

NEOCONSTITUCIONALISMO E DIREITOS FUNDAMENTAIS INTRODUÇÃO.CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO X POSITIVISMO JURÍDICO. A REALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOB A PERSPECTIVA NEOCONSTITUCIONALISTA. CONCLUSÃO.

Amélia Sampaio Rossi

Mestre em Direito Cooperativo e da Cidadania pela UFPR, doutoranda em Direito do Estado pela UFPR, Professora de Direito Constitucional e Teoria do Estado e da Constituição da PUCPR.

RESUMO

As grandes transformações ocorridas no mundo hoje requerem um olhar renovado sobre o fenômeno jurídico. O positivismo jurídico tradicional tem se mostrado cada vez mais insuficiente para atender as novas demandas de uma sociedade global e complexa. As teorias contemporâneas que tentam estabelecer este novo olhar e que para tanto, dão importância aos problemas da indeterminação do Direito e as relações entre o direito, a moral e a política são chamadas de pós - positivistas. A discussão atual gira em torno de se saber se essa conexão entre Direito e moral é apenas contingente, como querem os adeptos do positivismo, ou, ao contrário, necessária, implicando em uma nova maneira de se ver o Direito. Estas questões se refletem especialmente na seara do Direito Constitucional. Este espaço passa a ser ocupado por uma Constituição intensamente invasora, que impregna e condiciona a legislação, a jurisprudência, os operadores do Direito em geral e também os mais diversos atores políticos. O Constitucionalismo contemporâneo passa a transformar os valores e opções políticas fundamentais em normas jurídicas, num grau de hierarquia ou centralidade diferenciado em relação às demais normas do sistema e que, portanto, as condiciona. As Constituições, rematerializadas, não possuem mais apenas o objetivo de repartir os poderes do Estado e distribuir a competência própria dos órgãos deste, mas de estabelecer direitos fundamentais, e, por meio destes, uma ordem de valores e de justiça que exigirá postura ativa dos órgãos estatais e de toda a sociedade no sentido da sua realização, especialmente quando se tratarem de direitos prestacionais de cunho social.

PALAVRAS-CHAVES: Constitucionalismo. Contemporâneo. Positivismo Jurídico Tradicional. Direitos Prestacionais de Cunho Social.

RÉSUMÉ

Les grandes transformations qui ont eu lieu dans le monde d'aujourd'hui requièrent un regard renouvelé sur le phénomène juridique. Le positivisme juridique traditionnel s'est montré chaque fois plus insuffisant à répondre aux nouvelles demandes d'une société globale et complexe. Les théories contemporaines qui tentent d'établir ce nouveau regard et qui pour ce faire, donnent de l'importance aux problèmes de l'indétermination du Droit et aux relations entre le droit, la morale et la politique sont appelées post-positivistes. La discussion actuelle tourne autour du point de savoir si cette connexion entre Droit et morale est seulement contingente, ainsi que le veulent les adeptes du positivisme, ou, au contraire, nécessaire, ce qui implique une nouvelle manière de voir le Droit. Ces questions se reflètent spécialement dans le champ du Droit Constitutionnel. Cet espace a commencé à être occupé par une Constitution intensément envahissante, qui empreint et conditionne la législation, la jurisprudence, les agents du Droits en général et aussi les plus divers acteurs politiques. Le Constitutionnalisme contemporain a commencé à transformer les valeurs et les options politiques fondamentales en normes juridiques, à un degré de hiérarchie ou de centralité différencié par rapport aux autres normes du système et qui les conditionne donc. Les Constitutions, rematérialisées, ne présentent plus seulement l'objectif de répartir les pouvoirs de l'État et de distribuer la compétence propre des organes de celui-ci, mais aussi d'établir des droits fondamentaux, et, à travers ceux-là, un ordre de valeurs et de justice qui exige une attitude active des organes étatiques et de toute la société dans le sens de sa réalisation, spécialement quand il s'agit de droits de prestation à caractère social.

MOT – CLÉS: Constitutionnalisme Contemporain. Positivisme Juridique Traditionnel. Droits de Prestation a Caractere Social.

INTRODUÇÃO

As grandes transformações ocorridas no mundo hoje requerem um olhar renovado sobre o fenômeno jurídico. O positivismo jurídico tradicional tem se mostrado cada vez mais insuficiente para atender as novas demandas de uma sociedade global e complexa.

Na sociedade atual, complexa e contraditória, as multiplicações de demandas, a convivência paradoxal entre produtividade do capital e aumento do desemprego, interação social e proliferação de códigos e multiplicidades culturais, a sofisticação tecnocultural e aumento da miséria e da exclusão, para citar apenas alguns entrecruzamentos trazidos, entre outros motivos, pela aceleração histórica produzida pela globalização, mostram que já não podemos olhar o novo com as mesmas lentes de outrora. Neste sentido Cárcova nos alerta ,

Desarrollo tecnológico que habilita otras formas de la comunicación humana; comunicación que acelera y transforma los flujos, produciendo impacto em las percepciones y em los procesos cognitivos; circulación del poder y del control; riesgo e posibilidad, he aquí otras dimensiones de la complejidad em la que estamos inmersos y que supone desafíos de muy diversa índole, entre otros, desafíos para las estructuras institucionales conocidas y las formas tradicionales de regulación de las relaciones sociales; desafíos, consiguientemente, para la teoría y los teóricos del Derecho . Desafíos, por último, para la comprensión de tan sofisticados procesos y de las formas de legalidad que a ellos correspondem, que se toman, por razones estructurales, progresivamente más opacas.¹

¹ CÁRCOVA, Carlos Maria. **Complejidad y Derecho**. Doxa

As teorias contemporâneas que tentam estabelecer este novo olhar e que para tanto, dão importância aos problemas da indeterminação do Direito e as relações entre o direito, a moral e a política são chamadas de pós- positivistas².

