

NEOCONSTITUCIONALISMO: DEFINIÇÃO, CRÍTICA E CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

NEOCONSTITUTIONALISM: DEFINITION, CRITICISM AND CARRYING OUT OF THE ESSENTIAL RIGHTS

Dicesar Beches Vieira Junior¹

SUMÁRIO: Introdução. 1 O Neoconstitucionalismo: *in terra brasilis*. 2 A Crítica Positivista ao Neoconstitucionalismo: uma construção dialética. 2.1 Fortalecimento do Judiciário. 2.2 Preponderância dos Princípios. 2.3 A panconstitucionalização. Considerações Finais. Referências.

RESUMO: O presente artigo analisa a hodierna discussão sobre a teoria da norma jurídica no contexto do neoconstitucionalismo. Afere-se que o termo neoconstitucionalismo não se refere a uma única teoria normativa, mas a uma construção complexa e plural de métodos, argumentação jurídica, filosofia e doutrina. Nesse sentido, a superação do Estado legislativo positivista pelo Estado constitucional pós-positivista acarretou profundas mudanças na teoria da norma, pois conferiu aplicabilidade ou normatividade aos princípios e aos direitos fundamentais. A crítica do positivismo e do neoconstitucionalismo a si mesmo, em uma relação dialética, possibilitou a construção de um pós-positivismo racional, ponderável e que respeita a incidência das regras e da subsunção. Trata-se de uma filtragem constitucional em contraponto ao fundamentalismo constitucional. Por fim, ressalta-se que o neoconstitucionalismo não é uma construção teórico-normativa que em uma cadeia fenomenológica de causa e efeito, exclua o modelo das regras e dê lastro a um déficit de racionalidade no Direito. O neoconstitucionalismo, não desencadeia, necessariamente, uma abertura para o decisionismo judicial.

Palavras-chave: Neoconstitucionalismo. Positivismo. Direitos Fundamentais. Princípios. Filtragem Constitucional.

ABSTRACT: *The present article analyses the current discussion over the theory of the legal policy in the context of post positivism or neoconstitutionalism. It's surveied that the term neoconstitutionalism does not refer to an only prescriptive theory, but to a complex and plural construction of methods, legal argumentation, phylosophy and doctrine, in such sense it happens to be the overcoming of the legislative status by the post positivist constitutional status brought on extreme changes in the theory of the policy, for it has applied practice or normativity to the principles of the positivismand the neoconstitucionalism itself to the neoconstitucionalism in a logical relation, one has the building up of the rational positivism, reasonable which respects the incidence of the rules and the subsumption, it refers to a constitutional filtering opposite to the consstitucional fundamentalism. At last it points out that neoconstitucionalism is not a theoretical legal construction that in a phenomenological chain of cause and effect crosses out the pattern of rules and provides support for a shortage of rationality in the right, permitting necessarily, a gap to the judicial decisionism.*

Keywords: Neoconstitutionalism. Positivism. Essential Rights. Principles. Constitutional Filtering.

INTRODUÇÃO

Nos últimos vinte e cinco anos o Direito pátrio passou por profundas mudanças, relacionadas com o surgimento de um novo paradigma na teoria jurídica e nos tribunais quanto à aplicação das normas constitucionais.

Esse paradigma normativo, não tão novo assim, pois na Europa já vem sendo abordado e discutido desde o pós-segunda guerra mundial (1939-1945) e a reconstitucionalização dos países continentais, como a Alemanha (1949), Itália (1947), Espanha (1978) e Portugal (1976), tem sido designado como “neoconstitucionalismo”; um novo constitucionalismo.

Segundo Barroso:

Constitucionalismo significa Estado de direito, poder limitado, respeito aos direitos fundamentais. Sua trajetória longa e acidentada tem como marco inicial simbólico a experiência de Atenas, nos séculos V e VI a. C; seguida

¹ Advogado. Conselheiro Estadual Suplente de OAB-PR. Docente em Direito do Trabalho na Faculdade Educacional Araucária (FACEAR). Especialista em Direito Processual do Trabalho e em Direito Processual Civil. Mestrando em Direitos Fundamentais e Democracia pela UNIBRASIL. Endereço do CV: <http://lattes.cnpq.br/4298522779266919>

pela República de Roma. Com a formação do Império Romano, as vésperas do início da era cristã, o constitucionalismo desapareceu do mundo ocidental por mais de mil anos. Ao final da Idade Média surge o Estado Moderno, de feição absolutista, fundado na ideia de soberania do monarca, investido por direito divino. As revoluções liberais do século XVII e XVIII abriram caminho para o Estado Liberal e para o surgimento do constitucionalismo moderno, com destaque para as experiências inglesa, americana e francesa. No século XX, ressurgindo da tragédia do nazismo e da guerra, a Alemanha desenvolveu um modelo constitucional de sucesso. (BARROSO, 2009, p. 395).

Explicativamente, antes dessa reconstitucionalização, a Teoria da Norma era balizada pelo positivismo, marcadamente liberal, legalista e metodologicamente orientado pelo formalismo e pela técnica da subsunção. Nesse contexto, norma e realidade, direito e moral, encontravam-se separados. As constituições eram meras cartas políticas, não tinham a mesma aplicabilidade normativa que as leis detinham por serem criações dos parlamentares, legisladores democraticamente eleitos.

Após o trauma humanitário decorrente da catástrofe que foi a Segunda Guerra Mundial, as nações européias se reconstruíram em todos os sentidos. Materialmente, a produção econômica voltava-se para reconstruir pontes, estradas, parques industriais, portos e aeroportos, ou seja, toda a infraestrutura. Mas, no plano jurídico, também foi necessário uma reconstrução.

As proclamações internacionais em prol dos direitos humanos surtiram efeitos mais do que o esperado, pois na reconstitucionalização esses direitos foram positivados como direitos fundamentais. Foram vistos como garantias não só do cidadão contra o Estado, mas também do particular em face de outro particular. Se em um primeiro momento de sua construção histórica e jusfilosófica, os direitos fundamentais, políticos, sociais, individuais ou coletivos, apresentaram eficácia no plano vertical, na relação Estado-cidadão, hodiernamente vislumbra-se sua eficácia horizontal, ou seja, a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas (de indivíduo para indivíduo).

Segundo Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins:

O efeito horizontal tem caráter mediato/indireto e, excepcionalmente, caráter imediato/direito. O efeito horizontal indireto refere-se precipuamente à obrigação do juiz de observar o papel (efeito, irradiação) dos direitos fundamentais [...]. O efeito horizontal direto refere-se ao vínculo direto das pessoas aos direitos fundamentais ou de sua imediata aplicabilidade para a solução de conflitos interindividuais (DIMOULIS; MARTINS, 2007, p. 113).

Os direitos fundamentais² são um conceito recente na história, pois suas primeiras manifestações relevantes foram com os documentos de cunho declaratório redigidos no bojo das revoluções políticas de fins do século XVIII, precisamente a Revolução Americana de 1776 e a Revolução Francesa de 1789 (SILVA, J. A.; 2012).

