

NEOCONSTITUCIONALISMO NO BRASIL: DO POSITIVISMO À NOVA LEITURA CONSTITUCIONAL A RESPEITO DOS VALORES¹

NEOCONSTITUTIONALISM IN BRAZIL:
POSITIVISM OF THE NEW READ CONSTITUCIONAL ABOUT THE VALUES

Simone Alvarez Lima²

Resumo

O positivismo é o direito posto pelo Poder Legislativo do Estado e tem sua utilidade, dentre elas, garantir a segurança jurídica. Entretanto, não apenas de segurança jurídica vive uma sociedade. A evolução social clama por novos direitos o tempo todo e nem sempre o direito vigente traz respostas para a diversidade de casos concretos que são julgados pelo Poder Judiciário. A hermenêutica jurídica não mais se satisfaz com a mera aplicação literal da lei e os operadores do Direito perceberam que o método de interpretação literal não era plenamente ajustado à uma Constituição principiológica, assim, o neoconstitucionalismo ressalta a importância da moral e da justiça na hermenêutica jurídica, pois para este movimento, a norma jurídica só é aplicável se além de válida, vigente, eficaz e efetiva, também é justa. Após a Constituição de 1988 o STF abriu s portas para a ponderação de princípios e para a dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave: Positivismo. Neoconstitucionalismo. Valores. Dignidade da pessoa humana.

Abstract

Positivism is the right position by the Legislature of the State and has its uses, among them, to ensure legal certainty. However, not only lives a legal society. The development calls for new social rights all the time and not always the existing law provides answers to the diversity of cases that are judged by the judiciary. The legal interpretation is no longer satisfied with a mere literal application of the law and the judiciary operators realized that the method of literal interpretation was not fully adjusted to a principled Constitution, so the neoconstitutionalism emphasizes the importance of morality and justice in the legal interpretation because this movement, the legal standard is applicable only if in addition to a valid, effective, efficient and effective, it is also fair. After the Constitution of 1988, the STF opened the doors to the ponderation of principles and the dignity of the human person.

¹ Artigo submetido em 08/03/2016, pareceres de análise em 03/08/2016, 08/08/2016 e 15/08/2016, aprovação comunicada em 22/08/2016.

² Doutoranda em Direito, na linha de pesquisa Direitos Fundamentais e Novos Direitos na Universidade Estácio de Sá, concluindo especialização em Direito Constitucional pela Universidade Cândido Mendes. Especialista em Direito Civil e Constitucional. E-mail: <sissyalvarez22@yahoo.com.br>.

Keywords: Positivism. Neoconstitutionalism. Values. Human person's dignity.

Sumário: 1. Introdução; 2. Do direito natural ao positivismo; 3. Do pós-positivismo; 4. Valores nas Constituições pré-1988; 5. Da relação entre neoconstitucionalismo e abertura do STF à ponderação; 6. Conclusão; 7. Referências.

1 INTRODUÇÃO

Este artigo abordará a importância do neoconstitucionalismo para a atual sociedade brasileira, na qual fenômenos até então velados eclodem a cada dia, tais como: mudanças na organização familiar, união homoafetiva, progressos da medicina que invadem a seara jurídica, como a inseminação artificial *post mortem*, e o debate acerca do aborto de feto anencéfalo, que são meros exemplos que provam que o positivismo jurídico tradicional e a mera subsunção de regras é ineficiente, uma vez que o Direito precisa ser vivo para acompanhar a evolução social, sob pena de tornar-se injusto, ineficiente e ineficaz.

Abordaremos a evolução do pensamento jurídico do positivismo tradicional à Constituição Federal brasileira de 1988, que teve como marco teórico o pós-positivismo e esclareceremos que o neoconstitucionalismo não é a mera incorporação da moral ao Direito, nem a positivação dos princípios fundamentais, muito menos um fenômeno fruto do jusnaturalismo e que antes mesmo da Constituição de 1988 valores já se faziam presentes nas Constituições anteriores, mostrando que, na realidade, o neoconstitucionalismo não deixa de ser uma forma de justificar e adequar o positivismo à realidade atual.

2 DO DIREITO NATURAL AO POSITIVISMO

O primeiro uso da expressão direito “positivo” foi feito através de Abelardo (1079-1142), um filósofo medieval o qual, no final do século XI, explicava que “sua característica é a de ser posto pelos homens, em contraste com o direito natural que não é posto por esses, mas por algo que está além desses, como a natureza” (BOBBIO, 1995, p. 19).

O Direito positivo é, conforme definição de Bobbio (1995, p. 19), aquele que foi “posto pelo poder soberano do Estado, mediante normas gerais e abstratas, isto é,

como lei.” O positivismo jurídico se realiza quando a lei se torna a fonte explícita, ou, de qualquer modo, prevalente, do Direito, sendo usado com maior frequência, fundamentando decisões.

