontes divinas) pela era positivista (fundamentação da ação pela tecnologia, pela razão, pela ciência empírica).

Para o autor, a culminância da positivação e da história da legalização e normatização de documentos jurídicos ocorreu apenas no século XIX, especialmente, com o desenvolvimento das seguintes Escolas: 1) Pandectística que vê o direito como corpo de regras cujo modelo era o direito romano – o *usus modernus pandectarum* (Alemanha, Glück; Windscheid; Jellinek); 2) Exegese que defende a codificação como uma espécie de iconização dogmático-exegética, guiada pelo axioma da intangibilidade do sentido normativo atribuído pelo legislador (França, Demolombe; Troplong; Laurent; Aubry et

Rau); 3) Jurisprudência dos Conceitos que traça a arquitetura dos conceitos e do ordenamento jurídico cientificamente interpretado num sistema de regras (Jhering; Puchta); entre outras tendências, como a Escola Analítica da Jurisprudência, de John Austin. Nesse contexto, Bittar classifica como voz dissonante da época a Escola Histórica de Savigny (*Da vocação de nosso tempo para a legislação e a jurisprudência* – 1814), uma vez que se opõe à criação de um Código Alemão por acreditar no *volkgeist* ("espírito do povo") e na força dos costumes, não deixando, não obstante, de pensar também lógico-dedutivamente as fontes históricas do direito.

No século XX, a maior expressão do pensamento normativista-positivista surgiu com Hans Kelsen que afirmava que "A ordem jurídica de um Estado é, assim, um sistema hierárquico de normas gerais".

Percebe-se, assim, que a modernidade é guiada pelo que se pode chamar de "império das leis", sendo um dos pilares do Estado moderno.

Na pretensão de se fazer uma "ciência" jurídica, eliminou-se a moral e os valores do Direito, passando a ciência do direito a ser pautada exclusivamente em fatos. Daí o célebre brocardo "dai-me os fatos que lhe darei o direito". O Direito passou a ser, então, uma mera subsunção de análise dos fatos à norma adequada existente no ordenamento jurídico.

Desta forma, as conseqüências do direito moderno não foram o esperado. A realidade não coadunava com a expressão principal da Revolução Francesa, marco histórico do iluminismo: "Igualdade, Liberdade e Fraternidade".

A pretensa "igualdade" era meramente formal, cada vez mais as pessoas eram *desiguais*. O avanço da economia com o modelo liberal apenas fez aprofundar as desigualdades sociais, criando um verdadeiro abismo na sociedade. Por ser apenas um garantidor das liberdades individuais, da propriedade e da segurança, a não-intervenção do Estado na esfera econômica e social fez com que os trabalhadores fossem cada vez mais explorados.

Aliando tal fato com o fim da Primeira Guerra Mundial, a situação começa a mudar. Começam a eclodir movimentos sociais contra a opressão dos empregadores, briga por melhores salários e por melhores condições. Mais do que isso, inicia a pressão para que o Estado volte a intervir na sociedade, não apenas regulando, mas proporcionado direitos previsto nas Cartas.

Para o professor Dirley da Cunha Júnior (2008, p. 119), com a derrocada do Estado liberal, surgiu um novo constitucionalismo com reflexo direto no modelo estatal. O Estado muda de configuração, assumindo renovados papéis e múltiplas funções. Advém o Estado social, ou, como preferem alguns denominá-lo, o Estado do Bem-Estar Social (o *Welfare State*) ou Estado providência, prestador de serviços, de perfil essencialmente intervencionista, que exige a presença marcante e decisiva do poder público no domínio das relações socioeconômicas. O homem passa a depender do Estado, de quem se exigem prestações positivas.

Surge, assim, o Estado social, diametralmente oposto ao modelo liberal. Neste, o Estado deveria se abster nas relações sociais e econômicas, naquele, é necessária a intervenção

estatal. O Estado passa a ter destaque também na vida jurídica, uma vez que os direitos previstos nas constituições devem ser garantidos, e, por isso, normatizados. Passa-se a falar, assim, em "direitos fundamentais".

Manoel Jorge da Silva e Neto (2008, p. 45) afirma que o constitucionalismo social tem fundamentos de natureza sociológica, política e jurídica. Sob o prisma sociológico, ressaltam-se os movimentos sociais contestadores da estrutura vigente, cujo exemplo marcante é a Revolução Socialista Soviética. Ao examinarmos o aspecto político da introdução das normas de direito social nas constituições, admitimo-la como resultado da decisão levada ao fim e ao cabo pelas forças políticas predominantes à época da manifestação constituinte. O fundamento jurídico é conducente à constatação da necessidade de se introduzir na norma maior do sistema os elementos sociais como forma de expressar mais marcantemente o compromisso do Estado com a questão social, bem assim para impedir ou dificultar sobremaneira a sua retirada por conveniência do legislador ordinário.

A fim de se normatizar esses elementos necessários para o bem-estar social, Dirley da Cunha Júnior (2008, p. 122) assegura que, nesse momento, surge um número considerável de normas programáticas, dispondo sobre direitos sociais e econômicos, carentes de efetivação. Decerto, essa programaticidade das Constituições haverá de se combinar com sua efetividade, sob pena de se negar vigência ao Estado Constitucional Democrático de Direito.