No entender de José Afonso da Silva:

As declarações de direitos assumiram, inicialmente, a forma de proclamações solenes em que, em articulado orgânico especial, se enunciam os direitos. Atualmente, ainda que nos documentos internacionais assumam a forma das primeiras declarações, nos ordenamentos nacionais integram as constituições,

² Os direitos fundamentais possuem duas dimensões, uma formal e outra material, de forma que Jorge Miranda conceitua os direitos fundamentais como “os direitos ou as posições jurídicas subjetivas das pessoas enquanto tais, individual ou institucionalmente consideradas, assentes na Constituição, seja na Constituição formal, seja na Constituição material – donde direitos fundamentais em sentido formal e direitos fundamentais em sentido material”. (MIRANDA, 1998, p. 07).

adquirindo o caráter concreto de *normas jurídicas positivas constitucionais*, por isso, subjetivando-se em direito particular de cada povo, como já vimos, configuram *declarações constitucionais de direito*, o que tem consequência jurídica prática relevante [...]. (SILVA, 2012, p. 175). (grifos do autor).

O início do que posteriormente seria chamado de direitos fundamentais era, entretanto, a continuidade da longa tradição anglo-saxônica de restrição política e institucional dos poderes do Estado absolutista. Em outras palavras, essas declarações buscaram efetivar liberdades essencialmente individuais, como de manifestação, livre pensamento, reunião, locomoção, livre exercício de atividade profissional, ao lado de liberdades políticas e civis.

As novas constituições, com destaque para a Lei Fundamental de Bonn (1949) e a Constituição Italiana (1947), continham em seus textos o estopim para a virada metodológica que viria em seguida. Essa virada metodológica na Teoria da Norma foi designada como pós-positivismo ou, como adotado no presente texto, *neoconstitucionalismo*. A rigor o que se evidenciou foi que a velha hermenêutica positivista não servia para conferir eficácia aos direitos fundamentais.

1 O NEOCONSTITUCIONALISMO: *IN TERRA BRASILIS*³

No continente europeu até a Segunda Guerra Mundial, prevalecia uma cultura jurídica positivista que percebia na lei editada pelo parlamento a fonte principal, senão a única, do Direito. Nesse quadro não se atribuía qualquer força normativa às constituições⁴.

Dessa forma as constituições eram compreendidas como cartas políticas que serviam de orientação para o legislador, mas que não podiam ser invocadas no Judiciário como fundamento na defesa de direitos. Igualmente, os direitos fundamentais valiam apenas na medida em que eram concretizados pelo legislador em leis infraconstitucionais. Mesmo positivados na constituição, os direitos fundamentais não exerciam qualquer força normativa nem possibilitavam garantias contra o arbítrio ou omissão das maiorias parlamentares.

Segundo Bonavides:

Um dos traços marcantes do positivismo jurídico-estatal, de feição formalista, esboçado por Laband, aperfeiçoado por Jellinek e conduzido às últimas conseqüências por Kelsen, como já observou um jurista contemporâneo, é abreviar as reflexões sobre a Constituição para reduzi-la a uma classificação legalista, fixada unicamente sobre o seu exame e emprego

³ Diz-se: neoconstitucionalismo *in terra brasilis*, por que como sublinhado anteriormente não existe apenas um neoconstitucionalismo, mas vários, com matizes diferentes dependendo do autor e do contexto sócio-histórico, e normativo, em que se analisa o pós-positivismo normativo ou neoconstitucionalismo. Nesse sentido, leciona Virgílio Afonso da Silva, que, “Se é verdade que a interpretação constitucional não é igual à interpretação jurídica geral – e eu estou convencido de que, pelo menos em parte, não é -, então, é tarefa da doutrina constitucional discutir de forma *concreta* não somente o método ou conjunto de métodos – *desde que compatíveis* – que ache aplicável à Constituição Brasileira, mas também iniciar uma discussão de base, isto é, uma discussão de conteúdo, que vá além da discussão metodológica. [...] Não se pode querer fazer direito constitucional alemão no Brasil. Com isso fica claro que não se quis fazer, aqui, uma manifestação por uma volta aos métodos clássicos de interpretação jurídica. O que se quis foi mostrar que a ânsia em rejeitá-los mais prejudica do que fomenta a discussão sobre especificidades da interpretação constitucional”. (SILVA, V. A; 2007, p. 141).

⁴ Explicativamente, segundo Barroso, “Toda norma destina-se à produção de algum efeito jurídico. Como consequência, a eficácia jurídica – isto é, a pretensão de atuar sobre a realidade – é atributo das normas de Direito”. (BARROSO, 2009, p. 318).

como lei técnica de organização do poder e exteriorização formal de direitos (BONAVIDES, 2009, p. 171).

Desse ponto de partida, pondera Bonavides, surge uma metodologia positivista que confere a constituição aspecto de normas de cunho neutral e apolítico. Esse mesmo positivismo delega ao legislador um poder ilimitado de dispor sobre o Direito, com amparo na crença de que toda a sociedade e a realidade estatal se regem por regras jurídicas legisladas. A norma jurídica é que daria forma à sociedade e não esta à norma (BONAVIDES, 2009, p. 171).

O pós-guerra de 1945 deixou provado nos Anais mais sombrios da História humana que, mesmo em nações democraticamente organizadas, as maiorias políticas podem perpetrar ou serem cúmplices de ações bárbaras e inumanas⁵. O terror produzido em especial pelo nazismo alemão levou o constitucionalismo do pós-guerra a inserir ou fortalecer uma jurisdição constitucional com a instituição de mecanismos efetivos de proteção aos direitos fundamentais⁶.

Nesse sentido, Daniel Sarmento:

As constituições européias do 2º pós-guerra não são cartas procedimentais, que quase tudo deixam para decisões das maiorias legislativas, mas sim documentos repletos de normas impregnadas de elevado teor axiológico, que contêm importantes decisões substantivas e se debruçam sobre uma ampla variedade de temas que outrora não eram tratados pelas constituições, como a economia, as relações de trabalho e a família (SARMENTO, [online], 2010).

Essas transformações possibilitaram o crescimento da importância do Judiciário, pois uma interpretação mais extensiva das normas constitucionais de cunho substancial ou prestacional deu origem ao fenômeno da constitucionalização do Direito em seus mais diversos ramos. No entendimento de Paulo Schier, por exemplo, as constituições sob esse novo paradigma, são organizadas de modo a estabelecer um maior controle constitucional sobre as decisões judiciais e sobre o legislador (2013, p. 09).

Segundo Luiz Roberto Barroso:

A superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação. O pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas. A interpretação e aplicação do ordenamento jurídico hão de ser inspiradas por uma teoria de justiça, mas não podem comportar voluntarismos ou personalismos, sobretudo os judiciais. No conjunto de ideias ricas e heterogêneas que procuram abrigo neste paradigma em construção incluem-se a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica

⁵ Nesse sentido, Sarmento, “Ademais, eventos traumatizantes, como o Holocausto nazista, demonstraram que o legislador, mesmo quando eleito pelo povo, pode perpetrar ou ser cúmplice das mais atrozidades, sendo portanto, necessário estabelecer mecanismos de controle para a contenção de seus abusos”. (SARMENTO, 2007, p. 117).

⁶ A expansão da jurisdição constitucional se inspirou no modelo norte-americano da “supremacia da Constituição”. Os direitos fundamentais foram positivados e imunizados em relação ao processo político majoritário. No caso brasileiro, a jurisdição constitucional expandiu vertiginosamente após 1988, tendo por causa determinante o aumento do direito de propositura e a criação de novos mecanismos de controle constitucional concentrado, como a Ação Declaratória de Constitucionalidade e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. (BARROSO, [online], 2007, p. 6-7)

constitucional; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana. Nesse ambiente, promove-se uma reaproximação entre Direito e filosofia (BARROSO, [online], 2007, p. 4-5).

