

Do positivismo ao pós-positivismo jurídico

O atual paradigma jusfilosófico constitucional

Ricardo Vieira de Carvalho Fernandes e
Guilherme Pereira Dolabella Bicalho

Sumário

Introdução. 1. O positivismo jurídico. 2. O pós-positivismo jurídico. 2.1. A questão dos valores: abertura valorativa do sistema. 2.2. Normas jurídicas: princípios e regras. 2.3. Constituição: *locus* principal dos princípios. 2.4. Aumento do foco político no Judiciário. 2.5. Alguns excessos de correntes extremadas do pós-positivismo: um alerta necessário. Conclusão.

Introdução

O neoconstitucionalismo é em essência uma nomenclatura utilizada para informar um novo direito constitucional, composto por pensamentos ora coincidentes, ora até mesmo antagônicos em relação ao constitucionalismo clássico. Uma das características do neoconstitucionalismo é estruturar-se sobre a perspectiva filosófica do pós-positivismo¹. Nesse contexto, a busca de uma identidade para esse pensamento jusfilosófico atual é um problema que necessita de investigação mais aprofundada. É essa pesquisa que se propõe no presente trabalho.

Diante do inicialmente exposto, o objetivo do presente estudo será a identificação de características do pós-positivismo – pen-

Ricardo Vieira de Carvalho Fernandes é Doutorando em Direito pela Universidade de Brasília (UnB), Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Uberlândia (UFU), pós-graduado em Direito Público, é professor de Direito Constitucional e Direito Tributário do UniCEUB/DF, Procurador do Distrito Federal, advogado e consultor em Brasília.

Guilherme Pereira Dolabella Bicalho é Mestrando em Direito pela Universidade de Brasília (UnB), pós-graduado em Direito da Economia e da Empresa pela Fundação Getúlio Vargas (FGV), é professor de Direito Tributário do Instituto dos Magistrados do Distrito Federal (IMAG/DF), Procurador do Distrito Federal, advogado e consultor em Brasília e Belo Horizonte.

¹ Nesse sentido, ver Luis Roberto Barroso (2007, p. 22) e George Marmelstein (2008, p. 10-15). Este último, em que pese não utilizar o termo neoconstitucionalismo, baseia sua teoria dos direitos fundamentais na perspectiva do pós-positivismo.

samento filosófico basilar, orientador, para a interpretação e concreção da legislação constitucional – identificadas no pensamento de autores contemporâneos que se propõem a estudar o tema, tecendo-se algumas comparações entre eles.

Para atingir os objetivos propostos, foi utilizada pesquisa bibliográfica em que se buscou identificar os trabalhos científicos mais relevantes sobre o tema, com o objetivo de realizar um trabalho com amplitude suficiente para sua utilização como revisão bibliográfica a demonstrar a realidade social estudada.

1. Positivismo jurídico

Muitas vezes o direito foi responsável por sacrificar um de seus grandes objetivos – a justiça – em nome da segurança jurídica. Mas isso teve uma explicação. Na transição da idade média para a moderna, de meados do século XVIII ao início do século XIX, a sociedade reclamava limites ao poder concentrado e ilimitado do soberano. Buscavam-se barreiras aos arbítrios dos reis absolutistas.

Os movimentos constitucionais modernos, cuja origem remonta às criações da Constituição francesa de 1791 e da Constituição dos Estados Unidos de 1787, trouxeram consigo também um mito no sistema jurídico: a lei. Esse instrumento conformador da liberdade dos cidadãos passa a ser considerado o único a legitimar a limitação dos seus direitos. Somente a lei válida poderia impor obrigações aos cidadãos. A lei e o primado da soberania popular ganham tamanha importância que são alçados a um patamar de dogma (MENDES et al., 2007, p. 176-180).

Roger Aguiar (2004, p. 146) condensa o pensamento da época ao aduzir que a “colocação da lei no patamar de um comando estratificado, abstrato e absolutamente coercitivo atendia certamente ao reclamo da sociedade da época, em repúdio aos desmandos e extravagâncias produzidos

pelo absolutismo”. E qual era o reclamo da sociedade: *a limitação do soberano*, a imposição de balizas às suas arbitrariedades.

A lei passa a ser considerada a expressão máxima da soberania popular, soberania essa que é considerada o fundamento central para a criação dos Estados modernos. “O povo não poderia ser apenas o autor da Constituição, mas tinha de ser o soberano, sem se deixar travar pela Constituição. A visão radical da soberania popular ganha espaço” (MENDES et al., 2007, p. 176).

A representação política, nesse contexto, “tem como ponto de partida a teoria da soberania nacional e a soberania nacional conduz a um governo representativo” (CANOTILHO, 2003, p. 113). A titularidade do poder passa a ser atribuída ao povo, mas para o seu exercício era necessária a delegação desse poder aos seus representantes, os quais seriam então os únicos legitimados para confeccionar a maior expressão da vontade popular – a lei. Esse pensamento foi imortalizado no art. 6º da Declaração francesa de 1789, o qual dispunha que a lei “é a expressão da vontade geral”. E continuava: “Todos os cidadãos têm o direito de concorrer, pessoalmente ou através dos seus representantes, para a sua formação”.

Com esses fundamentos, criou-se um ambiente extremamente favorável à supervalorização desse diploma normativo. A lei adquire, então, um novo *status*, nunca visto na história. A sociedade necessitava *afastar* a abertura do sistema jurídico *aos valores jusnaturais*, uma vez que muitas atrocidades eram realizadas em nome do Direito e de seus princípios naturais (religiosos ou não). Nesse contexto, buscava-se *segurança jurídica e objetividade do sistema*, e o Direito positivo cumpriu bem esse papel.

Essa mudança, decorrente também da estruturação do Estado moderno, ocorreu sobre três pilares. O primeiro refere-se à *posição da norma positiva no sistema*. Como dito, a lei passa a ganhar mais relevância jurídica que os postulados principiológicos, a ponto de afastar os princípios não posi-

tivados do ordenamento, ou no mínimo retirar-lhes a força normativa. As normas de conduta passam a ser adstritas à lei, a qual passa a ser o ponto central de conformação da sociedade. Com isso, os códigos são transportados para o centro do Direito.

O segundo trata do *modo de confecção* desse diploma normativo. Antes desse momento, a lei não se formava a partir de construções teóricas, mas, sim, de um estudo dos casos concretos, fruto do legado romano. A formulação de leis passava por uma minuciosa análise dos casos concretos e das soluções aplicáveis aos mesmos. Na modernidade, as leis adquirem “um caráter de abstração desconhecido em épocas pretéritas, passando a expressar um padrão de comportamento contido em uma relação obrigatória entre uma hipótese abstrata e sua consequência” (AGUIAR, 2004, p. 145).

O terceiro é quanto à *forma de aplicação das leis*. A partir de então, a lei passa a prever uma solução *a priori*, sendo aplicada ao caso concreto por meio de um método dedutivo. Passa a ser um “comando estratificado, abstrato e absolutamente coercitivo” (Idem, p. 146), não permitindo soluções criadas *a posteriori* de sua confecção, ou seja, os efeitos decorrentes da aplicação da norma são conhecidos anteriormente a sua concreção, o que atendia a uma necessidade de proteção dos indivíduos em face dos desmandos dos soberanos absolutistas. Ganha-se em segurança jurídica e objetividade.

É nesse contexto que surge o *positivismo jurídico*² contrapondo-se ao jusnaturalismo

² O objeto do presente estudo não se aproxima do positivismo jurídico, o qual é trazido para seu interior tão somente para demonstrar as peculiaridades do pós-positivismo. Por isso, não há qualquer pretensão de aprofundamento nesse campo filosófico. Para aprofundamento da origem histórica e espécies do positivismo jurídico, ver a obra de Norberto Bobbio intitulada *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito* (2006, *passim*). Há ainda que se destacar o alerta de Gustavo Biscaia de Lacerda (2009) de que o esforço de buscar um denominador comum para a expressão *positivismo* é um erro em face de deixar de lado importantes aspectos particulares de cada teoria

1) por valer apenas em *alguns lugares*, ao contrário deste, que vale em toda parte; 2) por ser *mutável*, enquanto este é imutável no tempo; 3) por ter *fontes* distintas deste; 4) por ser conhecido “através de uma declaração de vontade alheia (promulgação)”, em contrapartida a este, que é conhecido através da razão; 5) porque, em seu *objeto*, os comportamentos são por si mesmos indiferentes, “assumem uma certa qualificação apenas porque (e depois que) foram disciplinados de um certo modo pelo direito positivo”, enquanto neste os comportamentos são bons ou maus em si mesmos; e, por último, 6) em face do critério da valoração das ações: aquele estabelece aquilo que é útil, enquanto este, aquilo que é bom.

O direito natural é empurrado “para a margem da história pela ascensão do positivismo jurídico, no final do século XIX” (BARROSO, 2007, p. 22). O positivismo jurídico surge, então, em contrapartida ao jusnaturalismo com vistas a buscar a objetividade do sistema e, para tanto, “equipara o direito à lei” (Idem). O Direito passa a ser produção da vontade humana a partir de sua criação pelo Estado através da lei. Conforme Gustavo Biscaia de Lacerda (2009), esse pensamento teve o condão de embasar a superação do jusnaturalismo, a separação do Direito do divino e a limitação do poder soberano pela lei, bem como afastar a abertura do sistema jurídico aos valores jusnaturais, uma vez que muitas atrocidades – como a caça às bruxas, a perseguição aos cientistas, etc. – eram realizadas em nome do Direito e de seus princípios naturais (religiosos ou não).

Modernamente, é centrado nas ideias³ de Augusto Comte e tem em Kelsen e, pos-

ou escola. Todavia, para o presente estudo, com vistas a não perder o foco no objeto proposto, a inclusão de suas várias correntes em uma só roupagem far-se-á necessária.

³ Impende frisar que não se pretende neste estudo o aprofundamento na contribuição de teóricos positivistas ou na forma como se moldam seus critérios de aferição de validade da norma jurídica. A rápida

teriormente, em Hart seu apogeu⁴. Comte, considerado por alguns, como Gustavo de Lacerda (2009), como o fundador do positivismo, abandona a busca de causas religiosas para centrar seu pensamento na busca empírica nos próprios fenômenos observáveis, propondo a “separação entre Igreja e Estado”. O ponto central de sua obra é a tentativa de separar a religião de aspectos racionais (Ibidem).

Hans Kelsen (1994), mais tarde, coroa o positivismo iniciado por Comte com sua Teoria Pura, estabelecendo o *positivismo jurídico* ou *juspositivismo* (LACERDA, 2009). Para ele, o direito deveria ser considerado como tal, independente de outras ciências ou da moral. As fontes do Direito “têm que ser buscadas apenas no próprio Direito, excluindo-se as fontes extrajurídicas, como hábitos e costumes compartilhados, além de valores disseminados socialmente” (Idem). O estudo do Direito deveria ser desprovido de valores; a moral seria extrínseca ao ordenamento jurídico. Ele não ignorou a carga valorativa que informa o fato jurídico, mas simplesmente ressaltou a necessidade de o fenômeno jurídico ser analisado como tal; independentemente de outras áreas do conhecimento.

É de grande importância a posição dos valores na concepção de Direito em Kelsen. Para ele, a norma superior sustenta a validade das normas inferiores, mas até onde? Esta cadeia de validade precisa encontrar o elemento de validade em uma última norma superior (KELSEN, 1994, p. 215-216). Então, o fundamento de validade de todo o sistema se baseia na *norma fundamental*, que se mostra como o fato produtor de normas, cuja essência é dinâmica, pressuposta, na qual todo conteúdo pode ser inserido no

direito; não se confunde com a Constituição, que é o conteúdo estático desta norma (Idem, p. 217-221). A norma fundamental, pressuposta e dinâmica, insere-se no sentido lógico-jurídico de Constituição, enquanto a Constituição vigente, em sentido jurídico-positivo (Ibidem, p. 222).

Assim, a justiça estaria na própria lei, cabendo ao aplicador do direito aferir tão somente a validade formal da norma e não a justiça ou correção de sua aplicação, uma vez que a norma fundamental que valida todo sistema é condição lógico-transcendente, desprovida de conteúdo valorativo (KELSEN, 1994, p. 225-228). A positivação de uma norma que fosse identificada como válida seria a forma de aferição do conteúdo material do direito – a verificação da validade da norma ocorre por meio de sua compatibilidade com a Constituição. Se determinado conteúdo foi positivado, deve ser entendido como *reto e justo* (KELSEN, 2000).

Em sua ótica, o conteúdo valorativo de uma norma era dado pelo legislador, não cabendo ao hermenêuta a identificação do substrato axiológico da norma quando de sua aplicação concreta. O ordenamento jurídico, para ele, não contemplava uma aplicação valorativa da norma, ou qualquer pauta de correção. A questão se limitava ao aspecto de validade da lei e não de seu conteúdo. Se fosse válida, deveria ser aplicada conforme o legislador a concebeu. Alfonso García Figueroa (2009a, p. 224, tradução nossa) destaca que, para Kelsen, “o direito pode ter ‘qualquer conteúdo’”, uma vez que a aferição de legitimidade tem um caráter formal.

