

A TEORIA DA NORMA JURÍDICA NO CONTEXTO DO NEOCONSTITUCIONALISMO PÓS-POSITIVISTA

Paulo Ricardo Schier*

Priscila Andreoti Ferreira**

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo analisar as diferenças, no campo da teoria da norma jurídica, entre o neoconstitucionalismo pós-positivista e o constitucionalismo, demonstrando como a distinção entre regras e princípios evoluiu e está vinculada a esses diferentes momentos da teoria constitucional e traz forte impacto no plano da dogmática dos direitos fundamentais.

Palavras-chave: Positivismo. Pós-positivismo. Constitucionalismo. Neoconstitucionalismo. Teoria da norma. Direitos fundamentais.

1 INTRODUÇÃO

O neoconstitucionalismo, embora se trate de expressão que vem ganhando adesão e forte difusão no Brasil e ao mesmo tempo tem gerado reações e antipatias, expressa um momento da teoria constitucional (não exatamente uma teoria) típica do direito que emergiu das mudanças do estado de direito pós-segunda guerra e ganhou, no Brasil, grande impulso, com o desenvolvimento das teorias críticas do direito em meados dos anos 70 e, depois, com a necessidade de construção de uma dogmática constitucional emancipatória capaz de dar conta de garantir normatividade integral ao texto da Constituição de 1988.

Após esse período viu-se claramente a necessidade em ultrapassar algumas concepções jusnaturalistas, positivistas e liberais da constituição, impondo um pensar do novo direito pela via democrática.

* Doutor em Direito Constitucional pela UFPR. Professor e Pesquisador do Programa de Mestrado em Direitos Fundamentais e Democracia da UniBrasil. Professor de Direito Constitucional da UniBrasil, e do Instituto de Pós-Graduação em Direito Romeu Felipe Bacellar e da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Professor Convidado da Universidade de Wrocław (Polônia). Pesquisador do NUPECONST – Núcleo de Pesquisas em Direito Constitucional, Direitos Fundamentais e Democracia - CNPq. Membro Honorário da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Membro da Comissão de Ensino Jurídico da Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional do Paraná. Advogado militante. pauloschier@uol.com.br

** Mestranda em Direito pela Unibrasil em Direitos Fundamentais e Democracia. Especialista em Teoria Crítica de los Derechos Humanos pela Universidad Pablo de Olavide, UPO, Sevilla, Espanha. Possui graduação em Ciências Jurídicas pela Universidade Positivo (2012).

O objeto do presente texto, então, é demonstrar como funciona e opera a teoria da norma no quadro do neoconstitucionalismo e como ele se diferencia do momento teórico do constitucionalismo.

2 A DISTINÇÃO ENTRE O CONSTITUCIONALISMO E NEOCONSTITUCIONALISMO

Antes de se falar em constitucionalismo e neoconstitucionalismo é preciso compreender que o direito constantemente passa diversas mudanças. A dinâmica histórica das sociedades é, por certo, a causa central dessas transformações, que são impulsionadas pelas culturas e seus percursos. No caso do Direito Constitucional não se pode olvidar que a luta pelo reconhecimento e efetivação dos direitos humanos é o grande pano de fundo perante o qual se desenrola a teoria constitucional.

Superado o momento do feudalismo e do Estado Absolutista, em que os direitos não passavam de privilégios estamentais, o Estado de Direito trouxe, como grande novidade, a ideia de universalidade dos direitos. Direitos universais, mais que garantia de igualdade (mas também isso), funcionavam como mote para limitar e racionalizar o poder, submetendo reis, nobres, clero, burgueses e quarto estado a uma mesma ordem jurídica emanada da soberania popular, e não mais da vontade divina. Referido câmbio, conduzido por razões e lutas históricas, foi viabilizado por certo discurso jusnaturalista.

Neste contexto, note-se que os princípios basilares dos direitos humanos se fizeram, realmente, sob a égide do “jusnaturalismo” (FERRAZ JR , 2004, p. 172), uma corrente tradicional do pensamento jurídico que acreditava na existência de um direito natural reconhecido pela “razão do homem”.

(...) entende-se por jusnaturalismo toda postura que afirme a existência, para além e acima do direito positivo, de uma ordem preceptiva de caráter objetivo, imutável e derivada da natureza, a qual não podem contrariar os mandamentos dos homens e na qual encontra esse direito humano sua fonte e fundamento (FERNANDEZ-GALIANO, 1999, p. 420).

No jusnaturalismo os direitos resguardados ao homem eram considerados “naturais”, bastando-se tão somente nascer para adquiri-los. Este é o sentido, por exemplo, do que defendia Hugo Grócio (“La Pensée Politique”):

Deve-se a Grócio a laicização do direito natural. O jurista holandês entende decorrerem da natureza humana determinados direitos. Estes, portanto, não são criados, muito menos outorgados pelo legislador. Tais direitos são identificados pela “reta razão” que a eles chega, avaliando a “conveniência ou inconveniência” dos mesmos em face da natureza razoável e sociável do ser humano (FERREIRA FILHO, 2004, p. 10).

