

TEORIA CONSTITUCIONAL DO DIREITO: O NEOCONSTITUCIONALISMO E A ORDEM JURÍDICA CONTEMPORÂNEA¹

*Samuel Mânica Radaelli*²

Sumário: 1 A supremacia da Constituição. 2 Neoconstitucionalismo e pós-positivismo. 3 Neoconstitucionalismo rumo a uma teoria constitucional do direito. Conclusão. Referências.

Resumo: A teoria jurídica contemporânea vive momento de transformação, causado pelo constitucionalismo adotado após a segunda guerra mundial, o qual promoveu a expansão dos direitos fundamentais. Aspecto importante é o avanço da jurisdição em busca da proteção e da promoção dos direitos fundamentais, mudanças que exigem uma nova análise da teoria do direito.

Palavras-chave: teoria do direito, Constituição, direitos fundamentais.

Abstract: The juridical theory nowadays is shifting, caused by constitutionalism, adopted after World War II, which promoted the expansion of the fundamental rights. Another relevant aspect is the advance of the jurisdiction in search of protection and promotion of fundamental rights.

Keywords: Theory of the rights, constitution, fundamental rights.

1 A SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO

A Constituição trata do desafio proposto por Rousseau, ou seja, o de “encontrar uma forma de associação que defenda e proteja a pessoa e os bens de cada associado por intermédio da força comum, e pela qual cada um, unindo-se a todos, não obedeça, portanto, senão a si mesmo, ficando assim tão livre como antes”³. Assim sedimenta as garantias individuais e traça os horizontes políticos do Estado.

A atividade jurídica busca revelar os contornos empíricos deste pacto ético, jurídico e político, traçando suas dimensões dogmáticas, tarefa complexa na atual compreensão do Direito, tido como um sistema normativo de regras e princípios⁴, tendo função normativa preponderante e não apenas suplementar.

Essa configuração associa-se à “expansão” do Direito Constitucional, que no Brasil se deu em razão de duas características principais: pelas novas gerações (dimensões) de direitos humanos e o caráter programático da Constituição de 1988, propondo objetivos, aos quais estão vinculadas todas as ações legislativas.

Houve o fortalecimento da Constituição como estrutura normativa com ampla inserção social, tornando-se de fato o documento cuja função é fundamentar as práticas do Estado. A Constituição apresenta-se não só como base da estrutura normativa, mas também como filtro, quando da aplicação do Direito infraconstitucional. Em face disso, a interpretação constitucional passa a ser uma atividade fundamental para a realização do Direito, uma vez que todos os seus ramos passam a ser permeados pelo paradigma constitucional.

¹ Texto produzido no projeto de pesquisa “Neoconstitucionalismo e fundamentação ética do direito: uma leitura da jurisprudência do STF”, desenvolvido junto ao Centro Universitário Católica do Sudoeste do Paraná- UNICS.

² Mestre em Direito pela Unisinos, professor do UNICS e da UNOESC.

³ ROUSSEAU, Jean Jacques. *O contrato social*. São Paulo: Martins Fontes, 199, p.18.

⁴ DWORCKIN, Ronald. *Levando a sério os direitos*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

Essa imbricação entre normas constitucionais e direito infraconstitucional reflete o fenômeno da constitucionalização do Direito. A Constituição passa a ser o norte a determinar a realização do Direito, fazendo com que a sua aplicação, mesmo nas relações privadas, seja feita mediante filtragem constitucional, adequando o sentido da lei à Constituição.

O constitucionalismo contemporâneo está intrinsecamente ligado à reconstrução da dogmática jurídica, ou seja, do Direito tende a abandonar a dimensão controladora (ou opressiva), denunciada por movimentos críticos. Hoje, ao contrário, do período anterior a 1988, as demandas por cidadania têm nos princípios constitucionais uma ferramenta a respaldá-las.

A Constituição de 1988 possibilita novo horizonte para o Direito, considerando seus conteúdos sociais, com objetivos democráticos visando à promoção dos direitos humanos: faz do Direito um instrumento de transformação da realidade, que propõe rupturas na estrutura da sociedade e permite, em virtude disso, o “retorno ao Direito”.⁵

O Direito, por meio da Constituição, assume verdadeiramente a sua função de promoção, mais do que de sanção. Sob este ângulo, os institutos tradicionais passam a ser aplicados levando em conta os princípios e os objetivos constitucionais, o que concede novo sentido, ou seja, dos mesmos textos são produzidas novas normas.

Soma-se a esse processo os novos institutos consolidados em nossa legislação (boa-fé, função social, etc.) dando uma nova roupagem ao direito, à medida que acentua a dimensão ética dos seus fundamentos.

Em decorrência dessas transformações faz-se necessária a construção de outras “verdades” para o Direito, novas construções dogmáticas. A dogmática jurídica tem o desafio de desenvolver no seu campo de atuação a sistematização dos sentidos factuais dos princípios jurídicos.