O intitulado pós- positivismo contrasta com o positivismo “tradicional”, entre outros aspectos, principalmente porque entende haver uma relação intrínseca entre Direito e moral. As constituições contemporâneas, ao incorporarem princípios abstratos, como normas jurídico-constitucionais, operam esta fusão necessária. Como nos explica Calsamiglia³, a discussão atual gira em torno de se saber se essa conexão entre Direito e moral é apenas contingente, como querem os adeptos do positivismo, ou, ao contrário, necessária, implicando em uma nova maneira de se ver o Direito.

Estas questões se refletem especialmente na seara do Direito Constitucional. É consenso afirmar-se que desde o fim da Segunda Grande Guerra Mundial o Direito Constitucional já havia iniciado uma redefinição de seus traços característicos no sentido de se identificar com uma constelação de valores considerados fundamentais, entre eles, o respeito e realização da pessoa humana na sua especial dignidade de ser e amar. O chamado neoconstitucionalismo pretende se caracterizar, entre outros pontos, essencialmente por incorporar valores e orientações políticas, especialmente, no que toca à promoção da dignidade humana e dos direitos fundamentais⁴. As Constituições da Itália (1947), Alemanha (1949), Portugal (1976), Espanha (1978) e Brasil (1988) são exemplos desta mudança que tem demarcado o espaço do constitucionalismo contemporâneo, com a abertura das Constituições aos valores, por meio dos princípios constitucionais, e por conseguinte, a necessária abertura de todo o sistema jurídico. A introdução destes elementos ocorre, como se sabe, num contexto de reação aos regimes políticos marcados pela opressão, pelo autoritarismo e pela barbárie e marcados, singularmente, pelo não reconhecimento do outro,

² CALSAMIGLIA, Albert. **Postpositivismo**. Doxa 21-I (1998)

³ CALSAMIGLIA, Albert. Op. Cit. P.216

⁴ BARCELLOS, Ana Paula de. **Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controladas políticas públicas**. In Revista Diálogo Jurídico: Nº 15, janeiro/ fevereiro /março de 2007.

Ius Gentium - Curitiba, ano 7, n. 13, p. 222 - 243, jan/jun 2013

da alteridade, a ausência da solidariedade⁵.

Este espaço passa a ser ocupado por uma Constituição intensamente invasora, que impregna e condiciona a legislação, a jurisprudência, os operadores do Direito em geral e também os mais diversos atores políticos. O Constitucionalismo contemporâneo passa a transformar os valores e opções políticas fundamentais em normas jurídicas, em um grau de hierarquia ou centralidade diferenciado em relação às demais normas do sistema e que, portanto, as condiciona. O doutrinador italiano Riccardo Guastini⁶, usa a expressão “constitucionalização do Ordenamento Jurídico” para se referir ao fenômeno do neoconstitucionalismo. Para Guastini⁷ é possível observar graus de constitucionalização que projetam o quanto a ordem jurídica se encontra impregnada pela diretriz constitucional. Segundo o autor, existem condições de constitucionalização que uma vez realizadas nos apontam o grau (maior ou menor) de constitucionalização daquele ordenamento jurídico. Seriam sete condições que o ordenamento jurídico deveria satisfazer para ser considerado impregnado pelas normas constitucionais:

A primeira condição de constitucionalização é a existência, no ordenamento jurídico, de uma constituição escrita e rígida, que incorpora os direitos fundamentais e os protege, em virtude da diferença hierárquica entre leis constitucionais e infraconstitucionais. A segunda é a garantia jurisdicional da Constituição ou o controle da constitucionalidade das leis em relação à Constituição no asseguramento da Supremacia Constitucional e, conseqüentemente, da supremacia dos direitos fundamentais. A terceira é a força vinculante da Constituição que expressa e reforça a normatividade dos dispositivos constitucionais. Toda e qualquer norma constitucional é

⁵ A solidariedade resulta de um processo de reconhecimento do outro como realidade pessoal. Este perceber o outro, no entanto, não se dá pelos sentidos, mas pela responsabilidade por ele, pela sensibilidade. Este é o entendimento do pensador judeu lituano, Emmanuel LÉVINAS que, ao perceber a subjetividade em termos éticos, na ética compreendida como responsabilidade, entende a identidade do eu humano a partir da responsabilidade por outrem, é a alteridade(conferir: LÉVINAS, Emmanuel. **Ética e infinito**: diálogos com Philippe Nemo. Lisboa: Edições 70, 1982, *passim*.

⁶ GUASTINI, Riccardo. **La “constitucionalización” Del ordenamiento jurídico: el caso Italiano**. In Neoconstitucionalismo(s), Miguel Carbonell, Editorial Trotta.