No final do século XVIII, o direito foi definido em duas espécies: o natural e o positivo. Na época clássica, o direito natural não era considerado superior ao positivo. O primeiro era concebido como um direito comum, tendo como princípios essenciais a universalização e a imutabilidade, e o segundo como particular de uma dada *civitas* e baseando-se no princípio pelo qual o direito particular prevalece sobre o geral, o direito positivo prevalecia sobre o natural quando em conflito com este, diferindo do natural pelos seguintes motivos:

O direito natural vale em toda a parte, e o positivo vale apenas em alguns lugares. O direito natural é imutável ao longo do tempo, o positivo muda. O direito natural é aquele que conhecemos através da nossa razão e o direito positivo é conhecido através de uma declaração de vontade alheia. Quanto ao objeto, os comportamentos regulados pelo direito natural são bons ou maus por si mesmos, já os regulados pelo direito positivo, são por si mesmos indiferentes, é justo aquilo que é ordenado e injusto o que é vetado. Quanto à valoração das ações, o direito natural estabelece aquilo que é bom, o direito positivo estabelece aquilo que é útil. (BOBBIO, 1995, p. 23)

No século XIX, o direito natural foi empurrado para a margem da história por ser considerado metafísico, o que não podemos negar, afinal, realmente ele remonta à compreensão de normas superior ao racionalismo humano, e anti-científico e o positivismo chegou ao seu apogeu, dominando o pensamento jurídico até meados do século XX. (BARROSO, 2015).

Para Bobbio (1995, p. 131), as características fundamentais do positivismo jurídico podem ser resumidas em sete pontos: “O primeiro é quanto ao modo de abordar o direito: o positivismo jurídico considera o direito como um fato e não como um valor. O direito é avalorativo, privado de qualquer conotação valorativa ou ressonância emotiva, prescinde do fato de ser bom ou mal.”

Sendo assim, deriva a teoria da validade do Direito, segundo a qual sua validade se funda em critérios relacionados apenas à estrutura formal, independentemente de seu conteúdo. Para o positivismo jurídico, a validade da norma não tem relação com seu valor, a existência e conteúdo das normas jurídicas podem e devem ser determinados com independência de considerações e argumentos de índole moral, nos quais entra em jogo uma instância valorativa.

O segundo ponto diz respeito à definição do direito: o juspositivismo define o direito em função do elemento da coação, de onde deriva a teoria da coatividade do direito, ou seja, as normas são feitas valer por meio da força. O terceiro ponto é quanto às fontes do direito: prevalece a teoria da legislação como fonte preeminente do direito, que coloca o problema das outras fontes do direito, que não desaparecem totalmente, excluindo o costume *contra legem*. O quarto ponto diz respeito à teoria da norma jurídica, em especial às normas permissivas, que com menor grau de natureza imperativa, há o problema dos destinatários da norma. O quinto ponto é quanto à teoria do ordenamento jurídico. O positivismo sustenta a coerência do ordenamento. (BOBBIO, 1995, p. 132.)

A respeito do quinto ponto, vale explicar que a coerência impede que no mesmo ordenamento jurídico possam coexistir simultaneamente duas normas contraditórias, pois nele está implícito o princípio que estabelece que uma das normas ou ambas são inválidas nesta situação.

O positivismo, a respeito das lacunas no direito, afirma que das normas existentes, o juiz pode extrair uma decisão para resolver qualquer caso que lhe seja submetido. Quando não houver regras que possam solucionar uma lide, Tavares (2015) afirma que “os juizes detêm um poder discricionário para criar a norma individual que regulará o caso concreto.”

O sexto ponto diz respeito ao método da ciência jurídica. O positivismo sustenta a teoria da interpretação mecanicista, que na atividade do jurista faz prevalecer o elemento declarativo sobre o produtivo ou criativo do direito. O sétimo ponto diz respeito à teoria da obediência. (BOBBIO, 1995, p. 133).

O positivismo jurídico nasceu com o objetivo de transformar o estudo do direito em uma adequada ciência, que tivesse as mesmas características das ciências físico-matemáticas. A característica fundamental da ciência é a avaloratividade, afinal, ela consiste apenas em juízos de fato, o qual representa uma tomada de conhecimento da realidade, tem apenas a finalidade de informar. Juízo de valor representa uma tomada de posição frente à realidade, a finalidade é influir o outro. Para a hermenêutica do positivismo tradicional, o juiz estaria adstrito em aplicar a norma sem o menor debate moral.

Não há como falar sobre positivismo sem citar seu grande representante, Hans Kelsen. De acordo com Kelsen (2008, p. 72), “o Direito pode ser distinguido da moral quando se concebe como ordem de coação, isto é, como ordem normativa que procura obter uma determinada conduta humana ligando à conduta oposta um ato de

coerção socialmente organizado, enquanto moral é uma ordem social que não estatui sanções deste tipo.”

Kelsen explica ainda que a separação entre Direito e moral ocorre porque caso se entendesse o Direito a ela relacionado, deveria-se pressupor uma moral absoluta, o que não existe. Existem, isso sim, diversos sistemas de moral.

Quando uma ordem jurídica é valorada como moral ou imoral, isso traduz a relação entre a ordem jurídica e um dos vários sistemas de moral, e não a relação entre aquela e “a” moral. É enunciado um juízo de valor relativo e não absoluto. Isso significa que a validade de uma ordem jurídica positiva é independente da sua concordância ou discordância com qualquer sistema de moral. (KELSEN, 2008, p. 77).

A Teoria Pura do Direito rejeita, definitivamente, que o Direito deve ser moral e discorda da afirmação de que uma ordem social imoral não é Direito porque pressupõe uma moral absoluta, válida em todos os tempos e em toda parte. Para Kelsen (2008, p. 79), “a ciência jurídica não tem de legitimar o Direito, não tem por forma alguma de justificar através da moral a ordem normativa que lhe compete, tão somente, conhecer e descrever.”