Canotilho chama essa Constituição do Estado Social em "Constituição Dirigente". A idéia de Constituição Dirigente leva à idéia de que não cabe mais à constituição servir como um instrumento de governo, mas sim determinar um plano global de metas, deve a constituição traçar programas e diretrizes a fim de traçar os objetivos do Estado para com a sociedade. Mas isso requer novos conceitos, novas orientações jurídicas, um novo movimento, como o pós-modernismo.

O Advento do Direito Pós-Moderno e o Neoconstitucionalismo: a crise do positivismo jurídico

Essa nova necessidade de se adequar a real efetividade da Constituição com a nova realidade e anseios da sociedade mundial colocou em xeque o positivismo jurídico, já que este, ao normatizar a razão iluminista, colocou de lado os valores e a moral, focando unicamente os fatos.

Contudo, o pilar do positivismo jurídico, a razão, sofreu dois abalos nos últimos séculos de tamanha relevância que ficou demonstrado que essa "razão" buscada no século da luz nada mais é do que pura ilusão.

Ao comentar sobre esses abalos, Barroso (2001, pp. 8-11) assegura que o primeiro ocorreu ainda no século XIX, com Karl Marx. Este assentou que as crenças religiosas, filosóficas, políticas e morais dependiam da posição do indivíduo, das relações de produção e de trabalho, na forma como estas se constituem em cada fase da história

econômica. Vale dizer: a razão não é fruto de um exercício da liberdade de ser, pensar e criar, mas prisioneira de uma *ideologia*, um conjunto de valores introjetados e imperceptíveis que condicionam o pensamento, independentemente da vontade.

Ou seja, a suposta "razão" dependerá da classe social do intérprete, da sua posição econômica e política. Sendo assim, uma mesma pessoa que figure numa determinada posição terá em relação a uma hipotética matéria "X" a *razão A*; essa mesma pessoa, figurando numa posição diametralmente oposta à inicial, poderá ter em relação a mesma matéria a *razão B.*

Continua o ilustre autor afirmando que o segundo abalo à "razão" ocorreu com Freud. Freud descobriu que o homem não é senhor absoluto da própria vontade, de seus desejos, de seus instintos. O que ele fala e cala, o que pensa, sente e deseja é fruto de um poder invisível que controla o seu psiquismo: o *inconsciente*. Ou seja, o homem nem sempre toma suas decisões em função da razão, mas sim por "vontade" do seu inconsciente.

Barroso não quis demonstrar que a razão perdeu a sua importância, ao contrário, ele afirma que ela é muito importante, mesmo no ordenamento jurídico. O que ele quis demonstrar é que a razão divide o palco da existência humana com, pelo menos, mais dois fatores: a ideologia e o inconsciente.

Mas não foram apenas esses dois fatores que proporcionaram a derrocada do positivismo jurídico. O positivismo jurídico foi derrotado com suas próprias forças, com sua própria ambição.

O objetivo do positivismo (juntamente com o modernismo) era, utilizando da mesma metodologia utilizada nas ciências naturais, criar uma *ciência do Direito*. Todavia, essa metodologia nunca foi observada nas ciências sociais como nas naturais. Nestas, o método é puramente descritivo, analisa-se os dados para se chegar a uma conclusão. No Direito, a situação é inversa. A norma é um *dever-ser*, normatiza-se uma norma para que a sociedade molde a sua conduta a ela. A norma não é um "dado", mas uma "criação" do operador do direito.

Ademais, desproporcionados de valores, percebeu-se que as normas jurídicas eram elaboradas sem condão de melhorar a vida em sociedade, mas sim a de beneficiar os governantes que faziam parte da máquina pública. Isso pôde ser visto como a implementação do nazismo e fascismo. Ambos os movimentos, apesar de cometerem atos bárbaros com outros homens, tiveram todas suas ações consubstanciadas em suas respectivas cartas constitucionais. Com o fim da Segunda Guerra Mundial, a idéia de um ordenamento jurídico desprovido de valores éticos e morais já não era mais aceita.

Barroso (2008, p. 27) explica que a superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação. O *pós-positivismo* é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição de relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada *nova hermenêutica* e a teoria dos direitos fundamentais. Essa nova ideologia deu margem o surgimento de uma nova teoria de constitucionalidade, o *neoconstitucionalismo*.

Percebe-se, assim, que os ideais propugnados pela modernidade, apesar de terem desenvolvido o mundo moderno, trouxeram grandes conseqüências para a humanidade. Bittar (2009, p. 87) afirma que a ciência converteu a ciência em produto, e esta, uma vez tornada produto sob a lupa de investigação do cientista, também se tornou produto na esteira da produção capitalista. Em nome do progresso, portanto, conseguiu-se um regresso tão ilimitado que ameaça colocar a humanidade sob uma catastrófica e irreversível condição de barbarização. Daí a importância do retorno aos valores, período que os jusfilósofos nomearam de *pós-modernidade*.

A pós-modernidade surge como a necessidade de um período de transição, de revisão da modernidade e de reconstrução de valores, a necessidade de um longo processo de maturação axiológica. Como resultado desse novo período, surge o movimento *supra* mencionado, o neoconstitucionalismo.