⁷ GUASTINI, Riccardo. Op. Cit. Págs.50-58

uma norma genuína, vinculante e suscetível de produzir efeitos jurídicos, é a onipresença nas Constituições de princípios e regras jurídicas. A Constituição deixa, assim, de ser vista como um “manifesto político” repleto de meras recomendações aos operadores do Estado e do Direito. A quarta condição diz respeito à necessidade da Constituição de ser interpretada extensivamente de tal maneira que dela possam ser extraídas também normas implícitas e idôneas para regular qualquer aspecto da vida social e política, fechando-se, assim, espaço para a discricionariedade legislativa. A quinta condição respeita a aplicação direta das normas constitucionais e a conseqüente produção de seus efeitos, mesmo que programáticas as normas e ainda que nas relações entre particulares. A sexta nos remete a interpretação das leis conforme a Constituição no sentido que a interpretação que se faz delas deve adequá-las aos dispositivos constitucionais. A sétima e última condição de constitucionalização é a influência da Constituição sobre as relações políticas.

Estas transformações delineiam, para alguns autores⁸, a transição do Estado de Direito para o Estado Constitucional de Direito ou, segundo Figueroa, para o “paradigma do constitucionalismo”. Esta nova atitude perante o Direito quer demarcar a construção de uma nova mentalidade jurídica, nas palavras de Figueroa,

Como acabo de señalar, la constitucionalización del ordenamiento jurídico no se há limitado a transformar el Derecho, sino que se predica también Del estilo de pensamiento de juristas y teóricos Del Derecho. La constitucionalización de pensamiento jurídico há dado lugar al “constitucionalismo”. Se denominado genericamente “constitucionalismo” (y mas precisamente “neoconstitucionalismo” com el fin de acentuar el nuevo carácter que há adquirido em la actualidad) a la teoria o conjunto de teorías que han proporcionado una cobertura iusteórica conceptual y/o normativa a la constitucionalización Del Derecho em términos normalmente no positivistas.⁹

Nesta linha de raciocínio, Zagrebelsky¹⁰ ao comentar o Estado Constitucional de Direito atual, reconhece a impossibilidade de identificação de suas características com o modelo de constitucionalismo do século XIX. Sob tal ponto de vista a transformação

⁸ FIGUEROA, Alfonso García. **La teoría de derechos em tiempos de constitucionalismo**. Pág.160

⁹ FIGUEROA, Alfonso García. Op. Cit. P.164

¹⁰ ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil: Lei, derechos, justicia**. Editorial Trotta 5ª ed., 2003, p.33
Ius Gentium - Curitiba, ano 7, n. 13, p. 210 - 231, jan/jun 2013

ocorrida é tão importante que deve levar a pensar em uma verdadeira transformação genética, mais do que um desvio momentâneo na esperança de uma restauração.

O constitucionalismo tradicional caracterizou-se por ser eminentemente normativo. O constitucionalismo contemporâneo estabelece a recepção, no ordenamento jurídico, da moral, especialmente sob a forma de direitos fundamentais. O neoconstitucionalismo quer promover o reencontro do Direito com os valores, rematerializando-o. A técnica subsuntiva, própria do positivismo tradicional que separa hermeticamente o Direito da Moral, torna-se, cada vez mais, insuficiente para dar solução a gama complexa de questões que surgem no horizonte. O conflito entre princípios, especialmente na seara dos direitos fundamentais, exige uma nova técnica de solução, a ponderação de valores, o juízo argumentativo desta ponderação.

Segundo Santiago Ariza¹¹, As constituições da segunda metade do século XX, incorporam conteúdos materiais que possuem a forma de direitos, princípios, valores e diretrizes. Não se trata de afirmar que o juízo de subsunção, próprio da compreensão positivista do fenômeno jurídico, já não desempenhe papel algum na aplicação do Direito pelos juízes, mas sim de reconhecer que "el razonamiento lógico- formal dice muy poco acerca de la aplicación de los principios."¹² Prossegue o autor na justificativa de sua posição,

Por supuesto, el modelo de ciencia jurídica que parece exigir el neoconstitucionalismo también se contraponen al que há venido defendiendo el positivismo jurídico. Em sentido, frente al distanciamiento (o la reivindicación Del punto de vista externo), a la neutralidad y a la función descriptiva, se opone um novo modelo em el que las principales características que se predicen de la ciencia jurídica suelen el compromiso (o la adopción del punto de vista interno), la ineludible intervención de los juicios de valor em análisis del Derecho y la prioridad Del carácter práctico de la ciencia jurídica frente su presentación como um estudio de carácter científico. Ahora parece que la incorporación constitucional de contenidos materiales supone que lá teoría jurídica no puede ser independiente o debe incluir también la política del Derecho.¹³

¹¹ ARIZA, Santiago Sastre. **La ciencia jurídica ante el neoconstitucionalismo**.P.241

¹² ARIZA, Santiago Sastre. Op. Cit. P.241

¹³ ARIZA, Santiago Sastre. Op. Cit. P.245

O novo paradigma do constitucionalismo merece investigação que possa apontar a extensão do fenômeno e a profundidade das alterações que efetivamente venham a ser geradas na maneira de se compreender o Direito e de se conceber o próprio fenômeno jurídico. Para tanto, este trabalho procurará mostrar as diferenças mais marcantes entre a visão do Positivismo em contraste com o chamado Constitucionalismo Contemporâneo.

CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO X POSITIVISMO JURÍDICO

Kelsen e a Teoria Pura do Direito

Para construir-se o Direito como ciência, com objeto e métodos próprios, é necessário então, depurar-se o Direito de tudo que lhe seja estranho ou, em outras palavras, não normativo. Como é sabido, Hans Kelsen, provém do círculo neopositivista de Viena ou positivismo lógico. Segundo esta orientação filosófica, só é racional e compreensível àquilo que possa verificar-se racionalmente, assim, considerações valorativas sobre o conteúdo de normas se ausentam de sentido nesta perspectiva¹⁴. A Teoria Pura do Direito, elaborada pelo importante filósofo de Viena, é a expressão mais fundamental do positivismo lógico - normativo. A ciência do Direito nada tem haver com fatos, mas sim com normas, com o dever ser (*sollen*).

Neste sentido, a ciência do direito é o conhecimento de um sistema de normas jurídicas que se constitui excluindo tudo que é estranho ao próprio Direito. Uma ciência do Direito necessita que seu objeto seja fixado sem qualquer interferência estranha ao Direito Positivo. O Direito é um sistema de normas coercitivas, supra- infra ordenado, válido em um Estado concreto e determinado. Nas palavras de Kaufmann:

¹⁴ KAUFMANN, Arthur. **Filosofía del derecho**. 2ª ed. Colômbia:Universidad Externado de Colômbia, 1999. p.51

Pero como teoria positiva solo puede tener ella como objeto las estructuras *formales* (lógicas) de las normas jurídicas, no sus contenidos; pues éstos son (según Kant) inaccesibles al conocimiento científico. Para Kelsen la justicia es solo “ um bello sueño de la humanidad”, no sabemos lo que és y jamas lo sabremos (relativismo teórico- valorativo). La teoria pura Del derecho tiene que ver com el deber ser (*Sollen*), y por cierto el ‘puro’ deber ser jurídico, que no es um valor ético sino solo uma estructura lógica. El postulado más elevado es, em consecuencia, la ‘pureza metodológica’.¹⁵

Kelsen quer proteger a ciência jurídica da possibilidade de ser utilizada como propaganda de valores absolutos ou de ideologias políticas, em uma sociedade complexa e multifacetada, não obstante, a teoria pura do direito venha a ser, com o transcorrer do tempo, aproveitada também com esta intenção¹⁶.

O dever ser jurídico puro não possui nenhuma classe de conteúdo e por isso pode suportar qualquer conteúdo. O dever ser como categoria jurídica possui um caráter puramente formal, sendo apenas uma estrutura lógica.

A pureza metodológica foi um trabalho e um objetivo incessante em Kelsen. Conforme nos explica Mário Losano por ocasião da introdução da edição italiana da obra de Kelsen *O problema da Justiça*¹⁷, o estudo do direito em si e por si, a pureza metodológica em Kelsen é resultado de sua posição no debate sobre a ausência de juízos de valor nas ciências sociais, na Alemanha, no início do século passado. Assim, o objeto da ciência é determinado pelo seu método, que passa a ser o elemento central das ciências. Para os positivistas o real (o objeto) possui existência em si mesmo, independente do sujeito. Este objeto pode ser acessado na sua integralidade pelo conhecimento, podendo ser apreendido e registrado tal como ele é. Isto pressupõe a diferenciação entre fatos e valores. Os fatos pertencem à ordem do objeto e assim, podem ser apreendidos se se usam métodos próprios e adequados. Quanto aos valores, estes pertencem à ordem dos sujeitos e existem na dimensão do observador. O Cientista deve se preocupar em apreender os fatos, afastando-se da ordem de valores, pois visa à construção de uma teoria formal e não substancial. O positivismo pretende

¹⁵ KAUFMANN, Arthur. Op. Cit. p. 51

¹⁶ IDEM IBIDEM p.52

¹⁷ LOSANO, Mário. In KELSEN, Hans. **O problema da justiça**. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p.IX

ser ciência jurídica e não política do Direito. O objeto da teoria pura do direito é ser uma teoria da validade do direito, indicando os pressupostos em cuja presença certas normas ou ordenações jurídicas são válidas. Observe-se, no entanto, que aqui se está a falar do direito positivo. Assim nos esclarece Mário Los

As teorias sociológicas reprovam o formalismo abstrato de Kelsen, alegando que o direito é um fenômeno social. Por meio de explicações sucessivas ao longo de décadas, Kelsen esclareceu repetidamente que sua teoria é uma *teoria pura* do direito positivo e não uma teoria do *direito puro*, ou seja, de um direito desligado da realidade. Por conseguinte, o estudo da realidade social, da qual o direito nasce e para qual ele retroage, não é negado, mas apenas distinguido da teoria formal do direito. (...) Em suma, para Kelsen o problema da validade da ordenação jurídica é diferente tanto do problema de sua efetividade concreta quanto do de seu valor. Não é preciso atentar para os efeitos sociais ou para o conteúdo da norma, mas para a sua forma: por isso, a teoria pura do direito apresenta-se como uma teoria formal do direito.¹⁸

Quando se fala em positivismo jurídico é preciso esclarecer de qual positivismo se está falando, visto que são muitas as suas vertentes. Assim sendo, o próximo tópico explorará algumas das abordagens possíveis ao positivismo jurídico procurando destacar as premissas básicas que o qualificam.

Abordagens possíveis ao Positivismo – A divisão e a crítica ao positivismo de Norberto Bobbio.

