

RODRÍGUEZ LÁINZ, J. L.: “Los nuevos delitos leves: aspectos sustantivos y penales”, en Diario La Ley, nº 8524, abril 2015.

ROXIN, C.: “El desarrollo del Derecho Penal en el siguiente siglo”, en Dogmática Penal y Política Criminal, Lima 1998.

SCHÜNEMANN, B.: “Presentación” de la monografía de GRACIA MARTÍN, L.: Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho Penal y para la crítica del discurso de resistencia, Valencia. 2003.

SCHÜNEMANN, B.: “Presentación” de la monografía de GRACIA MARTÍN, L.: Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho Penal y para la crítica del discurso de resistencia, Valencia. 2003.

SILVA SÁNCHEZ, J. M.: La expansión del derecho penal Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales, Madrid, 2011.

TAMARIT SUMALLA, J. M^a.: “Política criminal con bases empíricas en España”, en Política Criminal, Nº3, 2007 Recurso electrónico disponible en: <http://www.politicacriminal.el>.

VIVES ANTÓN, T. S.: “La reforma penal de 2015: una valoración genérica”, en Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015, González Cussac, J. L. (Dir.) y Matallin Evangelio, E. y Górriz Royo, A (Coord.), Valencia, 2015.

NEOCONSTITUCIONALISMO: UM BREVE PANORAMA

NEOCONSTITUTIONALISM: A BRIEF OVERVIEW

NEOCONSTITUCIONALISMO: UNA BREVE RESEÑA

SUMÁRIO:

Introdução; 1. Constitucionalismo, direitos fundamentais e Estado: um sucinto esboço histórico; 2. Neoconstitucionalismo: a hora e a vez das Constituições normativas e dos Estados Democráticos de Direito; 3. Sobre princípios e regras: marcando semelhanças e diferenças; 4. A constitucionalização do ordenamento jurídico e a “nova hermenêutica constitucional”; Conclusão; Referências.

RESUMO:

O artigo traça uma breve sinopse de algumas das principais ideias e discussões inseridas na concepção doutrinária conhecida como neoconstitucionalismo, abordando especialmente a evolução histórica dos vínculos entre o constitucionalismo, os direitos fundamentais e o Estado, o novo papel reconhecido às Constituições e a consagração dos Estados Democráticos de Direito após a Segunda Guerra Mundial, a tormentosa questão dos critérios para a diferenciação entre regras e princípios como espécies de normas jurídicas e a asseverada nova hermenêutica constitucional. Utiliza preferencialmente os métodos histórico-evolutivo, histórico-comparativo, comparativo e dialético e firma posições relativamente aos temas tratados.

ABSTRACT:

The article provides a brief synopsis of some of the main ideas and discussions inserted into the doctrinal conception known as neoconstitutionalism,

Como citar esse artigo:
LIMA, Thadeu. Neoconstitucionalismo: um breve panorama. Argumenta Journal Law, Jacarezinho - PR, Brasil, n. 22, p. 145-182
Data de submissão:
27/12/2013
Data de aprovação:
25/07/2015

addressing specially the historical evolution of the connection between the constitutionalism, the fundamental rights and the State, the new role given to the Constitutions and the consecration of Democratic States of Law after the Second World War, the stormy issue of the criteria for differentiation between rules and principles as species of legal norms and the asserted new constitutional hermeneutics. It uses preferentially the historical-evolutionary, the historical-comparative, the comparative and the dialectical methods and establish positions related to the topics discussed.

RESUMEN:

El artículo ofrece un breve resumen de algunas de las principales ideas y discusiones insertas en la concepción doctrinal conocida como neoconstitucionalismo, con especial enfoque a la evolución histórica de los vínculos entre el constitucionalismo, los derechos fundamentales y el Estado, el nuevo papel asignado a las Constituciones y la consagración de los Estados Democráticos de Derecho después de la Segunda Guerra Mundial, la tormentosa pregunta de los criterios para diferenciar las reglas y los principios como especies de normas jurídicas y la afirmada nueva hermenéutica constitucional. Preferiblemente utiliza los métodos histórico-evolutivo, histórico-comparativo y dialéctico y firma posiciones para los temas en cuestión.

PALAVRAS-CHAVE:

neoconstitucionalismo; direitos fundamentais; Estado Democrático de Direito; força normativa da Constituição.

KEYWORDS:

Neoconstitutionalism; Fundamental Rights; Democratic State of Law; Constitution's normative force.

PALABRAS-CLAVE:

neoconstitucionalismo; derechos fundamentales; Estado Democrático de Derecho; fuerza normativa de la Constitución.

INTRODUÇÃO

O chamado neoconstitucionalismo consiste em uma perspectiva doutrinária que, embora tenha se iniciado há mais de meio século na Europa, logo após o término da Segunda Guerra Mundial, veio a conquistar maior espaço no Brasil em tempos relativamente recentes.

De fato, foi basicamente por volta do final da década de 1990 e do início dos anos 2000 que as principais ideias e discussões inseridas em tal concepção passaram a ser difundidas de modo mais amplo em nosso país, primeiramente nos ambientes acadêmicos e na sequência ganhando terreno e relevância nas práticas jurídicas como um todo.

Hodiernamente, restam sobremaneira assimilados conceitos como “força normativa da Constituição”, “normatividade dos princípios” e “âmbitos de eficácia dos direitos fundamentais”, dentre outros que encontram suas origens nas correntes que compõem esse importantíssimo e realmente transformador marco teórico.

Todavia, a multiplicidade de temas e de olhares sobre eles, aliada à escassez de obras de cunho introdutório que apresentem uma visão geral, torna não raro difícil para os neófitos, notadamente tratando-se de estudantes de cursos de graduação em Direito, compreender o fenômeno neoconstitucional em suas linhas mestras e em seu significado mais profundo.

Eis, resumidamente, o objetivo deste artigo: oferecer um breve panorama, ou uma compilação sinóptica, acerca do neoconstitucionalismo, por óbvio sem qualquer pretensão de ser completo e exauriente, porém também sem olvidar a necessária reflexão crítica referente a cada ponto enfrentado.

São preferencialmente utilizados, na consecução da tarefa proposta, os métodos histórico-evolutivo, histórico-comparativo, comparativo e dialético. Com efeito, procede-se ao exame das origens e do desenvolvimento histórico dos conceitos e institutos abordados e o seu cotejo, tanto espaço-temporal quanto recíproco, bem como são confrontadas e criticamente avaliadas as diferentes orientações de respeitados juristas que se debruçaram sobre os assuntos, procurando organizá-las em sínteses superadoras de suas possíveis contradições.

Na primeira seção do trabalho se enfatiza a evolução histórica dos vínculos entre o constitucionalismo, os direitos fundamentais e o Estado.

Em seguida, na segunda seção, são tecidas considerações sobre o neo-constitucionalismo e a consagração das Constituições normativas e dos Estados Democráticos de Direito. A terceira seção se ocupa da nova tipologia normativa constitucional e dos debates doutrinários respeitantes à distinção entre regras e princípios como suas espécies, ao passo que a quarta seção aborda a constitucionalização do ordenamento jurídico e as peculiaridades de uma alegada “nova hermenêutica constitucional”, encerrando-se com a conclusão obtida no trato da matéria.