O atual estágio do direito constitucional determina uma transformação no modo de ser do direito, o qual passa a ser pensado por meio da Constituição, não só a partir dela, ou seja, a Constituição, além de ser a base da qual parte e se estrutura o direito, ela permeia todo o horizonte de produção, dogmatização e aplicação do direito. O direito sai da adequabilidade legislativa para a adequabilidade aplicativa/jurisdicional.

A Constituição expande o seu conteúdo, bem como o seu potencial regulativo, uma vez que o direito passa ser interpretado (filtrado) pela Constituição. Desse prisma, tem-se duas dimensões extremamente presentes no Constitucionalismo atual: a ética e a hermenêutica.

O Direito caminha pouco a pouco rumo ao constitucionalismo, sobretudo, reconhecendo a necessidade de incorporar, ao seu modo de ser, o conjunto de

⁵ CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva*: elementos de filosofia constitucional contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 1999, p. 141.

disposições programáticas e, principalmente, meios de promoção dos direitos humanos.

A Constituição em seu sentido mítico deixa de ser uma hipótese, passando a habilitar o imaginário para uma outra prática jurídica, levando em conta o agir ético que orienta o modo de ação do direito.

2 NEOCONSTITUCIONALISMO E PÓS-POSITIVISMO

Marcelo Galuppo apresenta como uma das características da epistemologia pós-positivista⁶ a negação do caráter sistemático, característico da tentativa positivista de reduzir a realidade a um sistema harmônico e sem contradições. Ao contrário, o direito, se apresenta como uma construção com conflitos presentes no seu modo de ser e reflexos de uma sociedade plural e heterogênea. Destarte, elas podem ser consideradas em uma perspectiva problemática “la noción de estructura jerárquica no puede ser tratada como una noción unívoca y no problemática, ya que em los ordenamientos jurídicos evolucionados se entrelazan una multiplicidad de relaciones jerárquicas entre normas⁷.”

Calsamiglia caracteriza o pós-positivismo pelo combate a duas características positivistas: “em primer lugar, la defensa de la teoría das fuentes sociales del derecho y em segundo lugar, la tesis de la separación entre el derecho, la moral y la política”⁸

Antonio Maia trata como termos sinônimos a expressão neoconstitucionalismo e pós-positivismo, considerando este a denominação brasileira para aquele termo⁹, contudo, essa não parece ser a postura mais adequada, porquanto o pós-positivismo pode englobar posturas que não levem em conta o sentido primaz do constitucionalismo, assemelhando-se, assim ao referido movimento apenas pela crítica ao positivismo.

Há ainda um conjunto enorme de autores que tratam o neoconstitucionalismo como uma perspectiva teórica perfeitamente adequada ao positivismo jurídico.¹⁰ Apesar do grande e qualificado número de escritos que sinalizam a congruência entre neoconstitucionalismo e positivismo, ela não é a compreensão mais adequada, mesmo considerada a perspectiva do positivismo inclusivo.

⁶ GALUPPO, Marcelo. A epistemologia jurídica entre o positivismo e o pós-positivismo. *Revista do instituto de hermenêutica jurídica-IHJ*. Porto Alegre: IHJ.2005. P. 195-207.

⁷ GUASTINI, Ricardo. Normas supremas. In: *Revista Doxa- cuadernos de filosofía del derecho* n. 17-18, Alicante: Universidade de Alicante. P. 257.

⁸ CALSAMIGLIA, Albert. Postpositivismo. In *-Doxa- Cuadernos del Filosofia del Derecho*, n 21-I, 1988, p. 210.

⁹ MAIA, Antonio Cavalcanti. As Transformações dos Sistemas Jurídicos Contemporâneos: Apontamentos acerca do neoconstitucionalismo. In: *Revista do direito do estado n°5*, Jan.Mar. 2007.

¹⁰ “la teoría del derecho neocostitucionalista resulta ser nada más que el positivismo jurídico de nuestros días” COMANDUCCI, Paolo. Formas de neoconstitucionalismo: un analisis metateórico. In: CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madri: Trotta. 2003. p. 165.

A perspectiva constitucional assumida pós 1988 não aceita se enquadrar na perspectiva positivista, visto que para Zagrebelski, “segun la mentalidad del positivismo jurídico, las normas de principio, al contener formulas vagas, referencias a aspiraciones ético-políticas, promesas no realizables por el momento, esconderían, un vacío jurídico y producirían una contaminación de las verdaderas normas jurídicas con afirmaciones políticas, proclamaciones de buenas intenciones”¹¹. A Constituição por se afirma como norma fundamental suprema. O Direito então é pautado por documento que é um pacto ético-jurídico-político, consequentemente, ele não pode fugir dessa vinculação quando da aplicação do Direito.