Discussões dessa vertente foram elencadas na “Escola do Direito Natural e das Gentes”, lugar onde se desenvolveram inúmeras teses construídas para aperfeiçoar os direitos do homem. No entanto, a incorporação do chamado “Direitos do Homem” só foi ter início no contexto do constitucionalismo liberal, período que havia grande interesse em regular e garantir os direitos individuais, conciliando a liberdade. Essa doutrina nasceu no século XVIII e foi o centro das primeiras discussões políticas a fim de considerá-la essencial e fundamental. Celso Lafer, em sua obra “A Reconstrução dos Direitos Humanos”, neste sentido salientou que:

Na história do pensamento ocidental, os Lineamentos Fundamentais da Filosofia do Direito, de Hegel, que datam de 1821, marcam não apenas o início da maior difusão da nova denominação, mas também uma importante etapa da dissolução do paradigma do direito natural (LAFER, 1999, p. 41).

Embora o modelo de garantia de direitos na perspectiva jusnaturalista do constitucionalismo liberal tenha representado um avanço em relação ao modelo de estado absolutista, ele entrou em crise mormente em face do esgotamento do modelo liberal de mercado que, ao invés de gerar igualdade incrementou as desigualdades sociais. Além disso, a consequente “questão social” deflagrou movimentos sociais que não apenas denunciaram os direitos humanos da primeira geração de direitos fundamentais como direitos de uma classe – os burgueses, mas impulsionaram o chamado quarto estado ou proletariado a lutar por novos direitos (além da universalização do sufrágio, está-se aqui a referir ao que tradicionalmente se designa como segunda geração de direitos fundamentais – os direitos sociais). O modelo do constitucionalismo liberal, ademais, garantia uma certa estabilidade à racionalidade burguesa

não apenas através do voto censitário, mas também pelo discurso da universalidade, pela opção de um direito cuja fonte única tornou-se o parlamento (expressão da razão e da vontade geral), por uma concepção de lei baseada na ideia de “reserva legal aberta” e fundada em regras que cuidavam de assegurar a unidade de concepção do direito e por um consequente modelo positivista de direito e de norma jurídica. A Constituição cumpria o papel de regulador de procedimentos. O legislador era o garantidor e enunciador dos direitos naturais inquestionáveis e incontroláveis. O jusnaturalismo transformou-se em positivismo normativista.

A universalização do sufrágio e a garantia de um novo núcleo de direitos fundamentais não foi suficiente para resolver os problemas de limitação do poder e garantia de direitos efetivos. A chamada segunda geração de direitos fundamentais encontrou barreiras (FERREIRA, 2004, p.12). A teoria da norma positivista impedia que referidos direitos fossem aplicados. Por possuírem estrutura normativa diferente das regras, que impediam e impedem que princípios sejam aplicados sob o modelo positivista da subsunção, direitos e princípios que passaram a ter sede constitucional não eram aplicados. Eram vistos como direitos à espera de lei, como normas não auto-executáveis, normas programáticas com efeitos muito limitados ou, no máximo, normas de aplicação subsidiária. O predomínio do modelo da teoria da norma positivista, voltado para as regras, prestava para impedir a realização da normatividade plena da Constituição. O legislador ainda continuava como o “senhor dos direitos” e o parlamento, a sede inquestionável da soberania.

Mas este quadro também encontra um momento de crise que decorreu do processo de inflação legislativa (natural à universalização do sufrágio e pluralização do parlamento) que culminou na existência de inúmeras leis irracionais e contraditórias (ALEXY, 1993, p. 87) – muitas, aliás, autoritárias -, bem como e principalmente crise manifestada em diversas experiências de totalitarismos impulsionados e legitimados pelo casamento dos direitos sociais com uma concepção de estado de direito formal. E é neste contexto que o positivismo e seu modelo de teoria de norma entram em crise.

Este modelo, como se afirmou, legitimou experiências totalitárias, negação – ao invés de realização – de direitos fundamentais e humanos. Desenvolveu-se no quadro de duas guerras mundiais e suas atrocidades.

Então, a reação partiu ao mesmo tempo do direito internacional e do constitucionalismo desenvolvido em âmbito interno. Neste último caso, as constituições substancializadas passaram a reclamar normatividade integral, permitindo um controle da atividade e racionalidade legislativa. Princípios e direitos fundamentais não poderiam mais ser

compreendidos apenas como direitos à espera de lei, destituídos de normatividades e incapazes de justificar o controle da legislação. E é aqui, neste ponto, que se inicia a necessidade de revisão do modelo positivista de norma jurídica, reconhecendo-se que regras são normas jurídicas; mas princípios também o são. Ambos, todavia, possuem diferenças qualitativas e geram direitos estruturalmente diversos. Esta passa a ser a premissa do pós-positivismo.

Grandes filósofos deram início às discussões referentes à doutrina dos direitos fundamentais, e aos poucos ela foi se expandindo e se renovando conforme as necessidades civis, políticas, culturais, econômicas, sociais entre outras tantas, a fim de assegurar sua presença entre todos os povos e tempos, almejando sua inviolabilidade e universalização.

Nesse ponto o direito positivo estava sob o leito do que o homem corroborava, ou seja, o direito posto pelos homens era o que valia – vindo a ruir a compreensão jusnaturalista da jurisdição.

Aos poucos e de acordo com as necessidades sociais, os governos positivavam em suas constituições muitas passagens de direitos fundamentais consideradas importantes ao véu dos direitos humanos.