As constituições sob esse novo paradigma, o neoconstitucionalismo, são formadas por normas caracterizadas pela abertura e indeterminação semântica. Assim, sua aplicação direta pelo Judiciário importou na adoção de novas técnicas hermenêuticas, ao lado da tradicional subsunção. A aplicação direta dos princípios constitucionais e a preocupação em dar eficácia aos direitos fundamentais fizeram surgir a necessidade de resolver as tensões entre os princípios constitucionais colidentes. Dessa necessidade houve o desenvolvimento da técnica da ponderação o que tornou freqüente o recurso ao princípio da proporcionalidade na esfera jurídica.

Segundo Alexy:

A distinção entre regras e princípios constitui, além disso, a estrutura de uma teoria normativo-material dos direitos fundamentais e, com isso, um ponto de partida para a resposta a pergunta acerca da possibilidade e dos limites da racionalidade no âmbito dos direitos fundamentais. Nesse sentido a distinção entre regras e princípios é uma das colunas-mestras do edifício da teoria dos direitos fundamentais (ALEXY, 1993, p. 85).

A busca por legitimação para as decisões principiológicas em sociedades complexas e plurais deu impulso ao desenvolvimento de diversas teorias da argumentação jurídica. Essas teorias argumentativas foram responsáveis por incorporar ao Direito metodologias e técnicas que o positivismo desprezava como considerações de natureza moral, ou relacionadas a realidade subjacente às normas.

Contemplado desde la perspectiva de la teoría del Derecho positivista parece que el neoconstitucionalismo se proyecta sobre los siguientes grandes capítulos: la teoría de las fuentes, que obviamente ya no puede seguir en torno al riguroso legalismo característico de la fórmula europea de Estado de Derecho; la teoría de la norma, que ha de dar entrada a nuevas tipologías antes no contempladas o no suficientemente atendidas; la teoría del sistema u ordenamiento, obligada a un serio replanteamiento de los problemas de plenitud y coherencia; y la teoría de la interpretación, que se abre a exigencias de justificación o argumentación antes prácticamente inexploradas por el positivismo. (SANCHÍS, 2003, p. 117-118).

Pontifica Barroso que:

Princípios constitucionais incidem sobre o mundo jurídico e sobre a realidade fática de diferentes maneiras. Por vezes, o princípio será fundamentado direto de uma decisão. De outras vezes, sua incidência será indireta, condicionando a interpretação de determinada regra ou paralisando sua eficácia. Relembre-se que entre regras e princípios constitucionais não há hierarquia jurídica, como decorrência do princípio instrumental da unidade da Constituição, embora alguns autores se refiram a uma hierarquia axiológica, devido ao fato de os princípios condicionarem a compreensão das regras e até mesmo, em certas hipóteses, poderem afastar sua incidência (BARROSO, 2009, p. 318).

No Brasil, o marco histórico para o neoconstitucionalismo foi a redemocratização e a promulgação da Constituição da República de 1988. Assim como as constituições européias do 2º pós-guerra, também a brasileira trouxe em seu texto ampla proteção aos direitos fundamentais e um sem número de princípios. A

constituição de 1988 é compromissória, com as mesmas características, ressalvado as peculiaridades de contexto, próprio das constituições compromissórias européias.

No caso brasileiro, o renascimento do direito constitucional se deu, igualmente, no ambiente de reconstitucionalização do país, por ocasião da discussão prévia, convocação, elaboração e promulgação da Constituição de 1988. Sem embargo de vicissitudes de maior ou menor gravidade no seu texto, e da compulsão com que tem sido emendada ao longo dos anos, a Constituição foi capaz de promover, de maneira bem sucedida, a travessia do Estado brasileiro de um regime autoritário, intolerante e, por vezes, violento, para um Estado democrático de direito. (BARROSO, [online], 2007, p. 03).

Sob a égide da Constituição de 1988, o direito constitucional brasileiro passou do que os constitucionalistas chamavam de baixa densidade normativa constitucional para uma alta densidade em menos de uma geração. Nessa perspectiva, tem-se que o conteúdo de um dispositivo (densidade da norma) é de suma importância para a determinação da normatividade do comando, posto que, a densidade da norma constitucional está diretamente ligada à capacidade que a mesma tem de produzir efeitos.

Leciona Gomes Canotilho que:

[...] densificar uma norma significa preencher, complementar e precisar o espaço normativo de um preceito, especialmente carecido de concretização, a fim de tornar possível a solução, por esse preceito, dos problemas concretos (CANOTILHO, 1993, p. 203).

Todavia, pondera Humberto Ávila que o neoconstitucionalismo com suas propostas de mudança metodológicas na Teoria da Norma constitucional, não são independentes nem paralelas, mas guardam entre si uma relação de causa e efeito (ÁVILA, [online], 2009, p.18).

Nesse quadro, o ponto zero estaria na positivação e na aplicação, exclusiva ou preponderante, dos princípios no lugar das regras. Da preferência normativa ou teórica por determinado tipo de norma (os princípios) decorreria um método diferente de aplicação (a ponderação), do qual, por sua vez, adviria tanto a preponderância de uma perspectiva distinta de avaliação (individual e concreta), quanto o predomínio de uma dimensão específica da justiça (a particular), os quais, a seu turno, conduziriam a predominância de um dos Poderes (o Judiciário) e de uma das fontes (a Constituição). (ÁVILA, [online], 2009, p. 18).

Em suma, pode-se definir como características centrais do neoconstitucionalismo: a valorização dos princípios, a adoção de métodos e estilos mais abertos e flexíveis na hermenêutica jurídica - destacando-se a ponderação em detrimento da clássica subsunção -, a abertura da argumentação jurídica à Moral, a norma vista à luz do caso concreto, mas sem voltar às categorias metafísicas do Jusnaturalismo, reconhecimento e aplicação da constituição com toda a sua força normativa, irradiação do direito constitucional para todos os ramos do Direito e destaque para o papel do Judiciário na atividade de concretização dos direitos fundamentais, enquanto normas de baixa densidade⁷.

⁷ Em contra ponto, entende Luis Pietro Sanchís que, “*a más Constitución y a mayores garantías judiciales, inevitablemente se reducen las esferas de decisión de las mayorías parlamentarias*”. (SANCHÍS, 2003, p. 102).

Dessa forma, sob o paradigma neoconstitucionalista, se tornou de suma importância a distinção entre regras e princípios, pois durante longo tempo uma norma que detivesse um caráter principiológico era uma norma desprovida de sua normatividade, ou seja, de eficácia. Segundo Paulo Schier, na teoria jurídica positivista, em seus modelos mais conservadores, os princípios não passavam de conselhos de fundo ético-moral. Dessa forma, os legisladores não estavam vinculados a essa categoria de norma que era de um tipo de segunda categoria (2005, p. 98).

2 A CRÍTICA POSITIVISTA AO NEOCONSTITUCIONALISMO: UMA CONSTRUÇÃO DIALÉTICA

A formação de um novo paradigma normativo, no caso o do neoconstitucionalismo, fez também surgir seus críticos. Autores como Luis Pietro Sanchís (2003), Susanna Pozzollo (2003), Daniel Sarmento (2007), também enxergaram pertinente a elaboração de algumas objeções ao neoconstitucionalismo.