A Teoria jurídica atual parte de uma justificação moral dada pela Constituição:

Así pues , la observancia de la constitución, em la medida em que ésta sea también una norma, debe justificarse em base a normas de carácter superior. Dicho de outro modo, si un juez recorre la cadena de competencia, partiendo de la norma aplicable al caso concreto, llegará a la carta consitucional. Pero esta última, si bien representa um limite interno al ordenamiento jurídico, contextualmente constituye um puente que permite el pasaje al discurso moral. Este último es, em última instancia, el único discurso que puede proveer una justificación a la observancia o la aplicación del derecho. Em efecto, una norma moral se acepta em virtud de su contenido y no por su génesis; ella sola, por tanto, constituye la justificación última de una acción o de una decisión. La justificación jurídica, pues, es em última instancia necesariamente moral.¹²

No neoconstitucionalismo, diferentemente do positivismo, os princípios não possuem valor apenas subsidiário, mas sim papel preponderante, uma vez que foram “convertidos em pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais”.¹³ Os princípios relacionam-se com as regras, determinando-lhes a aplicação, possuem ainda caráter normogénético, pois são os fundamentos das regras.¹⁴

Por essa razão, não parece plausível a vinculação entre positivismo e neoconstitucionalismo, sustentada por autores como Comanducci, que afirma que “la teoría del derecho neoconstitucionalista resulta ser nada mais que o positivismo jurídico dos nossos dias”.¹⁵ Pode-se tratar do neoconstitucionalismo como expressão do pós-positivismo, conquanto, ele desafia os pressupostos positivistas.

¹¹ ZAGREBELSKI, Gustavo. El derecho dúctil. Leis, derecho e justicia. Madrid: Trotta, 1995. p.112.

¹² POZZOLO, Susanna. Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional. In – *Doxa-Cuadernos del Filosofía del Derecho*, n 21-II, 1998, p. 342.

¹³ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito constitucional*. 8 ed. São Paulo: Malheiros. 1999. P. 237.

¹⁴ CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina. P. 1034-1035.

¹⁵ COMANDUCCI, Paulo. *Formas de (neo)constitucionalismo: uma análise metateórica*. In: CARBONELL, Miguel (org.) *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2003, p. 84.

A teoria jurídica tem de tratar agora com as novas características e desafios resultantes da evolução do Direito Constitucional. Como descrito por Luis Pietro Sanchís, lida-se hoje com:

Mais princípios que regras; mais ponderação que subsunção; onipresença da Constituição em todas as áreas jurídicas e em todos os conflitos minimamente relevantes, em lugar de espaços extensos em favor da opção legislativa ou regulamentadora; onipotência judicial em lugar da autonomia do legislador ordinário e por ultimo coexistência de uma constelação plural de valores, por vezes tendencialmente contraditórias, em lugar de uma homogeneidade ideológica em torno de um pequeno grupo de princípios coerentes entre si e em torno, sobretudo, das sucessivas opções legislativas.¹⁶

Em decorrência, o positivismo jurídico não consegue contemplar em seu projeto as novas características que o constitucionalismo contemporâneo traz ao Direito, esgotados os pressupostos positivistas, a teoria jurídica, disciplina a qual cabe a definição da ciência jurídica, precisa desenvolver uma explicação condizente com o novo cenário.

3 NEOCONSTITUCIONALISMO RUMO A UMA TEORIA CONSTITUCIONAL DO DIREITO

O conteúdo e a forma, como são compreendidas as constituições contemporâneas, fazem com que o Direito assumam um outro modo de ser. Em face disso, a definição conceitual do Direito muda, dá margem para uma outra explicação teórica e nessa perspectiva o neoconstitucionalismo apresenta-se com uma série de conceitos e explicações que permitem uma definição mais atual do universo jurídico. O neoconstitucionalismo pode ser caracterizado como uma teoria, pois:

Não se trata, portanto, de um movimento, mas de um conjunto de posturas teóricas que adquiriram sentidos comuns ao tentar explicar o direito dos Estados constitucionais, especificamente aqueles que, a partir do segundo pós-guerra, em momentos históricos de repúdio aos recém-depostos regimes autoritários, adotaram constituições caracterizadas pela forte presença de direitos, princípios e valores e de mecanismos rígidos de fiscalização da constitucionalidade — manejados por um órgão jurisdicional especializado, normalmente o Tribunal Constitucional — como as Constituições da Itália (1948), Alemanha (1949) e Espanha (1978), contexto no qual as Constituições de Portugal (1976) e do Brasil (1988) inserem-se perfeitamente.¹⁷

¹⁶ SANCHÍS PRIETO, Luis. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Editorial Trotta, 2000, p. 132.

¹⁷ VALE, Andre Rufino. Aspectos do neoconstitucionalismo. *Revista Brasileira de Direito Constitucional* n°. 09. Rio de Janeiro: ESDC, 2007. p. 68.

Dessa confluência de propostas, ele traz os seguintes eixos:

a) a importância dada aos princípios e valores como componentes elementares dos sistemas jurídicos constitucionalizados; b) a ponderação como método de interpretação/aplicação dos princípios e de resolução dos conflitos entre valores e bens constitucionais; c) a compreensão da Constituição como norma que irradia efeitos por todo o ordenamento jurídico, condicionando toda a atividade jurídica e política dos poderes do Estado e até mesmo dos particulares em suas relações privadas; d) o protagonismo dos juízes em relação ao legislador na tarefa de interpretar a Constituição; e) enfim, a aceitação de alguma conexão entre Direito e moral.