Hebert Hart (1996) contribui com o positivismo jurídico no que se refere à análise do critério de verificação da validade da norma – ponto central do positivismo. Em seu pensamento, que ganhou a análise e crítica de Dworkin (2002), informa que a validade da norma passa por sua aceitação como obrigatória pelo grupo por ela regido. Outra inovação do autor é considerar duas espécies de regras: as primárias, de *obriga-*

análise das principais teorias que ora se apresenta é suficiente para o prosseguimento da investigação.

⁴ Bobbio (2006, p. 25-130) traça os aspectos históricos, seus representantes e as várias correntes na Alemanha, França e Inglaterra, mas, para o presente estudo, os três autores indicados são suficientes para demonstrar as características do fenômeno.

ção, dizem respeito ao que as pessoas devem ou não fazer, como formas de controle social; e as secundárias, em que se inclui a *regra de reconhecimento*⁵, asseguram que as regras primárias possam ser criadas – se uma norma é válida, significa que ela satisfaz aos critérios da regra de reconhecimento; categorias complexas não previstas por seus antecessores. Mas continua a entender o direito distante das questões valorativas ou morais⁶. Após a sua morte, Joseph Raz, seu discípulo, passa a ser o maior expoente vivo do positivismo jurídico.

Carl Schmitt (1961) também advogou contra a admissão da moral na concreção do Direito. Na obra *A Tirania dos Valores* (título original: *Die Tyrannei der Werte*) de 1960, o autor defende a ideia de que não é possível ordenar o direito e a política pelos valores, uma vez que estes têm uma forte expressão subjetiva. Critica o crescimento da importância de valores excludentes e de flutuação livre nos contextos jurídico, político e ideológico.

Em suma, a questão central para o positivismo gira em torno da *segurança jurídica*, enquanto o ponto relativo à *justiça* da aplicação de uma norma restringe-se ao aspecto de sua *validade*, sob o prisma *formal* (Kelsen, Joseph Raz, Hart – em sua visão anterior). O aplicador do direito não realiza a verificação se os efeitos, quando da concreção, são bons ou ruins, justos ou injustos, há somente a

⁵ A regra de reconhecimento é responsável pela identificação de quais *regras de obrigação* serão unificadas de modo a não evitar dúvidas sobre sua aplicabilidade. Ela é um fato, e não uma presunção, como em Kelsen. É uma regra secundária que informa como os juízes reconhecem a norma válida. Há ainda as *regras de alteração* que permitem a inserção de novas regras primárias no sistema e as *regras de julgamento* identificam que indivíduos devem julgar e qual as regras processuais para tanto.

⁶ Sua posição original foi revista em alguns aspectos em face das fortes críticas de Dworkin. O exposto nesse parágrafo faz parte de sua tese originária, antes da incorporação de seu Pós-escrito à obra *O Conceito de Direito*. A partir de então, ele aceita uma possibilidade de a regra de reconhecimento adotar algum aspecto material, substantivo, moral, com o objetivo de evitar as incorreções do sistema.

aferição de sua validade, o sistema não adota uma pretensão de correção. Portanto, os aspectos morais são extrínsecos ao direito⁷.

O positivismo, nas palavras de Dworkin (2002, p. 27-28), pode ser resumido em três preceitos-chave: (a) acreditar o direito como “um conjunto de regras especiais utilizado direta ou indiretamente pela comunidade com o propósito de determinar qual o comportamento será punido ou coagido pelo poder público”, regras essas que são aferidas quanto a sua validade (*pedigree*); (b) caso não se encontre uma solução dentro do direito (conjunto de regras) para uma determinado fato, o aplicador da norma deve ir “além do direito na busca de algum outro tipo de padrão que o oriente na confecção de nova regra jurídica ou na complementação de uma regra jurídica já existente”; e (c) dizer que “alguém tem uma ‘obrigação jurídica’ é dizer que seu caso se enquadra em uma regra jurídica válida que exige que ele faça ou se abstenha de fazer alguma coisa. (...) Na ausência de tal regra jurídica válida não existe obrigação jurídica”.

O positivismo jurídico é então entendido como *ciência da legislação positiva*, que “pressupõe uma situação histórica concreta: a concretização da produção jurídica em uma só instância constitucional, a instância legislativa” (ZAGREBESLKY, 2007, p. 33, tradução nossa). Seu significado supõe uma redução de tudo o que pertence ao mundo jurídico, à lei, incluindo os direitos e a justiça, simplificação que concebe o trabalho dos juristas como mero serviço da lei, com a busca pura e simples da vontade do legislador.

Alfonso García Figuerola (2009a, p. 17, tradução nossa) aduz que o que se modifica com a transposição do direito natural para

⁷ A inexistência de alguma abertura axiológica na aplicação da norma fez com que normas absolutamente injustas fossem aplicadas pelos juízes sem a possibilidade de sua correção, como as já citadas *leis de Nuremberg*, ou na Itália as *leis facistas*, ou no Brasil os *Atos Institucionais* pós-64. Para Luis Roberto Barroso (2007, p. 22), foram as barbáries sobre a proteção da legalidade que promoveram a decadência do positivismo após a Segunda Guerra.

o direito positivo é o título da legitimação: “já não é a autoridade dos doutores, senão a autoridade da fonte de produção [legislador como único legitimado à produção jurídica]; não a verdade, senão a legalidade; não a substância, é dizer, a intrínseca justiça, senão a forma dos atos normativos”.

Qual seria o papel dos princípios segundo essa vertente jusfilosófica? No positivismo, os princípios têm uma natureza *supletiva* ou *interpretativa*, diferentemente da fase jusnaturalista anterior, em que eles poderiam regular a conduta das pessoas. Nas palavras de Mamari Filho (2005, p. 17), a natureza dos princípios gerais é “ eminentemente supletiva, integradora, na medida em que se admite que o sistema de leis (positivas) é incapaz de regular todas as situações havidas na vida cotidiana”.

Os princípios ainda detinham outras funções: eram utilizados para dirigir a interpretação dos operadores do direito, orientar o legislador e também como uma espécie de *lex legum*, garantindo homogeneidade na sucessão das leis. Dessa forma, os princípios entram nos textos legais como *fonte normativa subsidiária*; são inseridos nas normas positivas, bem como nos textos teóricos, mas com uma posição supletiva ou interpretativa. Nessa perspectiva, são verdadeiros “tapa buracos” do sistema (SCHIER, 2005, p. 116).

Zagrebelsky (2007, p. 112) demonstra claramente qual era a posição dos princípios segundo essa corrente. As normas de princípio, contenedoras de fórmulas vagas, referências ético-políticas, formulavam promessas não realizáveis no momento; esconderiam, pois, um vácuo jurídico e “produziriam uma contaminação das verdadeiras normas jurídicas com afirmações políticas, proclamações de boas intenções, etc. Estas normas não poderiam ser alegadas perante um juiz (...) [pois] aumentariam a desconfiança no direito” (ZAGREBELSKY, 2007, p. 122, tradução nossa). Sua operatividade como autêntico direito estaria sujeita a uma intermediação legislativa. Ou seja, não se portavam como direitos subjetivos.

Portanto, não poderiam ser vindicadas em juízo. Essas normas teriam uma importância “exclusivamente política ou virtual” (Idem, p. 113, tradução nossa).

O positivismo teve seus louros ao criar consistentes fundamentos para o direito se estabelecer como ciência e para a efetivação da *segurança jurídica* e da liberdade diante dos desmandos dos reis absolutos; criou limites racionais aos arbítrios do poder. Contudo, não conseguiu encontrar soluções diante da “fraqueza da norma para, em dados momentos e sob certas circunstâncias, promover e garantir a justiça” (AGUIAR, 2004, p. 151).

Fica para trás o positivismo acríptico do século XIX – que pregava sua vinculação mesmo quando existia distância entre a representação da realidade e a própria realidade –, que hoje só está presente como um resíduo, “na opinião que, pelo inconsciente geral, têm de si mesmos os juristas práticos (sobretudo os juizes)” (ZAGREBELSKY, 2007, p. 33, tradução nossa).

As fortes críticas dos não-positivistas fizeram com que alguns teóricos do positivismo tentassem adotar sua teoria ao mundo atual. Com isso, ao lado do *positivismo exclusivo*⁸ de Joseph Raz, “para muitos o último positivista puro” (FIGUEROA, 2009a, p. 201, tradução nossa), cria-se o *positivismo débil, inclusivo*⁹ ou *includente*, como os de Hart¹⁰ e Luis Cruz, cuja regra de reconhecimento permite a possibilidade de abertura ao sistema moral, relativizando o parâmetro de validade unicamente formal da norma¹¹. Há ainda outras vertentes como o *positivismo crítico* de Luigi Ferrajoli,

⁸ O positivismo exclusivo, segundo Alexandre Garrido da Silva (2006, p. 335), é aquele que não admite nenhuma relação conceitual entre direito e moral ou entre o direito tal como ele é e o direito tal como ele *deve ser*, cujos representantes são Kelsen, Joseph Raz e Hart (antes de se tornar inclusivo com seu *Pós-escrito*).

⁹ Sobre as diferenças entre o positivismo exclusivo e inclusivo, v. Alfonso García Figuerola (2009c, p. 184-184).

¹⁰ Após a inclusão em sua obra do *Pós-escrito*.

¹¹ Figuerola (2009b, p. 27-28) ensina que essa forma de positivismo abre-se ainda a outras nomenclaturas

que “desenvolve uma teoria particular de direito baseada também no direito constitucionalizado, mas ao mesmo tempo defende que não existe uma vinculação conceitual necessária entre direito e moral” (Idem, p. 226, tradução nossa).

Como lembrado anteriormente em relação às leis de Nuremberg, em nome da lei o direito foi utilizado para a realização de barbáries e atrocidades. O mundo não mais aceitava o império de uma lei tirânica. Alguns parâmetros morais de justiça precisavam ingressar no direito, visto que somente os critérios formais de validade não eram suficientes. Com isso, surge o movimento de aproximação do Direito com a moral, o pós-positivismo.

2. O pós-positivismo jurídico

Um novo pensamento jusfilosófico entra em cena para impor limites valorativos ao aplicador do direito, com uma pretensão de correção do sistema (FIGUEROA, 2009a, p. 201-251). Decisões flagrantemente apartadas da justiça, como as que permeariam o facismo e o nazismo, não mais poderiam ser aceitas. A sociedade percebeu que, “se não houver na atividade jurídica um forte conteúdo humanitário, o direito pode servir para justificar a barbárie praticada em nome da lei (...), o legislador, mesmo representando uma suposta maioria, pode ser tão opressor que o pior dos tiranos” (MAR-MELSTEIN, 2008, p. 10). Com isso, cria-se um ambiente propício à transformação; juntamente com o neoconstitucionalismo, surge um novo pensamento jusfilosófico: o *pós-positivismo*¹² ou não-positivismo.

como positivismo aberto, flexível, ético, dúctil. Há ainda o *positivismo corrigido* de Peces-Barba.

¹² O termo foi introduzido no País por Paulo Bonavides em 1995, na quinta edição de seu Curso de Direito Constitucional. Alexandre Garrido da Silva (2006, p. 336) informa que o pós-positivismo ou não positivismo defende a ideia de que “há ou deve haver um relacionamento entre o direito e a justiça (moral). Sua versão forte, defendida por Alexy e Dworkin, informa que essa vinculação é necessária, deve existir; por isso a negação do positivismo. A ideia fraca ou débil considera a

Antes de prosseguir, é bom que se frise as diferenças entre os conceitos de *neoconstitucionalismo* e de *pós-positivismo*. O primeiro é uma característica comum do constitucionalismo ocidental que tem início no segundo pós-Guerra e apogeu na contemporaneidade, enquanto o segundo é o embasamento da filosofia do direito para aquele. O primeiro traduz uma *ideologia ou metodologia constitucional* que abrange o segundo como pilar de sustentação de algumas de suas posições, mas com ele não se confunde; o *pós-positivismo* é, pois, a matriz jusfilosófica que embasa as ideias neoconstitucionais. Para Barroso (2007, p. 22), “o marco filosófico do novo direito constitucional é o pós-positivismo”. Em outras palavras, o pós-positivismo pode ser encarado como a concepção teórica do neoconstitucionalismo, pois permite repensar alguns alicerces jurídicos, como a teoria da norma¹³, a teoria das fontes¹⁴, a teoria da interpretação¹⁵, etc.

Diversas nomenclaturas são utilizadas para esse novo paradigma filosófico como *pós-positivismo*, *antipositivismo*, *neopositivismo*, etc¹⁶. Há ainda versões do positi-

inclusão de elementos morais “desejável ou preferível à exclusão, mas não analiticamente necessária” (Idem).

¹³ As normas jurídicas não são mais somente as leis, decisões judiciais, costumes, etc.; a normatividade dos princípios reformula essa teoria.

¹⁴ Os princípios não são mais fontes secundárias, como previa o art. 4º da LICC, porém fontes primárias capazes de regular condutas.

¹⁵ A teoria da interpretação alcança novo *status* ao receber influência da filosofia do direito: “a tópica (e a retomada em se pensar o estudo dos casos a partir de problemas neles suscitados), a hermenêutica (e todos os métodos de interpretação conhecidos e incrementados pela metodologia constitucional contemporânea) e a argumentação jurídica (no tocante à justificação do intérprete)” (MOREIRA, 2009, p. 218).