A literatura jurídica sobre o assunto é deveras abrangente. Todavia, de maneira breve, mas não menos pertinente ao assunto, pode-se levantar três críticas que o positivismo, e até mesmo o próprio neoconstitucionalismo, perceberam nesse novo paradigma normativo constitucional.

As críticas, ou objeções como preferem alguns autores, em geral podem ser colocadas nos seguintes termos: a) a de que o neoconstitucionalismo fortalece o Judiciário em detrimento dos outros poderes e que tal fato é antidemocrático; b) em segundo, a de que sua preferência pelos princípios e ponderação às regras e à subsunção, é perigosa, principalmente em países como o Brasil com forte tradição de não diferenciar com exatidão o público do privado; e c) a panconstitucionalização do Direito (SARMENTO, [online], 2010).

Sublinha-se que as críticas do positivismo ao neoconstitucionalismo proporcionam uma relação de construção dialética na qual a crítica de um leva a formulação de uma contra-resposta ao outro. Nesse aspecto o neoconstitucionalismo, como teoria da norma constitucional, encontra-se em construção.

2.1 Fortalecimento do Judiciário

O neoconstitucionalismo deposita grande confiança no Poder Judiciário como o guardião dos direitos fundamentais prometidos nos textos constitucionais compromissórios, como no caso brasileiro. Sem embargo, essa judicialização de questões sociais através da aplicação direta de princípios constitucionais nos casos concretos tem sofrido contestações pelo seu aparente caráter antidemocrático, pois os juízes, ao contrário dos legisladores e chefes do Executivo, não são democraticamente eleitos.

Segundo Sarmento:

Esta crítica democrática se assenta na idéia de que, numa democracia, é essencial que as decisões políticas mais importantes sejam tomadas pelo próprio povo ou por seus representantes eleitos e não por sábios ou tecnocratas de toga. É verdade que a maior parte dos teóricos contemporâneos da democracia reconhece que ela não se esgota no respeito ao princípio majoritário, pressupondo antes o acatamento das regras do jogo democrático, que incluem a garantia dos direitos básicos, visando a viabilizar a participação igualitária do cidadão na esfera pública, bem como alguma proteção as minorias. (SARMENTO, [online], 2010, p. 13).

O ponto nodal dessa primeira crítica ao neoconstitucionalismo não é necessariamente a divisão dos poderes no tempo e no espaço democrático. O problema do Estado Constitucional Democrático de Direito não está somente no fato das constituições modernas retirarem do legislador a possibilidade de tomar algumas decisões.

O eixo dessa questão encontra-se no reconhecimento de que, diante de normas constitucionais vagas e abertas, o interprete constitucional também participa do seu processo de criação e concretização.

A conhecida história de que decisão judicial deve ser subordinada à legislação é sustentada por duas objeções a originalidade judicial. De acordo com a primeira, uma comunidade deve ser governada por homens e mulheres eleitos pela maioria e responsáveis perante ela. Tendo em vista que, em sua maior parte, os juízes não são eleitos, e como na prática eles não são responsáveis perante o eleitorado, como ocorre com os legisladores, o pressuposto acima parece comprometer essa proposição quando os juízes criam leis. A segunda objeção argumenta que, se um juiz criar uma nova lei e aplicá-la retroativamente a um caso que tem diante de si, a parte perdedora será punida, não por ter violado algum dever que tivesse, mas sim por ter violado um novo dever, criado pelo juiz após o fato. (DWORKIN, 2002, p. 132).

No entender de Humberto Ávila (2009), o necessário fortalecimento do Poder Judiciário é o fundamento organizacional do neoconstitucionalismo. Conclui o referido autor que o ativismo judicial adviria por sua vez, da preponderância da Constituição, em detrimento da legislação:

[...] o Poder Judiciário não deve assumir, em qualquer matéria e em qualquer intensidade, a prevalência na determinação da solução entre conflitos morais porque, num Estado de Direito, vigente numa sociedade complexa e plural, deve haver regras gerais destinadas a estabilizar conflitos morais e a reduzir a incerteza e a arbitrariedade decorrente da sua inexistência ou desconsideração, cabendo a sua edição ao Poder Legislativo e a sua aplicação, ao Judiciário (ÁVILA, [online], 2009, p. 18).

Em outras palavras, para Ávila, a desconsideração de regras, mesmo que não inconstitucionais, em favor da concretização da constituição em casos concretos terminaria no ativismo judicial que por vezes se mostra arbitrário, pois ao desconsiderar as regras legisladas, enseja insegurança jurídica e desestabiliza a sociedade.

Prosseguindo na crítica positivista, a interpretação judicial da Constituição tende a obscurecer o papel central dos outros poderes, no caso o Legislativo e o Executivo. A interpretação constitucional das regras legisladas e aplicação direta dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais, tanto a esfera pública como a particular sofrem uma judicialização. A norma do caso concreto sobrepuja a norma geral e a interpretação conforme a constituição assegura amplos poderes ao juiz-intérprete.

Leciona Canotilho, que a interpretação conforme a constituição trata-se de princípio de interpretação:

Este princípio é fundamentalmente um princípio de controlo (tem como função assegurar a constitucionalidade da interpretação) e ganha relevância autônoma quando a utilização dos vários elementos interpretativos não permite a obtenção de um sentido inequívoco dentre os vários significados da norma. Daí sua formulação básica: no caso de normas polissêmicas ou

plurisignificativas deve dar-se preferência à interpretação que lhe dê um sentido em conformidade com a constituição. (CANOTILHO, 1993, p. 229).

Na concepção do positivismo, estritamente legalista, o neoconstitucionalismo no que tange a judicialização da sociedade, é antidemocrático e colabora para a corrosão da divisão harmônica dos poderes, para a insegurança jurídica nas sociedades complexas e plurais e enseja o surgimento de figuras como a do juiz Hércules (DWORKIN, 2002, p. 164 e ss) para se contrapor ao próprio positivismo.

Mormente a pertinência dessas críticas, principalmente no caso brasileiro em que a idealização de um juiz sábio e guardião das promessas constitucionais não se coadunam com a dura realidade do Judiciário que enfrenta notórias deficiências, como a sobrecarga de trabalho e as falhas no próprio ensino jurídico - que é formalista e não interdisciplinar - o Poder Judiciário tem exercido papel importantíssimo na concretização da Constituição brasileira.

Se assente que, não é razoável a crítica a ponto de estendê-la e negar o caráter democrático da atuação judiciária, pois:

[...] uma instituição não é democrática unicamente por que não provenha de eleição popular, porque nem tudo o que provém desta origem é necessariamente aristocrático. Uma instituição é democrática quando seja funcional para o sistema democrático, quer dizer, quando seja necessária para a sua continuidade, como ocorre com o Judiciário. (ZAFFARONI, 1995, p. 43).

Leciona Pozzollo:

El intérprete, en el fondo, deberá elegir entre la estricta legalidad y la justicia sustancial, adoptando la solución menos traumática y más compatible con la realidad (ocasional) y e con el sistema jurídico en su conjunto, haciendo así prevalecer uno u otro valor contingentemente relevante. Es claro que el intérprete privilegiado, que de este modo asume también lá tarea de custodio del constitucionalismo moderno, será el juez de las leyes. Este último, al que le está confiada la tarea de “garantizar” la Constitución, abandonando, si és que alguna vez lo ha ejercido, el papel de “legislador negativo”, se transforma en “legislador concurrente” y, con una actividad extensa y penetrante, se empuja a remodelar la ley sobre los contenidos de la Constitución [...]. (POZZOLLO, 2003, p. 193).