18

A teoria do direito norte-americano dedicou-se em fazer a seguinte pergunta: como os tribunais decidem ações judiciais difíceis ou controversas?¹⁹ A resposta a esta pergunta diz que os tribunais devem resolver as questões controversas optando pela saída constitucionalmente mais adequada, em razão disso, percebe-se o quanto a Constituição determina a definição do direito.

Conforme já foi mencionado, o neoconstitucionalismo encontra-se dividido entre autores que sustentam a sua vinculação com o positivismo jurídico, sendo sua continuação, e aqueles que entendem o atual estágio do direito como uma etapa de superação do positivismo, apresentando o neoconstitucionalismo como nova teoria do direito.

Nessa nova compreensão teórica, somente a ciência jurídica pode definir os contornos das normas, principalmente dos princípios. O conteúdo das normas constitucionais pode definir a validade das normas infraconstitucionais.

Há a negação dos pressupostos positivistas em virtude de que princípios como o da dignidade humana são definidos na situação em que são suscitados, não havendo possibilidade de uma prévia definição analítica. A tarefa hermenêutica de definir esses princípios não obtém êxito se não levar em conta a tradição ética que trata do assunto. Por conseguinte, aplicar o Direito em uma perspectiva neoconstitucionalista é realizar uma fusão de horizontes entre a tradição filosófica mediada pela Constituição, em uma situação concreta.

A tarefa de desvelamento, realizada pelo hermenêuta para aplicação da lei não pode ser concebida como um ato de arbítrio, no qual ele está livre para expor sua percepção absolutamente particular a respeito de determinados temas, recaindo assim, em um decisionismo infudado, a interpretação deve ser pautada pelos elementos dados pela tradição, os quais determinam o sentido da linguagem.

Essa tarefa de interpretação e definição normativa reafirma o caráter prescritivo da ciência jurídica.

¹⁸ VALE, Andre Rufino. Aspectos do neoconstitucionalismo. *Revista Brasileira de Direito Constitucional* nº 09. Rio de Janeiro: ESDC, 2007. p. 68.

¹⁹ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 06.

É preciso recorrer à moral para a construção dogmática dos princípios, o que impede uma percepção meramente descritiva da ciência jurídica. O neoconstitucionalismo não é uma variante atual do positivismo, prevendo o dever moral de obedecer a Constituição, do mesmo modo que o positivismo previa o dever moral de obedecer à lei.²⁰

Todavia é importante ressaltar que isso não significa suprimir a diferença entre Direito e moral, mas sim realizar uma leitura moral do Direito, a qual é proposta, constitucionalmente, pois o Direito é justificado por meio de uma argumentação moral.

Assim, não parece adequada a vinculação entre positivismo e neoconstitucionalismo:

Daí a possibilidade de afirmar a existência de uma série de oposições/incompatibilidades entre neoconstitucionalismo (ou, se assim se quiser, o constitucionalismo social e democrático que exsurge a partir do pós-guerra) e o positivismo jurídico. Assim: a) o neoconstitucionalismo é incompatível com o positivismo jurídico. Assim: a) o neoconstitucionalismo é incompatível com positivismo ideológico, porque este sustenta que o direito positivo, pelo simples fato de ser positivo, é justo e deve ser obedecido, em virtude de um dever moral. Como contraponto, o neoconstitucionalismo seria uma ideologia política menos complacente com o poder; b) o neoconstitucionalismo não se coaduna com o positivismo enquanto teoria, estando a incompatibilidade neste caso, na posição soberana que possui a lei ordinária na concepção positivista. No estado constitucional, pelo contrário, a função e a hierarquia da lei têm um papel subordinado à constituição, que não é apenas formal, e, sim, material; c) também há uma metodologia, porque este separou o direito e a moral, expulsando esta do horizonte jurídico. Tal separação, e a conseguinte afirmação de que o direito pode ser estudado simplesmente como fato social por um observador neutro, determinaria a incompatibilidade, já que o direito do estado constitucional necessitaria, para ser estudado e compreendido, de uma tomada de postura moral, enfim, requereria uma atitude ética. Já o direito constitucional estaria carregado de princípios morais positivados, que haviam reconduzido ao interior do discurso jurídico.²¹

A influência constitucional apresenta, segundo Alfonso Figuerola, quatro grandes transformações na teoria jurídica, material, estrutural, funcional, política.²²

Na transformação material, o direito assume pelo ponto de vista constitucional uma forte dimensão axiológica, sendo essa a grande diferença entre o constitucionalismo e o neoconstitucionalismo.²³

²⁰ Ao contrário do exposto por MORESO, José Juan. Comanducci sobre o neoconstitucionalismo. *Isonomia*. Nº 19. 2003. p. 272.

²¹ STRECK, Lenio. A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo) constitucionalismo. In: *Constituição, hermenêutica e sistemas: anuário do programa de pós-graduação em Direito da Unisinos*. Porto Alegre: Livraria Advogado, 2005. p. 157.