Enaltecendo a importância dessa transição, Dirley da Cunha Júnior (2008, p. 33-36) assenta que o neoconstitucionalismo, ou o novo direito constitucional como também é conhecido, destaca-se como uma nova teoria jurídica a justificar a mudança de paradigma de *Estado Legislativo de Direito*, para *Estado Constitucional de Direito*, consolidando a passagem da Lei e do Princípio da Legalidade para a *periferia* do sistema jurídico e o trânsito da Constituição e do Princípio da Constitucionalidade para o *centro* de todo o sistema, em face do reconhecimento da Constituição como verdadeira norma jurídica, com força vinculante e obrigatória, dotada de supremacia e intensa carga valorativa.

Com efeito, as novas Constituições passaram a ser verdadeiras normas jurídicas, sendo a norma mais relevante do ordenamento, por isso que dotada de supremacia. Mas tais normas deixaram de ser desprovidas de valor, todo o ordenamento passou a ser centrado nos valores escolhidos por cada carta constitucional. Ilustrativamente, os principais valores da Constituição brasileira de 1988 são a *soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa* e *o pluralismo político*.

Porém, não é só isso. Para Ricardo Maurício Freire Soares (2007, p. 78), o neoconstitucionalismo fez com que o processo de normativização da Constituição deixasse de ser considerada um diploma normativo com um valor meramente programático ou como um conjunto de recomendações ou orientações dirigidas ao legislador para operar como uma normatividade jurídica com eficácia direta e imediata. Além disso, as Constituições passaram a incorporar conteúdos materiais que adotam a forma de direitos, princípios, diretrizes e valores, dotados de um amplo grau de indeterminação e de uma forte carga valorativa, como se verifica no rol de conceitos controvertidos (dignidade, justiça, liberdade autonomia).

Em verdade, o pós-positivismo não procura destruir os resultados principais do positivismo. Ele apenas procura colocar valores onde antes não existia. Assim, esses valores passaram a ingressar nas Constituições como *princípios*, tanto implícitos como explícitos. Esses princípios servem de vetores, guia tanto para os intérpretes do Direito como para seus operadores.

Os princípios sempre estiveram presentes no âmbito filosófico e jurídico, o que distingue os princípios na era pós-moderna dos demais é a sua *normatização*. Os

princípios, como visto, passam a ser de cumprimento obrigatório por todos que estejam resguardados por uma carta constitucional.

Para Barroso (2001, p.30), os princípios possuem três diferentes funções: condensar valores, dar unidade ao sistema e condicionar a atividade do intérprete. Coadunando com o entendimento deste trabalho, salienta o eminente autor que na trajetória que os conduziu ao centro do sistema, os princípios tiveram de conquistar o *status* de norma jurídica, superando a crença de que teriam uma dimensão puramente axiológica, ética, sem eficácia jurídica ou aplicabilidade direta e imediata. A dogmática moderna avaliza o entendimento de que as normas em geral, e as normas constitucionais em particular, enquadram-se em duas grandes categorias diversas: os princípios e as regras.

Primeiramente, deve-se lembrar que, normalmente, as regras possuem caráter objetivo, geral e abstrato, delimitando as condutas e as hipóteses de situações em que ela pode incidir. Nesse contexto, as regras operam-se no sistema denominado subsunção: ocorrendo o fato descrito na norma, a conclusão será a que nela estiver prescrita. Havendo conflito de regras no caso concreto, apenas um deles poderá sair vencedor no momento da interpretação, excluindo-se o outro do ordenamento jurídico. É a modalidade denominada *tudo ou nada*.

Por outro lado, os princípios possuem maior grau de abstração, não regulando condutas e não estabelecendo as hipóteses de situações em que eles poderão incidir. Sua aplicação decorre do sistema denominado *ponderação*, no qual o intérprete, havendo conflito entre princípios no caso concreto, deverá sopesar qual deles tem um valor "maior" *naquele* caso, o que não ocasiona a exclusão do outro princípio, já que ele poderá ter um valor "maior" em outro caso.

Ambos os instrumentos interpretativos têm importância no mundo jurídico, os princípios e as regras possuem igualmente o mesmo *status* de norma jurídica e integram, sem hierarquia, o sistema referencial do intérprete.

Dentre as diversas possibilidades de distinção entre regras e princípios, vale destacar a distinção quanto ao conteúdo feita por Barroso (2004, p; 353) em outro trabalho de sua autoria. Ele assevera que os princípios destacam-se como normas que identificam valores a serem preservados ou fins a serem alcançados, trazendo em si, normalmente, um conteúdo axiológico ou uma decisão política. Isonomia, moralidade, eficiência são *valores*. Justiça social, desenvolvimento nacional, redução das desigualdades regionais são *fins* públicos. Já as regras limitam-se a traçar uma conduta. A questão relativa a valores ou a fins públicos não vem explicitada na norma porque já foi decidida pelo legislador,e não transferida ao intérprete. Daí ser possível afirmar-se que regras são descritivas de condutas, ao passo que princípios são valorativos ou finalísticos.

Percebe-se, assim, que a perspectiva pós-moderna e pós-positivista influenciou decisivamente na formação de uma moderna hermenêutica constitucional, sendo o Direito considerado um sistema aberto de valores, pluralista e dialético, não restrito apenas aos operadores do direito.

Esse nova olhar sobre o Direito, principalmente o direito constitucional, trouxe duas características marcante, de acordo com Barroso (2001, p. 42): a) o compromisso com a

efetividade de suas normas; e b) o desenvolvimento de uma dogmática da interpretação constitucional.

A Efetividade das Normas Constitucionais e o Direito Pós-Moderno

De que serve um ordenamento cuja fundamentação remonta à norma fundamental se, na prática, não é capaz de ser praticado?