¹⁶ Há autores que argumentam no sentido de que o pós-positivismo ou não positivismo seria, em verdade, uma variação do jusnaturalismo. Manuel Atienza (2009) é um deles; no artigo *Es el positivismo jurídico una teoría aceptable del derecho?*, mostra uma conexão entre algumas teses jusnaturalistas e as teorias de Dworkin, Alexy, Carlos Nino e, em alguma medida, Ferrajoli. Luis Prieto Sanchís (2009, p. 423-425) qualifica expressamente Dworkin de jusnaturalista. Alfonso García Figueroa (2009b) também tangencia essa conclusão demonstrando dois tipos de antipositivismo: o interno

vismo jurídico que pretendem justificar o neoconstitucionalismo, entre as quais, *soft-positivismo*¹⁷, *positivismo inclusivo*, *flexível*, *ético*, *dúctil*, etc. Então, duas correntes podem ser visualizadas: o *neoconstitucionalismo pós-positivista ou não-positivista*¹⁸ e o *neoconstitucionalismo positivista*¹⁹.

(pós-positivismo/jusnaturalismo) e o externo (que critica a própria dialética que mantém positivistas e não positivistas). A outra corrente, que é adotada no presente estudo, é a de que o pós-positivismo é uma corrente eclética que pretende unir os pontos positivos de ambas as correntes e afastar suas inconsistências. É oposto ao positivismo por não sustentar a “separação do direito com a moral e a política”; afasta-se do jusnaturalismo por ser fundado “em propostas de incremento da racionalidade, como a festejada ponderação” (MOREIRA, 2009, p. 216).

¹⁷ Apesar de Hart não ser um neoconstitucionalista, sua teoria foi adaptada após as severas críticas de Dworkin (2002). Ou seja, flexibilizou sua teoria com vistas a sustentar as mudanças ocorridas no mundo jurídico contemporâneo, por isso a referência ao seu termo. Hebert Hart (1996, p. 312) utilizou o termo *soft-positivismo* em seu *Pós-escrito*, no sentido de a *regra de reconhecimento* (critério de aferição da validade de uma norma) poder “incorporar, como critérios de validade jurídica, a conformidade com princípios morais ou com valores substantivos”. Não teve a pretensão de se juntar ao pós-positivismo, mas de responder às críticas de Dworkin. Hart ainda se coloca como positivista (inclusivo), mas já admite uma abertura do sistema jurídico aos valores, ainda que bem mais singela que os pós-positivistas.

¹⁸ Entre eles, Robert Alexy, que concordou com a colocação de seu trabalho na categoria *pós-positivista*, respondendo à questão formulada em entrevista realizada no Ceará em 2003, publicada na Revista Trimestral de Direito Civil, 2006, conforme lembrado por Antônio Cavalcanti Maia (2009, p. 9); José Antonio Seoane (apud SILVA, 2010, p. 126) informa que Alexy é o principal representante do neoconstitucionalismo não-positivista; Dworkin (2002, p. 35), que também é adepto dessa corrente, pois propõe um *ataque* ao positivismo, para alguns, como García Figueroa (2009a, p. 216), ele é um antipositivista; Zagrebelsky (2007, p. 33), que, apesar de não utilizar o termo, mostra-se um não-positivista; MacCormick (2006, p. 18), que, apesar de não ser necessariamente um neoconstitucionalista, declara-se um pós-positivista; entre outros. No Brasil, Luis Roberto Barroso (2007, p. 22), Paulo Bonavides (2009, p. 264), George Marmelstein (2008, p. 11), André Rufino do Vale (2009, p. 42), Luís Sérgio Mamari Filho (2005, p. 18), Roger Silva Aguiar (2004, p. 152), entre diversos outros.

¹⁹ Entre os quais, Luiz M. Cruz (2006, p. 9,62 et seq.), que é da corrente de que o neoconstitucionalismo pode ser sustentado pelo positivismo jurídico em sua versão

A crise do positivismo e sua derrocada são evidenciados, entre outras razões, 1) pelo pluralismo e a complexidade da sociedade pós-moderna, que fazem sucumbir a ideia de completude do sistema positivo codificado, e 2) pelas dificuldades de mitigar a aplicação das normas positivas mesmo diante de soluções absurdas ou desproporcionais, como no exemplo do sacrifício de seres humanos na Alemanha nazista. O positivismo jurídico tradicional passa a não ser capaz “de explicar adequadamente a realidade do direito” (FIGUEROA, 2009a, p. 228-229, tradução nossa).

Autores como Robert Alexy (2008b), Ronald Dworkin (2002), Gustavo Zagrebelsky (2007), García Figueroa (2009a) e, entre os nacionais, Paulo Bonavides (2009), Luís Roberto Barroso (2007), André Rufino do Vale (2009), Humberto Ávila (2009)²⁰, entre muitos outros, entendem o direito segundo essa nova perspectiva. Apesar de não serem linearmente coincidentes seus pensamentos, pode ser identificada uma série de características comuns em suas ideias.

Segundo André Rufino do Vale (2009, p. 47), há um ponto de convergência entre os autores citados: eles “relativizam a sepa-

includente ou inclusiva; da mesma forma que Hart, o autor espanhol entende que o critério de validação formal do direito deve abranger uma abertura material, aproximando com isso o direito da moral. Luigi Ferrajoli (2009) e Susana Pozzolo (2009) também são positivistas (moderados) defensores do neoconstitucionalismo. Alfonso García Figueroa (2009a, p. 202, tradução nossa) aduz que, segundo o positivismo inclusivo, “é possível que a regra de reconhecimento de um sistema jurídico apresente caráter substantivo, moral”. O autor critica essa corrente ao destacar que a *mera possibilidade* de correção das normas jurídicas não soluciona o problema, a qual deveria prever uma *necessária* correção. García Figueroa (Idem, p. 202-203) vai mais além e explica que existe, junto às estratégias excludentes e includentes, outra forma de reafirmação do ideário positivista, que consiste em buscar refúgio em sua própria história vinculada à busca de segurança e certeza.

²⁰ Ávila (2009, p. 26) propõe um “novo paradigma para a discussão e aplicação das espécies normativas”, com algumas críticas substanciais aos trabalhos de Alexy, Dworkin, Esser, entre outros. Contudo, por não apresentar uma oposição frontal a esses trabalhos, foi incluído como pós-positivista.

ração entre Direito e Moral, admitindo critérios materiais de validade das normas". Foi visto que uma das principais críticas ao modelo positivista foi a falta de critérios valorativos para a aplicação da norma, a qual favoreceu, muitas vezes, decisões distantes da justiça ou mesmo absurdas. O pós-positivismo tenta firmar bases filosóficas para sanar essa problemática, com o escopo de implementar direitos constitucionais a partir da verificação axiológica das normas aplicáveis concretamente.

Em 1967, o norte-americano Dworkin²¹ foi o primeiro autor da teoria do direito recente a apresentar os princípios jurídicos de uma forma oposta ao pensamento positivista. É o próprio autor que, ao iniciar o capítulo sobre a diferenciação entre regras e princípios, demonstra de pronto sua posição antipositivista ao afirmar: "quero lançar um ataque geral contra o positivismo" (DWORKIN, 2002, p. 35). Um pouco mais tarde, do outro lado do globo, na Alemanha, Robert Alexy²² formula sua teoria dos direitos fundamentais, em 1979, também em uma visão não-positivista. Na Itália, Zagrebelsky,²³ em 1992, toma a mesma postura.

Nesse ponto, é importante frisar que, apesar do fato de Dworkin ter se destacado como o primeiro autor recente a discutir essa temática, a reflexão sobre a posição dos princípios no ordenamento não deixou de existir anteriormente a ele. André Rufino do Vale (2009, p. 41-61) ressalta a contribuição

²¹ O primeiro trabalho de Ronald Dworkin sobre o tema foi *The model of rules* publicado em 1967. Sua teoria foi aprimorada no texto *Taking rights seriously* de 1977. A tradução deste para o português ocorreu em 2002 pela Martins Fontes com o título *Levando os direitos a sério*.

²² Robert Alexy foi posterior; seu primeiro trabalho sobre a temática foi publicado em 1979, *Zum Begriff des Rechtsprinzips*, trabalho que foi incorporado à obra *Theorie der Grundrechte*.

²³ O título original de sua obra sobre o tema, publicada em 1992, é *Il Diritto mitte. Legge, diritti, giustizia*. A tradução para o espanhol se deu sob a rubrica *El derecho dúctil*, cuja primeira edição é de 1995. Não há tradução para o português.

de Josef Esser, ainda em 1961, para a discussão²⁴. Tanto ele quanto Karl Larenz, este com os princípios do direito justo, tiveram forte influência nas ideias de Alexy. Também destaca que Roscoe Pound traz nítidas influências sobre o pensamento de Dworkin (VALE, p. 41). Contudo, ante a delimitação do objeto do presente trabalho, a contribuição desses autores não será analisada.

No presente trabalho, serão analisados centralmente os dois autores mais influentes sobre o que se convencionou chamar de pós-positivismo, Alexy e Dworkin. A presente análise – sem a pretensão de completude, frise-se – tomará como base o pensamento de Alexy, por entender que sua teoria é mais completa que a de Dworkin, sobretudo ao não identificar uma única resposta correta como decisão jurídica.

Para Barroso (2007, p. 22), o pós-positivismo é a corrente que perpetrou a "confluência das duas grandes correntes de pensamento que oferecem paradigmas opostos para o Direito: o jusnaturalismo e o positivismo". Da mesma forma, para André Rufino do Vale (2009, p. 31) e para Manuel Atienza (2004, p. 309), o neoconstitucionalismo combina aspectos do positivismo, do jusnaturalismo e do realismo jurídico em uma só corrente. É, pois, uma posição eclética que tenta conciliar as duas correntes antagônicas anteriores.

Sobre a confluência das duas correntes anteriores, André Rufino do Vale (2009, p. 33) chega a duas conclusões: 1) a complexidade das normas constitucionais não pode ser explicada exclusivamente a partir do positivismo ou do jusnaturalismo, tampouco do realismo jurídico; e 2) aspectos diferentes de cada uma das teorias são imprescindíveis para poder compreender as normas fundamentais no fenômeno constitucional contemporâneo. Assim, conclui o autor que "a compreensão das normas de direitos fundamentais pressupõe uma teoria a

²⁴ Pietro Sanchís (2000, p. 17) lembra que, desde a época das codificações, existem posicionamentos doutrinários que informam que o direito não se compõe somente de normas.

mesmo tempo integradora – de aspectos relevantes do positivismo, do jusnaturalismo e do realismo jurídico – e superadora – de tratamentos isoladamente positivistas, jusnaturalistas e realistas” (VALE, 2009, p. 33).

Então, na contemporaneidade, a longa discussão entre positivistas e jusnaturalistas não tem mais razão de ser. Antônio Cavalcanti Maia (2009, p. 7) aduz que o pensamento jurídico contemporâneo está *além* da querela entre jusnaturalismo e positivismo jurídico²⁵. Assim, o foco central da filosofia do direito não é mais a verificação de qual das teorias passadas deve prevalecer. O que se busca atualmente são as bases de uma nova teoria: o pós-positivismo.

As principais características desse novo posicionamento teórico podem ser identificadas, em suma, como a) a *abertura valorativa do sistema jurídico* e, sobretudo, da *Constituição*; b) tanto princípios quanto regras são considerados normas jurídicas; c) a *Constituição* passa a ser o *locus* principal dos princípios; e d) o aumento da força política do Judiciário em face da constatação de que o intérprete cria norma jurídica.

Um grande desafio está lançado, o de buscar a justiça dentro de uma sociedade pluralista. Nas palavras de Inocêncio Mártires Coelho (apud VALE, 2009, p. 21), “se a sociedade é plural, a *Constituição* deve ser pluralista”, a qual tem na justiça seu referente principal. Esse é, em essência, o pensamento central do neoconstitucionalismo, cuja matriz filosófica será agora esmiuçada.

2.1. A questão dos valores: *abertura valorativa do sistema*

Por trás de toda *norma* há valor. Na configuração do *dever ser* positivado em uma

²⁵ No mesmo sentido, Alfonso Garcia Figueroa (2003, p. 197, tradução nossa) ensina que há uma “superação do paradigma que rege a dialética positivismo/jusnaturalismo em favor de um modelo neoconstitucional”. André Rufino do Vale (2009, p. 32) pensa da mesma forma, pois informa que os direitos fundamentais “são, simultaneamente, direitos positivos e direitos naturais (morais)”.

norma jurídica há um plexo de valores que lhe deram origem. O que não significa dizer que *direito* se confunde com a *moral*. Miguel Reale (2006, p. 42), ao expor a teoria do *mínimo ético*, informa que o direito “representa apenas o mínimo de moral declarado obrigatório para que a sociedade possa sobreviver”. O direito é, portanto, parte da moral, armada de garantias específicas.