No que diz respeito à realidade brasileira, em face do quadro de reiterada violação de direitos fundamentais de certos segmentos da população e da crise de representatividade do Poder Legislativo, o ativismo judicial se justifica, principalmente na tutela de direitos fundamentais, na proteção de minorias e na garantia de funcionamento da própria democracia.

No tocante ao juiz como principal ator da concretização dos direitos constitucionais, leciona Zagrebelsky:

Hoy, ciertamente, los jueces tienen una gran responsabilidad en la vida del derecho desconocida en los ordenamientos del Estado de derecho legislativo. Pero los jueces no son señores del derecho en el mismo sentido en que lo era el legislador en el pasado siglo. Son más exactamente los garantes de la complejidad estructural del derecho en el Estado constitucional, es decir, los garantes de la necesaria y dúctil coexistencia entre ley, derechos y justicia. (ZAGREBELSKY, 2007, p. 153).

O positivismo critica o neoconstitucionalismo, por creditar a ele a responsabilidade pela inexorável caída para o decisionismo judicial, fruto do fortalecimento do Judiciário. Nesse sentido, os adeptos do formalismo contrapõem ao neoconstitucionalismo por meio da pré-compreensão da norma-regra como blindagem ao decisionismo (STRECK, [online], 2009, p. 03-26).

Todavia, salienta Sarmento que pensar na pré-compreensão como limite ao poder decisório do juiz e fundamento de uma suposta segurança jurídica é um equívoco, sobretudo diante do fato de que em uma sociedade plural e complexa como a brasileira, a existência de múltiplas visões de mundo disputa o mesmo espaço social e normativo.

Desta forma, Daniel Sarmento propõe:

[...] não o abandono da pré-compreensão na hermenêutica constitucional – o que não seria possível, em vista da natureza incontornavelmente ‘situada’ de cada intérprete, nem tampouco desejável, já que a interpretação da Constituição não pode se deslocar completamente da cultura da sociedade em que ela vige – mas a necessidade de submetê-la a uma filtragem, a partir do exercício de uma racionalidade crítica, que tome como premissa a ideia de que todas as pessoas devem ser tratadas como livres e iguais. (SARMENTO, 2009, p. 311-312).

Segundo Ingo Wolfgang Sarlet:

É possível falar de uma dupla significação de eficácia vinculante dos direitos fundamentais. Assim, se de acordo com um critério formal e institucional os detentores do poder estatal formalmente considerados (os órgãos dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário) se encontram obrigados pelos direitos fundamentais, também em um sentido material e funcional todas as funções exercidas pelos órgãos estatais também o são (...). Do efeito vinculante inerente ao art. 5º, § 1º, da CF, num sentido negativo, decorre que os direitos fundamentais não se encontram na esfera de disponibilidade dos poderes públicos, ressaltando-se, contudo, que, numa concepção positiva, os órgãos estatais se encontram na obrigação de tudo fazer no sentido de realizar os direitos fundamentais. (SARLET, 2006, p. 382-383).

As críticas levantadas tanto por autores formalistas quanto pelos próprios neoconstitucionalistas são pertinentes. Todavia, no caso brasileiro, a jurisdição constitucional, ou seja, a possibilidade de um juiz mais atuante em prol de se garantir a eficácia das normas constitucionais, sejam princípios ou regras, assim como a garantia da eficácia dos direitos fundamentais, têm sido importante vetor de promoção e concretização das promessas constitucionais – sociais, culturais, ambientais, econômicas - e do próprio Estado de Direito.

2.2 Preponderância dos Princípios

O positivismo, prosseguindo em sua crítica, entende que a escolha pela técnica da ponderação em detrimento da subsunção e pela aplicabilidade direta das normas-princípios ao caso concreto, gera insegurança jurídica e imprevisibilidade.

Para melhor entendimento dessa crítica do positivismo ao neoconstitucionalismo, se faz necessário delinear os elementos que fundamentam o próprio positivismo. Tal reflexão perpassa pela relação entre norma jurídica e realidade, entre Direito e Moral.

Segundo Friedrich Müller, a interpretação normativa positivista não passa de um silogismo lógico formal, pois o positivismo apregoa que se deve identificar o

conteúdo da norma para que o silogismo seja concluído e a norma aplicada. Em continuação:

Os métodos mencionados deverão oferecer a possibilidade de formular o teor da norma como premissa maior (*obersatz*), para que em seguida as circunstâncias de fato da vida lhe possam ser subsumidas como premissa menor (*untersatz*). O processo da decisão jurídica é apresentado como procedimento de dedução lógica, a realização do direito é apresentada na sua totalidade como um problema exclusivamente cognitivo (MÜLLER, 2005, p. 26).

Dessa forma, a interpretação positivista centra-se na subsunção do caso concreto à norma. O que se busca da interpretação normativa é a vontade objetiva do legislador. No entendimento do positivismo, o Direito é um sistema sem lacunas, pois o ordenamento jurídico é sistêmico e harmônico. A decisão judicial deve estar fundamentada em uma interpretação lógico formal, em uma subsunção estritamente lógica e com a supressão de todos os elementos sociais e morais, não refletidos pela regra em seu texto.

Em uma construção dialética, da crítica formulada pelo positivismo nasceu a crítica ao positivismo pelo neoconstitucionalismo. No entender do neoconstitucionalismo a interpretação normativa positivista não pode ser utilizada para a interpretação constitucional.

Dessa forma, o positivismo como teoria da norma e como metodologia não se aplica à interpretação constitucional em suas mais diversas facetas, pois o positivismo como ideologia sustenta que o Direito positivo somente pelo fato de ser positivo é justo e deve ser observado, pouco importando se em um caso concreto se demonstre injusto.

O positivismo como teoria pressupõe a lei ordinária como soberana, uma supremacia do Legislativo, enquanto que o constitucionalismo entende que a lei exerce papel hierarquicamente subordinado a Constituição. Por fim, o positivismo como metodologia é diretamente incompatível com o constitucionalismo, pois aquele separou Direito e moral, enquanto este se encontra repleto de princípios morais positivados (POZZOLLO, 2003, p. 194-195).

Não por acaso, no contexto do Estado de direito positivista, o entendimento de que o próprio direito se confunde com a lei, perpassa pela apreensão que se tem do princípio da legalidade:

El Estado de Derecho moderno nace, con la forma del Estado legislativo de Derecho, en el momento en que esta instancia alcanza realización histórica, precisamente, con la afirmación del principio de legalidad como criterio exclusivo de identificación del Derecho válido y antes aún existente, con independencia de su valoración como justo. Gracias a este principio y a las codificaciones que son su actuación, una norma jurídica es válida no por ser justa, sino exclusivamente por haber sido «puesta» por una autoridad dotada de competencia normativa (FERRAJOLI, 2009, p. 16).