²² FIGUEROA, Alfonso Garcia. La teoría del derecho en tiempos de constitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta. 2003. p. 165.

²³ FIGUEROA, Alfonso Garcia. La teoría del derecho en tiempos de constitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta. 2003. p. 165.

A transformação estrutural ocorre pela irradiação dos princípios constitucionais por todo o ordenamento jurídico, a Constituição em razão de sua força normativa, tende a invadir todos os chamados ramos do Direito, determinando a legislação, a doutrina e a jurisprudência.²⁴ Ocorre o que se pode chamar de Constitucionalização do Direito:

Por constitucionalización del ordenamiento jurídico propongo entender un proceso de transformación de un ordenamiento al término del cual el ordenamiento en cuestión resulta totalmente impregnado por las normas constitucionales. un ordenamiento jurídico consitucionalizado se caracteriza por una consitución extremadamente invasora, entrometida (pervasiva, invadente), capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos, así como las relaciones.²⁵

Um bom exemplo disso é o RE nº 251-445-GO, relatado pelo Ministro Gilmar Mendes, o qual afirma que mesmo as relações privadas são permeadas pela Constituição:

Se, no entanto, como ocorreu no caso ora em exame, a prova penal incriminadora resultar de ato ilícito praticado por particular, e a res furtiva, por efeito de investigação criminal promovida por agentes policiais, for por estes apreendida, também aqui - mesmo não sendo imputável ao Poder Público o gesto de desrespeito ao ordenamento jurídico, posto que concretizado por um menor infrator - remanescerá caracterizada a situação configuradora de ilicitude da prova. (...) Essa mesma orientação é registrada por VÂNIA SICILIANO AIETA (A Garantia da Intimidade como Direito Fundamental”, p. 191, item nº. 4.4.6.4, 1999, Lumen Juris), que, embora destacando a possibilidade de incidência excepcional do princípio da proporcionalidade em situações extraordinárias que exijam a preservação do equilíbrio entre valores fundamentais em antagonismo (como ocorre, por exemplo, no caso de interceptação telefônica, judicialmente não autorizada, das negociações entre seqüestradores e familiares da vítima, com o conhecimento destes últimos: RTJ 163/759, Rel. Min. OCTAVIO GALLOTTI), reconhece que “Atualmente, a teoria majoritariamente aceita é a da inadmissibilidade processual das provas ilícitas (colhidas com lesões a princípios constitucionais), sendo irrelevante a averiguação, se o ilícito foi cometido por agente público, ou por agente particular, porque, em ambos os casos, lesa princípios constitucionais.²⁶

Guastini trata do fenômeno como uma “Constituição invasora”, a qual altera todo ordenamento jurídico, impregnando-o com o conteúdo das normas constitucionais,

²⁴ GUASTINI, Ricardo. La consitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano. In: CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madri: Trotta. 2003

²⁵ GUASTINI, Ricardo. La consitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano. In: CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madri: Trotta. 2003. p. 49.

²⁶ STF. RE nº 251-445-GO. Relator Ministro Gilmar Mendes, julgado pelo em 21 de junho de 2000.

um ordenamento jurídico constitucionalizado se caracteriza por uma Constituição extremamente invasora, intrometida, capaz de condicionar tanto a legislação como a jurisprudência e o estilo doutrinário, a ação dos atores políticos, assim como as relações sociais.²⁷

A constitucionalização cria uma transformação funcional: a interpretação da lei torna-se tarefa fundamental como forma de definir os valores impostos pela legislação, principalmente definindo a aplicação prática dos princípios, e construindo o seu sentido dogmático.

A transformação política ocorre pela influência do poder judicial cada vez maior, fator que redimensiona a divisão dos poderes.²⁸

A crítica contemporaneamente dirigida ao Direito, tem manifestado a preocupação de evitar que a ciência do Direito permaneça restrita ao estudo dos estatutos científicos dos discursos jurídicos. Tal crítica propõe que ele atenha-se, também, aos efeitos sociais desses discursos. Sob esse ângulo, as disciplinas jurídicas não devem reproduzir a normatividade institucionalizada, fazendo do Direito um instrumento útil à estática social²⁹. Mas, ao contrário, manifestar-se em prol de uma preocupação ética, destacando o papel emancipatório da implementação dos direitos humanos.

Em face disso, desenvolve-se um esforço crítico, no sentido de realizar uma denúncia ideológica de recusa do dogmatismo e de reconstrução da ciência jurídica. É necessário perceber o Direito como um saber e como uma prática social, em razão disso, não pode ser conhecimento inflexível e impermeável.

Com a neutralização da pertinência política do Direito, fruto da compreensão epistemológica que valoriza a pureza, a juridicidade passa, então, a ser descrita fenomenicamente, mas de maneira a ser identificada com a norma legal, fazendo com que o saber jurídico daí não se afaste. Em decorrência, a reabilitação política do Direito é a tarefa epistemológica mais interessante do pensamento crítico atual.³⁰

O constitucionalismo contemporâneo tem como característica epistemológica o fato de conduzir a ciência jurídica, não só a descrever ou realizar uma mera repetição das regras componentes do Direito, passando a ter uma função prescritiva, sob pena de não possuir relevância. Ela também não pode permanecer incauta a outro risco, o de omitir-se, politicamente, realizando apenas funções ideológicas.³¹

²⁷ GUASTINI, Riccardo. La "constitucionalización" del ordenamiento jurídico: el caso italiano. In: CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madri: Trotta. 2003 p. 49.