1. CONSTITUCIONALISMO, DIREITOS FUNDAMENTAIS E ESTADO: UM SUCINTO ESCORÇO HISTÓRICO

Um acurado exame retrospectivo é capaz de revelar que os direitos fundamentais, o constitucionalismo e o Estado (Moderno) são fenômenos que tiveram origens e trajetórias históricas diversas e, durante longo tempo, até paralelas, vindo a se entrecruzarem e se conectarem de maneira indissociável, em mútua implicação, apenas a partir do final do século XVIII, com a consagração da noção de Estado de Direito, ainda de cunho marcadamente liberal e individualista.

Com efeito, no que tange aos primeiros direitos fundamentais, embora o posicionamento majoritário negue que hajam encontrado na Antiguidade o seu nascedouro, é certo que nela, por obra da religião, em especial do Cristianismo, e da filosofia greco-romana, surgiram ideias-chave que, posteriormente, culminariam por influenciar diretamente o pensamento jusnaturalista e sua concepção de direitos naturais e inalienáveis do ser humano, os quais lhe seriam inerentes em virtude tão-somente de tal condição, justificando assim a denominação desse período como “Pré-História” dos direitos fundamentais (SARLET, 2009, p. 37-38).²

É corrente asseverar que a História propriamente dita dos direitos fundamentais, tomados na acepção de verdadeiras conquistas no plano jurídico-empírico, e não de meras formulações ou aspirações teóricas, ostenta seu *marco inicial principal*³ na *Magna Charta Libertatum*, firmada pelo rei João Sem-Terra, em 1215, na Inglaterra (DALLARI, 2010, p. 271; GRECO FILHO, 1998, p. 27; SARLET, 2009, p. 41). Mencionado pacto, conquanto representasse notadamente a outorga de privilégios feudais à nobreza inglesa, não estendidos ao restante da população, num contexto

social e econômico marcado pela desigualdade, serviu de ponto de referência a alguns direitos e liberdades civis clássicos, como o habeas corpus, o devido processo legal e a proteção à propriedade privada (GRECO FILHO, 1998, p. 27-29; SARLET, 2009, p. 41). Ademais, a singularidade do desenvolvimento jurídico-político inglês remonta ao entendimento que desde a Idade Média se criou e se consolidou sobre os limites do poder dos reis e os direitos dos súditos, o que atribuiu àquele documento um significado que transcende o de um simples texto em que se combinam aquisições bem particularizadas com um Direito natural de inspiração cristã (MIRANDA, 2002, p. 72).

A Magna Charta Libertatum é tida também como o ponto inaugural dos primórdios do constitucionalismo bretão (CANOTILHO, 2002, p. 55; MIRANDA, 2002, p. 71). De fato, a ideia de conferir sentido jurídico à Constituição de um povo teve seu berço na Inglaterra medieval, não pela afirmação direta de se tratar de uma instituição jurídica, mas indiretamente, pela compreensão da Constituição da sociedade como repositório e síntese de costumes consagrados pela tradição e reconhecidos pelo direito costumeiro, e evoluiu em seguida para solucionar conflitos políticos envolvendo diferentes interesses e concepções de legitimidade do poder, assim estabelecendo padrões de organização e de comportamento (DALLARI, 2010, p. 171-172). O constitucionalismo, posteriormente, já no século XVIII, esprou-se pelo continente europeu e pela América do Norte, tomando ares de movimento notabilizado pela exigência comum de dotar os Estados de Constituições escritas, bem como agregando novos contornos e peculiaridades em cada contexto sociopolítico e histórico-geográfico que veio a alcançar. Destarte, é possível falar em vários constitucionalismos ou, ao menos, em vários modelos de constitucionalismo, se o considerarmos um processo evolutivo, ou um projeto inacabado e em constante construção, cujas vertentes mais se assemelham a fases que se acrescem, dentre as quais se costumam destacar como expoentes o inglês, o norte-americano e o francês (BARROSO, 2009, p. 10-33; CANOTILHO, 2002, p. 51; MIRANDA, 2002, p. 71-108; STRECK, 2002, p. 225-282).⁴ Em todas essas matrizes, todavia, vislumbrava-se a preocupação central de impor restrições ao poder do soberano, dirigidas à preservação de prerrogativas pessoais dos indivíduos contra abusos e desmandos.

As observações acima permitem constatar que os vínculos entre os

direitos fundamentais e a Constituição são mais antigos do que os que unem tais elementos à forma estatal moderna de organização político-comunitária. Nesse sentido, leciona DALMO DE ABREU DALLARI que

O constitucionalismo nasceu durante as disputas medievais pelo predomínio sobre terras e populações, com a afirmação de lideranças e costumes próprios de cada região. Assim nasceu a Constituição costumeira, que aos poucos foi sendo reconhecida como fato e como direito, passando a ser invocada como base e fundamento da organização social, dos direitos individuais e do poder político. A consciência da existência de uma constituição, como expressão da individualidade e da história de um povo, surgiu e se desenvolveu no quadro das lutas contra o Absolutismo, tendo papel de extrema relevância na busca de redução ou eliminação de fatores de dominação e na luta pela abolição de privilégios. Muitos séculos depois, passando por várias etapas, se fará a ligação entre Constituição e Estado, mas bem antes disso já se tinha tomado consciência da necessidade da Constituição para a existência de um povo livre, no qual a organização e a convivência sejam baseados na justiça. (2010, p. 45)

Por sua vez, o Estado, na acepção de ordenação política unitária maior, estruturada em torno dos componentes essenciais poder, povo e território, é um fenômeno tipicamente moderno. HERMANN HELLER (1983, p. 79) acentua que ele, “como nome e como realidade, é algo, do ponto de vista histórico, absolutamente peculiar e que, nesta sua moderna individualidade, não pode ser trasladado aos tempos passados.” Ainda de acordo com HELLER (1983, p. 83-84), a palavra Estado, introduzida na literatura por NICOLAU MAQUIAVEL, em sua clássica obra *O Príncipe*, acertadamente designou uma ideia totalmente nova, posto que, a partir da Renascença, na Europa continental, as poliarquias, que até então tinham configuração territorial imprecisa e cuja coerência era instável, transformaram-se em unidades de poder contínuas e fortemente organizadas, com um único exército, um único corpo de funcionários e uma ordem jurídica unitária, impondo aos súditos o dever de obediência com caráter geral.⁵ Para J. J. GOMES CANOTILHO (1993, p. 37-38), o Estado é “uma categoria nuclear da semântica política da modernidade” e “vai perspectivar-se como forma de racionalização e generalização do político

das sociedades modernas”.