Segundo Müller, o entendimento positivista da estrita legalidade e da interpretação do ordenamento normativo pelas regras da subsunção e interpretação gramatical, já não atendem às necessidades formuladas pelo novo direito constitucional, fortemente marcado pela presença de normas-princípios:

El estudio de la práctica jurídica demuestra que las interpretaciones gramatical y sistemática, por ejemplo, están obligadas a traspasar de distintas maneras los límites del texto normativo y su contexto. Hay que tener

en cuenta además que Savigny no desarrolló sus reglas de interpretación pensando en el Derecho Constitucional (MÜLLER, 1989, p. 114).

Para o neoconstitucionalismo, a passagem do Estado de direito legislativo para o Estado de direito constitucional trouxe consigo importantes conseqüências para o Direito como um todo. O Direito atual encontra-se composto por regras e princípios e observa-se que as normas legislativas são em sua maioria regras enquanto que as normas constitucionais, no que tange aos direitos fundamentais e a justiça social, são em sua maioria princípios.

Leciona Zagrebelsky:

Si el derecho sólo estuviese compuesto de reglas no sería insensato pensar en la “maquinización” de su aplicación por medio de autómatas pensantes, a los que se les proporcionaría el hecho y nos darían la respuesta. Estos autómatas tal vez podrían hacer uso de los principales esquemas lógicos para la aplicación de reglas normativas: el silogismo judicial y la subsunción del supuesto de hecho concreto en el supuesto abstracto de la norma. Ahora bien, tal idea, típicamente positivista, carece totalmente de sentido en la medida en que el derecho contenga principios (ZAGREBELSKY, 2007, p. 111).

Dessa forma, o entendimento das críticas elaboradas pelo neoconstitucionalismo ao positivismo legalista passa pela compreensão e diferenciação de regras e princípios. Ressalta-se, como será visto adiante, que o ponto nodal dessa questão encontra-se no conceito e aplicação concreta dos direitos fundamentais.

Em primeiro lugar, as regras são normas que se orientam pela técnica do tudo ou nada, ou seja, não há como ponderar regras aparentemente conflitantes.

A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstancias específicas, mas distinguem-se quanto a natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis a maneira do tudo ou nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão. (DWORKIN, 2002, p. 39).

Pelo método da subsunção o fato se submete ao suporte fático abstrato da regra e esta é aplicada ao caso concreto em tela. Os princípios, por outro lado, são normas semanticamente abertas, ponderáveis e quando colidentes não necessariamente eliminam a incidência da outra. No entendimento de Dworkin, os princípios, portanto, possuem uma dimensão que as regras não têm. A dimensão do peso ou importância dos princípios é verificada quando esses se inter cruzam – colidem – e o intérprete, para resolver o conflito, terá que levar em conta a força relativa de cada um (2002, p. 42).

Enquanto que as regras podem ser interpretadas tendo por objeto a vontade objetiva do legislador, expressa na construção gramatical da própria regra, os princípios mais do que analisados em sua linguagem precisam ser entendidos em seu *ethos* (ZAGREBELSKY, 2007, p. 110).

Nesse sentido:

En pocas palabras, a las reglas “se obedece” y, por ello, es importante determinar con precisión los preceptos que el legislador establece por medio de las formulaciones que contienen las reglas; a los principios, en cambio, “se presta adhesión” y, por ello, es importante comprender el mundo de valores, las grandes opciones de cultura jurídica de las que forman parte y a

las que las palabras no hacen sino una simple alusión (ZAGREBELSKY, 2007, p. 110).

As regras proporcionam ao jurisdicionado um critério objetivo para pautar suas ações. A regra, portanto, diz de forma clara e direta o que se deve e o que não se deve fazer, o que se é permitido e o que não é permitido. Enquanto que os princípios não dizem nada objetivamente, pois são critérios para se tomar posição diante de casos concretos que se apresentam ao julgador como difíceis ou não subsumidos a uma regra específica (ZAGREBELSKY, 2007, p. 111).

Nesse imbricado meio se insere a temática dos Direitos Fundamentais. No caso brasileiro, a aplicação e concretização dos direitos fundamentais pelos juízes, que afastam a incidência de uma regra que no caso concreto mostra-se injusta, para dar aplicabilidade a um direito fundamental, também passa pela interpretação principiológica, ou seja, pela ponderação em detrimento da subsunção.

Nesse contexto, faz-se necessário analisar a questão do suporte fático das regras e dos princípios constitucionais, principalmente dos direitos fundamentais (ZAGREBELSKY, 2007, p. 110). As regras possuem suporte fático abstrato, ou seja, toda regra por possuir um suporte fático abstrato antevê de forma objetiva e geral um acontecimento fático que se dá no mundo real. Assim, quando um fato concreto se subsume a um suporte fático abstrato de uma regra, aplica-se essa regra (SILVA, V. A.; 2009, p. 67).

Pontifica Virgílio Afonso da Silva, que:

Suporte fático abstrato é o formado, em linhas gerais, por aqueles fatos ou atos do mundo que são descritos por determinada norma e para cuja realização ou ocorrência se prevê determinada consequência jurídica: preenchido o suporte fático, ativa-se a consequência jurídica. Suporte fático concreto, intimamente ligado ao abstrato, é a ocorrência concreta, no mundo da vida, dos fatos ou atos que a norma jurídica, em abstrato, juridicizou (2009, p. 67).

No tocante aos direitos fundamentais, leciona Virgilio Afonso da Silva que, embora o conceito de suporte fático tenha se desenvolvido melhor no âmbito das normas penais, no caso do direito constitucional o conceito de suporte fático dos direitos fundamentais é de suma importância para sua concretização e aplicação, pois:

Embora normalmente sem referência à expressão “suporte fático” ou a alguma teoria sobre ele, é comum que se pergunte se esse ou aquele ato, fato ou estado é protegido por essa ou aquela norma que garante um direito fundamental, ou se essa ou aquela ação estatal configura, ou não, uma intervenção nesse âmbito de proteção. (...) Assim, as consequências do que se entende por suporte fático e, sobretudo, de sua extensão são enormes e de vital importância na teoria e na prática dos direitos fundamentais (SILVA, V. A.; 2009, p. 68).

Dessa forma, o método de se aplicar um direito fundamental, subsunção, sopesamento, ponderação, dependem diretamente da extensão atribuída ao suporte fático dos direitos fundamentais. Em síntese, um suporte fático restrito restringe a aplicação de um direito fundamental, enquanto um suporte fático amplo otimiza sua aplicação.

No entender de Virgilio Afonso da Silva:

[...] é fácil perceber, que um modelo que se baseia na redução a priori do âmbito de proteção dos direitos fundamentais – um conceito que apresentava

exclusivamente teórico-analítico – tende a significar também uma garantia menos eficaz desses direitos nas atividades legislativa e jurisdicional, por excluir da exigência de fundamentação uma série de atos que inegavelmente restringem direitos”. (SILVA, 2009, p. 125).

Mormente a questão da arbitrariedade ou decisionismo judicial no tocante aos direitos fundamentais e aos princípios constitucionais, cabem algumas considerações sobre a ponderação.

Ana Paula de Barcellos leciona que em uma primeira fase da ponderação deve-se buscar identificar a existência, ou não, de um conflito normativo, ou seja, se existem enunciados normativos presentes no ordenamento jurídico fundamentando as normas que aparentemente se encontram em conflito e, posteriormente, ordená-los de acordo com a solução que apresentam para o caso em tela. Em um segundo momento, a ponderação se conforma em uma necessidade de comprovação da importância de cumprimento do princípio em sentido contrário. Nesse segundo momento é que ocorre a consumação da ponderação, pois, deve ser indicada a relação de primazia entre um princípio e outro (BARCELLOS, 2005, p. 97-99).