Apesar de, atualmente, ser difícil conceber um ordenamento jurídico preso a um positivismo jurídico tradicional, temos de reconhecer as contribuições dadas por este instituto, que Maia (2009, p. 123) cita como, por exemplo, “a inteligência da estrutura das normas jurídicas, a preocupação com a clareza, certeza e objetividade no estudo do direito e a preocupação com a segurança jurídica.” Porém, diante da própria evolução do pensamento da sociedade e dos fatos sociais, o positivismo jurídico entrou em crise, surgindo o movimento pós-positivista, objeto do item a seguir.

3 DO PÓS-POSITIVISMO

O pós-positivismo foi o marco filosófico do neoconstitucionalismo, tanto que antes de explicar este, é imprescindível abordarmos aquele. No Brasil se concretizou com a promulgação da Constituição Federal de 1988, através da qual o Direito Constitucional passou da desimportância ao apogeu e rompeu com o tradicional positivismo.

Até a 2ª Guerra Mundial, prevalecia uma cultura jurídica legicêntrica, que tratava a lei como a fonte principal, senão exclusiva, do Direito e às Constituições não eram atribuída força normativa. Nos conta Barroso (2015) que “a decadência deste no século XX, na Europa, é associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha, regimes que promoveram a barbárie sob a proteção da legalidade. Ao fim da 2ª Guerra, os valores começam a retornar ao Direito.” A utilização deste termo se justifica pelo abandono de uma das características principais do paradigma do positivismo jurídico, ou seja, a não-conexão necessária entre Direito e Moral (MAIA, 2009, p. 119).

Esta não-conexão não impedia a existência de princípios no corpo legislativo, porém, pela dificuldade de aplicação e vagueza, não passavam de promessas não realizáveis e produziram uma contaminação das verdadeiras normas jurídicas.

O pós-positivismo, para Barroso (2015), apesar de ir além da legalidade estrita, não despreza o Direito expresso. Difere do jusnaturalismo porque apesar de trazer uma leitura moral do Direito, não recorre a categorias metafísicas. Calsamiglia (1998, p. 210) concorda com a afirmação, explanando que “falar de pós-positivismo não significa adotar uma posição radicalmente anti-positivista.”

Só pode ser considerado pós-positivista quem ataca alguma das teses fundamentais do positivismo jurídico, em primeiro lugar, a defesa da teoria das fontes sociais do Direito e em segundo lugar, a tese da separação entre o direito, a moral e a política. Quanto à primeira tese, o positivismo jurídico não reconhece entre os materiais normativos capazes de determinar os comportamentos sociais, elementos que não tenham sua origem nos próprios fatos sociais. O que é e o que não é Direito é uma questão de fatos sociais. Sendo assim, princípios, em boa parte oriundos de noções de natureza moral, não se encontram contemplados na grade teórica proposta pelo positivismo jurídico. Quanto à segunda tese, da separação entre direito, moral e política, não só o reconhecimento da centralidade dos princípios jurídicos altera a forma como é pensada a relação entre essas três esferas da vida social, não mais de separação absoluta, mas de articulação complementar. (MAIA, 2009, p. 123).

O pós-positivismo possui algumas características importantes que precisam ser ressaltadas, tais como:

O **deslocamento de agenda**, que refere-se a três eixos nos quais concentram-se os esforços dos pós-positivistas: a importância dos princípios gerais do Direito, a relevância da dimensão argumentativa na compreensão do funcionamento do Direito e a reflexão aprofundada sobre o papel desempenhado pela hermenêutica jurídica.

O jurista passa a agir preocupado com as gerações futuras para os inúmeros problemas enfrentados pela ordem jurídica, afastando seu olhar, como no caso do positivismo jurídico, de um enfoque voltado para o passado, preocupado com a estrutura da ordem legal e com os procedimentos garantidores da legalidade das normas vigentes – teste do pedigree. (MAIA, 2009, p. 123).

A importância dos casos difíceis, que são para o pós-positivismo de grande interesse, pois são sensores por meio dos quais pode ser estabelecida a natureza do Direito. O que interessa não é tanto investigar as soluções do passado e sim resolver conflitos que ainda não foram resolvidos. Afinal, para os casos difíceis as regras existentes são insuficientes, assim como a jurisprudência, que encontra-se silente, não podendo estes dois serem utilizados como parâmetro para a solução de um *hard case*.

O **abrandamento da dicotomia descrição/prescrição**, visto que dentro da proposta pós-positivista adoutrina procura lançar pontes entre a teoria e a prática. DWORKIN (*apud* MAIA, 2009, p. 126), autor não positivista, explica que “a teoria não somente serve para conhecer o direito vigente como é um auxiliar indispensável para o juiz, que ao utilizar a teoria como critério para a resolução aplica o Direito. A teoria não somente descreve como forma parte do Direito.” Isso podemos perceber claramente ao observarmos as conquistas jurisprudenciais, que servem como orientadoras para o Poder Legislativo perceber que lacunas precisa preencher e forma precedente que pode vir a ser utilizado em uma demanda jurídica sobre certa pretensão para a qual não há norma específica para solucionar o conflito e sem se utilizarem de critérios extralegais, inclusive Dworkin (2002, p. 36) condena a discricionariedade do juiz no positivismo tradicional quando em uma situação de lacuna no Direito, “o juiz adotaria uma solução se valendo do discernimento puramente pessoal.”