(Bittar, *O Direito na Pós-Modernidade*)

A Modernidade trouxe grandes anseios e grandes expectativas para a humanidade. Porém, destituídas de valor, as normas constitucionais ficaram eivadas de falta de eficácia. A pós-modernidade surge para preencher essa lacuna, incutindo valor e eficácia nas normas antes ineficazes.

O entendimento da eficácia está intimamente ligado à produção de efeitos jurídicos. Tércio Sampaio Ferraz Júnior (2003, p. 199) assenta que uma norma se diz socialmente eficaz quando encontra na realidade condições adequadas para produzir seus efeitos. Vigência e eficácia, portanto, não se confundem. Enquanto aquela opera no mundo do *dever-ser*, esta se realiza no mundo do *ser*.

Para que haja eficácia, é preciso que a norma cumpra com alguns pressupostos. Tais pressupostos serão diferentes a depender do tipo de eficácia que se espera, se social ou jurídica. Flávia Piovesan (2003, p. 57), citando Michel Temer esclarece que a eficácia social se verifica na hipótese de a norma vigente, isto é, com potencialidade para regular determinadas relações, ser efetivamente aplicada a casos concretos. Eficácia jurídica, por sua vez, significa que a norma está apta a produzir efeitos na ocorrência de situações concretas, mas já produz efeitos jurídicos na medida em que a sua simples edição resulta na revogação de todas as normas anteriores que com ela conflitam.

Sinteticamente, pode-se dizer que a eficácia social (também chamada de efetividade) é a real possibilidade de aplicação da norma a casos concretos, dela ser efetivamente obedecida e aplicada, enquanto a eficácia jurídica está relacionada às condições de aplicabilidade da norma. Nesse sentido, Barroso (2001, p. 85) conclui afirmando que a efetividade significa, portanto, a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o *dever-ser* normativo e o *ser* da realidade social.

Percebe-se, portanto, que a norma jurídica antes de ter eficácia social, deve ter eficácia jurídica. Ou seja, a possibilidade de produção de efeitos deve ser anterior à sua efetiva obediência.

Sendo assim, podemos dizer que há a possibilidade de existir normas jurídicas dotadas de eficácia jurídica, mas sem eficácia social. Exemplificativamente, temos as omissões

inconstitucionais. Estas são frutos de normas não-regulamentadas, o que inviabiliza a efetividade do exercício do direito prescrito pela Constituição no mundo exterior.

Não se pode deixar de mencionar que o termo eficácia jurídica é tida como um termo conexo ao de aplicabilidade de acordo com José Afonso da Silva. Assim sendo, pode-se dizer que norma aplicável tem o mesmo significado de norma juridicamente eficaz.

O conceito de eficácia *supra* sustentado coaduna com o posicionamento do professor Tércio Sampaio Ferraz Júnior (2001, p. 195), para quem o termo eficácia pode expressar tanto uma eficácia social (efetividade) quanto uma eficácia técnica, sendo essa a qualidade que mais a aproxima à realidade social.

Contudo, essa eficácia é relativa. As normas constitucionais possuem diferentes funções e diferentes graus, o que levou José Afonso da Silva ao estudo da "aplicabilidade das normas constitucionais", classificando-as em normas constitucionais de eficácia plena, contida e limitada.

Mas dizer que uma norma é eficaz não significa dizer que ela é justa. Bittar (2009, pp. 205-206) esclarece-nos que este não é um paralelo perfeito, pois as normas podem ser qualificadas de diferentes maneiras, tais como: a) justa e ineficaz: ocorre quando a norma é justa mas não é implantada na prática em virtude das dificuldades de sua observância; b) injusta e eficaz: oposta a anterior, aqui a norma é injusta mas é implantada na realidade social, seja pelo uso da força seja pela vinculatividade que produz socialmente; c) justa e eficaz: ocorre quando a norma é adequada aos anseios sociais e é plenamente recepcionada pela sociedade; d) injusta e ineficaz: ocorre quando a rejeição pela quebra de critérios de justiça desencadeia a inobservância da norma, seja pela sociedade, seja pelas autoridades que a aplicariam.

Sendo assim, deve-se atentar para quando a norma pode ser entendida como ineficaz, uma vez que este tipo de norma deve ser banida das constituições pós-modernas. Mais uma vez, Bittar (2009, 207-208) explica em quais facetas pode se conhecer uma norma como ineficaz, *in literis*:

1) A norma é ineficaz porque não produz efeito sobre as pessoas às quais se destina (observância espontânea na dicção de Tercio, caso em que a questão da eficácia funciona como um termômetro na mensuração do grau de adesão do ordenamento e suas prescrições à ordem social e às suas expectativas valorativas; 2) a norma é ineficaz porque não possui as condições técnicas para produzir efeitos (norma de eficácia contida; norma de eficácia limitada), caso em que a norma carece de novas atitudes do legislador (constitucional ou infraconstitucional) no sentido de garantir com que a norma superior seja completada pela norma inferior ou no sentido de que a norma inferior delimite melhor o campo de emprego da legislação superior; 3) a norma é ineficaz porque as autoridades não a aplicam, nem no plano administrativo, nem no plano judicial (observância por imposição de terceiros), caso em que a comunidade jurídica rejeita a aplicação da norma considerando-a em desuso, ou ainda, formal e/ou axiologicamente imprópria para a aplicação; 4) a norma é ineficaz porque prevê um comportamento impossível de ser cumprido, ou prevê uma exigência impossível de ser

faticamente observada, por carência de condições materiais para seu cumprimento, por critérios tecnológicos, econômicos, operacionais, ou outros.