São vários os significados da expressão positivismo jurídico, no entanto, para a melhor compreensão de seus postulados fundamentais é importante demarcá-lo por meio de três grandes aspectos.

Norberto Bobbio propõe a compreensão do positivismo no seguinte esquema: positivismo jurídico como método, como teoria e como ideologia. Segundo o filósofo italiano, estas compreensões são independentes entre si, ou seja, adotar-se o método positivista não implica necessariamente em adotar-se a teoria positivista ou a ideologia

¹⁸ IDEM IBIDEM. P.XVI

Ius Gentium - Curitiba, ano 7, n. 13, p. 210 - 231, jan/jun 2013

positivista e assim por diante, observando, no entanto, que a adoção de uma ideologia positivista pressupõe a adoção de uma teoria juspositivista e necessariamente de um método juspositivista.¹⁹

O positivismo jurídico como método para o estudo do Direito implica em considerar-se o Direito como ciência. O método científico para o conhecimento do seu objeto é implica no meio mais adequado à descrição da realidade do mesmo. O modo de abordar o direito como um fato, e não como um valor é o pressuposto do método juspositivista. A neutralidade valorativa é necessária quando se aborda a ciência do direito. Neste campo os juízos de validade se sobrepõem aos juízos de valor assim como foi descrito no item anterior. Neste aspecto o que define e conceitua o Direito não é o conteúdo daquilo que ele manda proíbe ou permite, mas a forma de fazê-lo. O direito é obra de decisões ou convenções observáveis empiricamente e que não estão na dependência de satisfação a algum juízo moral. É efetivamente a tese da separação entre o direito e a moral. A consequência deste aspecto conceitual do direito resulta basicamente em que se pode concluir que um sistema, para ser considerado jurídico, não precisa necessariamente guardar vínculos com padrões de moral ou justiça, ainda que isto, eventualmente, possa vir a ocorrer²⁰.

O positivismo jurídico como teoria implica, conforme Bobbio²¹, em uma série de seis concepções fundamentais:

1- A teoria coativa do direito, na vinculação do direito com a força. O juspositivismo define o direito em função da coação.

2- A teoria legislativa do direito, na vinculação do direito ao monopólio do Estado na produção normativa (visão legalista). O juspositivismo identifica o direito com a produção normativa do Estado e portanto a lei é a fonte singular do direito.

¹⁹ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. Coleção elementos de direito. São Paulo : Ícone, 2006. p.234.

²⁰ SANCHÍS, Luis Pietro. **Constitucionalismo e positivismo**. Distribuciones Fontamara: México, 2ª ed. 1999. p.12

²¹ BOBBIO, Norberto. OP. CIT. p.237

3- A teoria imperativa do direito, a norma é, para o juspositivismo, essencialmente um comando.

4- A teoria da coerência do ordenamento jurídico. A noção do sistema jurídico como um sistema unitário e coerente de normas que não admite antinomias.

5- A teoria da completude do ordenamento jurídico, no sentido da inexistência de lacunas no direito, pela ótica juspositivista.

6- A teoria da interpretação lógica ou mecanicista do direito. Por este aspecto, o problema da interpretação no direito positivo exige um juiz neutro capaz apenas de estabelecer um raciocínio subsuntivo para a aplicação da norma.

Estas três primeiras concepções constituem os pilares da doutrina positivista ou de uma teoria juspositivista no sentido estrito. Já as três últimas possuem uma importância secundária, podendo falar-se aqui em uma teoria juspositivista em sentido amplo.

Finalmente, o positivismo jurídico como ideologia. Afirma o doutrinador que o positivismo não é apenas uma maneira de entender o direito, mas também de querer o direito, assim sendo, na realidade, o positivismo não é apenas uma teoria neutra do direito, mas também uma ideologia, uma forma de querê-lo. Aduz o pensador italiano a importância deste tipo de diferenciação,

“Esta distinção entre teoria e ideologia do juspositivismo é importante porque ajuda a compreender o significado da polêmica antipositivista. Os críticos do positivismo jurídico vêm de duas ‘praias’ diferentes e se dirigem a dois aspectos diversos: de um lado a corrente do realismo jurídico (ou jurisprudência sociológica) critica os seus aspectos teóricos afirmando que não representam adequadamente a realidade efetiva do direito; de outro lado, a renascida (ou, melhor dizendo, revigorada) corrente do jusnaturalismo critica os aspectos ideológicos do juspositivismo, destacando as consequências práticas funestas que deles derivam.”²²

Neste aspecto Bobbio diferencia o positivismo ético extremista (versão forte) do positivismo ético moderado (versão fraca).

Assim, o positivismo ético extremista se caracterizaria pela idéia do dever

²² BOBBIO, Norberto. Op. Cit. p.225

absoluto e incondicionado de obediência à lei. Não se está aqui diante de uma teoria, mas de uma doutrina ética do direito, uma forma de querer o direito, uma ideologia. Esta maneira de compreensão encontra sua origem no nascimento do Estado Moderno e no fato de que o ordenamento estatal se tornou o único ordenamento realmente normativo. Neste sentido obedecer a lei não é apenas uma obrigação jurídica mas também uma obrigação moral.