Convém ressaltar a tensão inicial entre as noções de Estado, que em seu momento primeiro, como visto, significava consolidação e concentração do poder⁶, e as de direitos fundamentais e de Constituição, que desde muito cedo nutriam o escopo da limitação do poder. Pertinente collocar o magistério de LENIO LUIZ STRECK:

O Estado Moderno, fruto do rompimento com a fragmentação própria da forma estatal medieval, nasce sem Constituição (entendida *stricto sensu*). A primeira versão do Estado Moderno é, pois, absolutista. Mas é exatamente o absolutismo que, dialeticamente, vai engendrar as condições para o surgimento de formas de controle do poder, através da exigência de mecanismos para conter o poder do príncipe. Assim ocorre com a Inglaterra no decorrer do século XVII, com a França revolucionária em fins do século XVIII e com a Declaração da Independência das colônias americanas, que culmina com a Constituição de 1787. (2002, p. 225)

Tal virtual atrito, entretanto, viria a ser dissolvido por completo a partir do final do século XVIII, com a consagração do conceito de Estado de Direito, fruto do ideário e das lutas por liberdade que assolaram a Europa e a América desde o século precedente e que consiste no Estado juridicamente limitado em seu poder por uma lei fundamental que assegure direitos individuais e discipline a partilha das funções dele entre órgãos diversos. Com efeito, o art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, proclamada na França em 26 de agosto de 1789, é emblemático ao preconizar ser desprovida de Constituição “a sociedade em que a garantia dos direitos não esteja assegurada ou a separação dos poderes estabelecida”. INGO WOLFGANG SARLET (2009, p. 58) sustenta que essa formulação paradigmática lançou as bases do que passou a ser o núcleo material das primeiras Constituições escritas, de matriz liberal-burguesa, bem como sedimentou definitivamente o íntimo liame entre as ideias de Constituição, Estado de Direito e direitos fundamentais. GIANLUIGI PALOMBELLA (2005, p. 138) critica, com razão, a permanência de “um decisivo atraso político-jurídico no fato de que essa ‘limitação’ valeu e nasceu para valer não em relação ao Estado legislador, mas apenas ao Estado como administração pública.” Sob outro ângulo, porém, forçoso

reconhecer que o Estado de Direito preparou o caminho para o posterior advento do Estado Democrático de Direito, no século XX.

Explica CANOTILHO que,

Se pretendêssemos caracterizar esta categoria política da modernidade, dir-se-ia que o Estado é um sistema processual e dinâmico e não uma essência imutável ou um tipo de domínio político fenomenologicamente originário e metaconstitucional. Além disso, o esquema racional da estadualidade encontra expressão jurídico-política adequada num sistema político normativamente conformado por uma constituição e democraticamente legitimado. Por outras palavras: o Estado concebe-se hoje como Estado constitucional democrático, porque ele é conformado por uma lei fundamental escrita (= constituição juridicamente constitutiva das “estruturas básicas da justiça”) e pressupõe um modelo de legitimação tendencialmente reconduzível à legitimação democrática [...]. (1993, p. 43)

LENIO LUIZ STRECK (2002, p. 225) afirma que a limitação que o constitucionalismo objetiva colocar no político assume diferentes feições, havendo chegado ao seu ápice no segundo pós-guerra, a partir das noções de Constituição dirigente e compromissória e de Estado Democrático de Direito.

Trata-se de uma revolução copernicana que trouxe profundas mudanças na compreensão do conteúdo do Direito, do seu papel perante a sociedade e do seu relacionamento com os demais subsistemas sociais, bem assim na definição das esferas legítimas de atuação das funções estatais desempenhadas pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário e das fronteiras entre elas. Sobre o tema, discorre-se a seguir.

2. NEOCONSTITUCIONALISMO: A HORA E A VEZ DAS CONSTITUIÇÕES NORMATIVAS E DOS ESTADOS DEMOCRÁTICOS DE DIREITO

No segundo pós-guerra, sobretudo depois da Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, verificou-se a emergência de um novo e vigoroso constitucionalismo, de inspiração nitidamente

humanista (DALLARI, 2010, p. 139-140), que conferiu à Constituição, Lei Maior do Estado, papel de primazia e de direcionamento em relação ao ordenamento jurídico-positivo. Com efeito, deixou ela de ser compreendida como mera “carta de intenções políticas” ou, pejorativamente, singela “folha de papel” dependente dos fatores reais de poder, passando a ser reconhecida como dotada de preponderância, de efetiva força normativa e de irradiação sobre todo o Direito infraconstitucional. Pioneiro na defesa de sua eficácia vinculativa, preleciona KONRAD HESSE que a Constituição

[...] não configura, portanto, apenas expressão de um ser, mas também de um dever ser; ela significa mais do que o simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas. Graças à pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social. Determinada pela realidade social e, ao mesmo tempo, determinante em relação a ela, não se pode definir como fundamental nem a pura normatividade, nem a simples eficácia das condições socio-políticas e econômicas. A força condicionante da realidade e a normatividade da Constituição podem ser diferenciadas: elas não podem, todavia, ser definitivamente separadas ou confundidas. (1991, p. 15)

No que tange a seu conteúdo, outrossim, as Constituições, em suas várias manifestações concretas no mundo ocidental, viram-se enriquecidas com a consagração do Estado Democrático de Direito, que se lastreia no valor fundamental da dignidade da pessoa humana e em imperativos axiológicos de moral e justiça. Como bem destaca DANIEL SARMENTO (2010, p. 172), “nos países dotados de constituições normativas que protegem direitos humanos, a moral racional foi trazida para o interior do Direito positivo e posta no seu patamar hierárquico mais elevado.”

O Estado Democrático de Direito consubstancia um aprofundamento das fórmulas do Estado de Direito e do Estado de Bem-Estar Social (Welfare State), impondo à ordem jurídica e à atividade estatal um cerne utópico de transformação do status quo, isto é, um caráter prospectivo e emancipador (SILVA, 2002, p. 119; STRECK, 2002, p. 64).

Traço marcante e destacado do Estado Democrático de Direito, her-

dado do Estado Social, porém intensificado no novel modelo (STRECK, 2002, p. 85), é a previsão, no texto constitucional, de normas que estabeleçam posições jurídicas subjetivas ativas invocáveis por seus titulares, no sentido de exigirem do ente público determinadas atuações positivas, de cunho jurídico ou material. Integram o gênero denominado direitos a prestações em sentido amplo, que abrange, como suas espécies, os direitos à proteção, os direitos a organização e a procedimentos e os direitos a prestações em sentido estrito (ALEXY, 2008, p. 433-519; SARLET, 2009, p. 189-190). Os últimos, também referidos como direitos sociais prestacionais, voltam-se, essencialmente, à melhoria das condições de vida e à consecução da igualdade material e da justiça social, garantindo a participação do povo na distribuição pública de bens materiais e imateriais (SARLET, 2009, p. 282).

Para NORBERTO BOBBIO (2004, p. 63), a multiplicação de direitos decorreu de três fatores básicos: o aumento da quantidade de bens merecedores de tutela, a extensão da titularidade de alguns direitos típicos a sujeitos diversos do homem e a consideração do próprio ser humano não mais como ente genérico, ou em sua abstração, mas na especificidade ou na concretude de suas diversas maneiras de ser em sociedade.