Portanto, o mais interessante para a sociedade pós-moderna é que a norma seja eficaz, e, se possível, na sua plenitude. Mas as cartas constitucionais, e a brasileira em especial, possuem normas que não possuem essa aplicabilidade plena, haja vista a necessidade de posterior normatização para regular a sua matéria: são as chamadas "normas constitucionais de eficácia limitada".

Para José Afonso da Silva, as normas de eficácia limitada subdividem-se em dois grupos: *a)* normas constitucionais de princípio institutivo (ou organizado); e *b)* normas constitucionais de princípio programático.

As primeiras, normas constitucionais de princípio institutivo ou organizado, como o próprio nome já diz, se destinam a criar organismos ou entidades. Dirley da Cunha Júnior (2009, p. 162) elucida que essas normas são classificadas como de eficácia limitada porque dependem de lei para alcançarem a plenitude, ou seja, que elas instituem órgãos ou entidades e que necessitam do legislador para lograrem funcionamento, no qual o art. 18, § 2º figura como exemplo.

José Afonso ainda sub-classifica as normas constitucionais de princípio institutivo em duas espécies, impositivas ou facultativas. As normas impositivas são aquelas que determinam, ao legislador, em termos peremptórios, a emissão de uma legislação integrativa. Ilustrativo o exemplo referente ao art. 88 da Constituição, o qual verbera que "A *lei disporá* sobre a criação, estruturação e atribuições dos Ministérios". Já as normas facultativas não impõem uma obrigação, mas limitam-se a dar ao legislador ordinário a *possibilidade* de instituir ou regular a situação nelas delineadas. Exemplo claro é o art. 125, § 3º: "A *lei estadual poderá* criar, mediante proposta do Tribunal de Justiça, a Justiça Militar estadual (...)".

Conclui-se, portanto, que nas normas impositivas há a obrigatoriedade do legislador de emitir o comando normativo. Nas normas facultativas, diversamente, há a faculdade do legislador, se considerar conveniente, de regular determinada matéria constitucional.

Por seu turno, as normas constitucionais programáticas fazem parte das constituições contemporâneas, haja vista serem elas os componentes sócio-ideológicos das constituições atuais. Procura-se através delas o fim social do direito, é uma busca incessante para uma democracia substancial, de justiça social e de bem comum.

Parte das constituições atuais, a sociedade pós-moderna clama pela efetivação das normas programáticas, normas-programa de um conjunto de valores de uma constituição. E, quando limitadas, essas normas necessitam de regulamentação. Ocorre que, por vezes, não há a realização dessa normatização, o que torna a norma ineficaz. Essa conduta do legislador em "não legislar" quando obrigado pela Constituição caracteriza o que a doutrina chama de *omissão inconstitucional*.

A fim de conferir a eficácia almejada pela pós-modernidade, criaram-se diversos instrumentos de combate a essas omissões, quais sejam: o mandado de injunção, a

inconstitucionalidade por omissão e a argüição de descumprimento de preceito fundamental.

DOGMÁTICA DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL E O DIREITO PÓS MODERNO: o método hermenêutico concretizador.

Um dos aspectos diferenciais do constitucionalismo contemporâneo é a nova hermenêutica constitucional, que vai de encontro ao formalismo e ao dedutivismo lógico dos positivistas e traça uma dogmática de interpretação do Direito Constitucional em conformidade com a realidade político-social do Estado.

Hermenêutica é "a teoria científica da arte de interpretar" (MAXIMILIANO, 1998, p.1). Em contrapartida, interpretação jurídica é a atribuição de um sentido ou um significado a signos ou símbolos, dentro de determinados parâmetros (BASTOS, 2002, p. 28). Nessa linha, interpretação e hermenêutica não são conceitos sinônimos. Enquanto a interpretação é um ato concreto, a hermenêutica está num plano abstrato e abrange a interpretação, além de gerar enunciados para utilização do intérprete.

A interpretação constitucional é uma forma de interpretação jurídica, porém dotada de certas peculiaridades, justificadas, segundo Luis Roberto Barroso (2008, p.107), devido à superioridade hierárquica de seu texto (supremacia da Constituição), à natureza da linguagem (normas principiológicas), ao conteúdo específico (normas organizacionais) e ao caráter político da Lei Fundante do País.

A supremacia normativa da Constituição é nota essencial no processo de interpretação constitucional. No sentido lógico-jurídico delineado por Hans Kelsen (1998, p. 222), a Constituição é o fundamento de validade do ordenamento jurídico exigindo, pois, uma forma específica de interpretação. Como a Lei Maior não tem outro paradigma a ser seguido, deve encontrar o fundamento de validade em si mesma, compatibilizando suas normas a fim de conservar a unidade de seu texto.

Na Constituição há inúmeras normas principiológicas que, além de objetos de interpretação, servem de diretrizes para interpretação constitucional (BASTOS, 2002, p. 80). Os princípios constitucionais são dotados de um alto grau de abertura e de abstratividade, fato que proporciona ao intérprete um leque de possibilidades interpretativas, atualizando o texto constitucional.