²⁸ FIGUEROA, Alfonso García. La teoría del derecho en tiempos de constitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madri: Trotta. 2003. p. 165.

²⁹ Dessa forma desenvolve-se um esforço crítico no sentido de operar uma denúncia ideológica. CLÉVE, Clemerson. *O direito e os direitos*. 2 ed., são Paulo: Max Limonad, 1999, p. 70.

³⁰ FIGUEROA, Op. Cit. p. 165.

³¹ ARIZA, Santiago Sastre. La ciencia jurídica ante el neoconstitucionalismo. In: *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2003 p. 251.

A definição epistemológica do Direito não se constrói por sua autonomia hermética, mas, por uma percepção transdisciplinar, com a devida consideração dos condicionantes políticos, bem como detentora de uma postura, a qual não seja ideologicamente incauta, nem alheia aos compromissos inerentes à função social do Direito. Nisso o constitucionalismo contemporâneo denuncia insuficiências e incongruências de uma percepção científica voltada para a pureza, à medida que traz para o direito o consenso ético-político formado democraticamente, contendo o conjunto de princípios a serem perseguidos pela sociedade em suas instituições. Nesse contexto, a redefinição científica do direito, seu objeto, não se resume à regra, mas ao universo valorativo de princípios, não passíveis de serem analiticamente condensados pelos repositórios.³²

Consequentemente, o Direito deve ser percebido sob aspecto de ciência ligada aos demais condicionantes sociais, dos quais ele não pode estar isolado, para consolidar uma prática jurídica voltada para a realização plena dos direitos, e fazer do Direito um saber inserido na historicidade, conhecedor do mundo e, voltando-se para o futuro, apto para formular conceitos teórico-práticos para mudá-lo, “um saber jurídico que, conhecendo o dado normativo, o explique historicamente, ao mesmo tempo em que, captando-o como resultante de relações de poder, promova e reclame a afirmação dos direitos à dignidade e felicidade humanas”.³³

Na década de quarenta, San Tiago Dantas, ao fazer uma retrospectiva do Direito até então, em discurso alusivo ao cinquentenário da faculdade de Direito da Universidade do Brasil, já percebia a evolução da relação entre a ciência do Direito e a política. Concomitante a isso, analisava também a consolidação do Direito Público frente ao Privado, o aspecto que marca justamente o Estado Social, pois nascia uma outra compreensão do Direito Público, diferente daquela de inspiração liberal que o concebeu.³⁴

A indagação de San Tiago Dantas persiste, uma vez que:

Tudo que aspirava ao absoluto, ao imutável, foi envolvido na grande transformação das ideias, e quer no campo do Direito Público, quer no

³² “Em razão disso, deve recusar a busca do estatuto de cientificidade próprio e particularizado; a pretensão ao monopólio da verdade jurídica e o propósito de apenas instrumentalizar o exercício da lei. A utopia jurídica deve comunicar-se interdisciplinarmente com os demais saberes e teorias jurídicas, manifestando um compromisso ético com os direitos politicamente conquistados, mas juridicamente não exigíveis, e com os direitos a conquistar para reclamar a mutação do singular posto através da promoção do plural instituinte.” CLÉVÉ, Clemerson. *O direito e os direitos*. 2 ed., São Paulo: Max Limonad, 1999 p. 177.

³³ CLÉVÉ, Clemerson. *O Direito e os direitos*. Op.cit. P. 176-177.

³⁴ “O direito público a cinquenta anos atrás parecia ser o único direito Público, embora fosse, na verdade, um Direito Público. A sua construção legislativa e doutrinária visava fazer do estado um autômato, espécie de máquina capaz de atender a toda e qualquer emergência histórica, sem que a colaboração do homem político fosse além do necessário para fazer funcionar o aparelho constitucional. Tudo que perturbasse ou ferisse esse automatismo perturbava ou feria a ordem jurídica. O direito se tornara solidário com uma certa concepção política do Estado, e graças a isso alargara suavemente os seus domínios, até operar esta transformação singular: a política passara a dever obediência ao Direito; este, em vez de ser, como sempre fora, uma criação dos governos, passava a ser uma ordem imanente a que toda boa política se devia circunscrever e sujeitar”. DANTAS, Francisco Clemetino San Tiago. *Renovação do Direito*. In: *Encontros UNB*: ensino jurídico; 1984, p. 41.