A problemática maior dos chamados direitos a prestações em sentido estrito, direitos sociais prestacionais ou simplesmente direitos sociais consiste na sua efetividade, quer-se dizer, na sua implementação prática e consequente fruição pelos beneficiários, conforme explana JOSÉ EDUARDO FARIA:

Ao contrário dos direitos individuais, civis e políticos e das garantias fundamentais desenvolvidas pelo liberalismo burguês com base no positivismo normativista, cuja eficácia requer apenas que o Estado jamais permita sua violação, os “direitos sociais” não podem simplesmente ser “atribuídos” aos cidadãos. Como não são self-executing nem muito menos fruíveis ou exequíveis individualmente, esses direitos têm sua efetividade dependente de um welfare commitment. Em outras palavras, necessitam de uma ampla e complexa gama de programas governamentais e de políticas públicas dirigidas a segmentos específicos da sociedade; políticas e programas especialmente formulados, implementados e executados com o objetivo de concretizar esses direitos e aten-

der às expectativas por eles geradas com sua positivação. A inexistência dessas políticas e desses programas, é evidente, acaba implicando automaticamente a denegação desses direitos. (2004, p. 272-273)

Alguns aspectos pragmáticos são decisivos para gerar a crise de efetividade dos direitos fundamentais sociais. Via de regra, as reais condições para o exercício dessas prerrogativas constitucionais precisam ser ainda criadas, e a criação delas se mostra economicamente mais custosa, mormente porque cada direito social costuma demandar uma prestação estatal exclusiva, que somente é aproveitada em sua realização, e não na de outros (SILVA, 2010, p. 241-242).

Em síntese, os direitos a prestações em sentido estrito dependem inexoravelmente de políticas públicas (CAMBI, 2009, p. 18), expressão que, em sentido lato, “designa todas as atuações do Estado, cobrindo todas as formas de intervenção do poder público na vida social” (GRAU, 2005, p. 26). Para uma conotação mais restrita e adequada ao objeto em exame, faz-se pertinente o acréscimo do adjetivo sociais, a fim de concebê-las como atividades estatais destinadas a instituir órgãos, entidades, bens e serviços que concretamente proporcionem aos seus beneficiários, “mediante a compensação das desigualdades sociais, o exercício de uma liberdade e igualdade real e efetiva” (SARLET, 2009, p. 199).⁷

Ressalta LENIO LUIZ STRECK (2002, p. 64) que a Assembleia Constituinte que elaborou nossa Carta Magna de 1988 se inspirou fortemente em diplomas constitucionais produzidos em contextos histórico-políticos semelhantes ao que então vivia o país, isto é, de ruptura com regimes autoritários e de retomada da democracia, citando como exemplos os de Portugal, pós-Revolução dos Cravos, e Espanha, em seguida à queda da ditadura de Franco.

DANIEL SARMENTO (2010, p. 177-180), ao seu turno, exara que nossa vigente Constituição da República, sob a perspectiva simbólica, quis representar a superação de um modelo autoritário e excludente de Estado e sociedade e selar um novo começo na trajetória político-institucional do país, bem como que, estruturalmente, tem evidente caráter compromissório, isto é, não representa a cristalização normativa de alguma específica corrente ideológica ou cosmovisão, mas antes alberga uma concepção pluralista, resultante da composição possível entre a ampla va-

riedade de forças políticas e de grupos de interesses que tiveram voz ativa em sua elaboração.

A atual Constituição Federal trouxe em seu art. 1º. a menção ao conceito de Estado Democrático de Direito, atribuindo expressamente à República Federativa do Brasil tal qualidade. Ademais, na esteira dos paradigmas inspiradores, elencou em seu bojo invulgar número de direitos, dotados de fundamentalidade formal e material (ALEXY, 2008, p. 520-523; SARLET, 2009, p. 74-78).

As Constituições hodiernas desempenham relevante função na modificação da realidade, porquanto se notabilizam pela presença de metarregras sobre a produção do Direito, exatamente para vincular os Poderes Públicos, inclusive com a previsão de mecanismos contramajoritários, no escopo de dirigir a ordem jurídica à concretização dos direitos fundamentais de todos (CAMBI, 2009, p. 26-27). Significa que a lei, pela primeira vez na época moderna, vem submetida a uma relação de adequação, e portanto de subordinação, a um estrato mais alto de Direito estabelecido pela Constituição (ZAGREBELSKY, 2009, p. 34).

Essa nova maneira de ver a Constituição, que envolve o indeclinável compromisso de cumprir suas disposições e de realizá-la integralmente na vida cotidiana⁸, perpassa diferentes correntes doutrinárias que, grosso modo, diante da apontada identidade metodológica e teleológica, costumam ser agregadas sob a égide do neoconstitucionalismo (ALMEIDA, 2010, p. 18-25; BARCELLOS, 2012, p. 1-4; CAMBI, 2009, p. 21-54; MARINONI, 2008, p. 42-48; STRECK, 2009, p. 1-16).

Para GUSTAVO ZAGREBELSKY (2005, p. 86-89), a Constituição do pluralismo não deve mais ser vislumbrada como uma ordenação abstrata e inexorável da realidade social, mas como um texto responsivo, uma referência à qual os seus atores deverão recorrer a fim de encontrar soluções justas para problemas concretos. Propõe, pois, uma exegese de cunho tópico-retórico, que convida a doutrina e a jurisprudência a um papel criativo na efetivação das normas constitucionais.

Argumenta o autor que

[...] a constituição do pluralismo contemporâneo se pode considerar positiva enquanto é recriada continuamente pelo concurso de múltiplas vontades que, ao convergirem sobre

ela e segundo os modos dessa convergência, a redefinem continuamente em seu alcance histórico-concreto. (2005, p. 82, tradução nossa)⁹

E, adiante, completa que

A legitimidade da constituição depende então não da legitimidade de quem a fez ou falou por meio dela, senão da capacidade de oferecer respostas adequadas ao nosso tempo ou, mais precisamente, da capacidade da ciência constitucional de buscar e encontrar essas respostas na constituição. (2005, p. 88, tradução nossa)¹⁰

GUSTAVO ZAGREBELSKY (2005, p. 89-90) assevera ainda que, nessa tarefa de diuturna concretização e atualização, sobleva a importância dos princípios, normas dotadas de grande plasticidade que promovem a real integração entre passado, presente e futuro, visto que consubstanciam formulações sintéticas das matrizes histórico-ideais do ordenamento jurídico que, por um lado, declaram as raízes, e, por outro, indicam uma direção, sendo, ao mesmo tempo, fatores de conservação e de inovação.

ZAGREBELSKY (2009, p. 14) define o Direito da atualidade como dúctil, ou seja, flexível, maleável, pois reflete a exigência, muitas vezes nada fácil de ser satisfeita, de acomodação e compatibilização concreta de valores, tendências, aspirações e interesses (até antitéticos, frise-se) que encontraram abrigo na Lei Maior.