Também singulariza a interpretação do documento constitucional o seu conteúdo específico. É dizer: dentro da Constituição há tanto normas de conduta, que regem os comportamentos dos indivíduos, como normas organizacionais, que estruturam organicamente o Estado e disciplinam a criação e a aplicação das demais normas do ordenamento jurídico (BARROSO, 2008, p.109).

Ainda neste cerne convém destacar que a Constituição, apesar de jurídica, tem traços eminentemente políticos uma vez que determina as principais opções políticas do Estado, consagrada, por J. J. Gomes Canotilho (1992), como "estatuto jurídico do fenômeno político". Demais disso, a origem da Constituição através de um poder

político fundamental (poder constituinte originário) também denota o caráter marcadamente político (BARROSO, 2008, p.110). Deste modo, não é possível neutralizar inteiramente a interferência de fatores políticos na interpretação constitucional. Entretanto, convém ressaltar que a interpretação da Constituição é uma tarefa jurídica e não política, mas que não deve ser indiferente às conseqüências políticas das decisões.

Outro ponto que merece destaque em relação à interpretação constitucional é que se deve refutar a interpretação clássica inteiramente objetivista, que restringe a interpretação à *mens legis* (vontade da lei) e à operação silogística do dedutivismo lógico, característica de uma interpretação de bloqueio (FERRAZ, 1989, p. 10). Ora, é evidente que a tarefa do intérprete no Estado Contemporâneo não pode mais se resumir a analisar a norma (premissa maior) e aplicá-la a um caso concreto (premissa menor) com vistas a um resultado como se fosse um processo matemático e independente de sua vontade. A interpretação jurídica e, principalmente, a constitucional, tem que levar em consideração a realidade histórico-concreta em que a norma está inserida e a pré-compreensão do intérprete a fim de acompanhar a evolução da sociedade (HESSE, 1998, p. 61).

Esse conjunto de particularidades não afasta completamente a interpretação constitucional através dos métodos clássicos de Savigny (interpretação gramatical, histórica, lógica e sistemática), porém dá guarida a novos métodos de interpretação que permitem a concretização e a atualização das normas constitucionais, em repúdio ao formalismo clássico.

Na linha desse raciocínio, ilustra Paulo Bonavides (2007, p. 466):

Os métodos clássicos de interpretação exerceram um influxo inovador mínimo com respeito ao alargamento material da Constituição, por se prenderem aos quadros fechados da norma jurídica, sem um salto mais ousado para o sistema, cujos fins, na época do liberalismo, se compadeciam valorativamente, ou seja, ideologicamente, com esse conhecimento restrito da norma, vista por seu exclusivo teor jurídico.

Frise-se que não há um método correto de interpretação da Lei Maior. Verdadeiramente, a interpretação das normas constitucionais obtém-se a partir de um conjunto de métodos, desenvolvidos pela doutrina e jurisprudência com o intuito de ampliar o horizonte de compreensão do intérprete e lhe facilitar a concretização do direito.

Os doutrinadores alemães foram os precursores da dogmática da interpretação constitucional, através da criação de métodos interpretativos, como, por exemplo, Theodor Viehweg (método tópico), Konrad Hesse (método hermenêutico-concretizador), Friedrich Muller (método normativo-estruturante), Rudolf Smend (método científico-espiritual) entre outros. Para eles, era imperioso perscrutar um sentindo mais profundo de Constituição afastando-se do formalismo e edificando uma hermenêutica material da *Lex Maxima.*

O emprego destes instrumentos de interpretação fez possível uma considerável e silenciosa mudança de sentido das normas constitucionais, sem necessidade de

substituí-las expressamente ou sequer alterá-las pelas vias formais da emenda constitucional (BONAVIDES, 2007).

A nova interpretação constitucional deve-se transformar em um instrumento a serviço da realização política, social e econômica do Estado, concretizando princípios e programas insculpidos na Lei Fundamental.

Nos limites propostos por este estudo, convém ressaltar o método concretista de Konrad Hesse, que considera a interpretação constitucional uma atividade de concretização da Constituição, circunstância que permite ao intérprete decifrar o próprio conteúdo material da norma através da criatividade interpretativa. "[...] O conteúdo da norma só fica completo no ato interpretativo" (HESSE, 1998, p. 56).

A interpretação como concretização é inspirada na Tópica de Theodor Viehweg, técnica de pensar por problemas. "Com a tópica, a norma e o sistema perdem o primado. Tornam-se meros pontos de vista ou simples *topoi*, cedendo lugar à hegemonia do problema, eixo fundamental da operação interpretativa". (BONAVIDES, 2007, p. 495). No método tópico alcança-se a norma partindo-se do problema, fato que gerou muitas críticas entre os constitucionalistas.

Adverte J. J. Gomes Canotilho (1992): "[...] Além de poder conduzir a um casuísmo sem limites, a interpretação não deve partir do problema para a norma, mas desta para o problema". A interpretação é uma atividade normativa vinculada, constituindo a constituição escrita um limite insuperável (HESSE, 1998, p. 69), não se admitindo o sacrifício da primazia da norma em prol da prioridade do problema. A tópica não traça limites à criatividade do intérprete.