Todavia, existem atos juridicamente lícitos que podem não o ser do ponto de vista moral, podem ser imorais ou, no mínimo, amorais. Então, apesar de ser influenciado pela moral – com acréscimo de garantias, ou sanções, que lhe conferem o caráter obrigatório²⁶ –, há que se distinguir um campo de direito que não se confunde com a moral (REALE, 2006, p. 43). O primeiro é *deontológico* enquanto o segundo é *axiológico* (FIGUEROA, 2009a, p. 125).

Mas como a moral se interrelaciona com o direito? Alguns valores socialmente relevantes são recepcionados pelo direito e, a partir de então, ganham coercibilidade e todas as suas demais características. Esse processo se dá em regra segundo ações racionais de escolha pelo legislador, as quais apresentam margens de decisão livre, ou seja, pode não haver identidade com a moral, como nos casos das leis injustas já citadas. Mesmo assim, Reale (2006, p. 33-34) assevera que a obrigatoriedade do direito vem *banhada de exigências axiológicas*, uma vez que os valores sociais fizeram parte da confecção da norma jurídica, isto é, “toda norma enuncia algo que *deve ser*, em virtude de ter sido reconhecido *um valor* como razão determinante de um comportamento declarado obrigatório”.

²⁶ Não há espaço para longas divagações entre direito e moral, como diferenciar a coercibilidade do direito e a impossibilidade de coerção da moral, ou aprofundar entre a característica jurídica de heteronomia e a autonomia da moral em face da impossibilidade de sua imposição por terceiros. Os aspectos que serão apresentados são os considerados estritamente necessários à análise da ampliação do conteúdo axiológico do direito e, mais especificamente, da *Constituição*.

É nesse sentido que Alexandre Walmott Borges (2009, p. 58) enuncia que é uma trama de valores sociais que reflete nas normas jurídicas. A coletividade expressa opiniões comuns sobre os valores relevantes para si, os quais servem como fundamento para a produção de textos normativos. A produção normativa, contudo, não decorre de fatos, ou de um simples recorte de condutas, mas antes de “uma valoração que é estabelecida sobre os fatos”; então, “as normas jurídicas são decorrência de valorações comuns sobre fatos/condutas, reputados valiosos (...) e aí a sua inserção no ordenamento” (BORGES, 2009, p. 59). Dessa forma, os valores jurídicos indicam, também, “as finalidades a serem alcançadas pelo ordenamento”, uma vez que expressam valores sociais como justiça, segurança, igualdade, paz (CASTILHOS, 2009, p. 778).

Visto que os valores integram o direito no momento de sua constituição, é importante a busca por um significado de *valor* para, então, verificar como ele passa a ingressar no ordenamento, em um segundo momento, por intermédio dos princípios. Robert Alexy, embasando-se nos ensinamentos de von Wright, afirma que os conceitos axiológicos são aqueles que giram em torno do que *é bom*, do que *tem valor*. São utilizados quando algo pode ser qualificado como bom; “como bonito, corajoso, seguro, econômico, democrático, social, liberal ou compatível com o Estado de Direito” (ALEXY, 2008b, p. 145).

Alexandre Walmott Borges (2009, p. 64) informa que “o valor é dado pela vivência que dele temos, daquilo que é valioso”; por isso, os valores são relações de adaptação, em que se estabelece o valor positivo e o valor negativo. Então, reconhecer algo como valioso “é emitir juízo de valor sobre alguma coisa, é dar valor a alguma coisa”, de forma a polarizá-la como boa ou ruim (BORGES, 2009, p. 66). Relaciona-se com o complexo de sensações decorrente da relação do sujeito com os objetos que o circundam. Trata-se de juízo sobre se algo tem

ou não valor para determinado agente. Portanto, valor *é relacional*, depende da relação do sujeito com o objeto. É nessa relação que se descobre o que *é bom*, ou *é justo*, ou *tem valor*. Valor é a *qualidade* da coisa registrada para uma determinada pessoa, o sujeito.

Identificar o que é bom ou justo para determinada sociedade, em seu turno, é exatamente aferir os valores de seus integrantes. Com apoio em Pontes de Miranda, Walmott Borges (2009, p. 66) conclui que os valores são “escalas de ajustabilidade – em relação ao mundo – dos sentimentos do sujeito, numa escala que algo tem valor para alguém, no momento em que influencia a existência de outro, torna-se a representação e ajustabilidade objetiva”. Assim, os *valores sociais* são estimativas (valorações) de objetos feitas por vários atores da sociedade, somadas às valorações dos demais atores. Esse plexo de valores é internalizado no direito, em um primeiro momento, pelo Constituinte/legislador. Logo, os valores sociais são os fundamentos do dever ser.

É sabido que o Direito é uma *ciência social axiológica e normativa* (prescritiva). Miguel Reale já ressaltava, em sua *Teoria Tridimensional do Direito*, a relação dos fatos com valores e com as normas. Tanto no positivismo como no pós-positivismo, não se modifica a noção de que os valores ingressam o direito de alguma forma²⁷. A diferença entre as duas correntes, no que se refere ao ingresso de valores no sistema, é que no primeiro²⁸ os valores ingressam nas normas tão somente por meio da atividade legislativa, ou seja, a valoração entre o que é bom ou não para determinada sociedade em determinado contexto social é aferida pelo legislador. Isto é, a moral é elemento externo ao direito, uma vez positivada não mais interage com este.

²⁷ Não se está a afirmar que os valores são intrínsecos ao direito segundo a visão positivista – pois não o são. Nessa corrente, os valores são externos ao direito. Contudo, no momento da escolha de qual conduta será permitida e qual será proibida, são os valores que dão o norte ao legislador.

²⁸ Aqui a referência é ao positivismo clássico, exclusivo.

Nesse ponto calha uma observação: o legislador não tem a *obrigação* de se pautar nesses valores para construir a norma jurídica. Pode confeccioná-la independentemente deles, pois a regra de reconhecimento não contém um referencial valorativo, visto usar critério formal de validade. Mesmo em descompatibilidade com os valores sociais, se a regra tiver sido posta, deve ser aplicada. Portanto, não é cabível ao juiz, no momento de sua atividade de interpretação/aplicação, aferir a compatibilidade da norma com os valores sociais.

O magistrado somente aplica a lei, buscando a *vontade do legislador*, sem verificar se ela é boa ou não, se é justa ou injusta; não há aferição do conteúdo valorativo pelo aplicador da norma. A velha máxima de Montesquieu de que o juiz é a *boca da lei* se impõe. Com essa concepção, o positivismo jurídico não foi capaz de propiciar justiça às relações sociais. Um *vácuo de justiça* entre a confecção da norma e sua aplicação tornou-se o principal problema dessa argumentação filosófica. “Só uma forma incredivelmente tosca de positivismo jurídico – uma forma que aliás foi repudiada por Herbert Hart, o maior positivista de nosso século – poderia produzir esse tipo de isolamento” (DWORKIN, 2006, p. 57-58).

O pós-positivismo, ao contrário, cria sustentação jusfilosófica para que se possam buscar parâmetros de justiça ou equidade quando da aplicação concreta do direito. Isso se dá com a *abertura valorativa do sistema*. Nessa nova corrente, a forma e o momento da inserção dos valores no sistema são alterados; *os valores permeiam o sistema tanto no momento da confecção da norma como durante sua aplicação*. Os princípios são os carreadores dos valores nessa concretização. “Aquilo que, no modelo de valores, é *prima facie* o melhor é, no modelo de princípios, *prima facie* devido; e aquilo que é, no modelo de valores, definitivamente o melhor é, no modelo de princípios, definitivamente devido” (ALEXY, 2008b, p. 153). Assim, os valores servem-se dos prin-

cípios para oxigenar o sistema e, com isso, o direito passa a conter uma *pretensão de correção*²⁹. Até mesmo as regras, sobretudo as que contenham *conceitos jurídicos indeterminados* mas não somente elas, necessitam de um juízo de valor prévio do magistrado para a sua concreção (LARENZ, 2003, p. 406-413).

Com isso, o operador do direito pode identificar princípios norteados em valores relevantes e aplicá-los concretamente, mesmo que a lei não os contemple de pronto ou lhes seja contrária. Assim, é possível afastar determinada norma quando de sua aplicação em concreto com o escopo de se buscar uma solução justa. Os princípios jurídicos são aceitos, então, como “pautas axiológicas, abertas e indeterminadas” (MENDES et al., 2007, p. 121).

Sobre o tema, o posicionamento de Luís Roberto Barroso:

“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” (BARROSO, 2007, p. 22, grifo nosso).

Está posta a abertura valorativa do sistema jurídico. Robert Alexy (2008b, p. 29), ao enfatizar a necessidade de uma teoria dos princípios, afirma que um dos objetivos de sua pesquisa “é a reabilitação da tão depreciada teoria valorativa dos direitos

²⁹ Sobre a pretensão de correção do direito, vide artigo de Alexandre Garrido da Silva (2006, p. 336-340) com o título *Direito, correção normativa e a institucionalização da justiça* que examina com profundidade a obra de Alexy (2005, p. 35) intitulada *La institucionalización de la justicia*. A pretensão de correção refere-se à possibilidade de um enunciado normativo ser fundamentado ou justificado, com vistas a verificar se “o ato jurídico é material e procedimentalmente correto”.

fundamentais". Assim, o novo pensamento se afasta das decisões que tentam negar um mínimo de valoração quando da concreção das normas. Não se admite mais o isolamento do aplicador do direito em relação aos valores que respaldam e sustentam o direito. A leitura axiológica do direito em busca de ideais de justiça são admitidos e necessários na atual conjuntura. Decisões desprovidas de qualquer identificação de justiça, ao argumento da pura e simples vontade do legislador, não mais podem ser aceitas, sobretudo as opressoras da dignidade do ser humano.

Assim, a lei dá espaço aos princípios e estes, aos valores. Os princípios passam ao centro dos sistemas constitucionais e levam consigo os valores que lhes dão sustentação. A letra fria da lei não pode mais ser aceita incondicionalmente. Os valores oxigenam o sistema quando necessário; oxigenação essa que ocorre quando da aplicação concreta da norma. Cumpre ressaltar que, como será reforçado a seguir, a Constituição é a sede natural dos princípios e, por isso, a abertura do sistema se dá principalmente através dela. Não obstante, o sistema jurídico não abarca os princípios somente na Carta, por isso o pós-positivismo se aplica também aos demais ramos do direito. Mas sua principal seara é constitucional.

Para Alexy (Idem), a positivação dos direitos fundamentais representa "uma abertura do sistema jurídico perante o sistema moral, abertura que é razoável e que pode ser levada a cabo por meios racionais". Mais à frente, ressalta que "o conteúdo axiológico dos princípios é mais facilmente identificável que o das regras; como razões decisivas para inúmeras regras, os princípios têm uma importância substancial fundamental para o ordenamento jurídico" (ALEXY, 2008b, p. 109). Assim, o direito se abre aos valores e se aproxima da moral.

Impende trazer à baila o entendimento de Dworkin (2006, p. 11) de que a leitura moral (axiológica) da Constituição evidentemente "não é adequada para a interpreta-

ção de tudo quanto uma constituição contém". As Constituições são permeadas por normas-regra e normas-princípio. Para as regras é que o autor afirma não ser adequada a leitura moral, *uma vez que não há que se falar em análise valorativa de uma norma-regra* como a que especifica a idade mínima para a elegibilidade de um Presidente em trinta e cinco anos. Nesse caso a leitura moral já foi feita pelo legislador.

As normas-regra constitucionais caracterizam-se por serem fechadas, casuísticas, com reduzido grau de abstração. Quando da criação dessas regras, pelo Constituinte, é que se analisam e ponderam os valores sociais envolvidos. Com as regras, a verificação valorativa se dá previamente³⁰. Não cabe, *em regra*, ao intérprete essa aferição, porque todos os critérios para subsunção do caso concreto foram objetivamente delineados pelo legislador. Mais à frente será demonstrado que, por exceção, também é possível a leitura valorativa das regras. Por hora, essa ideia geral de que a leitura moral não se faz necessária à interpretação das regras é bem-vinda. Então, a ampliação valorativa da aplicação do direito ou a interpretação moral da Constituição (Dworkin) restringe-se, *em regra*, às normas abertas e com maior abstração denominadas princípios ou normas-princípio.

Nesse cenário, há a inclusão, nos textos constitucionais contemporâneos, "de vários *standards morais*, na forma de princípios, valores e direitos fundamentais, já que tais *standards* realizam uma plasmação jurídica de conteúdos de natureza moral nos ordenamentos jurídicos hodiernos" (MAIA, p. 10). É por isso que "os princípios constitucionais abriram uma via de penetração moral no direito positivo" (Idem, p. 6).

Cumpre frisar o destaque de André Rufino do Vale (2009, p. 7) no sentido de que as normas constitucionais contêm duas faces; "além dos elementos deontológicos",

³⁰ Nisso, não há discordância entre positivismo e pós-positivismo.

possuem um caráter axiológico, “de conteúdo valorativo”. É dizer: essas normas, além de seu caráter normativo a ser verificado no mundo do *dever ser* (deontológico), apresentam um forte *conteúdo valorativo* (axiológico). É essa forte carga axiológica que acarreta a inevitável submissão de sua aplicação aos processos de argumentação jurídica, conforme se verá mais à frente. Os princípios, com sua grande carga valorativa, são os que se sujeitam de maneira mais evidente a sua interpretação/aplicação por meio da influência dessa argumentação. Portanto, os princípios constitucionais “constituem uma ponte entre direito e moral” (COMANDUCCI, 2009, p. 87).