Com efeito, o sistema jurídico¹¹ de nosso Estado Democrático de Direito há que ser compreendido como um sistema normativo aberto de regras e princípios, que, conforme J. J. GOMES CANOTILHO (2002, p. 1145), ostenta os seguintes caracteres: 1) é um sistema jurídico, por ser um sistema dinâmico de normas; 2) é um sistema aberto, porque apresenta estrutura dialógica, consubstanciada na disponibilidade e na “capacidade de aprendizagem” das normas constitucionais para captarem mudanças da realidade e estarem abertas às concepções cambiantes da verdade e da justiça; 3) é um sistema normativo, porquanto a estruturação das expectativas referentes a valores, programas, funções e pessoas é feita por meio de normas; e 4) é um sistema de regras e princípios, pois suas normas tanto podem se revelar sob a forma de regras como sob a forma de princípios.

Impende, neste ponto, passar a uma breve análise comparativa dos princípios e das regras, fixando seus traços aproximativos e distintivos.

3. SOBRE PRINCÍPIOS E REGRAS: MARCANDO SEMELHANÇAS E DIFERENÇAS

A literatura sobre o modo de entender a diferença entre os princípios jurídicos e as regras jurídicas é vasta e constitui, por si mesma, uma demonstração eloquente não só do caráter problemático, senão também da relevância dessa distinção, que agora se presta a uma atenção crescente (ZAGREBELSKY, 2009, p. 109).¹² Antes, porém, de se apontarem os traços característicos que apartam os princípios das regras, cabe estabelecer aqueles essenciais que os aproximam e permitem visualizá-los como espécies de um gênero comum. Com efeito, é hoje cediço que tanto uns como as outras são normas jurídicas.¹³

ELIO FAZZALARI (2006, p. 49-50) leciona que a norma jurídica deve ser compreendida na esfera do valor, quer como algo aprovado ou preferível em dada cultura, quer, correlativamente, como critério de conduta axiologicamente ordenada.¹⁴ Para ele, a juridicidade da norma decorre de ser ela vinculante, no sentido de que a ação ou omissão concreta deva se conformar ao seu comando, e exclusiva, no sentido de que prevalece sobre normas advindas de outros estratos (por exemplo, as normas morais ou as religiosas). Em acréscimo, sustenta FAZZALARI (2006, p. 77-78) que a norma, sob a perspectiva de sua estrutura, no plano lógico-formal, consiste no padrão de valoração de uma conduta, articulando-se pela descrição do comportamento do ato que se pretende regular e pela ligação ao ato da qualificação de lícito ou obrigatório. Ou, como concebe ARTHUR KAUFMANN (2010, p. 147), é uma prescrição formada por uma previsão factual, uma consequência jurídica e a conexão entre aquela e esta (mandato de aplicação).

Enfatize-se que afirmar que as normas devem ser compreendidas na esfera do valor, ou que incorporem ou pressuponham valores, não significa, contudo, que norma e valor se confundam. Conforme bem sintetiza JÜRGEN HABERMAS (2003, p. 317), normas e valores se distinguem, em primeiro lugar, por suas respectivas referências ao agir obrigatório ou teleológico; em segundo lugar, pela codificação binária (lícito/ilícito, válido/inválido) ou gradual (relação de preferência) de sua pretensão de validade; em terceiro lugar, por sua obrigatoriedade absoluta ou relativa;

e, em quarto lugar, pelos critérios que o conjunto de sistemas de normas ou de valores deve satisfazer nos casos de colisões internas. Diante dessas diferentes qualidades lógicas, normas e valores não podem ser aplicados da mesma maneira.

Faz-se necessário salientar que a teoria jurídica contemporânea, influenciada sobretudo pela hermenêutica filosófica de HANS-GEORG GADAMER (1999, p. 400 ss.), assimilou fortemente a diferenciação entre texto e norma¹⁵ e redefiniu o conceito e a função da interpretação jurídica.

Segundo HUMBERTO ÁVILA (2009, p. 30), as normas “são os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos. Daí se afirmar que os dispositivos se constituem no objeto da interpretação; e as normas, no seu resultado.” RICCARDO GUASTINI (2005, p. 23), ao seu turno, conceitua a interpretação jurídica como “a atribuição de sentido (ou significado) a um texto normativo”, ao passo que JUAREZ FREITAS (2010, p. 73) adverte que toda interpretação é desde logo sistemática, posto que implica a consideração do sistema jurídico como um conjunto coerente, isto é, “comete, direta ou indiretamente, uma aplicação de princípios, de regras e de valores componentes da totalidade do Direito”, ou, nas palavras de EROS ROBERTO GRAU (2009, p. 44), não se interpreta o Direito aos pedaços, em tiras.

Também merece ser frisado que, nessa nova ótica, interpretação e aplicação constituem um processo unitário e incidível, que toma os elementos do texto normativo e os do mundo empírico (um caso real ou meramente fictício) para a formulação da norma jurídica (GRAU, 2009, p. 35; MÜLLER, 2005, p. 50; STRECK, 2002, p. 199-213), na interioridade do círculo hermenêutico.¹⁶ Outrossim, passa-se a reconhecer ao intérprete certo papel criativo na atividade exegética, posto que ele verdadeiramente produz a norma, tal qual esclarece EROS GRAU:

Vale dizer: a norma encontra-se (parcialmente), em estado de potência, involucrada no enunciado (texto ou disposição); o intérprete a desnuda. Neste sentido – isto é, no sentido de desvencilhamento da norma de seu invólucro: no sentido de fazê-la brotar do texto, do enunciado – é que afirmo que o intérprete produz a norma. O intérprete compreende o sentido originário do texto e o mantém (deve manter) como referência de sua interpretação [Gadamer 1991:381]. (2009, p. 87)

A norma jurídica assim construída (uma de várias eventualmente possíveis), por outro lado, converte-se em norma de decisão tão-somente se e quando aplicada a um específico caso concreto por um “intérprete autêntico”, isto é, aquele capaz de exercer um ato de poder (GRAU, 2009, p. 89-90, 103). Destarte, o “intérprete autêntico” é qualquer autoridade estatal que, no âmbito de suas atribuições, tenha a incumbência de decidir imperativamente (DINAMARCO, 2005, p. 106-109; KELSEN, 1994, p. 387-395).

Partindo de todo o exposto, pode-se conceituar a norma jurídica como uma estrutura de sentido deontica¹⁷, extraída de um antecedente (prius) significativo-comunicacional¹⁸ e assentada em uma valoração positiva ou negativa, a partir de critérios jurídicos¹⁹, tendo por objeto uma conduta humana²⁰, sendo apreensível logicamente e expressável linguisticamente sob a forma de proposição hipotético-condicional prescritiva²¹, trazendo um vetor permissivo ou mandamental (preceptivo ou proibitivo)²² e apresentando pretensões de decidibilidade de conflitos (isto é, de se tornar norma de decisão), vinculatividade (ou seja, de conformar concreta e imperativamente a conduta, inclusive, muitíssimas vezes, sob a ameaça de sanção) e exclusividade (quer-se dizer, de prevalecer sobre outras normas não-jurídicas)²³. Tal conceituação procura cobrir todos os aspectos componentes da experiência jurídica, isto é, o deontológico (plano do dever-ser), o axiológico (plano do valor), o ontológico-normativo (plano do ser do ordenamento jurídico), o lógico (plano da racionalidade jurídica), o coercitivo (plano do poder) e o fenomenológico (plano da eficácia social)²⁴.