O positivismo ético moderado trabalha com a hipótese da relação estreita entre ordem e sistema normativo. O direito estabelece uma ordem de convivência garantindo valores como segurança, certeza, previsibilidade das condutas por ele regradadas. Assim, o direito, e mais especificamente, a lei (genérica, abstrata) que o realiza, são os meios mais aptos para a realização da ordem e a garantia da paz social. Assim o direito não é um bem em si, mas meio, instrumento, para a realização de outro bem, a ordem da sociedade.

Positivismo inclusivo ou brando e Neoconstitucionalismo

Para Hart, o direito se constitui em uma união que envolve regras primárias e secundárias, possuindo, assim, uma textura aberta. Em outras palavras, as regras primárias ou de obrigação, dizem respeito àquilo que os indivíduos devem ou não fazer, enquanto as regras secundárias respeitam necessariamente às primeiras. As regras secundárias, conseqüentemente, são responsáveis por especificar como são criadas, alteradas, eliminadas ou válidas as regras primárias²³. Assim, um sistema jurídico possui regras secundárias de reconhecimento, alteração e julgamento.

O conceito de regra de reconhecimento e validade jurídica é central para entendermos a ideia de direito nas suas relações com a moral, sob o prisma Hartiano.

O Positivismo Inclusivo resulta de uma tentativa de solucionar a Crítica de Dworkin à teoria Hartiana. O assim chamado soft positivismo, ou positivismo brando,

²³ HART, Herbert L. A. **O Conceito de Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. P. 104- 105

entende que a moral pode desempenhar um papel importante no reconhecimento e validade das normas jurídicas. O Positivismo inclusivo pretende defender e esclarecer que a regra de reconhecimento da teoria hartiana pode, mas não necessariamente deve possuir conteúdo moral. Com isto, a tese da separação entre direito e moral, própria do positivismo, continuaria intacta.

Neste sentido, o chamado hoje “positivismo jurídico inclusivo” ou “brando” ou “soft positivism” é o que mais se aproxima da noção de relações, ainda que contingentes e não necessárias entre o direito e a moral, o que nos leva a continuar falando ainda em positivismo, visto que a tese da separabilidade entre o Direito e a moral não se encontra superada, ainda que se admitam, conforme já afirmado, a possibilidade de suas relações esporádicas. Isto se deveu à resposta dada por Hart, no seu *pos scriptum*, às críticas feitas por Dworkin à sua teoria. Hart admite então, que as normas de reconhecimento em um sistema jurídico, possam e não necessariamente devam possuir conteúdo ligado a valores morais. A validade de uma norma no sistema jurídico não se faria apenas através da estrutura formal de adequação, mas também por meio do conteúdo ou valores.

O Constitucionalismo Contemporâneo ou Neoconstitucionalismo.

Quando se fala em constitucionalismo contemporâneo ou neoconstitucionalismo, a idéia geral da qual se parte para reconhecê-lo como diferencial em relação à mentalidade juspositivista é a de que, em função do reconhecimento dos princípios como normas e, mais importante ainda, como normas constitucionais, e em razão dos valores que, conseqüentemente, são alçados para o âmbito normativo constitucional, a tese positivista da separabilidade entre Direito e moral cai por terra.

Neste diapasão, Écio Oto Ramos Duarte²⁴, para dar uma compreensão didática e

²⁴ DUARTE, Écio Oto Ramos e POZZOLO, Susanna. Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: As faces da teoria do Direito em tempos de interpretação moral da constituição. São Paulo: Landy Editora, 2006, p.

Ius Gentium - Curitiba, ano 7, n. 13, p. 210 - 231, jan/jun 2013

mais adequada do neoconstitucionalismo , adota a tipologia estabelecida pelo constitucionalista italiano Paolo Comanducci, na qual o autor (com base na supra – mencionada tipologia de Bobbio) estabelece 03 formas ou sentidos do neoconstitucionalismo: o teórico, o metodológico e o ideológico.

1- Neoconstitucionalismo teórico se baseia na noção de uma Constituição normativa, portadora de princípios e regras e com aspecto central baseado no reconhecimento dos direitos fundamentais. Esta Constituição é amplamente invasora e onipresente em todas as dimensões do fenômeno jurídico, é o fenômeno da constitucionalização do direito.

2- Neoconstitucionalismo ideológico que adota o modelo axiológico da Constituição como norma e defende a especificidade da Hermenêutica constitucional diferenciada em relação às demais leis.

3- Neoconstitucionalismo metodológico. Defende a tese da conexão necessária entre o direito e a moral. (Diferente do positivismo metodológico)

No Constitucionalismo contemporâneo (neoconstitucionalismo) encontramos o modelo prescritivo de Constituição entendida esta como norma. Nesta concepção não há diferenciação entre o plano do ser e do dever ser. A Constituição é um sistema normativo que abriga valores, portanto a norma constitucional não é e nem pode ser portadora de qualquer conteúdo. A Constituição constitui um acordo sobre os valores fundamentais que, positivados, irradiam os seus efeitos por todo o ordenamento jurídico.²⁵

Assim, a Constituição deixa de ser vista apenas como o sistema normativo no mais alto escalão hierárquico do Direito, mas, principalmente, passa a constituir a norma axiológicamente suprema. Neste sentido Pozzolo,

Desse modo, a Constituição não exige somente o seu respeito, não é somente um vínculo negativo para o legislador, mas também impõe o

²⁵ POZZOLO, Susanna e DUARTE, Écio Oto R. Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico.