Gustavo Zagrebelsky (2007, p. 14-15), ao explicar sua ideia de ductilidade constitucional, afirma que hoje uma Constituição deve basear-se necessariamente na coexistência de *valores e princípios* para não renunciar a sua *unidade e integração* e, ao mesmo tempo, não se fazer incompatível com sua base material pluralista; para tanto, “exige que cada um de tais valores e princípios se assumam com caráter não-absoluto, compatível com aqueles outros com os que devem conviver”. Para ele, existiria somente um valor, mais precisamente um metavalor, que teria caráter absoluto, qual seja, a suprema exigência constitucional de toda sociedade pluralista de se preservar como tal.

Mais adiante, Zagrebelsky (Idem, p. 16-17) apresenta a *aspiração de convivência* dos princípios e valores. Apesar de parecer conceitualmente impossível, por ser altamente desenhado na prática, atualmente se aspira não à prevalência de um só valor ou princípio, mas à salvaguarda de vários simultaneamente. Os Tribunais devem, então, buscar uma *concordância prática* da diversidade valorativa com “prudentes soluções acumulativas, combinatórias, compensatórias, que conduzam os princípios constitucionais a um desenvolvimento conjunto e não a um decréscimo conjunto” (Ibidem, tradução nossa).

A grande discussão entre jusnaturalistas e juspositivistas girava em torno da relação entre direito e moral. Apesar de a pendenga entre essas correntes ter sido apartada, essa relação é uma das questões mais complicadas, se não a mais, da filosofia jurídica. Mas o neoconstitucionalismo modifica um pouco esse cenário, a ponto de Alfonso García Figuerola (2009a, p. 207, tradução nossa) constatar que “o direito já não é mais o mesmo desde que se consumou certa constitucionalização do ordenamento e nosso universo moral já não é mais o mesmo desde a consolidação de teorias construtivistas e especificamente discursivas”; as transformações substanciais experimentadas tanto pelo direito como pela moral dissociaram a lógica da discussão que era mantida até hoje. É nesse cenário que a teoria não-positivista entende a convivência entre direito e moral.

2.2. Normas jurídicas: princípios e regras

Antes de tudo, faz-se necessário diferenciar os *princípios hermenêuticos* dos *princípios jurídicos*. Os primeiros, segundo Canotilho (2003, p. 1161), desempenham uma função argumentativa na busca da revelação de normas expressas em enunciados legislativos. Os segundos são os que ora serão tratados.

Qual é a posição dos princípios jurídicos no ordenamento jurídico? Essa é a pergunta que os filósofos do direito tentam explicar na atualidade. Paulo Bonavides (2009, p. 288), ao respondê-la, ressalta que “não há distinção entre princípios e normas, os princípios são dotados de normatividade (...) a distinção não é como nos primórdios da doutrina, entre princípios e normas, mas entre regras e princípios, sendo as normas o gênero, e as regras e princípios a espécie”.

Para o pensamento positivista clássico, *princípios* não eram considerados *normas*; quando muito, fórmula integradora do sistema ou critério de hermenêutica. A partir dos estudos dos teóricos citados acima, sobretudo de Dworkin de 1967 e Alexy

de 1979, o pós-positivismo logrou trazer os princípios à sua atual configuração: *espécie de norma jurídica, ao lado das regras*. Foi reconhecida aos princípios densidade normativa suficiente para reger diretamente as relações intersubjetivas.

Os autores estudados têm um pensamento comum no sentido de entender os princípios como normas jurídicas. As distinções e compatibilidades entre o pensamento de cada um deles serão apresentadas a seguir com o intuito de demonstrar, principalmente, a coesão e proximidade nas linhas centrais de seus estudos.

Para Robert Alexy (2008b, p. 87) “tanto regras quanto princípios são normas, porque ambos dizem o que deve ser”. Os princípios podem, como as regras, ser formulados no plano deontico como premissas básicas do dever, da permissão ou da proibição. São, pois, razões para regulação da conduta concreta dos cidadãos, uma vez que estabelecem fórmulas de dever-ser. Para Dworkin (2002, p. 39), as duas espécies de normas podem ser entendidas como conjuntos de padrões que “apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas”. Ou seja, tanto princípios como regras impõem padrões de conduta aos cidadãos, caracterizados como normas jurídicas.

Humberto Ávila (2009, p. 25), por seu turno, também entende os princípios como normas jurídicas, posto que eles, “indiretamente, estabelecem espécies de precisas de comportamentos”. No mesmo sentido, Paulo Bonavides (2009, p. 275), Paulo Gustavo Gonet Branco (apud MENDES et al., 2007, p. 273), entre outros. Portanto, dúvida não há, na atual dogmática, de que os princípios são normas e, como tal, têm o poder de regular diretamente condutas. Além disso, mantêm função estruturante do sistema, alicerçando as bases para a correta interpretação do direito.

André Rufino do Vale (2009, p. 5) ressalta a *irresolvida imprecisão conceitual* acerca da configuração contemporânea

dos princípios, que causa “um certo abuso de utilização nos mais variados contextos teóricos e argumentativos, segundo os mais diversos propósitos e pontos de vista”; imprecisão essa que é verificada, sobretudo, na interpretação de casos difíceis, em que os princípios são utilizados como soluções a todos os problemas de concreção do sistema, constatação com a qual o presente trabalho concorda. É por isso que se deve tomar o devido cuidado para não transformar o direito em uma questão unicamente principiológica.

Acrescente-se ainda outro conteúdo teórico a ser verificado: a distinção entre princípios e regras. Nessa seara, Alexy (2008b, p. 85) ressalta que “a distinção entre regras e princípios é uma das colunas-mestras do edifício da teoria dos direitos fundamentais”. Esse também é um dos pontos centrais do pensamento neoconstitucional, que prima pela concretização dos direitos fundamentais, bem como das teorias de Dworkin (2002), Barroso (2007), entre outros. Todavia, é relevante ressaltar a crítica de Humberto Ávila (2009, p. 26) de que a “distinção entre princípios e regras virou moda”, fazendo com que o tema ganhe tons de unanimidade; fato que resulta em uma posição acrítica dos teóricos: “são dessa maneira, e pronto”.

Em outra passagem, Ávila (Idem, p. 39) identifica que duas são as principais formas de distinção entre regras e princípios, uma *forte* (Alexy e Dworkin³¹) e uma *fraca* (Esser, Larenz, Canaris). André Rufino do Vale (2009, p. 39) explica que a “tese forte defende uma diferenciação qualitativa e exaustiva: as normas ou são regras ou são princípios. (...) A tese da distinção débil [fraca] adota uma distinção meramente gradual”.

Canotilho (2003, p. 1160) apresenta as dessemelhanças entre regras e princípios segundo as diversas visões teóricas, conju-

³¹ Acrescenta-se que Zagrebelsky (2007, p. 109-111) também defende a distinção forte entre ambas as espécies normativas.

gadas em cinco categorias, a saber: a) *grau de abstração* [Esser, Larenz, Borowski]: os princípios são normas com grau elevado de abstração, enquanto as regras possuem abstração relativamente reduzida; b) *grau de determinabilidade* na aplicação do caso concreto [Esser, Larenz]: os princípios carecem de intermediação concretizadora, por serem vagos e indeterminados, as regras aplicam-se diretamente; c) *caráter de fundamentalidade* no sistema de fontes no direito [Guastini, Borowski]: os princípios são normas de natureza estruturante com papel fundamental no ordenamento devido a sua posição hierárquica; d) *'proximidade' da ideia de direito* [Larenz, Dworkin, Borowski]: “os princípios são ‘standars’ juridicamente vinculantes radicados nas exigências de ‘justiça’ (Dworkin) ou na ‘ideia e direito’ (Larenz)”, nas regras a vinculação abrange um conteúdo meramente funcional; f) *natureza normogênica* [Esser, Canaris, Castanheira Neves]: os princípios são as razões para as regras, são as normas que estão na base, por isso desempenham uma “função normogênica fundamental”.

Adiante será apresentada a *distinção forte*, utilizando como marco teórico Robert Alexy; as referências a Dworkin e demais autores servirão somente para demonstrar as similaridades ou divergências com o marco teórico. Consoante constatação de Andreas Krell (2002, p. 82), “os constitucionalistas modernos [entenda-se contemporâneos] seguem em grande parte as teorias do filósofo alemão Robert Alexy e do norte-americano Ronald Dworkin, que dividem as normas jurídicas em *regras e princípios*”. Portanto, a análise dos autores escolhidos se respalda na pesquisa das teorias originais sobre o tema.

Na comparação com Alexy, Dworkin³² apresenta algumas diferenças. Cumpre destacar, porém, que o trabalho do primeiro

³² É o próprio Alexy (2008b, p. 91) que faz essa consideração; na nota de rodapé nº 27, informa que a distinção por ele apresentada assemelha-se à proposta de Dworkin, mas “dela se difere em ponto decisivo:

teve inspiração no do segundo, mas Alexy parece ter conseguido aprimorar o trabalho de Dworkin. Ambos distinguem regras de princípios segundo um *critério qualitativo*³³. A tese de Robert Alexy se estabiliza em três pilares fundamentais: a tese da *otimização dos princípios*, a *lei da colisão* entre eles e a *ponderação* como critério para sua concreção.

Para Alexy (2008b, p. 90), princípios³⁴ são normas que “ordenam que algo deva ser realizado na maior medida possível, para dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”. São *mandamentos de otimização* que podem ser satisfeitos em graus variados, uma vez que a medida de

a caracterização dos princípios como mandamentos de otimização”.

³³ Alexy (2008b, p. 90) expressamente assim se manifesta. André Rufino do Vale (2009, p. 63) e Humberto Ávila (2009, p. 37-40) concordam que Alexy e Dworkin utilizam uma distinção qualitativa.

³⁴ O próprio Alexy (2008b, p. 109-116) tece três objeções ao seu conceito de princípio, mas responde a todas elas. A primeira objeção é de que haveria colisões de princípios que poderiam ser resolvidas por meio da invalidade de um deles. Então ele argumenta que isso só ocorre quando se trata de princípios extremamente fracos que são preteridos em todos os casos; nesse caso esses princípios fracos são afastados do ordenamento diante de sua invalidação perante os demais. Os conflitos entre os princípios só se dão no âmbito da validade para retirar princípios fracos do ordenamento, como o da segregação racial. Contudo, as colisões entre princípios ocorrem sempre no interior do ordenamento, ou seja, a colisão pressupõe a validade dos princípios colidentes, o que reafirma sua teoria. A segunda sustenta que existem princípios absolutos que nunca podem ser colocados em relação de preferência com os demais. Esses princípios extremamente fortes não encontrariam limites jurídicos, apenas limites fáticos, o que afastaria a lei da colisão. Em sua resposta, ele traz o princípio da dignidade da pessoa humana e diversos julgados do Tribunal Constitucional para relativizar o princípio e não a regra da dignidade do homem. O princípio da dignidade pode ser satisfeito em maior ou menor grau. A terceira, que o conceito de princípio é muito amplo, por isso inútil, pois abarcaria todo e qualquer interesse. Por ser a mais fraca das objeções, o autor se limita a apontar a prevalência de sua teoria sobre a de Dworkin. Alexy entende que os princípios englobam os direitos coletivos e cita diversos exemplos do Tribunal Alemão para tanto. Dworkin, de forma contrária, entende os princípios restritivamente, sem englobar os direitos coletivos, os quais seriam *políticas*.

sua satisfação depende de possibilidades fáticas e, também, de possibilidades jurídicas. Estas delimitam o âmbito de aplicação dos princípios conforme as regras e princípios colidentes. É dizer: as possibilidades jurídicas de aplicação dos princípios são dadas pela lei da colisão. Os princípios são, então, satisfeitos em maior ou menor grau a depender das limitações e possibilidades fáticas (se os fatos se adéquam ou não à norma) e jurídicas (colisão potencial com outros princípios) para sua concreção. Essa é a tese da otimização.

As regras, por sua vez, “são normas que são sempre satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, *determinações* no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível” (ALEXY, 2008b, p. 91). Ou seja, se ocorre a subsunção (adequação exata) do fato à regra, seus efeitos devem ser produzidos exatamente como determinado na própria regra. Não há uma aplicação em graus variados, mas, sim, uma aplicação completa ou total da regra.

Quanto à produção de efeitos, os princípios instituem obrigações *prima facie* porque podem ser superadas, ou ter reduzido seu âmbito de abrangência em face da colisão com outro princípio – sua concreção específica se dá com a delimitação de sua amplitude pelos demais princípios. São aplicáveis em maior ou menor medida a partir do diálogo com os demais (lei da colisão). Segundo essa lei (Idem, p. 93-103), se dois princípios colidem, um deles deve ceder; em determinadas condições, um terá precedência (maior peso no caso concreto específico) sobre o outro. Em outras condições, a solução pode ser inversa, uma vez que não há um grau de precedência abstrata ou absoluta entre os princípios. Haverá, pois, uma relação de precedência condicionada, que será *concreta* ou *relativa*, e não *abstrata* ou *absoluta*³⁵.