A teoria do positivismo jurídico, portanto, não dava conta das novas constituições e do novo contexto histórico. O positivismo sempre buscou a objetividade científica (BARROSO, 2011, p.126). Nesse sentido, o direito então se reduzia em um formalismo que enquadrava um conjunto de normas como sendo única fonte da verdade. Sendo assim, essa teoria do direito considerada formal, de um direito que emana do Estado e elencava uma aproximação praticamente paralela entre o direito e a norma, foi se tornando mesmo insuficiente. Diante de diversas colisões por conta dessa insuficiência, muitas reflexões foram acontecendo pela necessidade de uma nova direção para esse direito, desenvolvendo-se, portanto, o pós-positivismo, que segundo BARROSO (2011, p. 280) “(...) é a designação provisória e genética de um ideário difuso, no qual se incluem algumas ideias de justiça além da lei e de igualdade material mínima, advindas da teoria crítica, ao lado da teoria dos direitos fundamentais”.

O fenômeno do neoconstitucionalismo, segundo POZZOLO (2003, p.191-193) ocorre quando se nega a teoria do positivismo jurídico, ou seja, qualquer posição crítica ou de justificativa que contrapõe as noções trazidas pelo positivismo pode ser considerada como defesa do neoconstitucionalismo.

Este neoconstitucionalismo propõe um reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos e valorização da sua importância no processo de aplicação do Direito,

passando a priorizar os direitos inerentes à pessoa humana, e nesse contexto, deixar a ideia de que o estado age de forma coerciva na vida privada da pessoa como ocorria no positivismo.

O termo neoconstitucionalismo identifica, em linhas gerais, o constitucionalismo democrático do pós-guerra, desenvolvido em uma cultura filosófica pós-positivista, marcado pela força normativa da constituição, pela expansão da jurisdição constitucional e por uma nova hermenêutica (BARROSO, 2011, p. 288).

Dessa nova concepção vem a ideia de que a judicialização da política e das relações sociais seriam importantes, pois, precisaria legislar com a prática, e não deixar as novas proposições de direitos fundamentais à inércia da teoria.

Este neoconstitucionalismo em uma das suas mudanças possibilitou gerar um significativo deslocamento de poder da esfera do Legislativo e do Executivo para o Poder Judiciário, porque não era mais visto como uma regra formal, simplesmente escrita, mas passou a ter poder valorativo. Nesse ponto até se promovendo no espaço de discussão de diversos autores neoconstitucionalistas de linhas diferentes.

No aspecto em que se passa a dar valor às questões fundamentais de princípios e valores, entende-se que a noção de direito do juspositivismo ficam ultrapassadas dentro desse novo conceito.

O que diferencia esta constituição defendida pelos neoconstitucionalistas das noções juspositivistas, como antes eram interpretadas, é o fato de ter como elemento valorativo princípios que regem os direitos humanos e fundamentais inerentes à formalidade, pois é hierarquicamente superior em face das outras leis.

O pós-positivismo se apresenta, em certo sentido, como uma terceira via entre as concepções positivista e jusnaturalista: não trata com desimportância as demandas do direito por clareza, certeza, e objetividade, mas não o concebe desconectado de uma filosofia moral e de uma filosofia política. Contesta assim o postulado positivista de separação entre direito, moral e política, não para negar a especificidade do objeto de cada um desses domínios, mas para reconhecer a impossibilidade de tratá-los como espaços totalmente segmentados, que não se influenciam mutuamente (BARROSO, 2011, p. 84-87).

Um dos pontos de contraposição é o fato do juspositivismo elencar a lei como sentido único e estritamente formal que deve ser obedecido em face de qualquer caso concreto, outro é sua imposição de modo superior a qualquer outra lei existente, uma questão

hierárquica. E ainda, por último, mas não menos importante a questão que trata da aplicação como método, o que não teria o menor envolvimento com o direito e moral.

Portanto, dentre as principais características do neoconstitucionalismo na perspectiva pós-positivista pode-se destacar o reconhecimento de normatividade aos princípios, o reconhecimento de uma diferenciação qualitativa – estrutural - entre estes e as regras e o amplo acesso de todos os poderes às normas constitucionais (Alexy, 2008, p. 90; Dworkin, 2002, cap. 2 e 3).

Tais características, num contexto de constituições substancializadas, por um lado incrementam o pluralismo e a democracia no plano axiológico e político (Zagrebelsky, 2007, pp. 14-21, 37-39 e 147) mas, por outro lado, deixam evidente a questão do que alguns chamam de fluidez ou ductibilidade da Constituição (Zagrebelsky, 2007, p. 15).