Contrariamente, a concretização parte do texto da norma, que limitará a esfera de abrangência do intérprete, para o problema concreto. "Onde o intérprete passa por cima da Constituição, não mais interpreta, senão modifica ou rompe a Constituição" (HESSE, 1998, pp. 69 -70)

O procedimento de concretização da Constituição deve levar em consideração a pré-compreensão do intérprete (fundamentada e conscientizada), o problema concreto a se resolver e a norma que será concretizada. "Não existe interpretação constitucional independentemente de problemas concretos" (HESSE, 1998, p.62).

A mera interpretação do texto não é, por si só, capaz de conferir uma concretização exata da mesma. Para tanto é necessário que se analise o sistema normativo no qual a norma se encontra (programa normativo), bem como se agreguem elementos materiais, ou seja, que se faça uma relação entre a norma e a realidade (âmbito normativo). Somente através desses elementos é que se alcança a tão almejada concretização da norma (HESSE, 1998, p. 65).

O método hermenêutico-concretizador quer garantir o equilíbrio entre o texto normativo e a situação concreta, bem como assegurar que não se mantenha uma consideração meramente formalista da norma constitucional.

A importância do referido método reside na possibilidade de interpretar a Constituição dentro da realidade em que está inserida, atualizando suas normas e, conseqüentemente, preservando o Texto Maior.

A concretização permite a passagem do universo normativo-constitucional para o universo fático, diminuindo a abstratividade e generalidade das normas. Altera-se o sentido das normas sem modificar o conteúdo formal. Tal fato promove a renovação e atualização do texto constitucional acompanhando, portanto, as mutações operadas no seio da sociedade em virtude do caráter evolutivo dos preceitos constitucionais. (BASTOS, 2002).

Este modelo de interpretação está em consonância com as perspectivas do direito pós moderno, que almeja a concretização das normas da Constituição a partir da contextualização destas à realidade a fim de atualizar, adequar e manter a força normativa vinculante da Magna Carta.

A dogmática da interpretação constitucional é um dos pilares do Estado Democrático, uma vez que permite a realização prática e efetiva das normas constitucionais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pós-modernidade é um período de transição da modernidade para algo que ainda está por vir. Traz consigo, paradoxalmente, a dúvida da sua própria existência e a esperança da mudança, a expectativa de que o futuro possa conceder os benefícios prometidos (e não cumpridos).

Resultado dessa nova perspectiva, surge o direito pós-moderno. O poder, anteriormente centrado nas mãos de um rei soberano e posteriormente na lei, hoje figura em posse da coletividade. A interpretação constitucional não é mais feita exclusivamente pelos *doutos* jurídicos, mas por todos que sejam destinatários da norma constitucional. O direito pós-moderno tenta resgatar os valores perdidos com a modernidade, fazendo com que as normas constitucionais deixem de ser vistas como meras opiniões e passem a ser verdadeiras obrigações constitucionais.

Nasce o neoconstitucionalismo nessa transição de resgate aos valores, a fim de que a justiça social seja realizada na esfera social. Fruto de uma nova perspectiva, melhor seria que todas as normas constitucionais já fossem criadas dotadas de plena eficácia, o que nem sempre ocorre. Resquícios ainda de uma era moderna, há normas que possuem eficácia limitada, necessitando de posterior normatização legislativa para que seja obtenham sua eficácia plena.

Ocorre que o período em que nos encontramos ainda é de mudança. E o legislador brasileiro ainda tem o vício de se distanciar da realidade social ao elaborar os projetos de lei. Em virtude disso, ansiosos pela realização dos direitos que tanto almejam, a sociedade procura cada vez mais o judiciário com o escopo de concretizá-los.

A sociedade hodierna clama por um Estado ativo, que defenda os direitos individuais e que efetive os direitos sociais. Da mesma forma, a esfera individual deixa de ser a única existente, a coletividade se organiza e exige a eficácia e a regulamentação dos direitos transindividuais.

Assim como a sociedade, o Direito evolui. Dirley da Cunha júnior (2009, p. 132) assenta que a Constituição Federal de 1988 é um exemplo disso. A Constituição Cidadã não figura mais como um mero instrumento de governo que fixa competências e ordena processos, pelo contrário, ela é um plano normativo global que enuncia metas, fins e programas a serem realizados pelo Estado e pela Sociedade. Ela não é apenas uma "Constituição Social", vai além, sendo "Dirigente", "promissora" e "aberta para o futuro".

Resta agora *sermos* pós-modernos, incutirmos em toda a sociedade o sentimento de mudança para que possamos cumprir o princípio da efetividade proposta pela carta constitucional, tornando, assim, o Estado brasileiro um verdadeiro Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*: limites e possibilidades da Constituição brasileira. 5ª ed. Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar, 2001.

_____. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional.* 2 ed. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constittucional/ Celso Bastos editor, 2002.

BITTAR, Eduardo C. B. *O Direito na Pós-Modernidade.* 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional.* 20 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional.* 5. ed. Coimbra: Almedina, 1992.

COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo) constitucionalismo: um análisis metateórico. In: CARBONEL, Miguel (org.), *Neoconstitucionalismo (s).* Madrid: Editorial Trota, 2003, p. 75- 98.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: Editora JusPodivm, 2008.

FERRAZ JR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito:* Técnica, Decisão e Dominação. 4. ed. São Paulo: Atlas. 2003.

FERRAZ JR, Tércio Sampaio; DINIZ, Maria Helena; GEORGAKILAS, Ritinha Alzira Stevenson. *Constituição de 1988: legitimidade, vigência e eficácia, supremacia.* São Paulo: Editora Atlas, 1989.