Os atributos acima indicados como constitutivos da juridicidade da norma são perfeitamente identificáveis assim nas regras quanto nos princípios, embora cada qual mostre peculiaridades, que serão vistas a seguir, com a análise dos critérios elencados pelos estudiosos como adequados para a sua distinção.

Predomina atualmente na doutrina²⁵ a diferenciação dita estrutural ou qualitativa entre regras e princípios (ALEXY, 2008, p. 85-86; ÁVILA, 2009, p. 37; STRECK, 2009, p. 502-504), elucubrada inicialmente por RONALD DWORKIN e refinada especialmente por ROBERT ALEXY, segundo a qual as espécies normativas em apreço se distinguem por suas estruturas lógicas, reveladoras de suas respectivas e contrastantes quali-

dades, muito bem resumidas por CANOTILHO:

Os princípios são normas jurídicas impositivas de uma otimização, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos fácticos e jurídicos; as regras são normas que prescrevem imperativamente uma exigência (impõem, permitem ou proíbem) que é ou não é cumprida (nos termos de Dworkin: *applicable in all-or-nothing fashion*); a convivência dos princípios é conflitual (Zagrebelsky); a convivência de regras é antinômica; os princípios coexistem, as regras antinômicas excluem-se. Consequentemente, os princípios, ao constituírem exigências de otimização, permitem o balanceamento de valores e interesses (não obedecem, como as regras, à “lógica do tudo ou nada”), consoante o seu peso e a ponderação de outros princípios eventualmente conflituantes; as regras não deixam espaço para qualquer outra solução, pois se uma regra vale (tem validade) deve cumprir-se na exacta medida das suas prescrições, nem mais nem menos. Como se verá mais adiante, em caso de conflito entre princípios, estes podem ser objecto de ponderação e de harmonização, pois eles contêm apenas “exigências” ou “standards” que, em “primeira linha” (*prima facie*), devem ser realizados; as regras contêm “fixações normativas” definitivas, sendo insustentável a validade simultânea de regras contraditórias. Realça-se também que os princípios suscitam problemas de validade e peso (importância, ponderação, valia); as regras colocam apenas questões de validade (se elas não são correctas devem ser alteradas). (2002, p. 1147-1148)

HUMBERTO ÁVILA (2009, p. 39) esclarece que os critérios usualmente empregados pela corrente majoritária para efetuar a diferenciação estrutural-qualitativa são quatro: 1) o do carácter hipotético-condicional, que se funda no fato de as regras possuírem uma hipótese e uma consequência que predeterminam a decisão, sendo aplicadas ao modo “se, então”, enquanto os princípios apenas indicam o fundamento a ser utilizado pelo aplicador para futuramente encontrar a regra para o caso concreto, constituindo “um primeiro passo”; 2) o do modo final de aplicação, segundo o qual as regras são aplicadas de modo absoluto (“tudo ou nada”), ao passo que os princípios admitem gradação (“mais ou menos”); 3) o do

relacionamento normativo, que se baseia na ideia de a antinomia entre as regras consubstanciar verdadeiro conflito, enquanto o relacionamento entre os princípios consiste em um imbricamento solúvel mediante ponderação que atribua dimensão de peso a cada um deles; 4) o do fundamento axiológico, que estaria presente nos princípios e não nas regras. Todavia, de acordo com o autor (2009, p. 39-40), os mencionados critérios são suscetíveis de críticas.²⁶

No que tange ao primeiro, do caráter hipotético-condicional, além de impreciso, porquanto não indica qual seria o aludido “primeiro passo” para encontrar a regra, parte do equivocado pressuposto de que a espécie de norma e seus atributos normativos decorrem necessariamente do modo de formulação do dispositivo que lhes dá suporte, quer-se dizer, do texto objeto da interpretação. Confunde, assim, enunciado e norma, bem como olvida que qualquer norma, tanto regra como princípio, pode ser reformulada linguisticamente de modo a tomar o formato proposicional-hipotético, isto é, a apresentar uma hipótese de incidência conectada a uma consequência jurídica. O ponto decisivo, pois, não está na ausência de prescrição de comportamentos e de consequências nos princípios, mas no tipo dessa prescrição, o que é algo diverso (ÁVILA, 2009, p. 40-43).

Quanto ao segundo e ao terceiro critérios, do modo final de aplicação e do relacionamento normativo, não é correto afirmar que as regras têm caráter absoluto e que o conflito entre elas sempre ostenta natureza abstrata e determina a invalidade de alguma ou a criação de uma exceção, ou que os princípios sempre concorrem e se limitam reciprocamente na normação de um caso, por sopesamento. Exemplificando, podem-se imaginar situações em que o pressuposto de fato de uma regra se realiza e sua consequência não é aplicada, sem que se tenha fulminado a sua validade ou instituído abstratamente uma exceção²⁷, ou, ao contrário, em que aquele pressuposto não se realiza e, ainda assim, a consequência é aplicada²⁸. Trata-se de uso da ponderação também no que concerne às regras. Por outro lado, o que se dá com os princípios colidentes não é propriamente uma limitação recíproca, mas o verdadeiro afastamento de um, considerado inaplicável diante das razões sopesadas, pelo outro, ao qual se reconheceu dimensão de peso maior (ÁVILA, 2009, p. 44-63).²⁹

Por fim, no que concerne ao quarto critério, do fundamento axiológico, é equivocado sustentar que esteja presente apenas nos princípios, e

não nas regras. Repetindo o que se colacionou alhures, a norma jurídica, qualquer que seja sua espécie, deve ser compreendida na esfera do valor, quer como algo aprovado ou preferível em dada cultura, quer, correlativamente, como critério de conduta axiologicamente ordenada (FAZZALARI, 2006, p. 49-50). Ademais, a regulação jurídica de um comportamento supõe a prévia valoração deste como devido ou indevido (KAUFMANN, 2010, p. 147).

HUMBERTO ÁVILA (2009, p. 68-78), buscando superar as insuficiências da diferenciação estrutural-qualitativa, expõe sua proposta de distinção, que apresenta como dissociação heurística e em alternativas inclusivas.³⁰ Para ele, as normas são construídas pelo intérprete a partir dos dispositivos e do seu significado usual. Essa qualificação normativa depende de conexões axiológicas que não estão incorporadas no texto e nem a ele pertencem, mas são, antes, produzidas pelo próprio intérprete, o que retira da diferenciação quer o seu valor empírico, sustentado pelo objeto da interpretação, quer o seu valor conclusivo, não permitindo antecipar por completo a significação normativa e seu modo de obtenção. Por conseguinte, acrescenta, um ou mais dispositivos, ou mesmo a implicação lógica deles, podem funcionar como ponto de referência para a construção de regras, princípios e postulados normativos aplicativos³¹, desde que experimentem, respectivamente, uma dimensão imediatamente comportamental, finalística ou metódica. Finalmente, enuncia como adequados para distinguir as espécies normativas os critérios da natureza do comportamento prescrito³², da natureza da justificação exigida³³ e da medida da contribuição para a decisão³⁴, o que lhe permite conceituá-las nos seguintes termos:

As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade³⁵ e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos.