No campo dos direitos fundamentais esta fluidez decorre de uma combinação de fatores (tais como proteção pelo máximo grau hierárquico, máxima força normativa, máxima importância do objeto de proteção e máximo grau de indeterminação dos direitos) que, conjugados, conduzem a um modelo de compreensão da Constituição em que direitos fundamentais ao mesmo tempo são profundamente democráticos e antidemocráticos (Alexy, 2003, p. 32-37). Neste último caso - em que os direitos fundamentais manifestam-se como trunfos contra a maioria (Dworkin, 2002, p. X) – fica evidente a existência de grandes desacordos no que tange com o conteúdo e a extensão da proteção desses direitos (Novais, 2006, p. 22). E assim, fala-se em “objeção contramajoritária” (Bickel, 1986, p. 16 e ss.) no plano da jurisdição constitucional, bem como se observa a emergência de debates sobre a possibilidade de consensos no âmbito da interpretação dos direitos fundamentais, sobre a possibilidade de uma única resposta correta nos chamados casos difíceis (Dworkin, 2000, cap. 5) ou sobre a própria racionalidade das decisões no sítio dos direitos fundamentais (Alexy, 2004, p. 48-82). O Judiciário passa a controlar, a partir dos parâmetros fluidos da Constituição, a legitimidade das decisões parlamentares. E, se é certo que o direito produzido no âmbito do Poder Legislativo traz o pressuposto de legitimidade democrática através do sufrágio, o mesmo não ocorre no âmbito do Poder Judiciário. E esta questão cada vez mais torna-se relevante.

Com efeito, cada vez mais reconhece-se que o Direito, ao mesmo tempo em que deve se preocupar com questões vinculadas com a correção normativa, também demanda respostas pautadas no cuidado com a correção factual e correção discursiva (Alexy, 2007, p. 105 e ss; Sieckmann, 2006, p. 2019 e ss). É inevitável que o Direito, na perspectiva da teoria dos princípios, torne-se aberto para o plano da moral. E por tal razão emerge toda a

preocupação, como se afirmou acima, com a controlabilidade das decisões, a racionalidade do processo de aplicação do direito, a necessidade de contenção do decisionismo e do excesso de subjetivismo (Marrafon, 2010, p. 151-154).

Tais preocupações fazem sentido, eis que no quadro delineado é possível então perceber que o Poder Judiciário, contramajoritariamente, passa a controlar as decisões do Parlamento, dotadas de forte carga de legitimidade democrática, a partir dos parâmetros fluidos da Constituição, permitindo que, neste controle, haja uma forte interferência da moral e dados da subjetividade de difícil controle de racionalidade.

Dessa sorte, tem-se então diversos contrapontos entre o positivismo e o pós-positivismo, ou constitucionalismo e neoconstitucionalismo, diferenças que proporcionam grandes discussões que envolvem este tema, como se verá a seguir. Com efeito, o neoconstitucionalismo pós-positivista se coloca e enfrentar uma gama nova de questões que eram impensáveis no contexto do constitucionalismo liberal positivista.

3 AS PRINCIPAIS DIFERENÇAS ENTRE A TEORIA DA NORMA NO POSITIVISMO E NO PÓS-POSITIVISMO E AS CAUSAS QUE DETERMINAM ESSAS DIFERENÇAS

A teoria da norma no positivismo de fato decorre de um direito inerente ao homem, o formalismo que se impõe em face da norma advém da vontade humana.

Essa norma é conduzida no direito como regra estritamente científica, capaz de suprir “qualquer” necessidade, não havendo possibilidade de se falar na flexibilização quando se trata da teoria positivista ou mesmo em ponderação nos casos em que princípios colidem. Segundo SCHIER (2009, p. 98) “a norma era a descrição abstrata de um fato, com imputação de consequências, feita pelo Estado. Os fatos, decorrentes do mundo real, eram somente pressupostos lógicos para a realização do Direito, da norma”. A norma no positivismo surge principalmente do modelo da teoria pura do direito e sua validade depende do espaço temporal, não é ilimitada, ela depende de fatores históricos, podendo ser positiva ou negativa com validade objetiva.

Todavia, ela pode, mesmo que limitada, ser aplicada de forma universal tal como se encontra. Os positivistas acreditam que é possível descrever e reconstituir a verdade em se tratando de relações humanas, sociológicas e históricas através do método da observação. O método, portanto, assume um papel de grande relevância no positivismo: assegurar

objetividade, neutralidade do intérprete para que a subjetividade não interfira na verdade contida “na vontade da norma” ou na “vontade do legislador”. Assim, assegura-se a predominância dos valores liberais contidos nos esquemas de regras. Então, o esquema positivista é dominado pelo modelo de regras, de subsunção, de neutralidade, de predominância do legislador, de separação entre direito e moral. E, bem por isso, a consequência é o discurso de que princípios não são normas jurídicas ou, quando são, não possuem densidade normativa suficiente para regulamentar diretamente as condutas humanas e gerar, assim, direitos subjetivos (SCHIER. 2009, p. 103).

Este modelo viu-se enfraquecido com o advento do momento teórico e da realidade dos neoconstitucionalismos.

Na perspectiva dessas teorias, o Direito, ao menos concebido sob o enfoque tradicional (positivista, Kelseniano e marcadamente liberal), (i) não poderia ser neutro ou a-histórico, na medida em que se encontrava estreitamente vinculado às relações de poder na sociedade; (ii) não poderia estar a serviço de qualquer “bem comum” ou “interesse público” (...), (iii) não poderia ser emancipatório porque tratando-se de ideologia, servia apenas como elemento de ocultação das reais contradições (condições) sociais e da dominação de classes (SCHIER, 1999, p. 30-31).

A teoria da norma no pós-positivismo trouxe uma bagagem mais ampla, de caráter moral, sob um prisma principiológico, valorativo no que tange a aplicação dos direitos e princípios fundamentais.