seu desenvolvimento ou a sua declinação positiva. As Constituições contemporâneas se caracterizam por uma força permeável intrínseca e geral que, unida a uma concepção prescritiva, implica a adequação do ordenamento (em sentido positivo, não somente de respeito) aos princípios de justiça ali expressos.²⁶

O Constitucionalismo contemporâneo caracteriza-se, principalmente, por se apresentar como uma noção superadora do Estado de Direito Legislativo, que estruturou o desenvolvimento do modelo liberal de Estado de Direito, caracterizado, especialmente por uma Constituição que instrumentaliza limites ao poder, estabelecendo a sua organização essencial. Ao estabelecer a rematerialização dos documentos constitucionais por meio da introdução, nestes, dos princípios, faz da Constituição uma unidade material, uma ordem de valores protegida e estendida na sua realização por um procedimento efetivo de controle da constitucionalidade das leis.²⁷

Para além das já colocadas contradições e diferenciações entre este novo constitucionalismo e o positivismo, ou seja, valor x norma, ponderação x subsunção, onipresença da Constituição x independência do direito ordinário, onipotência judicial apoiada na Constituição x autonomia do legislador, Luís Pietro Sanchís entende que a novidade deste constitucionalismo renovado se encontra nos aspectos teóricos que respeitam às fontes do Direito e o problema da sua interpretação e aplicação. A Constituição é a fonte de todo o Direito, o legislador ao criar o direito está a ela, ou melhor, ao seu conteúdo valorativo, submetido. Para o autor, o constitucionalismo contemporâneo alenta a ideia de uma “ciência jurídica comprometida”, o que põe em questão as relações entre direito e moral. Ainda em tempo, as constituições contemporâneas, impregnadas de normas princípio, já não podem ser interpretadas por meio da técnica subsuntiva, mas essencialmente por meio da ponderação.²⁸

As Constituições, rematerializadas, não possuem mais apenas o objetivo de repartir os poderes do Estado e distribuir a competência própria dos órgãos deste, mas,

²⁶ POZZOLO, Susana. Op. Cit. p.90

²⁷ SANCHÍS, Luís Pietro. Constitucionalismo y positivismo. P.17

²⁸ SANCHÍS, Luís Pietro. Op. Cit. p.16- 17

principalmente, de estabelecer direitos fundamentais, e, por meio destes, uma ordem de valores e de justiça que exigirá postura ativa dos órgãos estatais e de toda a sociedade no sentido da sua realização, especialmente quando se tratarem de direitos prestacionais de cunho social.

Direitos fundamentais sob a perspectiva neoconstitucionalista

Os direitos fundamentais hoje, classificam-se segundo Robert Alexy, basicamente em dois grandes grupos: DIREITOS FUNDAMENTAIS NA QUALIDADE DE DIREITOS DE DEFESA E DIREITOS FUNDAMENTAIS NA QUALIDADE DE DIREITOS À PRESTAÇÕES.

Os direitos fundamentais de defesa objetivam a limitação do poder do Estado garantindo a liberdade pessoal e a propriedade dos indivíduos contra a ingerência indevida do Estado. Assim, as liberdades fundamentais, a isonomia formal, os direitos políticos e as garantias fundamentais.

Por outro lado, os direitos fundamentais na qualidade de direitos prestacionais objetivam não apenas a realização da liberdade autonomia, mas também “da liberdade por intermédio do Estado”, o que implica em uma postura ativa do Estado na obrigação de colocar aos indivíduos o acesso às prestações tanto de natureza jurídicas quanto materiais devidas. São os mais variados direitos sociais de natureza prestacional.

A doutrina tradicional firmou posição no reconhecimento de que apenas os direitos fundamentais de defesa, por terem aplicação direta e imediata, gerariam verdadeiros direitos subjetivos capazes de colocar o indivíduo na posição de sindicar perante o poder judiciário a reparação de sua eventual violação. No caso dos direitos sociais prestacionais, a doutrina tradicional insiste em afirmar a ausência da sua eficácia quanto a uma aplicação direta e imediata, fazendo com que deles não resulte possibilidade de reconhecimento de verdadeiro direito subjetivo capaz de levar o seu sujeito a bater às portas do Judiciário exigindo o cumprimento

da contraprestação faltante por parte do Poder Público.²⁹

A visão mais avançada do neoconstitucionalismo entende que não há mais que se falar na categoria de normas meramente programáticas em relação aos direitos prestacionais. Ao contrário, estes também instituídos por meio de norma princípio, exigem um desenvolvimento e atuação do legislador e do administrador, é o modelo prescritivo de Constituição. Todo e qualquer direito fundamental estabelece uma posição jurídica fundamental, se constituindo ao mesmo tempo de dimensões positivas e de defesa. Ainda em tempo, é bom esclarecer-se que a tradicional argumentação de que os direitos fundamentais sociais, por implicarem geralmente um custo (uma dotação orçamentária) para a sua concreção, estariam sempre na dependência de uma análise da conjuntura econômico- financeira do Estado e que, conseqüentemente, não haveria legitimidade do Judiciário no sentido de determinar a sua execução compulsória pelos Poderes Públicos.³⁰

Este tipo de argumentação levou a doutrina tradicional a elaborar o conceito da “reserva do possível” em termos de possibilidade de efetivação de muitos daqueles direitos, portanto, os engessando. Hoje já se compreende que todo e qualquer direito fundamental implica em um “custo” (neste sentido a própria liberdade de Locomoção), e a nova visão dos direitos fundamentais na perspectiva neoconstitucionalista faz aparecer o conceito de “mínimo vital”. Em outras palavras, existirão determinados direitos fundamentais prestacionais ligados diretamente à ideia de mínimo existencial, que por sua vez está vinculada à noção de dignidade da pessoa humana. Quando aquela contraprestação for essencial para a realização da existência digna, não há que se falar em custo, o Estado tem obrigação de arcar com a contraprestação e o Judiciário tem papel relevante ao intermediar tal concreção.