FERREIRA FILHO. Manoel Gonçalves, *Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

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

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federativa da Alemanha.* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris editor, 1998.

KUHN, Thomas. *A estrutura das revoluções científicas.* Tradução Beatriz Viana e Nelson Boeira. 9 ed. São Paulo: Perspectiva, 2006

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito.* 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

PIOVESAN, Flávia. *Proteção Judicial contra Omissões Legislativias: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção.* 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do Direito:* Os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA. José Afonso da, *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 27.ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVA NETO. Manoel Jorge e, *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

Em verdade, não há um consenso entre os filósofos sobre quando surgiu a modernidade. De acordo com Eduardo C. B. Bittar (2009, pp. 43-44), a modernidade para Habermas teria nascido com Hegel, e seu racionalismo onipresente seria a máxima manifestação da vontade colonizadora moderna do mundo. A modernidade, para Foucault, teria nascido com Kant, na medida em que ninguém melhor que ele teria se pronunciado sobre a dimensão do indivíduo e sobre a consciência ética do dever que este filósofo de Köenigsberg, e a crítica seria a *Aufklärung*. O autor prefere o posicionamento de Castoriadis, para quem a modernidade possuiria três fases: a da formação do Ocidente (séculos XII ao XVII), com as primeiras manifestações da acumulação e da revolução que se preparava no bojo da Idade Média; a da crítica da modernidade, com sua afirmação (século XVIII até a Segunda Guerra Mundial), quando se solidificam os grandes pilares da mudança social, econômica e política das sociedades; a da retirada para o conformismo (Segunda Guerra Mundial em diante), com a queda das hegemonias ideológicas e a retirada para a crítica dos arquétipos da modernidade.

Segundo Barroso (2001, p. 24), as teses fundamentais do positivismo filosófico podem ser assim expressas: (i) a ciência é o único conhecimento verdadeiro, depurado de indagações teológicas ou metafísicas, que especulam acerca de causas e princípios abstratos, insuscetíveis de demonstração; (ii) o conhecimento científico é objetivo. Funda-se na distinção entre sujeito e objeto e no método descritivo, para que seja

preservado de opiniões, preferências ou preconceitos; (iii) o método científico empregado nas ciências naturais, baseado na observação e na experimentação, deve ser estendido a todos os campos do conhecimento, inclusive às ciências sociais.

A fim de dirimir duvidar, Bittar (2009, p. 78) esclarece que a legislação não é uma criação da modernidade. Ele aponta que há fortes notícias do uso e emprego de leis escritas (*nómos; lex*) desde as épocas mais remotas da Antiguidade. A Lei das Doze Tábuas, na cultura romana, é, sem dúvida, o marco mais admirável dos testemunhos da criação normativa escrita na tradição jurídica ocidental. A própria idéia de Código também não é uma novidade moderna, pois o termo remete à palavra *codex*, ligado à história romana. No entanto, a modernidade inventou a legislação como meio único de realização de práticas jurídicas vinculando-as a procedimentos escritos formais a serem emanados por atos estatais.

Não iremos aqui tecer comentários minuciosos em relação à mudança de entendimento do mestre Canotilho, que passou a considerar, posteriormente, a "morte da Constituição Dirigente". Em verdade, Dirley da Cunha júnior (2008, p. 126-128) assevera que a Constituição dirigente ainda vive, como condição fundamental, aliás, da garantia do cumprimento dos direitos fundamentais sociais reconhecidos no texto constitucional. O ilustre autor ainda nos mostra que, em conferência realizada na *I Jornada de Estudos sobre a Constituição Dirigente em Canotilho*, o próprio mestre autor enfatiza que a Constituição dirigente não morreu, ele reafirma o compromisso e a capacidade de a Constituição dirigente limitar a liberdade de conformação do legislador e vinculá-lo aos fins que integram o programa constitucional.

No mesmo entendimento, Bittar (2009, p. 108) assenta que a pós-modernidade chega para se instalar definitivamente, mas a modernidade ainda não deixou de estar presente entre nós, e isto é fato. Suas verdades, seus preceitos, seus princípios, suas instituições, seus valores (impregnados do ideário burguês, capitalista e liberal) ainda permeiam grande parte das práticas institucionais e sociais, de modo que a simples superação imediata da modernidade é ilusão.

De acordo com o renomado autor "(...) eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais constituem fenômenos conexos, aspectos talvez do mesmo fenômeno, encarados sob prismas diferentes: aquela com potencialidade; esta com razoabilidade, praticidade. Se a norma não dispõe de todos os requisitos para sua aplicação aos casos concretos, falta-lhe eficácia, não dispõe de aplicabilidade. Esta se revela, assim, como possibilidade, a norma há que ser capaz de produzir efeitos jurídicos." (SILVA, 2008, p. 03)

Sobre o tema, v. SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. p. 126-127. Importante, também, sua consideração acerca da obrigatoriedade da regulamentação: "Algumas normas obrigatórias chegam, mesmo, a marcar data até a qual a lei reguladora deverá estar votada, como foi exemplo o art. 4º do Ato das Disposições Transitórias da Constituição de São Paulo, de 13 de maio de 1967, e é também o caso de várias disposições transitórias e finais da Constituição italiana." (p. 128)

A respeito do tema, leia-se Peter Häberle: "*Hermenêutica Constitucional*: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: a contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da constituição"