No contexto pós-positivista existe uma complexidade de normas dentro de um mesmo ordenamento (existência concomitante de regras e princípios), normas essas dotadas de complexidade estrutural (a ideia dupla dimensão dos direitos fundamentais, por exemplo, expressa o que se afirma) e, aqui, o reconhecimento de uma distinção de que regras conferem direitos definitivos e princípios, enquanto mandados de otimização, conferem direitos *prima facie*, o que vai impactar o debate sobre o suporte fático dos direitos fundamentais, por exemplo.

A norma, neste contexto, deve estar ligada aos preceitos constitucionais em todas as dimensões a que se referem argumentativamente os direitos fundamentais.

4 NORMA PARA O PÓS-POSITIVISMO E SE EXISTE UM ÚNICO MODELO DE NORMAS NO PÓS-POSITIVISMO

Para o pós-positivismo o modelo de norma não é único. A norma é aberta. ALEXY (1993, p. 50-80), nesta linha, fala sobre a estrutura dos direitos fundamentais, que é composta por regras e princípios (teoria combinada). Mas de partida, os direitos fundamentais são antes mandados de otimização que geram direitos *prima facie* e que, no caso concreto, quando em colisão, desafiam harmonização (ÁVILA, 2009, p. 30). Assim, princípios em colisão podem ser sopesados, enquanto as regras, por conferirem direitos definitivos, submetem-se a critérios de validade.

Este modelo teórico, que parte de Alexy e, em certa medida, de Dworkin, não é o único existente no contexto do neoconstitucionalismo pós-positivista.

Tradicionalmente existem alguns critérios para diferenciar as regras dos princípios e, nesta linha, fala-se em diferença de quantidade e de qualidade ou critérios débeis e critérios fortes. Alexy e Dworkin trabalham na linha da distinção forte ou qualitativa.

Pelo critério qualitativo, regras e princípios, como se disse, têm diferenças estruturais. Quando duas regras entram em conflito, é preciso escolher apenas uma para utilizar, e caso ocorra um choque entre os princípios, passa a valer o princípio que tenha maior força, maior peso, criando uma situação de prevalência ou precedência condicionada. Para ALEXY (1993), a partir da aplicação do princípio da proporcionalidade, a solução da colisão entre princípio gera a chamada lei da colisão, através da qual se define que um princípio determinado prevalece sobre outro, com o qual colide, dentro de determinadas condições fáticas e jurídicas. Este precedente condicionado torna-se uma regra que se projetará para os demais casos. É nesse ponto que a ideia de sopesamento assume um papel especial: em um conflito de princípios, o sopesamento, através do princípio da proporcionalidade, permite criar critérios para a definição dos precedentes condicionados. Ou seja, o sopesamento mediante a proporcionalidade tende a criar critérios para determinar, num caso concreto, como um princípio prevalece sobre outros e em quais condições. Trata-se, logo, de um modelo que permite decisões adequadas a cada caso concreto, mas a partir de uma racionalidade argumentativa definida por critérios. Neste modelo há o pressuposto de que normas são diferentes de preceitos ou enunciados linguísticos. A norma não está dada previamente pelo legislador, mas é construída em cada caso concreto.

Mas o modelo de Alexy não é o único existente no contexto do pós-positivismo. Nem toda teoria de norma pós-positivista admitirá aplicação de princípios mediante

sopesamento. Neste caso, há reconhecimento de força normativa aos princípios mas que poderão ser aplicadas sob o modelo de regras e abertas para a realidade e para moral. Este parece ser o caso de Friedrich Müller.

Para MULLER (2000, p. 21), “a norma não se limita ao texto, vez que ele participa de um mundo jurídico que acaba criando uma ponte de ligação com a realidade, ou seja, a norma avalia o caso concreto e a partir da realidade que o texto se legitima”. É de Muller a célebre expressão de que o texto ou enunciado linguístico é apenas a ponta do iceberg normativo. A norma, para Muller, é o produto de um processo complexo de concretização que envolve diversos momentos. Este processo de concretização pode ser dissecado na seguinte estrutura: (1) existência e averiguação semântica do *texto*; (2) interpretação do *texto* com a respectiva atribuição de sentidos; (3) existência e averiguação da componente fática, real, empírica (o problema posto a resolver); (4) interpretação dessa realidade fática e, finalmente, (5) contextualização das componentes fáticas e textuais (CANOTILHO. 1991, p. 223-224).

A conjunção dos dois primeiros momentos (o texto e sua interpretação) resulta naquilo que Friedrich Muller convencionou chamar de *programa normativo*; a conjunção do terceiro e quarto momentos (componente real, fática, e sua interpretação) resulta no chamado *domínio* ou *setor normativo* e, por fim, da *contextualização* do *programa normativo* e *setor normativo*, obtém-se a *norma*. A norma, aqui, seria, portanto, não o ponto de partida da interpretação e, sim, o produto final desta atividade, conforme lembra Canotilho (1991, p. 225).

Por isso, compreende-se o *programa normativo* como "o resultado de um processo parcial de concretização (inserido, por conseguinte, num processo global de concretização) assente fundamentalmente na *interpretação do texto normativo*. Daí que se tenha considerado o enunciado linguístico da norma como ponto de partida do processo de concretização (dados linguísticos)" (SCHIER. 2007, p. 93). O *setor normativo*, por sua vez, é o resultado de um segundo processo parcial de concretização assente sobretudo na análise dos elementos empíricos (dados reais, ou seja, dados da realidade recortados pela norma).