A **busca de um lugar teórico para além do jusnaturalismo e do positivismo jurídico**, afinal, quando tratamos da justificação dos princípios e direitos fundamentais não se deve utilizar construções metafísicas. “Tanto os jusnaturalistas ao priorizarem excessivamente a influência da moral sobre o Direito, quanto os positivistas ao negarem tal influência, são incapazes de compreender a real influência do Direito” (NINO, 2003, p. 145), daí a necessidade pela busca de um equilíbrio.

No Brasil, para a mudança de paradigma positivista para um neoconstitucional foi essencial a chegada das teorias pós-positivistas. Doutrinadores como Paulo Bonavides e de Eros Grau fomentaram discussões como ponderação de interesses,

princípio da razoabilidade e Direitos fundamentais em suas obras e assim, difundiram essas teorias no Brasil.

Nesta nova fase, a doutrina brasileira passa a enfatizar o caráter normativo e a importância dos princípios constitucionais, e a estudar as peculiaridades de sua aplicação. Nesse contexto, há uma febre de trabalhos sobre teoria dos princípios, ponderação de interesses, teorias da argumentação, proporcionalidade e razoabilidade. (MAIA, 2009, p. 125).

Neste cenário então é que o neoconstitucionalismo fincou raízes e, para evitar visões distorcidas sobre o neoconstitucionalismo, como a de que ele foi a porta de entrada para a moral no Direito, trataremos no próximo item a existência de valores nas Constituições brasileiras anteriores a 1988.

4 VALORES NAS CONSTITUIÇÕES PRÉ-1988

No Brasil, conforme Sarmento (2010, p. 245), antes de 1988, as Constituições não eram vistas como autênticas normas jurídicas. Tinham valores expressos, todavia, nada vinculavam.

A Constituição de 1824 falava em igualdade, e a principal instituição do país era a escravidão negra; a de 1891 instituiu o sufrágio universal, mas as eleições eram fraudadas; a de 1937 disciplinava o processo legislativo, mas enquanto ela vigorou o Congresso esteve fechado e o Presidente legislava por decretos; a de 1969 garantia os direitos à liberdade, integridade física e vida, mas as prisões ilegais, o desaparecimento forçado de pessoas e a tortura campeavam no regime militar e ainda viveu-se o paradoxo da existência de duas ordens jurídicas paralelas: a das Constituições e a dos atos institucionais, que não buscavam nas primeiras fundamento de validade.

Apesar do entendimento simplista que “neoconstitucionalismo significa a incorporação de princípios, valores morais e normas atinentes a outros ramos do Direito na Constituição”, a verdade é que desde a nossa primeira Constituição valores e normas referentes a outros ramos do Direito se fizeram presentes³.

³ Sanchís expõe que outros ramos do direito não eram abordados nas constituições EUROPÉIAS antes do neoconstitucionalismo: “As Constituições do 2º pós-guerra não são cartas procedimentais, que quase tudo deixam para as decisões das maioris legislativas, mas documentos repletos de normas impregnadas de elevado teor axiológico e se *debruçam sobre uma amplavariada de temas, que outrora não eram tratados pelas constituições, como economia, relações de trabalho e família.*” Essa característica do neoconstitucionalismo na Europa não pode ser considerada característica do neoconstitucionalismo no Brasil, pois nas Constituições brasileiras, outros ramos

Antes de mostrarmos que nas Constituições anteriores a 1988 já haviam valores positivados, vale explicar porque não chamamos tais valores de princípios, pois para Alexy (2005, p. 71) “princípios não são valores, pois os princípios, como normas, apontam para o que considera devido, ao passo que os valores apontam para o que pode ser considerado melhor” (porém não devidos, afinal, a efetividade desses valores adveio com a Constituição de 1988).

A Constituição Política do Império do Brasil de 1824, cujas normas eram destinadas aos brasileiros, em seu título 8º (Das Disposições Gerais, e Garantias dos Direitos Cíveis e Políticos) traz um rol de valores, quais sejam: liberdade⁴, princípio da legalidade⁵, igualdade⁶, justiça e equidade,⁷ dentre outros. Timidamente continha princípios de Direito Penal⁸, mas nada continha sobre os demais ramos do Direito.

A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891 evoluiu em relação a Constituição de 1824 por assegurar direitos, além dos brasileiros, aos estrangeiros residentes no país, assegurou valores como igualdade e no quesito “princípio”, incorporou o da legalidade.⁹ Abordou princípios de Direito Penal, como o previsto no artigo 72, § 13.¹⁰

A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934 possuía um capítulo destinado aos “Direitos e Garantias Individuais”. Este capítulo, na Constituição anterior, era chamado de “Dos Direitos”. Um novo direito, ao nosso ver, intrínseco à dignidade da pessoa humana, surgiu: o direito à subsistência.¹¹ A

do Direito se fizeram presentes nas Constituições desde 1891. (SANCHÍS, Luis Pietro. *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*. Apud SARMENTO. *Op. cit.*, p. 238).

⁴ Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Cíveis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte.

⁵ Art. 179, II. I. Nenhum Cidadão póde ser obrigado a fazer, ou deixar de fazer alguma cousa, senão em virtude da Lei.

⁶ XIII. A Lei será igual para todos, quer proteja, quer castigue, o recompensará em proporção dos merecimentos de cada um.