Direito Privado, a política restaurou de súbito o seu inconstratável império, pondo diante do jurista um vasto material novo, que os seus instrumentos doutrinários nem sempre estão aptos para trabalhar. E, é aí que nos cabe indagar pelo destino da ciência do Direito, pertenceria ela a uma cultura cujas raízes foram rompidas brutalmente, e seu fim será declinar e retirar-se ante o arbítrio do legislador? Ou terá ela um papel a desempenhar no mundo que se ergue, neste meado do século XX ? Será seu papel histórico- resistir, e domesticar as inovações que surgem; ou procurar audaciosamente criar sobre elas uma ordem nova?³⁵

A incompatibilidade dos elementos que fundam o Direito com a realização dele, é rompida pelo constitucionalismo, que une ambos os polos, separados pelo abismo formado por uma compreensão deturpada do Direito. Isso se dá à medida que os princípios fundantes do Direito permeiam a sua aplicação de forma que, a partir do constitucionalismo do Estado democrático de Direito, a exploração científica do Direito leva em conta o conteúdo e não se legitima apenas pela forma.

Essa nova dimensão dos conteúdos constitucionais do Direito tende a exigir da ciência jurídica uma reformulação, de modo a abandonar a sua tradicional indiferença em relação ao conteúdo substantivo, em razão de priorizar os requisitos metodológicos. Afinal a função transformadora da Ciência do Direito no Estado Democrático de Direito não permite a neutralidade proposta pelo positivismo.

Da mesma forma que o Direito determina a realidade teórica e social, ele já está anteriormente determinado pelo conjunto de fatores que atuam na direção política da sociedade. Portanto o ideal de pureza metodológica proposto por Kelsen pressupõe uma certa onipotência do Direito sobre as demais esferas da vida humana. Nessa medida, o trabalho do jurista dar-se-ia restrito à reprodução dogmática.³⁶ Contrariamente, na atualidade, a realização do Direito exige implícita compreensão política dos objetivos trazidos pela Constituição.

O neoconstitucionalismo diferencia-se do constitucionalismo em sua versão tradicional, pelas seguintes características:

(i) o Constitucionalismo dos séculos XVIII e XIX apresenta compatibilidade com o Positivismo Jurídico (nas suas diversas acepções), não faz uma proposta técnica de conduta ativa do estado e das Cortes Constitucionais para implementar os direitos fundamentais dos cidadãos e limita-se a restringir o poder do Estado; (ii) por seu turno, o Neoconstitucionalismo engloba o chamado Pós-positivismo, apresenta-se apto para promover a efetivação dos direitos fundamentais dos cidadãos, representa de certa forma a retomada da ligação entre Direito e Moral,

³⁵ DANTAS, Francisco Clemetino San Tiago. Renovação do Direito. In: *Encontros UNB: ensino jurídico*; 1984., p.41-42.

³⁶ “la dogmática jurídica partiria del presupuesto de que es posible describir el orden legal, sin ningún tipo de referencias de caracter sociológico, antropológico, político y económico. Por tanto, es apresentada como una construcción teórico-objetiva y rigurosa, una elaboración conceptual del derecho vigente sin indagación alguna de su instancia ideológica y política; una mera ciencia lógico-formal dedicada al estudio exclusivo delas normas legales. El texto legal es el dato inmediato del cual parte el jurista en su trabajo científico.” WARAT, Luis Alberto. *Epistemologia e ensino do Direito: o sonho acabou*. vol. I. Florianópolis: Fundação Boiteux. 2004. p.180.

apresenta um tipo novo e específico de Constituição (a Costituzione Mite), denota um aspecto invasivo da Constituição sobre a “lei”(Constitucionalização do Direito) através do manejo dos direitos fundamentais.³⁷

Com isso o constitucionalismo que vinha embasado por uma perspectiva jurídica de cunho positivista, tendo, como uma de suas características, a preocupação com a validade, passa as ser reinventado à medida que “a existência de direitos fundamentais apenas no plano da validade jurídica não satisfazia a real necessidade de segmentos hipossuficientes da sociedade”³⁸.

O neoconstitucionalismo estabelece outra relação temporal, uma vez que enquanto constitucionalismo tradicional, mantinha-se voltado para defesa de garantias sedimentadas, ou seja, voltado para o passado, o neoconstitucionalismo, inclui a preocupação com a promoção de direitos e, primordialmente, de grupos sociais, olhando assim para o futuro, delineando formas dinâmicas de reinvenção da sociedade.

CONCLUSÃO

Pelo exposto acima, podemos concluir que o neoconstitucionalismo se afirma com a teoria do Direito, apresentando as seguintes características:

Prática interpretativa: na interpretação hodierna, há preocupação com o desvelamento do sentido dos textos jurídicos, dessa forma, a discussão sobre o programa da norma vem acompanhada da discussão sobre o âmbito de sua incidência.³⁹

Garantia dos direitos fundamentais: o neoconstitucionalismo não se ocupa apenas da função de limitador do poder estatal, mas também da garantia dos direitos fundamentais. O direito atual busca meios efetivos de garantir os direitos fundamentais constitucionais, o constitucionalismo tradicional tinha como objetivo a proteção dos direitos fundamentais, já no neoconstitucionalismo o objetivo é a efetividade, por meio da sua promoção.