³⁵ Esse entendimento de que não há uma precedência abstrata ou absoluta de um princípio sobre

Como dito, são as condições que, segundo a carga argumentativa que se lhe imponha, fazem com que um princípio tenha precedência sobre o outro. É dizer: a colisão de princípios fixa o seu conteúdo, sua amplitude é dada com a aplicação em concreto dessas normas, colisão essa que ocorre na *dimensão de peso*³⁶, para além da dimensão de validade.

Enquanto as regras têm um caráter *prima facie* diferenciado³⁷, estatuem obrigações *definitivas*, uma vez que, em regra, não são superáveis por outras normas. Caso um fato se subsuma a uma regra, seus efeitos devem ser produzidos assim como nela estabelecidos. Seus efeitos já são conhecidos, o que impõe uma solução definitiva. No caso de *conflito entre as regras*, somente duas hipóteses podem ocorrer: 1) uma é declarada inválida em face de outra ou 2) ambas continuam válidas em face da *cláusula*

os demais, mas, sim, uma precedência concreta ou relativa que se dá na concreção do Direito, foi ressaltado no julgado do Tribunal Federal Alemão BVerfGE 51, 324 (345), conforme Alexy (2008b, p. 97). Noutro trecho, Alexy (Idem, p. 111-114) demonstra que nem mesmo o princípio da dignidade da pessoa humana tem precedência absoluta sobre os demais.

³⁶ Alexy (2008b, p. 94) concorda com as teorias de Dworkin sobre a dimensão de peso dos princípios, inclusive cita na nota de rodapé nº 31 sua concordância com esse ponto da obra *Levando os Direitos a Sério*.

³⁷ Alexy (2008b, p. 104) afirma que as regras assumem um caráter definitivo, mas essa determinação pode falhar diante das possibilidades fáticas e jurídicas; isso não ocorrendo, “vale definitivamente aquilo que a regra prescreve”. Esse caráter de definitividade de sua extensão pode, porém, ceder diante de outros princípios. Aí está o caráter *prima facie* também das regras. Para se afastar o caráter definitivo de uma regra, é preciso haver duas razões de precedência ou de peso: uma entre os princípios materiais, ou seja, um princípio deve ter precedência em um caso sobre o princípio que sustenta a regra, e outra entre princípios materiais e formais, é dizer, deve também ser atribuído peso maior àquele princípio que aos princípios formais que afirmam que as regras são criadas por autoridades legitimadas e, por isso, devem ser seguidas; os princípios formais devem ser afastados para se retirar o caráter definitivo da extensão das regras. “Em um ordenamento jurídico, quanto mais peso se atribui aos princípios formais, tanto mais forte será o caráter *prima facie* de suas regras” (Idem, p. 105). Esse é o caráter *prima facie* das regras.

la de exceção de uma delas (Ibidem, p. 92-93). Com isso, as regras são aplicadas segundo uma dimensão de validade – se não houver cláusula de exceção e se se verificar uma incompatibilidade entre regras, uma delas será declarada inválida.

A última face da distinção para Alexy (2008b, 116-120) refere-se ao processo de aplicação das normas, segundo a *máxima proporcionalidade*³⁸. A aplicação dos princípios deve se dar segundo critérios de proporcionalidade, nessa ordem: *adequação* (apropriação do meio para se atingir o fim), *necessidade* (utilização do meio menos gravoso para atingir o mesmo fim) e *proporcionalidade em sentido estrito* ou *ponderação* ou *sopesamento*, decorrente da relativização em face das possibilidades jurídicas; os dois primeiros referindo-se às possibilidades fácticas, enquanto o último às possibilidades jurídicas, a partir da medida dos demais princípios em cotejo. Esta *lei do sopesamento* mostra sua divisão em três passos: 1) avalia-se o grau de não satisfação de um dos princípios; 2) verifica-se a importância de satisfação do princípio colidente; e 3) pondera-se se a importância de satisfação do colidente justifica a não satisfação do primeiro (ALEXY, 2008b, p. 594).

Visitando as teorias de Dworkin (2002), o primeiro a recentemente enfrentar o positivismo com critérios racionais, são encontradas as críticas à ideia positivista de que o direito é um conjunto de regras ou de leis, sobretudo por não compreender o processo de argumentação dos casos difíceis (*hard cases*). Ele se declarava um antipositivista.

Para Dworkin (2002, p. 36), princípio é “um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão de moralidade”. Os

³⁸ Teoria que, segundo o Tribunal Constitucional Alemão, decorre “da própria essência dos direitos fundamentais” e demonstra uma conexão estreita com a teoria dos princípios (ALEXY, 2008b, p. 117).

princípios³⁹ contêm somente fundamentos, os quais devem ser conjugados com outros fundamentos provenientes de outros princípios para a aferição de seu conteúdo concreto. Os princípios não estabelecem de pronto os efeitos de sua aplicação, mas somente condições argumentativas para tanto. Se dois princípios entram em conflito, o que tiver o maior peso ou importância em um determinado caso concreto deve ser aplicado, afastando-se o de menor peso. Essa é a *dimensão de peso* existente entre os princípios.

As regras, por outro lado, “são aplicadas à maneira tudo-ou-nada” (DWORKIN, 2002, p. 39)⁴⁰. Quando um fato se subsume à regra, ela deve ser aplicada; caso contrário, não gera qualquer efeito. É dizer: as regras apresentam “consequências jurídicas que se seguem automaticamente quando as condições são dadas” (Idem, p. 40). A subsunção é, portanto, o modelo adequado para a aplicação das regras. No caso de conflito, dois fatores delimitam a aplicação das regras, a validade e a exceção.

A regra ou é válida ou não é. Sendo válida, sua resposta ou consequência deve ser aceita; não o sendo, em nada contribui para a decisão. O conflito entre elas, como em Alexy, dá-se em uma dimensão de validade. Se há conflito entre duas regras, uma deve ser considerada inválida; para tanto, serão considerados os critérios clássicos: hierárquico, cronológico e da especialidade.

Outro fator que possibilita que as regras não produzam efeitos, mesmo ocorrendo seu preenchimento fáctico, são as exceções. Mas, para tanto, as regras devem enunciar

³⁹ Dworkin (2002, p. 35-46) entende que os princípios são restritos aos direitos individuais, enquanto os direitos coletivos estariam na vertente por ele denominada políticas. Pensamento diverso da teoria de Alexy (2008b, p. 114-116) de que os princípios podem se referir tanto a direitos individuais quanto a interesses coletivos.

⁴⁰ Nesse ponto é possível verificar divergência entre a teoria de Alexy e Dworkin. Para Alexy (2008b, p. 103-106), a medida ‘tudo-ou-nada’ não é uma maneira mais adequada; o modelo de Dworkin “é, contudo, muito simples”.

todas as possibilidades de sua não aplicação, vez que, se assim não o fizer, seu conteúdo “será impreciso e incompleto (...) [porque] pelo menos em teoria, todas as exceções podem ser arroladas” (Ibidem). Esse é um ponto de crítica de Alexy (2008b, p. 104), na medida em que ressalta que as cláusulas de exceção não são “nem mesmo teoricamente enumeráveis”⁴¹.

Ao analisar diversos autores, entre os quais Alexy e Dworkin, Alfonso García Figueroa (2003, p. 202, tradução nossa) informa que, aparentemente em um plano pragmático, a referida distinção parece apresentar uma concordância entre os juristas, que “tem a ver com uma *maior determinação semântica das regras* e uma certa *carga axiológica dos princípios*”, além da aplicação subsunciva das regras e de uma atividade de ponderação dos princípios. A diferença pragmática parece consistir em que os princípios exigem uma maior atividade argumentativa por parte do aplicador do direito.

Há ainda que se destacar que os princípios se propõem a uma abertura da Constituição (e do direito) aos valores sociais, permitindo a oxigenação do sistema. Alfonso Figueroa (2009a, p. 119-131, tradução nossa), em obra mais recente, informa que, em um ordenamento jurídico que se apresenta em uma dimensão axiológica pluralista [como o Brasil], “deve manifestar-se através de uma estrutura deontológica especial caracterizada por certa flexibilidade, e a noção de flexibilidade se expressa sob os Estados Constitucionais através da propriedade da *derrotabilidade*”. Essa derrotabilidade se expressa por meio dos princípios⁴², se o que se propõe é “o cumprimento de um princípio (derrotável) e não o cumprimento de uma regra

⁴¹ No mesmo sentido, Genaro Carrió (apud VALE, 2009, p. 107).

⁴² Refere-se ao que Alexy demonstrou ser a *relatividade* dos princípios; diante de casos concretos, cedem aos outros princípios incidentes, podendo deixar de ser aplicado.

(inderrotável) poderá seguir mantendo a confiabilidade da Constituição apesar de que suas normas possam ser eventualmente inadimplidas por uma boa razão”. Com isso, abre-se espaço para a Constituição continuar vigente e compatível com os anseios sociais por longo período⁴³. Também com esteio em von Wright, Figueroa (Idem, p. 125) continua

“Pois bem, é interessante comprovar que a axiologia pluralista da Constituição exige no plano deontológico um tipo de norma especial porque uma axiologia pluralista (de cunho construtivista) requer uma deontologia flexível (de cunho principialista). Não só isso. Requer normas capazes de expressar ideais. A deontologia (o tipo de norma) que requer uma axiologia (um tipo de valor) baseada em ideais é também especial nesse sentido. (...) a passagem do Estado de Direito ao Estado Constitucional de Direito supõe em boa medida a transformação de um direito deontológico (puramente normativo) em um direito axiológico (puramente valorativo)”.

Dessa forma, seria possível consignar que um *valor constitucional* seria algo constitucionalmente *desejável*, o qual se expressaria mediante os princípios. Um *princípio constitucional* deriva de um *valor/ideal constitucional* e este deriva de um *valor social*. Assim, existiria, na visão de Figueroa (Idem, p. 127), “uma conexão prática entre os valores e os princípios constitucionais”.

Canotilho (2003, p. 1173-1175) ainda assevera que a Constituição convive com um *sistema interno de regras e princípios*, em que os *princípios estruturantes* contêm as diretivas básicas da ordem constitucional, seguidos dos *princípios constitucionais gerais* e dos *princípios constitucionais específicos*

⁴³ Nesse aspecto, é só verificar a Constituição dos Estados Unidos, que prevê o mesmo princípio da igualdade, mas já admitiu a teoria dos *separados mas iguais*.

e das *regras constitucionais*. Esse sistema não se desenvolve apenas na direção das normas mais densas para as menos densas, ou vice-versa; mostra-se como um processo de esclarecimento e condicionamento recíprocos que resultam na própria unidade da Constituição. Há, pois, a *coexistência* de regras e princípios em uma Carta constitucional.

Enfrentada a distinção entre princípios e regras, o próximo ponto é identificar como os princípios ganham importância no sistema e seu deslocamento dos códigos para as Constituições.

2.3. Constituição: locus principal dos princípios

Os princípios são pautas abertas oxigenadoras do sistema com valores, mas não quaisquer deles, somente os mais relevantes para toda a sociedade. São o pilar central do ordenamento jurídico e, por isso, possuem forte presença no corpo das Constituições contemporâneas. Paulo Bonavides (2009, p. 288), em conclusão de sua incursão teórica sobre os princípios, assevera:

“a demonstração do reconhecimento da superioridade e hegemonia dos princípios na pirâmide normativa; supremacia que não é unicamente formal, mas sobretudo material, e apenas possível na medida em que os princípios são compreendidos e equiparados (...) com os valores, sendo, na ordem constitucional dos ordenamentos jurídicos, a expressão mais alta da normatividade que fundamenta a organização do poder.”

Os princípios têm duas características principais: *contêm* os valores que a sociedade entende como estruturantes do sistema e, por outro lado, servem de *carreadores* desses valores para o ordenamento jurídico. O primeiro aspecto explica sua inserção nos textos constitucionais, visto que a Constituição é o ápice do sistema e os princípios jurídicos são construídos com os valores so-

ciais máximos. Tornam-se, pois, as normas supremas do ordenamento; convertem-se em *norma normarum*, norma das normas (BONAVIDES, 2009, p. 290).

A evolução histórica do direito demonstra que os códigos que outrora ocuparam o *locus* central do ordenamento cedem esse lugar às Constituições, processo que ocorre durante os séculos XIX e XX. Com isso, os princípios migram dos códigos para as Constituições. Como observa Luís Sérgio Mamari Filho (2005, p. 18), no pós-positivismo os princípios “são deslocados dos códigos para os textos constitucionais. Tal mudança (do Direito Privado para o Direito Público) lhes garantiu terrenos férteis, possibilitando a ampliação da abrangência de sua aplicação”.

A Constituição passa a ser o local próprio para os princípios; passa ao *epicentro* das discussões jurídicas com a superação da era dos códigos, irradiando efeitos sobre a atividade política e jurídica. As Constituições são centrais para o século XX e XXI como os códigos foram para o século XIX. George Marmelstein (2008, p. 12) também ressalta essa posição central dos princípios no ordenamento, bem como sua sede constitucional. Os princípios saltam “dos Códigos (...) para as Constituições, onde em nossos dias se convertem em fundamento de toda a ordem jurídica, na qualidade de princípios constitucionais” (BONAVIDES, 2009, p. 289).