É, por fim, com a contextualização (relação) do programa normativo e setor normativo que se obtém a norma constitucional. Vale ressaltar que o momento da contextualização mostra-se como ponto culminante do processo de concretização, pois nele é que se dará a abertura da norma para a realidade social sem, contudo, perder o elemento jurídico de vista. Assim, este momento possibilita uma leitura do direito não reducionista, aberta à interdisciplinariedade, deixando de limitar a juridicidade ao espaço real ou fático. Nesta perspectiva, de certo modo, perde sentido, como já se afirmou anteriormente, a

bipolaridade teórica no que diz respeito à força normativa da Constituição: não prevalece nem os fatores reais de poder e nem a "folha de papel", pois ambos integram uma mesma realidade interativa/relacional. A Constituição Jurídica (o texto, folha de papel) aparece apenas como a ponta do *iceberg* normativo, não constituindo toda a realidade jurídica, que continua reclamando a sua base, sua materialidade e dimensão fática.

Ao final deste processo de concretização, os princípios poderão ser aplicados como regras, eis que terão um âmbito de incidência pré-definido. Nesta linha, ter-se-ia um modelo em que princípios, no contexto pós-positivista, seriam dotados de normatividade, seriam abertos para a realidade, dialogariam com a moral e a subjetividade do intérprete, mas jamais admitindo sopesamento ou juízos de peso sobre o fenômeno normativo.

Fato é que a norma, para Muller, é produto da interpretação e se concretiza apenas em face dos casos concretos. Mas em Muller, o texto da lei ou da constituição é sempre o ponto de partida e também limite de qualquer aplicação.

5 A ADOÇÃO DE UM MODELO DE DIREITO FUNDADO EM PRINCÍPIOS COMO ALGO NECESSARIO MAS NÃO EXCLUDENTE DO MODELO DE REGRAS

As normas constitucionais de princípios, como se afirmou anteriormente, ganharam grande relevância após a segunda guerra Mundial, quando novas constituições emergiram como resposta às atrocidades decorrentes do estado de legalidade fundado exclusivamente em regras e numa concepção específica de lei que não permitia controle de racionalidade, como lembra ZAGREBELSKY (2007, p. 112).

Os princípios, neste contexto, ingressam no sistema como condição e limite de racionalidade das leis.

Las reglas son aplicables a la manera del todo o nada, Del aut-aut. Si se Dan lós hechos previstos por uma regla y La regla es válida, entonces debea ceptarse La respuesta que ésta proporciona, sin escapatória ni mediación posible. No sucede así com los principios, porque éstos presentan uma dimensión que lãs reglas no poseen: La del peso y La importância (ZAGREBELSKY, 2007, p.125).

E é nesta medida que os direitos por princípios são mais convenientes para a sociedade pluralista, tendo em vista que estão em contínua mudança. Eles são capazes de se

reequilibrarem conforme os valores vão sendo modificados em uma sociedade. Para ZAGREBELSKY (2007, p. 147) “em La práctica de la aplicación judicial, el carácter razonable del derecho se evidencia en sus dos momentos: la categorización de los casos a la luz de los principios y la búsqueda de la regla aplicable al caso”.

Mas em verdade, os princípios não podem ser vistos de modo isolado, pois a aplicação da regra se dá através deles. Há que se promover no caso concreto uma ligação entre essas duas esferas, pois é razoável a aplicação dos princípios sem isolar as regras.

Toma-se, contudo, como ponto principal, o fato de verificar-se a absoluta impossibilidade de existência de um sistema formado apenas por regras (pois inexisteriam critérios seguros para a solução de colisões e resolução de casos difíceis), assim como seria impossível a existência de um sistema formado apenas por princípios (diante da enorme imprecisão de seus enunciados, o que geraria dúvidas sobre a exata forma de agir nas situações concretas). Portanto, necessita o sistema de regras e princípios que passam a desempenhar no ordenamento, funções diversas (SCHIER, 2009, 104).

Não há que se dizer em excluir o modelo de regras, tendo em vista que o direito dos princípios é um modelo adotado pelo pós-positivismo. E, nesta linha, cumpre lembrar que o próprio Alexy, um dos principais defensores da teoria dos direitos fundamentais sob princípios em verdade não defende um “modelo puro”, mas um modelo combinado de regras e princípios, em que aquelas, aliás, desempenham um papel muitíssimo forte, bastando lembrar que Alexy não aceita sopesamento de regras e, inclusive, defende que alguns princípios formais (como a legalidade ou a repartição de competências) demandam ônus argumentativo muito forte para que sejam superados).

Aliás, em certa medida, SANCHIS (2003, p.118), ao defender que “los principios y derechos fundamentales desempeñan una función bifronte e de doble sentido”, está a reconhecer que princípios, em determinados casos, comportam-se como regras. Portanto, um modelo não exclui a participação do outro no caso concreto. Pode se dizer que o direito fundado em princípios e o modelo de regras é uma via de duas mãos.