⁷ XVIII. Organizar-se-ha quanto antes um Codigo Civil, e Criminal, fundado nas solidas bases da Justiça, e Equidade.

⁸ XX. Nenhuma pena passará da pessoa do delinquente. Por tanto não haverá em caso algum confiscação de bens, nem a infamia do Réo se transmittiráaos parentes em qualquer gráo, que seja.

⁹ Art 72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:
§ 1º - Ninguém pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.
§ 2º - Todos são iguais perante a lei.

¹⁰ § 13 - A exceção do flagrante delito, a prisão não poderá executar-se senão depois de pronúncia do indiciado, salvo os casos determinados em lei, e mediante ordem escrita da autoridade competente.

¹¹ Art 113 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

igualdade foi prevista de forma mais completa.¹² Surgiu nesta Constituição um capítulo denominado “Da ordem econômica e social”, no qual, pela primeira vez utilizou uma palavra relacionada à dignidade, em seu artigo 115 que assim dispunha “A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da Justiça (...), de modo que possibilite a todos existência digna (...).” Além deste capítulo, à Constituição foi inserido um capítulo especial para Família, Educação e Cultura, uma novidade em relação às Constituições anteriores.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1937 também continha normas de Direito de Família (inclusive sobre abandono moral¹³), Penal e Trabalhista. Como foi outorgada por Getúlio Vargas, na ditadura do Estado Novo, alguns direitos foram suprimidos, como sigilo de correspondência, o direito de greve e previa pena de morte para aquele que cometesse homicídio por motivo fútil com extremos de perversidade.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1946, reinseriu direitos que foram eliminados na anterior, como direito ao sigilo às correspondências, à igualdade perante a lei, excluiu a pena de morte, ressalvada a hipótese de legislação militar. Continha normas relacionadas ao Direito do Trabalho, Direito Penal e Direito de Família.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1967 legislou sobre Direito do Trabalho, Penal, de Família. A seção “Dos Direitos e Garantias Individuais” mantinha direitos como igualdade, vedava pena de morte, prisão perpétua, banimento, proclamava a dignidade às relações de trabalho. A Emenda Constitucional de 1969 não mudou a Constituição a esse respeito.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 contou com muitas novidades como o estabelecimento de fundamentos e objetivos a serem perseguidos pelos Poderes, e inicia com o Título “Dos Princípios Fundamentais”. Os princípios não apenas foram recepcionados como receberam a qualificação de “fundamentais”. Esta

¹² 1) Todos são iguais perante a lei. Não haverá privilégios, nem distinções, por motivo de nascimento, sexo, raça, profissões próprias ou dos pais, classe social, riqueza, crenças religiosas ou idéias políticas.

¹³ Art 127 - A infância e a juventude devem ser objeto de cuidados e garantias especiais por parte do Estado, que tomará todas as medidas destinadas a assegurar-lhes condições físicas e morais de vida sã e de harmonioso desenvolvimento das suas faculdades.

O *abandono moral*, intelectual ou físico da infância e da juventude importará falta grave dos responsáveis por sua guarda e educação, e cria ao Estado o dever de provê-las do conforto e dos cuidados indispensáveis à preservação física e moral.

Constituição primou pela efetividade dos direitos fundamentais, que antes não acontecia, afinal, tais direitos valiam apenas na medida em que fossem protegidos pelas leis. Esta foi a maior diferença da Constituição de 1988 para todas as outras Constituições brasileiras.

Compreendido isso, passaremos a análise do neoconstitucionalismo.

5 DA RELAÇÃO ENTRE NEOCONSTITUCIONALISMO E ABERTURA DO STF À PONDERAÇÃO

Como explicado no item anterior, o neoconstitucionalismo não pode ser simplificado à mera inserção no texto constitucional de normas impregnadas de valores e de normas relacionadas aos demais campos do Direito, afinal, isto já ocorria desde a nossa Constituição de 1824 e não apenas a partir da Carta de 1988.

Através de pesquisa jurisprudencial realizada no site do STF, percebemos que este, em 1956, pela primeira vez pronunciou a palavra “ponderação”¹⁴. Tratava-se de algo bem diferente do que entendemos por ponderação nos dias de hoje, pois a ementa simplesmente dispunha o seguinte: “sindico; nomeação. critério seletivo, reservado a **ponderação** do juiz.”

Não se tratava de ponderação entre princípios colidentes, afinal, era a égide do positivismo jurídico na qual o juiz era apenas um aplicador da lei através da subsunção. No caso, o juiz simplesmente tinha que ponderar sobre a nomeação ou não de um síndico. Não existiam normas válidas conflitantes, pois neste caso, métodos como revogação da norma anterior ou o princípio da especialidade eram aplicados.

Na pesquisa jurisprudencial, ainda verificou-se que de 1930 à 1986, apenas 17 acórdãos utilizou a palavra “ponderação” (nestes acórdãos, a ponderação referia-se à provas relacionadas a *habeas corpus*). Repetindo-se a pesquisa entre os anos de 1986 à 2016, verificou-se a presença de 303 acórdãos e quatro repercussões gerais com a mesma palavra.¹⁵

¹⁴ STF, 2ª Turma. Recurso Extraordinário 29100. Relator Ministro Ribeiro da Costa. Julgamento em 02 de janeiro de 1956.