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda

uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção. (2009, p. 78-79)

LENIO STRECK (2009, p. 504-505), a seu turno, adverte que a distinção estrutural-qualitativa se origina de um conceito semântico de norma, que é a priori e serve de gênero para a determinação das espécies regras e princípios. De acordo com o autor, contudo, não pode haver um conceito de norma que seja prévio e anterior ao caso a ser decidido, uma vez que a norma não existe sem a interpretação, e esta não se faz sem um caso, hipotético ou real. Por isso, os princípios e as regras são como condições de possibilidade da normatividade, visto que a partir deles se determina a obrigação jurídica a ser cumprida, o que implica a impossibilidade de um conceito de norma que antecipe aquelas naturezas específicas. Assevera que “norma é um conceito interpretativo e não um conceito semântico” (2009, p. 505). A proposta de diferença de LENIO STRECK³⁶ (2009, p. 517-518), que ressalta não ser de distinção/cisão, é portanto bastante peculiar, ficando raízes na teoria integrativa de DWORKIN e na descoberta do caráter unificador dos princípios, considerados marcos da institucionalização da autonomia do Direito. Preleciona que as regras não acontecem sem os princípios e que estes atuam sempre como determinantes para a concretização do Direito, devendo em todo caso concreto conduzir à definição da resposta adequada. As regras constituem modalidades objetivas de soluções de conflitos que ordenam o que deve ou não ser feito, ao passo que os princípios autorizam essa ordem, dotando o caso decidido de autoridade que, hermeneuticamente, vem do reconhecimento da legitimidade. Os princípios, assim, recuperam e introduzem o mundo prático (ético) no Direito, “cotidianizam” e “densificam” as regras, promovem a sua “desabstratização”, tornam-se uma espécie de “redenção da existência singular da regra”. Disso resulta que os princípios, ao invés de abrirem a interpretação, fecham-na, pois indicam o modo correto de decidir.

No magistério de LUIGI FERRAJOLI (2010, p. 42-46), a distinção estrutural-qualitativa entre os princípios e as regras envolve um sofisma, pois ambos são, igualmente, normas, simplesmente formuladas de maneira diversa: os princípios, com referência ao seu respeito; as regras, com referência à sua violação e à sua consequente aplicação. Aduz ser prova disso que mesmo as regras, quando observadas, exsurgem como princípios, que

não se aplicam, mas se respeitam; ao passo que os princípios, até os mais vagos, quando violados, aparecem como regras, que não se respeitam, mas se aplicam. Assim, exemplifica, a observância das normas sobre o homicídio, sobre as lesões corporais ou sobre o furto equivale ao respeito dos princípios da vida, da integridade corporal e da propriedade privada, enquanto o princípio constitucional da igualdade, quando violado, surge como regra em relação à sua violação, exatamente a que proíbe as discriminações. A seu ver, portanto, a diferença entre princípios e regras não é estrutural-qualitativa, mas meramente de estilo. Atenta, por fim, não se tratar de uma questão de palavras, tendo aquela contraposição relevantes implicações práticas, dentre as quais frisa como aspecto mais insidioso o radical enfraquecimento da força vinculante dos princípios, sujeitos que ficam a discricionária ponderação.

Sobre as críticas de LENIO STRECK, é cabível afirmar que vislumbrar a norma jurídica (regra ou princípio), em sua realidade e individualidade, como resultado da interpretação, que só se concretiza em cada caso na applicatio, não impede a formulação de um conceito de norma jurídica, no plano lógico-formal (ou, se assim se preferir, no nível apofântico), reconstruído mediante procedimento indutivo que identifique os traços essenciais e constantes daquele fenômeno, presentes em ambas as suas espécies, e os lance a patamares de generalidade e abstração, servindo em seguida para confrontar novas realidades e facilitar a aferição de seu enquadramento ou não naquele módulo conceitual, bem como em uma ou outra das espécies. Aliás, foi o que se fez alhures, ao deixar registrada neste artigo a conceituação de norma jurídica, e é o que, grosso modo, presta-se a fazer a Teoria Geral do Direito, ramo importantíssimo da ciência jurídica, com os institutos, conceitos e categorias jurídicas fundamentais. Outrossim, existem princípios não só constitucionais, mas também infraconstitucionais ou legais. Um exemplo de lei principiológica, de acordo com NELSON NERY JR. (2001, p. 444), é o Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/1990), uma vez que contém preceitos gerais e fixa os princípios fundamentais das relações de consumo.

Quanto à observação de LUIGI FERRAJOLI de que os princípios e as regras se diferenciam, em última análise, somente sob o aspecto de sua expressão lógico-linguística, parece repriminar em certa medida a vetusta confusão entre texto e norma, superada pela teoria jurídica contemporâ-

nea.

A proposta teórica de HUMBERTO ÁVILA, de dissociação heurística e em alternativas inclusivas, portanto, é a que se afigura mais pertinente para compreender as características que apartam princípios e regras, como espécies de normas jurídicas. Com efeito, além de superar algumas deficiências e incongruências encontráveis na distinção estrutural-qualitativa e também nas que pretenderam criticá-la, adrede apontadas, abre novo e amplo horizonte interpretativo, ao frisar a existência de normas principiológicas também no nível da legislação infraconstitucional e a possibilidade de um enunciado, um conjunto deles ou a sua implicação lógica poderem funcionar como ponto de referência para a construção de regras, princípios e postulados normativos aplicativos, dependendo somente da visualização sob a perspectiva comportamental, finalística ou metódica.³⁷ Não devem ser ignoradas, entretanto, as contribuições de GUSTAVO ZAGREBELSKY (2005, p. 89-90)³⁸ e LENIO STRECK (2009, p. 517-518) para a inteligência das dimensões histórico-ideal e institucional-prática dos princípios constitucionais e de sua importância para garantir a coerência e a integridade do ordenamento jurídico, sem obstar sua evolução e seu aperfeiçoamento, bem como a advertência de LUIGI FERRAJOLI (2010, p. 44) acerca do risco de diminuição da força normativa dos princípios decorrente de uma ponderação despida de bases mais definidas.