No neoconstitucionalismo, se é verdade que se pode aplicar mais princípios, mais sopesamento, mais constituição, mais valores, isso não autoriza afirmar que todo o sistema esteja reduzido a eles.

No es cierto, ni siquiera em el neoconstitucionalismo, que la ley sea una mera ejecución del texto constitucional, pero si es cierto que éste impregna cualquier materia de regulación legal, y entonces la solución que dicha regulación ofrezca nunca se verá por completo exenta de la evaluación judicial a la luz de la constitución (SANCHIS, 2003, p. 120).

Nesse ponto a moral entra com grande força nas decisões sobre princípios e direitos fundamentais, levando em conta a interpretação metodológica, e incluindo os aspectos construtivos regidos pelos princípios (ALEXY, 1993, p. 117).

Isso implica reconhecer que a subjetividade, através da moral, participam do momento da concretização da norma (se se adota o modelo de Muller) ou do sopesamento (se se adota o modelo de Alexy). Mas isso não significa que o processo de sopesamento ou de concretização sejam atos de vontade, atos de escolhas discricionárias, voluntaristas. Tanto em Alexy quanto Muller, tomados como modelos, há o desenvolvimento de teorias argumentativas e metodológicas que buscam não garantir uma objetividade, uma única verdade ou decisão correta, mas sim buscam garantir racionalidade e controlabilidade às decisões através de princípios.

Na fase pós-positivista, os princípios, como expressão de justiça, passam a caracterizar o próprio “coração das constituições”, iluminando a leitura de todas as questões da dogmática jurídica. Inadmite-se que a análise da constitucionalidade das leis limite-se, hoje em dia, a um juízo meramente formal. Na aplicação do direito, no momento da dogmática principialista, impõe-se a adequação material, substancial, da solução dos casos concretos com os padrões de justiça positivados na constituição (SCHIER, 2009, p. 107).

6 O MODELO MAIS ADEQUADO?

Pelo que se vem afirmando, não se pode concluir que exista um modelo mais adequado que outro. Até porque, entre o direito numa perspectiva de regras ou de princípios é impossível defender-se a viabilidade de um modelo puro. Nem mesmo os mais fortes defensores do modelo de princípios, como Alexy e Sieckmann, entendem que seja viável um modelo apenas de princípios. O mesmo se pode afirmar em relação aos defensores do modelo do direito sob regras (o que pode ser defendido mesmo na perspectiva pós-positivista, como foi demonstrado a partir de Muller). A diferença é que em Muller, por exemplo, os princípios

são dotados de normatividade, são abertos para a realidade, admitem maior interferência da esfera da pré-compreensão, mas são aplicados mediante subsunção, não admitindo ponderações. Em verdade, é preciso equilibrar, entrelaçar os dois modelos.

Deve-se levar em consideração a questão da adequação no caso concreto, vez que o direito não é uma matemática, menos ainda universal, existindo casos específicos que devem ser trabalhados a partir da ideia de adequação.

Não sem razão POZZOLO (2003) sustenta que se deve levar em conta que o modelo dos princípios proporcionou uma quebra de paradigma entre a aplicação da teoria positivista dentro desse novo conceito de constituição chamado de neoconstitucionalismo.

Nesse sentido salienta BOBBIO (1994), em sua teoria positivista, a demonstração de alguns pontos que demonstram a incompatibilidade entre esse novo pensamento acerca da aplicação do direito como instrumento de justiça no conceito juspositivista. Em princípio deve-se tomar cuidado ao interpretar e aplicar a lei sob o viés da moral, vez que ela pode não se enquadrar com o contexto atual, e então causar efeitos desconexos com os valores estipulados como princípios.

É preciso avaliar a forma com que se vai arbitrar uma decisão, além de se levar em conta o texto jurídico como fonte formal do direito, é preciso posicionar em cada caso concreto suas questões subjetivas. Nesse sentido é razoável que se siga o modelo de sopesamento, mas tomando o cuidado para que sopesamento não signifique, aqui, decisionismo ou voluntarismo. O próprio Alexy chama a atenção para este perigo:

Contra a idéia de sopesamento é muitas vezes levantada a objeção de que ela não é um modelo aberto a um controle racional. Valores e princípios não disciplinam sua própria aplicação, e o sopesamento, portanto, ficaria sujeito ao arbítrio daquele que sopesa. Onde começa o sopesamento termina o controle por meio de normas e métodos. Ele abriria espaço para o subjetivismo e o decisionismo dos juízes (ALEXY, 1993,164).

Mas é preciso ter em mente, sempre, que essa abertura para o decisionismo não tem como causa a noção de sopesamento ou proporcionalidade. Mesmo no positivismo ou no modelo pós-positivista de Muller, o decisionismo encontra espaço (SILVA. 2009, cap. 3 e 4).

7 CONCLUSÃO

A despeito da teoria da norma jurídica no contexto do Neoconstitucionalismo Pós-Positivista, conclui-se importantes aspectos que fundaram algumas mudanças no direito Constitucional. Estas que deram margem à questões que antes não trabalhavam de forma equilibrada na atividade jurisdicional, ou seja, como a aplicação de regras e princípios que nem sempre contracenavam no mesmo caso concreto, mas que hoje, sob o contexto neoconstitucionalista se faz possível o equilíbrio entre essas duas esferas.