Nesse panorama, a Constituição é o centro do sistema jurídico e, como tal, deve conter os valores máximos da sociedade, contidos nos princípios. André Rufino do Vale (2009, p. 24) também corrobora o pensamento ora exposto ao frisar que a “Constituição é marcada pela presença de princípios”, que constituem a positivação (expressão normativa) dos valores centrais da comunidade e que influenciam todo o ordenamento jurídico e vinculam as atividades públicas e privadas. Os princípios passam ao *coração das Constituições* (VALE, 2009, p. 281).

Vale lembrar que nos códigos a posição dos princípios é secundária, ancilar. O fenômeno de deslocamento da sede dos princípios é intrinsecamente ligado à alteração de sua essência, sua função supletiva ou subsidiária, conforme o pensamento juspositivista, dá espaço à *normatividade dos princípios* (BONAVIDES, 2009, p. 288).

A sede constitucional dos princípios não impede, contudo, que eles existam fora da Constituição. Há princípios jurídicos, com força normativa, nos vários microsistemas de direito público e privado, os quais são específicos a cada um deles. Inserem-se nos códigos gerais ou nas normas específicas. Mas regulam situações restritas, específicas de cada um deles, como no direito tributário, administrativo, empresarial, etc. Não obstante, os valores fundamentais da sociedade, como, por exemplo, a dignidade da pessoa humana ou a presunção de inocência, estes, sim, expressa ou implicitamente, têm sede constitucional por meio dos princípios que os contêm.

2.4. Aumento do foco político no Judiciário

A *norma jurídica* não se confunde com o *texto da norma*, mas reflete os sentidos decorrentes da interpretação de seu texto. Normas são “os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos” (ÁVILA, 2009, p. 30). Os dispositivos normativos (texto) são o objeto da interpretação, enquanto a norma é o seu resultado. Em suma, o *texto da norma* não se confunde com a própria *norma*, a qual surge com a interpretação. A norma jurídica se extrai, pois, do processo interpretativo. Por isso, Eros Roberto Grau (2005, p. 26,60) observa que a atividade do intérprete consiste em *construir* o significado da norma.

O *significado* das palavras não é intrínseco ao seu *signo*, mas depende precisamente de sua interpretação. Surge a partir da relação do sujeito que tem a função de interpretá-la. A norma, da mesma forma, surge a partir de sua aplicação/interpretação. Ou seja, a atividade do intérprete – quer

jugador, quer cientista – não consiste em “meramente descrever o enunciado previamente existente dos dispositivos” (ÁVILA, 2009, p. 32). É dizer, interpretação é *ato de decisão* e não de *descrição* de um significado previamente dado. O intérprete *constrói* o significado da norma, pois seu texto tem “*un sentido todavía por precisar*” (ALEXY, 2008b, p. 34)

Humberto Ávila (2009, p. 24) acrescenta que a “transformação de textos normativos em normas jurídicas depende da construção de conteúdos de sentido pelo próprio intérprete”. É o intérprete da norma que fixa a sua extensão e abrangência. Quanto mais *abertos* forem os termos das disposições normativas, mais nítida se mostra essa qualidade. Portanto, é na interpretação dos *princípios*, que se apresentam em regra com densidade normativa, que o intérprete é mais exigido⁴⁴.

Com isso, na atual configuração da filosofia do direito e do direito constitucional, cabe ao aplicador do direito a fixação do conteúdo das normas constitucionais, sejam princípios ou regras. Além disso, até mesmo a *identificação de princípios* passa a ser função do intérprete, uma vez que alguns princípios podem não ser expressos. Alexy (2008a, p. 109) ressalta “a desnecessidade de que os princípios sejam estabelecidos de forma explícita, podendo decorrer de uma tradição de positividade detalhada e de decisões judiciais que, em geral, expressam concepções difundidas sobre o que deve ser o direito”.

A atividade de interpretação de textos normativos deve ser entendida como um processo. Esse processo, ensina André Rufino do Vale (2009, p. 16-17), é dividido em fases. A primeira constitui-se da verificação do significado linguístico das disposições de direito fundamental (texto), com a identificação das palavras e seus

⁴⁴ Aqui não se está fazendo referência à ponderação entre dois princípios, a situação vislumbrada é a de aplicação de um único princípio sem a necessidade de compatibilização com os demais.

significados. A segunda refere-se à identificação do conteúdo das normas expressas pelos seus dispositivos (texto). A terceira se restringe à configuração da norma como regra ou princípio. Em casos fáceis, essa fase é suficiente para a identificação de respostas à interpretação; sem maiores controvérsias interpretativas, o “significado das disposições normativas resta claro, fora de dúvidas ou controvérsias interpretativas (zona de certeza)” (VALE, 2009, p. 16). Para os casos difíceis, há uma quarta fase, na qual o conteúdo da norma depende de uma atividade interpretativa de atribuição de significado à regra ou princípio a partir da análise valorativa do intérprete, portanto discricionária.

Esse é o procedimento que é utilizado para a construção do significado da norma. Não mais é plausível o entendimento de que um simples critério de subsunção é capaz de identificar o significado da norma. Não há “significado algum antes do término desse processo de interpretação” (ÁVILA, 2009, p. 32).

Outro ponto é que a fixação do conteúdo dos direitos constitucionais passa pela análise histórica de sua estruturação. Nesse cenário, a atividade dos Tribunais Constitucionais é de essencial relevância, uma vez que o conteúdo das normas constitucionais, notadamente dos princípios, é delimitado a partir da interpretação da norma e sua aplicação ao caso concreto. Por isso, a jurisprudência do Tribunal Constitucional dos países que o criaram é de suma importância para a delimitação da abrangência dos direitos constitucionais, neles inseridos os fundamentais. Como frisou Alexy (2008a, p. 43-47), os direitos fundamentais são o que são, sobretudo, por meio da interpretação.

É a interpretação realizada pelos aplicadores do direito, mais precisamente pela Corte Constitucional, que delimita a amplitude dos direitos constitucionais. O processo de interpretação é, pois, indispensável à aferição do conteúdo exato da própria Constituição. Os dispositivos aber-

tos dos princípios não se mostram capazes de, sozinhos, estabelecer seu conteúdo, pois têm uma característica *prima facie* – o conteúdo exato de sua abrangência e de seus efeitos somente se verifica quando de sua interpretação e concreção. Nesse caso, é a ponderação que demonstrará, a cada caso concreto, o real conteúdo e abrangência das normas constitucionais.

O conteúdo dos direitos fundamentais é retirado, primeiramente pelo Constituinte, dos valores centrais para a sociedade; porém, é somente em um segundo momento, quando da ponderação dos princípios concorrentes no processo interpretativo, que são fixados o real conteúdo e a abrangência de seus termos.

Por isso, os estudos de Peter Häberle (2002) são de tamanha importância para o direito contemporâneo. Se a Constituição se molda em concreto, a sociedade deve participar o máximo possível da discussão judicial sobre sua aplicabilidade (*Sociedade Aberta de Intérpretes*). A interpretação constitucional é uma função que cabe aos intérpretes formais (Estado: Legislativo, Executivo e Judiciário) e aos intérpretes não formais (toda a sociedade). Assim, a sociedade deve participar do processo de concreção dessas normas, visto que a interpretação constitucional é “uma atividade que, potencialmente, diz respeito a todos. (...) A conformação da realidade da Constituição torna-se também parte da interpretação das normas constitucionais pertinentes à realidade” (HÄBERLE, 2002, p. 24).

Nessa configuração ganha relevância o papel do Poder Judiciário⁴⁵, com ênfase na função de Corte Constitucional. Cabe ao Judiciário e à doutrina a construção de significados das normas (ÁVILA, 2009, p. 32). A ciência do direito evoluiu no sentido de entender que ao Judiciário é afeto um

⁴⁵ Luís Roberto Barroso (2010, p. 5) fala em *supremacia judicial*, entendida como “a primazia de um Tribunal Constitucional ou Suprema Corte na interpretação final e vinculante das normas constitucionais”.

papel muito mais relevante e criativo que a simples *boca da lei*. Há, pois, uma transferência de poder político do Legislativo para o Judiciário. Luiz M. Cruz (2006, p. 26, tradução nossa) fala em “deslocamento do centro de gravidade dos parlamentos para os Tribunais Constitucionais”. Prieto Sanchís (2000, p. 119-120) chamou esse fenômeno de onipresença judicial. Isso somado ao fenômeno de *constitucionalização do direito* e da *judicialização* demonstram uma supervalorização desse Poder na atual conjuntura. É por isso que se discute tão calorosamente na atualidade o ativismo judicial. Mas vale a constatação de Inocêncio Coelho (Mendes et al., 2007, p. 128) de que essa opção *juridicista* não decorreu de uma construção teórica ou de um projeto de engenharia política, “antes se consolidou ao sabor da própria experiência constitucional”.

As definições do conteúdo de princípios constitucionais como da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF), do solidarismo social (art. 1º, II, CF), da eficiência (art. 37, CF), entre outros, são exemplos de participação ativa da doutrina e, sobretudo, do aplicador do direito na formulação do exato conteúdo da norma. Princípios como os citados, ante a sua baixíssima densidade normativa, refletem mais avidamente o caráter conteudista do aplicador do direito. Humberto Ávila (2009, p. 34) afirma que “a conclusão trivial é a de que o Poder Judiciário e a Ciência do Direito constroem significados, mas enfrentam limites cuja desconsideração cria um descompasso entre a revisão constitucional e o direito constitucional concretizado”.

Antes de finalizar, é preciso apresentar um alerta.

2.5. *Alguns excessos de correntes extremadas do pós-positivismo: um alerta necessário*

Como visto, no quadro atual, impera como uma quase unanimidade na doutrina a prevalência de normatividade dos princípios e a distinção entre estes e as regras. Humberto Ávila (2009, p. 26) chega a in-

formar que essa concepção “virou moda”. Nesse contexto, a concretização do direito enfrenta um processo de subsunção das regras e de ponderação dos princípios em sua existência conflituosa, submetendo-os a padrões de peso e qualidade, não mais de validade. Mas, como tudo em excesso, faz mal!

Até mesmo Canotilho (2005, p. 85), doutrinador consagrado pela defesa dos direitos fundamentais, assevera críticas à “panfundamentalização objetivista” ou à “hipertrofia jusfundamentalista”. Se tudo é direito fundamental, então nada é realmente fundamental. Em relação ao pós-positivismo, a crítica também é bem-vinda. Se tudo se transforma em ponderação, a margem de subjetividade se mostra tão grande que a segurança jurídica e a objetividade do sistema desaparecem por completo. Nessa linha, Daniel Sarmiento (2009, p. 288-301) chega a falar em *panconstitucionalização e oba-oba constitucional*.

Por isso, é preciso tomar cuidado para não alargar demasiadamente os horizontes da principiologia constitucional a ponto de se afirmar que toda norma é princípio e, assim, toda a Constituição pode ser ponderada. Uma adequada compreensão do que são princípios e do que são regras é necessária. A Carta contém princípios jurídicos e regras jurídicas que convivem em harmonia⁴⁶. Cada um deles deve ser entendido como tal; regras são regras, princípios são princípios. Por mais que pareça óbvio, o alerta é importante.

Passar por esse tema sem lembrar seu grande crítico seria um impropério. A forte crítica de Habermas à teoria trazida

⁴⁶ Konrad Hesse (1983, p. 48) já visualiza perfeitamente a unidade da Constituição e a harmonia de convivência das normas constitucionais, conforme se observa: “a relação e interdependência existentes entre os distintos elementos da Constituição obrigam a não contemplar em nenhum caso somente a norma isolada mas sempre no conjunto em que deve ser situada; todas as normas constitucionais hão de ser interpretadas de tal maneira que se evitem contradições com outras normas constitucionais”.

por Alexy diz respeito à falta de racionalidade na tomada de decisões, ou à falta de parâmetros racionais para o sopesamento. A afirmação de Habermas de que a aplicação dos princípios é uma “qualificação orientada por finalidades”, o que retiraria força dos direitos fundamentais diante da escolha dessas finalidades, é respondida por Alexy (2008b, p. 576-627) em seu posfácio escrito em 2002. Segundo essa resposta, sua teoria se sustenta não por encontrar a resposta racional em todos os casos, o que é possível, mas diante da racionalidade encontrada no conjunto dos casos, o que “é interessante o suficiente para justificar o sopesamento como método” (ALEXY, 2008b, p. 594).

Paulo Ricardo Schier (2005, p. 119) alerta que, se um sistema em que só existam regras é temeroso pela baixa capacidade de ajuste e evolução, um sistema formado apenas por princípios “também seria indesejável diante da baixa densidade normativa que teria, determinando, destarte, uma espécie de corrosão da própria normatividade constitucional”. O sistema atual, em face do processo de ponderação (sopesamento) da interpretação/criação/aplicação da norma, ganha em *justiça*, por permitir uma proximidade com os valores socialmente relevantes, mas perde em *objetividade*; o que necessariamente resulta em aumento de *subjetividade*, até porque o processo de ponderação tem um grande viés subjetivo.