Fortalecimento da jurisdição: no Estado democrático de Direito, há uma tendência de fortalecimento do Poder Judiciário diante dos demais poderes constituídos. Em um Estado em que há supremacia da Constituição, todos estão subordinados à força dela, cabendo ao Judiciário propiciar a efetividade constitucional.

³⁷ BELLO, Enzo. Neoconstitucionalismo, democracia deliberativa à atuação do STF. In: VIEIRA, José Ribas. *Perspectivas da teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007, p. 11.

³⁸ AGRA, Walber de Moura. Neoconstitucionalismo e superação do positivismo. In: DIMOULIS, D.; DUARTE, E.O. (org.). *Teoria do direito neocostitucional: superação ou reconstrução do positivismo jurídico?*. São Paulo: Método. P 438.

³⁹ MULLER, Friedrich. *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes do direito*. São Paulo: RT, 2007, p. 40.

Direito e Moral: na perspectiva neoconstitucional, a relação entre moral e Direito é revista, em virtude dos textos constitucionais trazerem em si fundamentação ética que revela as opções morais de uma sociedade, as quais determinam (ou deveriam determinar) a aplicação do Direito. Assim sendo, deve-se elaborar uma leitura moral do Direito.

Princípios: o Estado democrático de direito é caracterizado pelos princípios jurídicos que, diferentemente, das regras, engloba um conjunto de valores que a sociedade busca defender e promover em todas as circunstâncias, não estando eles restritos a situações objetivas, descritas estas nas leis. Em decorrência dessa generalidade, o âmbito de sua aplicação não pode ser delimitado anteriormente de forma completa, dependendo sempre da faticidade.

REFERÊNCIAS

- AGRA, Walber de Moura. Neoconstitucionalismo e superação do positivismo. In: DIMOULIS, D.; DUARTE, E.O. (org.). *Teoria do direito neocostitucional: superação ou reconstrução do positivismo jurídico?* São Paulo: Método, 2007.
- ARIZA, Santiago Sastre. La ciencia jurídica ante el neoconstitucionalismo. In: *Neoconsitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2003 .
- BELLO, Enzo. Neoconstitucionalismo, democracia deliberativa a atuação do STF. In: VIEIRA, José Ribas. *Perspectivas da teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- CALSAMIGLIA, Albert. Postpositivismo. In *-Doxa- Cuadernos del Filosofia del Derecho*, nº 21-I, 1988.
- CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina,1998.
- CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos de filosofia constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 1999.
- CLÉVE, Clemerson. *O direito e os direitos*. 2 ed., são Paulo: Max Limonad, 1999.
- COMANDUCCI, Paolo. “Formas de (neo)constitucionalismo: um análise metateórico”. Traduzido por Miguel Carbonell. In. *Isonomia*, nº. 16, 2002.
- DANTAS, Francisco Clemetino San Tiago. Renovação do Direito. In: *Encontros UNB: ensino jurídico*, 1984.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- FIGUEROA, Alfonso Garcia. “La teoria del derecho en tiempos de constitucionalismo”. In. CARBONELL, Miguel (org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

GALUPPO, Marcelo. A epistemologia jurídica entre o positivismo e o pós-positivismo. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica-IHJ*. Porto Alegre: IHJ, 2005.

GUASTINI, Ricardo. “La ‘constitucionalización’ del ordenamiento jurídico: el caso italiano”. In: CARBONELL, Miguel (org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

_____. Normas supremas. In: *Revista Doxa- cuadernos de filosofía del derecho* n. 17-18, Alicante: Universidade de Alicante

MAIA Antonio Cavalcanti. As transformações dos sistemas jurídicos contemporâneos: Apontamentos acerca do neoconstitucionalismo. In: *Revista do Direito do Estado* nº5, jan. mar, 2007.

MULLER, Friedrich. *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes do direito*. São Paulo: RT, 2007.

POZZOLO, Susanna. Neoconstitucionalismo Y especificidad de la interpretecion consitucional. In *-Doxa- Cuadernos del Filosofía del Derecho*, nº 21-II, 1998.

ROUSSEAU, Jean Jacques. *O contrato social*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

STRECK, Lenio . a hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação positivismo pelo (neo) constitucionalismo. In: *Constituição, hermenêutica e sistemas*: anuário do programa de pós-graduação em Direito da Unisinos. Porto Alegre: Livraria Advogado, 2005.

SANCHÍS PRIETO, Luis. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Editorial Trotta, 2000.

STF. RE nº 251-445-GO. Relator Ministro Gilmar Mendes, julgado pelo em 21 de junho de 2000.

VALE, Andre Rufino. Aspectos do neoconstitucionalismo. In: *Revista Brasileira de Direito Constitucional* nº. 09 . Rio de Janeiro: ESDC, 2007.

WARAT, Luis Alberto. *Epistemologia e ensino do direito: o sonho acabou*. Vol. I. Florianópolis: Fundação Boiteux. 2004.

ZAGREBELSKI, Gustavo. *El derecho dúctil: Leis, derecho e justicia*. Madrid: Trotta, 1995.