A perspectiva neoconstitucionalista ainda nos leva à compreensão de que a centralidade assumida pelos direitos fundamentais na Constituição exige uma interpretação diferenciada dos mesmos. Assim, noções como a de eficácia privada ou

²⁹ SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004. passim.

³⁰ IDEM IBIDEM

Ius Gentium - Curitiba, ano 7, n. 13, p. 210 - 231, jan/jun 2013

horizontal destes direitos, a proibição do retrocesso social, a maximização ou efetividade, a restringibilidade excepcional, e a projeção positiva, são características que devem ser tomadas em conta na compreensão interpretação e aplicação daqueles direitos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A concepção de Direito estabelecida pelo positivismo tradicional³¹ não se encontra mais apta a dar resposta à miríade de infinitas e complexas questões da realidade contemporânea. A perspectiva neoconstitucionalista exige, no mínimo, uma releitura das balizas desde sempre confirmadas pelo positivismo jurídico. O positivismo jurídico, durante um longo tempo, foi utilizado para dar resposta e guarida aos interesses dominantes em uma sociedade, que nem sempre estavam voltados para encontrar respostas mais direcionadas ao alcance maior dos valores de igualdade e justiça.

As alterações introduzidas pelo Constitucionalismo contemporâneo têm provocado uma mudança paradigmática na teoria do Direito. A importância e a centralidade que os direitos fundamentais assumem no bojo dos Textos Constitucionais, nos últimos anos, é fundamental para a compreensão da impossibilidade de continuarmos a compreender o fenômeno jurídico alheio às considerações morais e políticas. O direito há de ter uma finalidade a cumprir na sociedade e esta não pode ser apenas a da ordem, segurança jurídica ou paz social. É preciso que o Direito seja também um instrumento a ser utilizado para a emancipação do homem, da pessoa humana. O fenômeno jurídico não pode se postar apenas a garantir e resguardar as posições dominantes de poder, antes deve servir para transformar a realidade atuando como ferramenta eficaz para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

³¹ Positivismo Tradicional aqui é tomado no sentido da compreensão do Direito como um sistema unitário e fechado de normas, baseado eminentemente em estruturas normativas supra- infra ordenadas, independentemente de qualquer possibilidade de consideração ou apreciação axiológica, política, sociológica, etc.

BIBLIOGRAFIA:

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

ANDERSON, Perry. Balanço do neoliberalismo. In: **Pós-neoliberalismo**. São Paulo: Paz e Terra, 1998.

ARNAUD, André-Jean. **O direito entre a modernidade e a globalização: lições de filosofia do direito e do estado**. Trad. Patrice Charles Guillaume. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil**. Texto extraído do Jus Navigandi <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento jurídico**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 6ª ed., 1995. 184p.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1992.

CAPELLA, Juan Ramón. **Fruta prohibida: una aproximación histórico-teórica al estudio del derecho y del Estado**. Madrid: Trotta, 1997.

CÁRCOVA, Carlos Maria. **Complejidad e derecho**. Doxa 21-II (1998)

CÁRCOVA, Carlos Maria. **Las Teorías Jurídicas post positivistas**. Buenos Aires: Lexis Nexis Argentina, 2007.

CARBONELL, Miguel (org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Editorial Trotta, 2003. 283 p.

CALSAMIGLIA, Albert. **Postpositivismo**. Doxa 21-1 (1998)

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Autopoiese do direito na sociedade pós-moderna: introdução a uma teoria social sistêmica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. 116p.

HART, Herbert L. A., **O conceito de direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1961.

KAUFMANN, Arthur. **Filosofía del derecho**. 2ª ed. Colômbia: Universidad Externado de Colômbia, 1999.

KELSEN, Hans. **O problema da justiça**. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**.

NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do estado e do direito**. Coimbra: Coimbra, 1987.

POZZOLO, Susanna e DUARTE, Écio Oto Ramos. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da**

constituição. São Paulo: Landy Editora, 2006.

RUSSO, Eduardo Angel. **Teoría General Del Derecho: em la modernidad y em la posmodernidad.** 2ª ed. Buenos Aires: Abeledo- Perrot.,

SANCHÍS, Luis Pietro. **Justicia Constitucional y derechos fundamentales.** Madrid: Editorial Trotta, 2003.

SANCHÍS, Luis Pietro. **Constitucionalismo y positivismo.** México: Fontamara, 1999.
SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais.** 3ª ed. Porto Alegre. Livraria do Advogado. 2004.

STRECK, Lênio Luiz. **A revolução copernicana do (neo) constitucionalismo e a (baixa) compreensão do fenômeno no Brasil- uma abordagem à luz da hermenêutica filosófica.**
ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia.** Madrid: Editorial Trotta, 5ª ed., 2003. 156p.