¹⁵ A título de complementação, dentre as quatro jurisprudências dentro de “repercussão geral”, apenas em dois foram reconhecidas a repercussão geral: RE 627432 RG/ RS- Rio Grande do Sul e AI 837409 RG/ SE- Sergipe. Pesquisa realizada em 07 de março de 2016.

Quanto à dignidade da pessoa humana humana, até 1986, encontramos apenas um acórdão de 1976, cujo teor apresenta que, em voto vencido, o Ministro Leitão de Abreu abordou que a inelegibilidade de certa pessoa fere a presunção de inocência e a dignidade humana (percebemos que o princípio já existia, ainda que não positivado)¹⁶ Entretanto, entre 1986 até 2016, encontramos 275 acórdãos referindo-se à dignidade da pessoa humana e quatro repercussões gerais. Nestas repercussões, o STF se pronunciou sobre assuntos dos quais o legislador não deu conta, quais sejam: a ponderação entre os princípios constitucionais da liberdade de expressão e do direito à informação com aqueles que protegem a dignidade humana; violação à dignidade da pessoa humana pela proibição de uso do banheiro feminino por transexual (o qual foi reconhecida a existência de repercussão geral por envolver o alcance de direitos fundamentais de minorias e sobre a utilização do termo “transexual” no registro civil quando da troca de nome, o qual o STF discutiu sobre os princípios da dignidade da pessoa humana, saúde, intimidade e a sua convivência com os princípios da publicidade e dos registros públicos.¹⁷

Inegavelmente isso ocorreu devido ao advento da Constituição Federal de 1988. Isso demonstra que o neoconstitucionalismo é uma forma nova de ler a Constituição, indispensável devido à evolução da sociedade e ao fato dela ser principiológica, afinal, ainda que valores estivessem presentes na Constituição de 1824, os princípios apenas ganharam efetividade em 1988, já que o artigo 5º, §1º da atual Constituição expressamente dispõe que os direitos e garantias fundamentais possuem aplicação imediata.¹⁸ A Constituição deixou de ser vista como mero programa político para inspirar a atuação do legislador e que não podia ser invocada perante o Judiciário, na defesa de direitos.

O neoconstitucionalismo no Brasil teve como marco histórico a promulgação da Constituição Federal de 1988, através da qual, o Direito Constitucional no Brasil passou da desimportância ao apogeu, pois até 1988, a lei valia mais do que a Constituição, e no Direito Público, o decreto e a portaria valiam mais do que a lei.

¹⁶ STF. Tribunal Pleno. Recurso Extraordinário 86297. Relator Ministro Thompson Flores. Julgamento em 17 de novembro de 1976.

¹⁷ A título de complementação, dentre as quatro decisões dentro de “repercussão geral”, apenas uma não a possuía. Respectivamente, os casos citados são ARE 833248 RG/ RJ- Rio de Janeiro; RE 845779 RG/ SC- Santa Catarina; RE 670422 RG/ RS- Rio Grande do Sul. Pesquisa realizada em 07 de março de 2016.

¹⁸ § 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

As Constituições eram pródigas na consagração de direitos, mas estes dependiam quase exclusivamente da boa vontade dos governantes para saírem do papel, o que normalmente não ocorria. A Assembleia Constituinte de 1987/1988 quis romper com este estado de coisas, e promulgou uma Constituição contendo um amplo elenco de direitos fundamentais aos quais conferiu aplicabilidade imediata e protegeu do próprio poder de reforma. Reforçou o papel do Judiciário, consagrando a inafastabilidade da tutela judicial e democratizou o acesso ao controle abstrato de constitucionalidade ao adotar um vasto elenco de legitimados ativos para a propositura de ação direta de constitucionalidade. (MAIA, 2009, p. 145).

Com a Constituição Cidadã, tornou-se impossível um sistema de mera subsunção pautado no positivismo tradicional, tendo em vista a efetividade dos princípios, que são vagos e que muitas vezes chocam-se uns com os outros. Concorda com este entendimento Prieto Sanchis (1999, p. 33) para quem “no tocante às características que ensejam dificuldades de apreensão das atuais normas constitucionais à luz das ferramentas metodológicas do positivismo tradicional (ocorre devido à) essas normas qualificarem-se de incompletas, vagas, abstratas, gerais, de aplicação diferida.”

Pensemos no fato de que nas Constituições contemporâneas, contra as advertências feitas por Kelsen, se incorporam conteúdos materiais que adotam a forma de princípios, diretrizes e valores. Essas disposições apresentam alto grau de indeterminação que expressam um conteúdo com forte carga valorativa difícil de precisar. A grade teórica proposta pelo positivismo jurídico para dar conta da interpretação legal encontra dificuldades para apreender essa nova realidade do direito na ideia de subsunção, incapaz de dar conta da especificidade da aplicação dos princípios, em especial nos frequentes casos de colisão. (MAIA, 2009, p. 145).

Ora, em uma Constituição Federal como a de 1988 é impossível usar a subsunção em todo momento pois temos a nossa disposição princípios que ao mesmo tempo que nos protegem e nos trazem direitos, nos trazem deveres, entretanto, não podemos afirmar que o positivismo está ultrapassado. Ariza (2009, p. 245) explica que “muitos autores têm se esforçado em realizar uma compatibilização entre o positivismo jurídico e o novo quadro constitucional. Sustentam o fato de que as ferramentas teóricas propugnadas pelos positivistas são ainda úteis.” E de fato, esses autores tem certa razão, afinal, é na subsunção de regras que muitos conflitos judiciais ainda são solucionados.