Nessa testilha, cabe ao juiz-intérprete examinar as circunstâncias do caso concreto em espeque e sobre sua repercussão sobre os elementos normativos constitucionais. Essa atividade, segundo Barcellos, realizar-se-á em duas etapas muito tênues, que são explicitadas pela autora da seguinte forma:

Em primeiro lugar, o intérprete terá que destacar, dentre todas as circunstâncias do fato que caracterizam a hipótese, aquelas que ele considera relevantes. [...] Em segundo lugar, e as duas questões estão interligadas, os fatos relevantes terão influência sobre o peso ou a importância a ser reconhecida aos enunciados identificados na fase anterior e as normas por eles propugnadas (BARCELLOS, 2005, p. 116).

Nesse sentido, a última etapa da ponderação será aquela em que se comprova que a importância da concretização do princípio colidente, em sentido contrário, justifica o prejuízo ou não cumprimento do outro.

A título de finalização dessa segunda crítica do positivismo ao neoconstitucionalismo, qual seja, a de que a aplicação direta e preponderante dos princípios e direitos fundamentais, em detrimento das regras, acarretam insegurança jurídica. Pode-se aferir que tal discurso, além de conservador e restritivo quanto à aplicação dos direitos fundamentais positivados na Constituição, somente guarda alguma razão quando a aplicação de um princípio constitucional e o uso da ponderação para afastar a incidência de uma regra é realizada de forma arbitrária (ÁVILA, [online], 2009, p. 18).

2.3 A panconstitucionalização⁸

Dentre as características do neoconstitucionalismo encontra-se o que a doutrina tem conceituado como a constitucionalização do Direito em seus mais variados ramos (BARROSO, [online], 2007, p. 19-34). Defendem que as normas constitucionais

⁸ “Sem embargo, o discurso na doutrina brasileira sobre o tema da constitucionalização do direito é quase sempre apologético. [...] Afirma-se que constitucionalizar o ordenamento jurídico implica em aperfeiçoá-lo e aproximá-lo dos ideais de justiça – igualdade, liberdade, solidariedade etc – presentes no texto magno. [...] Porém, na nossa opinião, falta, no Brasil, problematizar a questão, mostrando também o outro lado da moeda: os perigos que uma “panconstitucionalização” do Direito, ou mesmo uma constitucionalização metodologicamente descontrolada, podem encerrar”. (SARMENTO, 2007, p. 115).

irradiam por todo o ordenamento jurídico de forma que contribui para aproximar o ordenamento dos valores emancipatórios contidos no texto constitucional.

A Constituição não é vista mais como uma simples *norma normarum* – cuja finalidade principal é disciplinar o processo de produção de outras normas. Ela passa a ser enxergada como a encarnação dos valores superiores da comunidade política, que devem fecundar todo o sistema jurídico (SARMENTO, [online], 2010).

Dessa forma, no plano da decisão judicial cabe ao intérprete aplicar diretamente as normas constitucionais à realidade social, também interpretar todas as normas infraconstitucionais à luz da Constituição, dando-lhes o sentido que mais os aproxime dos objetivos e valores constitucionais. Essa constitucionalização do direito defendida pelo neoconstitucionalismo é aquela que promove uma interpretação extensiva e irradiante dos direitos fundamentais e dos princípios constitucionais para todo o ordenamento jurídico. Trata-se de uma oxigenação do ordenamento jurídico pela Constituição.

Nesse ínterim, a crítica positivista ao neoconstitucionalismo assenta-se na perspectiva de casos extremados em que a constitucionalização arbitrária do Direito acaba amputando em demasia a liberdade do legislador. Novamente atribui-se um caráter antidemocrático ao neoconstitucionalismo. De fato, a defesa de que tudo já se encontra decidido pela Constituição e que ao legislador cabe ser um mero executor das medidas já previstas na Constituição, por consequência, nega a autonomia política ao povo, para que as diferentes gerações em diferentes momentos históricos possam realizar suas próprias escolhas sem a necessidade de uma nova constituinte.

Paulo Ricardo Schier percebe o panconstitucionalismo, ou fundamentalismo constitucional, por exemplo, no uso exacerbado do princípio da dignidade da pessoa humana:

Isso tem gerado, reitere-se, uma compreensão inadequada da chamada dogmática constitucional principialista, eis que, por certo, nem tudo pode ser reconduzido aos princípios e, até mesmo, ao princípio da dignidade da pessoa humana. Ademais, este esforço tem sido tributário de um pensamento, aliás inaceitável, panconstitucionalista (SCHIER, [online], 2006, p. 20).

Desta forma, o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, por exemplo, tem sido arbitrariamente utilizado como um princípio “coringa”, que pode ser aplicado em qualquer caso e de qualquer maneira. Casos de pouca complexidade, em que a simples subsunção à regra infraconstitucional poderia solucionar o caso, têm sido, antes, solucionados com a rebuscada e inadequada incidência do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

No que se refere a incidência do princípio da dignidade da pessoa humana nas relações de trabalho, como uma eficácia horizontal de um direito fundamental, segundo Francesco Santoni, a dignidade da pessoa humana está:

Ligada à garantia mais geral da personalidade humana e identificada, ao mesmo tempo, com as liberdades fundamentais que caracterizam o *status civilis*, não só na Constituição italiana, mas também em muitas Constituições de muitos países latino-americanos, mesmo se nestes últimos nem sempre se possa encontrar uma legislação ordinária que vise dar cumprimento à exigência de proteção dos trabalhadores diante dos poderes da empresa. (SANTONI, 1996, p. 181).

Máxime a crítica ao neoconstitucionalismo partir principalmente do positivismo, mesmo a doutrina neoconstitucionalista mais avançada tem entendido a constitucionalização fundamentalista do Direito como prejudicial ao jogo democrático e aos próprios jurisdicionados, pois gera insegurança e dependência do entendimento subjetivo do julgador.

As críticas realizadas ao panconstitucionalismo contrapuseram a técnica da filtragem constitucional⁹. Tem-se, nesta senda, a constitucionalização do direito infraconstitucional e horizontalização dos direitos fundamentais, ou seja, sua aplicabilidade também nas relações particulares. Nesse caso, o que tem irradiado da Constituição para os diversos ramos do Direito também tem sido os direitos fundamentais e os princípios. Todavia, sua irradiação é pautada pela valorização da argumentação jurídica e da racionalidade, valorização e respeito também das regras (SARMENTO, 2007, p. 113-148).

Não se pode aceitar o reducionismo que se encontra na ideia de que a aplicabilidade direta da Constituição e a irradiação de suas normas-princípios aos demais ramos do Direito, necessariamente leve ao decisionismo judicial e a exclusão do modelo de interpretação das normas-regras. Antes, a concretização dos direitos fundamentais, positivados no texto constitucional, assegura ao Direito, principalmente o constitucional, a sua utilização enquanto um instrumento de poder em prol de uma emancipação humanitária e social, com destaque para as categorias sociais mais desfavorecidas, quais sejam, as dos não proprietários de qualquer meio de produção.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Assenta-se que o neoconstitucionalismo, como novo paradigma jurídico-filosófico para interpretar e concretizar as normas constitucionais, destacando-se os princípios e os direitos fundamentais, ambos polissêmicos ou semanticamente abertos, tem sido desenvolvida e construída pela doutrina contemporânea desde o pós-segunda guerra mundial (1945) e, no caso brasileiro, desde a promulgação da Constituição da República em 1988.