Com esta quebra de paradigma, foi possível concluir que o poder judiciário ganhou uma importante contribuição para que a resolução de conflitos seja feita de maneira mais justa, ou ao menos mais racional e controlada. Dando margem à aplicação do sopesamento como o instrumento mais equilibrado e adequado do direito, contudo, que deve ser utilizado com muita cautela para que não gere uma forma de decisionismo ou voluntarismo como foi estudado neste artigo.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Trad. Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. **Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales**. Trad. Carlos Bernal Pulido. Madrid: Colegio de Registradores de La Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España, 2004.

_____. **Los derechos fundamentales en el estado constitucional democrático**. In: CARBONEL, Miguel (ORG.). *Neoconstitucionalismo(s)*. 2. Ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005.

_____. ***On Balancing and Subsumption: a Structural Comparison***. *Ratio Juris*, vol. 16, n. 4, p. 433-449, dez. 2003.

_____. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. **Teoria da Argumentação Jurídica**. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. 2. Ed. São Paulo: Landy, 2001.

_____. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ÁVILA, Humberto. “**NEOCONSTITUCIONALISMO**”:ENTRE A “CIÊNCIA DO DIREITO” E O “DIREITO DA CIÊNCIA”. Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 17, janeiro/fevereiro/março, 2009. Disponível na Internet:<<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: 15 de OUTUBRO de 2013.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional**. Riode Janeiro: Renovar, 2005.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 4 ed. Brasília: EdUNB, 1994.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3.ed. Coimbra: Almedina, 1999.

_____. **Direito constitucional**, 5ª ed., Coimbra: Almedina, 1991.

CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: editorial Trotta, 2003.

COMANDUCCI, **Formas de Neoconstitucionalismo**: um reconhecimento metateórico. Curitiba: Juruá, 2003.

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

_____. **Uma questão de princípio**. Trad. Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

FERNÁNDEZ-GALIANO, A. El iusnaturalismo. In: _____; CASTRO CID, B. de. **Lecciones de teoría del derecho y derecho natural**. 3.ed. Madrid: Universitas, 1999.

FERRAZ JR., T. S. **A ciência do direito**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 1986.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Estado de direito e constituição**. São Paulo: Saraiva, 1988.

GUASTINI, Riccardo. **La “constitucionalización” del ordenamiento jurídico**: el caso italiano. In: Idem. Estudios de teoría constitucional. México/DF: Fontamara; 2003.

LAFER, C. **A Reconstrução dos direitos humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Cia das Letras, 1988.

Lumen Juris, 2009.

MARRAFON, Marco Aurélio. **O caráter complexo da decisão em matéria constitucional**: discursos sobre a verdade, radicalização hermenêutica e fundação ética na práxis jurisdicional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MULLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. Max limonad: São Paulo, 2000.

MULLER, Friedrich. **Tesis acerca de la estructura de las normas jurídicas**. CEPC: Madrid, 1989.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais**: Trunfos contra a maioria. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

POZZOLLO, Susanna. **Um constitucionalismo ambíguo**. In: CARBONELL, Miguel. Neoconstitucionalismo(s). Trotta: Madrid, 2003.

PRIETO SANCHÍS, Luis. **Constitucionalismo y positivismo**. México/DF: Fontamara;1997

SANCHÍS, Luis Prieto. **Justicia constitucional y derechos fundamentales**. Trotta: Madrid, 2003.

SARMENTO, Daniel. **Interpretação Constitucional**, Pré-compreensão e Capacidade Institucional do Intérprete. In: Cláudio Pereira de Souza Neto, Daniel Sarmento e Gustavo Binenbojm (coord.). Vinte Anos da Constituição Federal de 1988. Rio de Janeiro: Editora

SARMENTO, Daniel. **Ubiquidade Constitucional**: Os dois lados da moeda. In: A Constitucionalização do Direito: Fundamentos teóricos e aplicações específicas. Souza Neto, Cláudio Pereira de e Sarmento, Daniel (coord.) Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009

SCHIER, Paulo Ricardo. Direito constitucional: **anotações nucleares**. Curitiba: Juruá, 2007.

_____. **Constitucionalização do direito no contexto da Constituição de 1988**. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin (ORG.). Direito constitucional brasileiro. Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, vol. 1.

_____. **Filtragem constitucional**: construindo uma nova dogmática jurídica. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999.

_____. **Novos desafios da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo**. Crítica Jurídica. Revista Latinoamericana de Política, Filosofia y Derecho, n. 24, p. 135, 2005.

SIECKMANN, Jan-R. **El modelo de los principios del derecho**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2006.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009.

WOLKMER, Antonio Carlos. Os “**novos**” direitos no Brasil: uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas. São Paulo: Saraiva, 2003.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**: ley, derechos, justicia. Trad. Marina Gascón. 7. Ed. Madrid: Editorial Trotta, 2007.

ABSTRACT

This article aims to analyze the differences, under de aspect of the theory of legal norm between the neoconstitutionalism post-positivist and constitutionalism, demonstrating how the distinction between rules and principles has evolved and is linked to these different moments of constitutional theory and brings strong impact in terms of dogmatic of fundamental rights.

Keywords: Positivism. Post-positivism. Constitucionalism. Neoconstitucionalism. Theory of legal norm. Fundamental rights.