Sarmento alerta para o fato de que o neoconstitucionalismo não é um instituto em si, mas algo que envolve vários fenômenos diferentes:

Reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos e valorização de sua importância no processo e aplicação do Direito; rejeição ao formalismo e recurso mais frequente a métodos mais abertos de raciocínio jurídico: ponderação, teorias da argumentação, etc; constitucionalização do Direito, com a irradiação das normas e valores constitucionais, sobretudo os relacionados aos direitos fundamentais, para todos os ramos do ordenamento; reaproximação entre Direito e Moral; judicialização da política e das relações sociais, com deslocamento de poder da esfera do Legislativo e do Executivo para o Poder Judiciário. (SARMENTO, 2010, p. 233).

Quando uma Constituição incorpora certos princípios (dignidade da pessoa humana, solidariedade, liberdade e igualdade) ao direito positivo estabelece-se uma relação necessária entre Direito e moral. A Constituição de 1988, devido a inclusão de diversos direitos fundamentais e inúmeros princípios, demandou a necessidade de criação de uma categoria para melhor operacionalizar a aplicação efetiva dessas novas normas positivadas.

Como boa parcela das normas destas constituições caracteriza-se pela abertura e indeterminação, sua aplicação direta pelo Poder Judiciário importou na adoção de novas técnicas ao lado da tradicional subsunção. A necessidade de resolver tensões entre princípios colidentes, frequentes em constituições marcadas pelo pluralismo axiológico, deu espaço ao desenvolvimento da técnica da ponderação e tornou frequente o recurso ao princípio da proporcionalidade na esfera judicial. (SARMENTO, 2010, p. 119).

Desta forma, são efeitos do neoconstitucionalismo no Brasil o desenvolvimento da argumentação jurídica; o crescimento da importância do Poder Judiciário, pois a clássica leitura do princípio da separação de poderes cede espaço para o ativismo judicial em defesa dos valores constitucionais. Além disso, os juízos descritivo (o direito como ele é) e prescritivo (o direito como ele deve ser) se sobrepõem, pela influência dos princípios e valores constitucionais morais, que conferem poder ao intérprete para buscar, em um caso difícil, a solução mais justa. As fronteiras entre Direito e moral não são abolidas, explica SARMENTO (2010, p. 258), “mas tornam-se mais porosas, na medida em que o próprio ordenamento incorpora, no seu patamar mais elevado, princípios de justiça e a cultura jurídica começa a levá-los a sério.”

Através desta Constituição, todo o ordenamento jurídico passou por um processo de releitura a partir de uma ótica pautada pelos valores constitucionais que passaram a vigor.

Houve uma grande mudança a respeito da interpretação jurídica com este avanço do Direito Constitucional, pois verificou-se que a solução dos problemas

jurídicos nem sempre se encontra no texto normativo disponível e ao juiz já não lhe cabe apenas a função de conhecimento técnico. O intérprete torna-se co-participante do processo de criação do Direito, completando o trabalho do legislador, ao fazer valorações de sentido para as cláusulas abertas e ao realizar escolhas entre soluções possíveis. (BARROSO, 2015).

Contudo, o neoconstitucionalismo é exposto à críticas, tais como que ele ser antidemocrático por ter seu foco no Poder Judiciário, tendo em vista que permite aos juizes a moldar a Constituição de acordo com suas preferências políticas e valorativas, em detrimento daquelas do legislador eleito; a sua preferência por princípios e ponderação ser perigosa devido à singularidade da cultura brasileira e a de que ele pode gerar uma panconstitucionalização do direito, em detrimento da autonomia pública do cidadão e privada do indivíduo. (SARMENTO, 2010, p. 156).

Devido às críticas que o neoconstitucionalismo sofre, caminhamos para o positivismo inclusivo, o qual Matthew (2002, p. 115), que é inclusivo porque permite que preceitos morais possam figurar entre os critérios que guiam as autoridades na tarefa de determinação do direito.”

Nosso atual sistema jurídico brasileiro se conecta bem com a nova forma de ver e viver o Direito Constitucional, pois graças a este atual momento, fruto do movimento pós-positivista e do neoconstitucionalismo, é que o STF, nosso órgão jurisdicional máximo, tem se defrontado com novos temas impregnados de conteúdo moral, como discussões sobre a validade de pesquisa em células-tronco, aborto de feto anencéfalo, união estável homoafetiva, inseminação artificial *post mortem*, que até então estavam sem resposta. Uma pelo fato do paulatino avanço da ciência, outras por serem verdadeiros tabus. Tudo isso sem recorrer a recursos metafísicos que caracterizavam o Direito Natural. Graças à quebra do paradigma da subsunção como único método de solução de conflitos judiciais, é que situações para as quais a lei e a jurisprudência silenciam a respeito da solução, com base nos princípios, são resolvidas, formando precedentes para que pessoas possam, a cada dia, buscar a solução para seus casos difíceis perante o Poder Judiciário.

6 CONCLUSÃO

No Brasil, o neoconstitucionalismo foi fruto do pós-positivismo e da Constituição Federal de 1988. Não podemos negar que guardamos resquícios

positivistas pois até mesmo princípios com alto teor moral, utilizados na jurisprudência, estão expressos no ordenamento jurídico. Por outro lado, não podemos negar que só pelo fato de valores estarem expressos em uma Constituição signifique que tais serão aplicados, pois somente com a Constituição de 1988 é que os valores, elevados ao patamar de princípios, passaram a ter aplicabilidade imediata.