As razões que determinaram as diferenças metodológicas entre o positivismo formalista e o neoconstitucionalismo, são encontradas na inaplicabilidade do método positivista à interpretação constitucional, pois, a Constituição não é formada somente por regras, mas por regras e princípios (ZAGREBELSKY, 2007). A necessidade de uma melhor interpretação para as normas-princípios, as quais foram conferidas aplicabilidade, surtiu efeitos na conformação dessa nova hermenêutica constitucional. O neoconstitucionalismo caracteriza-se pela técnica da ponderação, sopesamento e concretização dos direitos fundamentais (ALEXY, 1993; BARCELLOS, 2005).

De fato, não se pode falar em um modelo unicamente adequado para o atual momento do Direito brasileiro. Tanto os críticos mais ferrenhos ao neoconstitucionalismo, alinhados com o positivismo clássico, como os próprios neoconstitucionalistas mais modernos, sublinham objeções à ideia de se afastar totalmente à incidência das regras (ÁVILA, [online], 2009).

⁹ A filtragem constitucional, ou a constitucionalização do direito infraconstitucional, propõe o resgate da dignidade normativa do Direito, como um todo, e especificamente do Direito Constitucional, possibilitando vislumbrá-los como instrumentos de atuação, intervenção e transformação da realidade social injusta, na medida em que suas normas, produto de uma constituinte democrática, dialogam com aquela estrutura da qual, anteriormente, eram vistas como simples reflexos. Objetiva-se a recuperação do espaço jurídico enquanto espaço de lutas e, também, de emancipação. Cf. SCHIER, 2006.

O decisionismo é fruto do fundamentalismo constitucional, também chamado de panconstitucionalismo, e colabora para a corrosão da divisão harmônica dos poderes (POZZOLLO, 2003; SANCHÍS, 2003; SCHIER, 2005). No caso mais emblemático do Legislativo, o panconstitucionalismo tem contribuído para a sua crise de representatividade institucional. No Brasil, cada vez mais se espera que o STF decida e legisle positivamente sobre questões polêmicas do que aguardar uma decisão do legislador.

Todavia, o papel desempenhado pela jurisdição constitucional, tanto nos juízos monocráticos como nos Tribunais, na concretização dos direitos fundamentais tem sido de suma importância. A ação “constitucionalizadora” do Judiciário tem sim garantido as promessas constitucionais em um sem número de casos. Mas, ressalta-se, como sublinhado no texto acima, a necessidade do uso racional e metodológico das técnicas desenvolvidas pela doutrina para se trabalhar com o Direito Constitucional (MÜLLER, 2005).

Diante do exposto, devem-se rechaçar as concepções mais radicais do neoconstitucionalismo, que podem até arrancar aplausos, mas não se coadunam com os princípios fundamentais de segurança jurídica, democracia e liberdade. Rechaça-se uma concepção que despreze o papel protagonista das instâncias democráticas na definição do Direito, que em nome da supremacia constitucional quebre a divisão harmônica que deve existir entre os Poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário).

Antes, pugna-se por um neoconstitucionalismo que respeite o jogo democrático, que reconheça e valorize a irradiação dos valores constitucionais pelo ordenamento jurídico, pela atuação firme e racional de um Judiciário que assegure a proteção e promoção dos direitos fundamentais e dos pressupostos da democracia. Em suma, uma concepção que *re-conecte* o Direito com as exigências de uma justiça e moralidade críticas, sem adentrar pelas categorias metafísicas do jusnaturalismo, já superado pelo esforço do próprio positivismo clássico.

Nesse sentido, cabe ao neoconstitucionalismo pautar-se pela filtragem constitucional, sem descartar a importância das regras e da subsunção, mas abrindo espaço para a incidência dos princípios e da ponderação, tendo por objetivo racionalizar seu uso (SCHIER, [online], 2006).

Irradiar racionalmente o Direito Constitucional, pelos mais diversos ramos do Direito, é oxigenar o ordenamento jurídico e manter a própria Constituição viva e concatenada a uma relação alopoiética com a sociedade. A Constituição regula, transforma e reconhece o povo e esse reconhece e transforma a Constituição.

Por fim, a imbricada ligação entre Direito e moral no contexto teórico-normativo neoconstitucional impõe a necessidade de se considerar essa moralização sobre bases críticas e racionalmente fundamentadas. O moralismo conservador, superado pela legislação moderna, não pode voltar através da argumentação jurídica dos intérpretes que, com lastro em conceitos vagos como “bons costumes” e “ordem pública”, dão azo a arbitrariedades em detrimento à interpretação mais assente com a constituição (SARMENTO, [online], 2010).

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 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 em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: 26 set. 2013.

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

BARROSO, Luis Roberto. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do direito*. (O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil). **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 9, março/ abril/ maio, 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em: 19 set. 2013.

_____. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2009.

CANOTILHO, José J. Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

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

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: RT, 2007.

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

FERRAJOLI, Luigi. *Pasado y futuro del Estado de derecho*. In: CARBONELL, Miguel (org). *Neoconstitucionalismo(s)*. 3 ed. Madrid: Trotta, 2009.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Coimbra: Coimbra, 1998.

MÜLLER, FRIEDRICH. *Tesis acerca de la estructura de las normas jurídicas*. CEPC: Madrid, 1989.

_____. **Métodos de Trabalho de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

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

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

SARMENTO, Daniel. Ubiquidade Constitucional: Os Dois Lados da Moeda. p. 113 - 148. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de & SARMENTO, Daniel (coords.). **A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____. Interpretação Constitucional, Pré-Compreensão e Capacidades Institucionais do Intérprete. In: **Vinte Anos da Constituição Federal de 1988**. SOUZA NETO, Claudio

Pereira de; BINEMBOJN, Daniel Sarmiento e Gustavo (Org.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: **Por um constitucionalismo inclusivo: história Constitucional Brasileira, Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. Disponível em: <http://www.editoraforum.com.br/sist/conteudo/lista_conteudo.asp?FIDT_CONTEUDO=56993>. Acessado em: 05 set. 2013.

SANTONI, Francesco. **Princípios para um Código-Tipo de Direito do Trabalho para a América Latina**. São Paulo: LTr, 1996.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais: na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2012.

SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação Constitucional e Sincretismo Metodológico. p. 115 – 143. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). **Interpretação Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2009.

SCHIER, Paulo Ricardo. **Direito Constitucional: anotações nucleares**. Curitiba: Juruá, 2005.

_____. **Novos desafios da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo**. 2006. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 24 set. 2013.

_____. **Constitucionalização do direito no contexto da Constituição de 1988**. Texto inédito, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. O problema da decisão jurídica em tempos pós-positivistas. In: **Revista Eletrônica - Novos Estudos Jurídicos**. Vol. 14, nº 02, 2º quadrimestre de 2009, p. 03-26. Disponível em: <<http://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/1766/1406>>. Acesso em: 20 set. 2013.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Poder Judiciário: crise, acertos e desacertos**. São Paulo: RT, 1995.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Trotta: Madrid, 2007.