É diante desse cenário que Coleman e Leiter (2000, p. 399-418)⁴⁷ defendem a

⁴⁷ Sobre a objetividade do direito, ver Coleman e Leiter (2004, p. 378-418), artigo em que são apresentadas as formas de objetividade do sistema jurídico. No subjetivismo, *cada* indivíduo é a medida de todas as coisas, situação que é temerária para a ciência jurídica, diante da necessidade de se saber o que esperar das normas. Logo, a ciência jurídica busca a objetividade do sistema, objetividade essa que pode ser *forte*, *mínima* ou, como querem os autores, *modesta*. Segundo a primeira, o que “parece certo” nunca determina o que “é certo”, uma vez que nunca depende do que os humanos consideram ser (mesmo em condições ideais), seria um *objetivismo platônico*. A *objetividade mínima*

objetividade modesta para o sistema atual, considerando-a a que se encontra “em vigor em boa parte do debate doutrinário atual” e a que mostra uma razoável forma de legitimar as decisões judiciais. Com essa objetividade, seria possível tentar, ao menos hipoteticamente, visualizar uma condição ideal, distante das pré-compreensões dos julgadores, em que se pudesse verificar a correção da decisão proferida. Segundo os autores, essa visão afastaria a subjetividade do julgador.

Por fim e retomando o argumento anterior, há de se considerar que o sistema jurídico é composto de regras e princípios, cada qual com sua função, e não somente por princípios, ou seja, as normas não são todas principiológicas, somente algumas delas são. Schier (2005, p. 120) ainda ressalta que “a exacerbação do processo de principiologização não pode atingir o ponto de tornar tudo ‘subjetivo’ (no sentido arbitrário)”.

ocupa parte do espaço entre a forte e a subjetividade. Segundo ela, “o que parece ser certo para a maioria da comunidade determina o que é certo” (COLEMAN; LEITER, 2004, p. 379). O problema dessa objetividade, que pode decorrer de um sistema eminentemente principiológico, é que ela “é essencialmente antirrealista; como nega que o mundo seja exatamente como qualquer pessoa considera que seja”, pois “os indivíduos não são a medida de todas as coisas, mas suas práticas coletivas ou convergentes são” (Idem, p. 380). Com isso, cai-se no problema da hegemonia da maioria dominante, o que não é admissível em uma sociedade pluralista. A *objetividade modesta*, desenvolvida pelos autores, oferece um critério para avaliar se a decisão judicial é legítima ou justificável, pois segundo ela, “o que parece certo ‘em condições epistêmicas ideais’ determina o que é certo” (Ibidem, p. 396). A questão primordial dessa objetividade é sua colocação em condições ideais, para nesse contexto se avaliar a correção da decisão judicial. “A objetividade modesta reconhece a possibilidade de que todos podem estar errados quanto ao que uma norma exige; o que parece certo, mesmo para todos, quanto ao que uma norma exige pode não estar certo. Apenas o que parece certo para indivíduos colocados em uma posição epistemicamente ideal determina o que é certo. (...) torna a existência e o caráter dos fatos de vários tipos dependentes de nós, mas não de nossas crenças e evidências efetivas ou existentes” (COLEMAN; LEITER, 2004, p. 379).

Essa crítica tem o objetivo de demonstrar que também essa forma de ver o direito precisa de um olhar sereno e crítico dos cientistas jurídicos para que não se permita sua corrosão – como ocorreu com o positivismo clássico.

Conclusão

A maneira de pensar o direito mudou. Diversos foram os fatores que desencadearam essa mudança, entre eles identificam-se os massacres de seres humanos na segunda grande guerra, o pluralismo e a complexidade da sociedade contemporânea, a derrocada da pretensão de concreitude dos códigos, a concreção de normas formalmente válidas que levavam a resultados materiais absurdos, entre outros.

O positivismo não mais foi capaz de construir uma resposta lógica para as questões jurídicas contemporâneas, principalmente as mais complexas ou difíceis. A justiça, em muitos momentos esquecida, não mais pode ser deixada para segundo plano. A sociedade exigiu a compatibilização da segurança jurídica (ponto forte do positivismo jurídico) com a justiça (ponto de busca incessante do pós-positivismo, sem o esquecimento daquela).

Com isso, surge um novo pensamento jusfilosófico denominado pós-positivismo, o qual é a base estrutural do pensamento constitucional atual, o neoconstitucionalismo. O novo constitucionalismo é estruturado filosoficamente, então, sobre os pilares do pós-positivismo.

Os valores ingressam no sistema jurídico, por intermédio dos princípios, com o intuito de permitir a tomada de decisões com base em parâmetros de justiça. Mas a fixação de critérios lógicos e racionais para a tomada de decisões nos casos difíceis é uma das críticas mais correntes em relação ao modelo apresentado. O modelo pós-positivista (aproximação do direito com a moral, distinção entre princípios e regras, fixação do conteúdo da norma constitucio-

nal pelo aplicador do direito...) é proposto com o escopo de buscar compatibilidade do sistema jurídico com os anseios sociais, sobretudo nas questões difíceis.

Muitos critérios tem sido apresentados para a solução dessas questões difíceis como a tese da *única decisão correta* de Dworkin, a tese de Alexy que engloba a otimização (princípios como mandamentos de otimização a serem realizados na maior medida possível), compatibilizada com a lei da colisão e com os critérios de ponderação como uma *pretensão de correção* do direito, as teses argumentativas de MacCormick, entre diversas outras. Mas o presente trabalho não teve a pretensão de esgotar o tão discutido tema do novo paradigma filosófico do direito constitucional.

Para a delimitação do objeto, não foram nele contempladas as discussões ressaltadas no parágrafo anterior quanto aos critérios para a busca de respostas racionais na aplicação desse modelo, solução que parece estar na argumentação jurídica – mas isso é tema para um próximo estudo. Neste, buscou-se a apresentação do pós-positivismo como parâmetro filosófico para o neoconstitucionalismo, destacando suas diferenças em relação ao positivismo e, sobretudo, suas características.

Por último, foram apresentados alguns alertas em relação a possíveis excessos de correntes extremadas que defendam o pós-positivismo sem uma reflexão crítica necessária à contenção do pensamento jurídico que possa sustentar a onipotência de qualquer dos Poderes do Estado.

Referências

- AGUIAR, Roger Silva. O positivismo e o pós-positivismo na criação e aplicação do Direito civil brasileiro. In: MELLO, Cleyson M. *Novos Direitos: os paradigmas da pós-modernidade*. Niterói: Impetus, 2004.
- ALEXY, Robert. Derecho y corrección. In: ALEXY, Robert. *La institucionalización de la justicia*. Tradução de José Antonio Seoane, Eduardo Roberto Sodero e Pablo Rodríguez. Granada: Editorial Comares, 2005.

_____. Los Derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. 4. ed. Madrid: Trotta, 2009.

_____. *Teoría de la argumentación jurídica*. Tradução de Manuel Atienza e Isabel Espejo. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008a.

_____. *Teoria dos Direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008b.

ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

ATIENZA, Manuel. *El sentido del derecho*. Barcelona: Ariel, 2004.

_____. Es el positivismo jurídico una teoría aceptable del derecho? In: MOREIRA, Eduardo Ribeiro; GONÇALVES JÚNIOR, Jerson Carneiro; BETTINI, Lucia Helena Polleti (Org.). *Hermenêutica constitucional - homenagem aos 22 anos do grupo de estudos Maria Garcia*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. *O Direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

_____. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In: *Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB*, n. 4, jan./fev. 2009. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 12 set. 2009.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. In: *BOLETIM de Direito Administrativo*, São Paulo, ano 23, n. 1, p. 20-49. jan. 2007.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito constitucional*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BORGES, Alexandre Walmott. *Preâmbulo da Constituição & a ordem econômica*. Curitiba: Juruá, 2009.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

_____. Das Constituições dos Direitos à crítica dos Direitos. *Direito Público*, Brasília, n. 5, p. 80-89, jan./mar. 2005. Disponível em: <<http://www.direitopublico.idp.edu.br/index.php/direitopublico/article/viewPDFInterstitial/462/419>>. Acesso em: 10 maio 2010.

CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. 4. ed. Madrid: Trotta, 2009.

CASTILHOS, Ricardo. *Valores constitucionais*. In: MOREIRA, Eduardo Ribeiro; GONÇALVES JÚNIOR,

Jerson Carneiro; BETTINI, Lucia Helena Polleti (Org.). *Hermenêutica constitucional - Homenagem aos 22 anos do Grupo de Estudos Maria Garcia*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.

COLEMAN, Jules L.; LEITER, Brian. Determinação, objetividade e autoridade. In: MARMOR, Andrei (Org.). *Direito e interpretação: ensaios de filosofia do Direito*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. 4. ed. Madrid: Trotta, 2009.

CRUZ, Luis M. *Estudios sobre el neoconstitucionalismo*. México: Editorial Porrúa, 2006.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; CAVALCANTI, Eduardo Muniz Machado. *Jurisprudência do STF: anotada e comentada*. São Paulo: Editora Método, 2009.

FERRAJOLI, Luigi. *Pasado y futuro del Estado de Derecho*. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. 4. ed. Madrid: Trotta, 2009.

FIGUEROA, Alfonso García. *Criaturas de la moralidad: una aproximación neoconstitucionalista al Derecho a través de los derechos*. Madrid: Trotta, 2009a.

_____. La incidencia de la derrotabilidad de los principios iusfundamentales sobre el concepto de Derecho. *Diritto & Question Publiche*, n. 3, p. 197-227, 2003.

_____. Positivismo corrigido e positivistas incorrigíveis. In: MOREIRA, Eduardo Ribeiro; GONÇALVES JÚNIOR, Jerson Carneiro; BETTINI, Lucia Helena Polleti (Org.). *Hermenêutica Constitucional - Homenagem aos 22 anos do Grupo de Estudos Maria Garcia*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009b.

_____. La teoría del Derecho en tiempos del constitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. 4. ed. Madrid: Trotta, 2009c.

GARCIA, Maria José Guerra Figueiredo. Em busca do conceito de valor. *Cadernos de Semiótica Aplicada*, v. 1, n. 2, dez. 2003. Disponível em: <<http://www.fclar.unesp.br/grupos/casa/artigos/V2/CASA20032-conc-valor.pdf>>. Acesso em: 5 dez. 2009.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

- HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: A sociedade aberta de intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre a faticidade e a validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. 2v.
- HART, Hebert. *O Conceito de Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.
- HESSE, Konrad. *A Força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.
- _____. *Escritos de Derecho constitucional*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1994.
- _____. *Teoria geral do Direito e do Estado*. 3. ed. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- KRELL, Andreas Joachim. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional 'comparado'*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002.
- LACERDA, Gustavo Biscaia de. Augusto Comte e o "positivismo" redescobertos. *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, v. 17, n. 34, out. 2009. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-44782009000300021&script=sci_arttext&tlng=in>. Acesso em: 30 maio 2010.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência jurídica*. Tradução de José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.
- MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do Direito*. Tradução de Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- MAIA, Antônio Cavalcanti. As transformações dos sistemas jurídicos contemporâneos: apontamentos acerca do neoconstitucionalismo. In: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de (Org.). *Neoconstitucionalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- MAMARI FILHO, Luís Sérgio Soares. *A comunidade aberta de intérpretes da Constituição: o amicus curiae como estratégia de democratização da busca do significado das normas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2008.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- MOREIRA, Eduardo Ribeiro. Neoconstitucionalismo e teoria da interpretação. In: MOREIRA, Eduardo Ribeiro et al. (Org.). *Hermenêutica constitucional - homenagem aos 22 anos do grupo de estudos Maria Garcia*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.
- POZZOLO, Susanna. Un constitucionalismo ambíguo. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. 4. ed. Madrid: Trotta, 2009.
- REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- RIBEIRO JÚNIOR, João. *Augusto Comte e o positivismo*. Campinas: Edicamp, 2003.
- SANCHÍS, Luis Prieto. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madri: Trotta, 2000.
- _____. *Los principios como vehículos de la moral en el derecho*. In: MOREIRA, Eduardo Ribeiro; GONÇALVES JÚNIOR, Jerson Carneiro; BETTINI, Lucia Helena Polleti (Org.). *Hermenêutica Constitucional - Homenagem aos 22 anos do Grupo de Estudos Maria Garcia*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1998.
- SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de (Org.). *Neoconstitucionalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- SCHIER, Paulo Ricardo. Novos desafios da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo. *Revista Brasileira e Direito Público - RBDP*, Belo Horizonte, ano 3, n. 10, p. 109-129, jul./set. 2005.
- SCHMITT, Carl. *La tirania de los valores*. Tradução de Anima Schmitt de Otero. Madrid: Enero-Febrero, 1961.
- SILVA, Alexandre Garrido da. Direito, correção normativa e institucionalização da justiça. *Revista de Direito do Estado*, São Paulo, ano 1, n. 1, p. 331-346, jan./mar. 2006.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito constitucional positivo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- VALE, André Rufino do. *Estrutura das normas de direitos fundamentais: repensando a distinção entre regras, princípios e valores*. São Paulo: IDP/Saraiva, 2009.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Tradução de Marina Gascón. 7. ed. Madrid: Trotta, 2007.