A interpretação jurídica tradicional da subsunção não está derrotada, afinal, é no seu âmbito que continua a ser resolvida boa parte das lides submetidas no Judiciário. O que aconteceu foi que os operadores do Direito perceberam que tal método de interpretação não era plenamente ajustado à uma Constituição principiológica e para a solução de todas as lides que surgiam

Graças a recepção de ideias do neoconstitucionalismo, nossa Constituição Federal deixou de ser um mero documento político, algo que para ser efetivada dependia da boa-vontade dos legisladores para se tornar um verdadeiro conjunto de normas jurídicas com efetividade imediata, cujos direitos inseridos nessas normas estão prontos para serem pleiteados judicialmente, valendo ressaltar que no neoconstitucionalismo, a norma jurídica só é aplicável se além de válida, vigente, eficaz e efetiva, também é justa.

O pensamento jurídico brasileiro, devido a alta carga de abstração e da quantidade de princípios, além de outras imperfeições do neoconstitucionalismo, vem sendo exposto à críticas, por isso, vem se aproximando a cada dia do positivismo inclusivo, no qual a moral que já se encontra presente em alguns princípios jurídicos, pode vir a servir de critério para o intérprete e para o aplicador do Direito, admitindo uma relação contingente com a moral, quando o direito com seus princípios e regras não der solução ou quando o valor-princípio exigir que se recorra à moral para dar resposta ao caso concreto.

7 REFERÊNCIAS

ARIZA, Sastre. La ciência jurídica ante el neoconstitucionalismo. *Apud*. MAIA, Antônio Cavalcanti. Nos vinte anos da carta cidadã: do pós-positivismo ao neoconstitucionalismo. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM (coordenadores). **Vinte anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ALEXY, Robert. *Apud*. PEDRON, Flávio Quinaud. Comentários sobre as interpretações de Alexy e Dworkin. **Revista CEJ**. Brasília, n. 30, jul./set. 2005.

BARROSO, Luis Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito**. Disponível em: <<http://www.georgemlima.xpg.com.br/barroso.pdf>>. Acesso em: 03 nov. 2015.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995.

CALSAMIGLIA, Albert. Pospositivismo. **Doxa - Cuadernos de Filosofia Del Derecho**, n. 21-I, 1998.

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

DWORKIN, Ronald. *Apud* MAIA, Antônio Cavalcanti. Nos vinte anos da carta cidadã: do pós-positivismo ao neoconstitucionalismo. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM (coordenadores). **Vinte anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2008.

MAIA, Antônio Cavalcanti. Nos vinte anos da carta cidadã: do pós-positivismo ao neoconstitucionalismo. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM (coordenadores). **Vinte anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MATTHEW, H. Throwing Light on the Role of Moral Principles in the Law: further Reflections. **Legal Theory**, nº 8, 2002.

MAZZARESE, T. Appunti del corso di filosofia del diritto. *Apud* MAIA, Antônio Cavalcanti. Nos vinte anos da carta cidadã: do pós-positivismo ao neoconstitucionalismo. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM (coordenadores). **Vinte anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

NINO, Carlos Santiago. **La Validez del Derecho**. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2003.

PRIETO SANCHÍS, Luiz. **Constitucionalismo y positivismo**. México: Distribuciones Fontamara, 1999.

SARMENTO, Daniel. **Por um constitucionalismo inclusivo**: história constitucional brasileira, Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

STF, 2ª Turma. **Recurso Extraordinário 29100**. Relator Ministro Ribeiro da Costa. Julgamento em 02 de janeiro de 1956.

STF. Tribunal Pleno. **Recurso Extraordinário 86297**. Relator Ministro Thompson Flores. Julgamento em 17 de novembro de 1976.

TAVARES, Rodrigo de Souza. **Neoconstitucionalismo e positivismo inclusivo**. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/9897/neoconstitucionalismo-e-positivismo-inclusivo>>. Acesso em: 05 dez. 2015.

REGRAS PARA A SUBMISSÃO DE TRABALHOS

Chamada de Artigos, Resenhas e Ensaios para o Periódico *Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional* (QUALIS B.1)

Invitación a publicar Artículos, Reseñas y Ensayos en la Revista *Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional* (QUALIS B.1)

Call for Articles, Reviews and Essays for the publication *Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional* (Constitution, Economics and Development: Law Journal of the Brazilian Academy of Constitutional Law) (QUALIS rank: B.1)

A Revista *Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional* (QUALIS B.1, ISSN 2177-8256, disponível em <http://www.abdconst.com.br/revistas.php>), com periodicidade semestral, está recebendo artigos, resenhas e ensaios inéditos em português, inglês, espanhol, francês e italiano para a publicação dos décimo terceiro e décimo quarto números (2015, jul. a dez. e 2016, jan. a jun.) até **10 de junho**, de acordo com as informações abaixo.

Buscando ampliar a internacionalização e excelência da Revista, será priorizada a publicação de trabalhos escritos em língua inglesa e submetidos por autores com Doutorado.

Cordialmente,

Ilton Norberto Robl Filho - Editor Responsável (ilton@abdconst.com.br)

Rafael dos Santos Pinto - Editor Assistente (rafael@abdconst.com.br)