Encerrando o presente tópico, é correto concluir que o modelo de princípios e regras se mostra o melhor para um Estado Democrático de Direito que acolha pretensões pluralistas (ALEXY, 2008, p. 135; ÁVILA, 2009, p. 120-122; CANOTILHO, 2002, p. 1148-1149). Com efeito, um sistema jurídico constituído exclusivamente por regras teria limitada racionalidade prática e exigiria uma disciplina legislativa exaustiva e completa do mundo e da vida, fixando, em termos definitivos, as premissas e os resultados das regras jurídicas, sem deixar válvulas de escape para o amoldamento das soluções às particularidades dos casos concretos. Conseguir-se-ia um “sistema de segurança”, mas não haveria espaço livre para a complementação e o desenvolvimento de um sistema, tal qual o constitucional, que é necessariamente aberto, porquanto não permitiria a introdução dos conflitos, das concordâncias e do balanceamento de valores e interesses de uma sociedade plural, aberta e dinâmica. Já um sistema

baseado exclusivamente em princípios também levaria a consequências inaceitáveis, como a indeterminação, a inexistência de regras precisas e a coexistência de princípios conflitantes, solapando a segurança jurídica e sendo tendencialmente incapaz de reduzir sua própria complexidade.

A seguir, passa-se ao estudo de como a Constituição desenvolve sua força normativa sobre todo o ordenamento jurídico, invadindo-o e permeando-o, bem como das peculiaridades apresentadas pela nova maneira de interpretá-la defendida por ampla parcela da doutrina, que seria exigida não só por sua estrutura de princípios e regras, mas também pela inédita função transformadora que se lhe reconheceu perante a realidade social a partir da segunda metade do século XX.

4. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO ORDENAMENTO JURÍDICO E A “NOVA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL”

É inegável que, a partir do final da Segunda Guerra Mundial, a Constituição tomou o lugar dos códigos, passando a condicionar a compreensão dos textos normativos inferiores (CAMBI, 2009, p. 58). A lei, antes medida de todas as coisas no campo jurídico, cede espaço à Constituição e se converte ela mesma em objeto de mensuração, é destronada em favor de uma instância mais alta (ZAGREBELSKY, 2009, p. 40). Mais do que isso, houve a revalorização do Direito, que passou a ser reconhecido como dotado de potencial transformador da realidade social (CAMBI, 2009, p. 22-27; HESSE, 1991, p. 24; STRECK, 2002, p. 27-28). Outrossim, a maioria das Constituições originadas naquele período veio a incorporar mecanismos de jurisdição constitucional ou a fortalecer e ampliar os já existentes (SARMENTO, 2010, p. 172).

A supremacia da Constituição implica necessariamente, além da vinculação dos Poderes Públicos às suas disposições, a sua irradiação sobre todo o Direito positivo infraconstitucional e sobre as práticas jurídicas, políticas e sociais, fenômeno que se denomina constitucionalização do ordenamento jurídico. RICCARDO GUASTINI (2001, p. 153) o concebe como o processo de transformação de um ordenamento, em cujo término este resulta totalmente “impregnado” pelas normas constitucionais. Para ele, um ordenamento jurídico constitucionalizado se caracteriza por uma Constituição extremamente invasora, intrometida, capaz de determinar

tanto a legislação como a jurisprudência e a doutrina, de balizar a ação dos atores políticos e as relações sociais.

Sete são as condições que devem estar presentes para que um ordenamento jurídico seja considerado completamente penetrado pelas normas constitucionais: 1) uma Constituição rígida, isto é, escrita e protegida contra as investidas do legislador ordinário, por meio da tipificação de um procedimento especial e mais solene e dificultoso para sua modificação; 2) a garantia jurisdicional da Constituição, com a previsão de mecanismos de controle de constitucionalidade das leis e dos atos normativos, a cargo de órgãos jurisdicionais comuns ou de Cortes Constitucionais, ou ainda de ambos; 3) a força vinculante da Constituição, quer-se dizer, a ideia de que toda norma constitucional, independentemente de sua estrutura ou de seu conteúdo normativo, é uma norma jurídica genuína, obrigatória e passível de produzir efeitos jurídicos; 4) a “sobreinterpretação” da Constituição, isto é, sua exegese extensiva, de maneira tal que dela se extraiam inúmeras normas implícitas, idôneas para regular qualquer aspecto da vida social e política, sem deixar “espaços vazios” de Direito Constitucional e regulando previamente toda decisão legislativa; 5) a aplicação direta das normas constitucionais, independentemente da interpositio legislatoris e até contra ela, mesmo nas relações entre particulares; 6) a interpretação conforme das leis, ou seja, aquela que adapta ou harmoniza a lei com a Constituição, elegendo, frente a uma dupla possibilidade interpretativa, o significado (a norma) que evite a contradição entre ambas, de modo a conservar a validade de uma lei que, de outra forma, deveria ser declarada inconstitucional; e 7) a influência da Constituição sobre as relações políticas, dependente de diversos elementos, dentre os quais se podem mencionar a previsão de instrumentos para a resolução de desacordos políticos concernentes às relações de poder entre os órgãos do Estado, a postura expansiva (not self-restraining) dos juízes e tribunais na aferição da legitimidade constitucional de atos legislativos ou governamentais e o emprego das normas constitucionais na argumentação política (GUASTINI, 2001, p. 154-164).

DANIEL SARMENTO (2010, p. 169) admite que a constitucionalização do Direito, sobretudo no Brasil, antes acostumado a um “constitucionalismo de fachada”, é uma grande vitória, digna de celebração. Entretanto, adverte que não é uma vitória sem custos, pois suscita tam-

bém alguns problemas, dentre os quais destaca dois. Primeiramente, constitucionalizar uma decisão é retirá-la do alcance das maiorias; logo, a constitucionalização excessiva do Direito pode ser antidemocrática, por subtrair do povo o direito de decidir sobre a sua vida coletiva. Em segundo lugar, a constitucionalização do Direito é capaz de provocar certa anarquia metodológica, a qual tem ocorrido em nosso país no que toca à filtragem constitucional das leis e atos normativos, muitas vezes realizada pelo Poder Judiciário sem critérios racionais e intersubjetivamente controláveis, por conseguinte podendo comprometer valores muito caros ao Estado Democrático de Direito.

Do exame das condições acima elencadas é possível perceber que a interpretação/aplicação da Constituição ostenta crucial importância para assegurar suas efetivas supremacia, força normativa e irradiação pela ordem jurídica e pelos hábitos da sociedade. Daí ser usual falar em uma específica hermenêutica constitucional, com características e peculiaridades que a distinguiriam claramente daquela dos textos infraconstitucionais (GUERRA FILHO, 2005, p. 391).

KONRAD HESSE (1991, p. 22-23) leciona que a interpretação constitucional está submetida ao princípio da ótima concretização da norma, que não pode ser aplicado com base nos meios fornecidos pela subsunção lógica e pela construção conceitual, fazendo tábula rasa dos fatos concretos da vida. Assim, a interpretação adequada é a que logra concretizar, de forma excelente, o sentido (Sinn) da proposição normativa dentro das condições reais dominantes em uma determinada situação. Consequentemente, a alteração das relações fáticas enseja também mudanças na interpretação da Constituição, ao mesmo tempo que o sentido da proposição jurídica estabelece os limites da interpretação e de qualquer mutação normativa.

INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO (2010, p. 155-157) aponta que a interpretação da Constituição compartilha as características comuns à tarefa hermenêutico-jurídica em geral, quais sejam, a linguisticidade, a literalidade, a objetividade, a necessidade, a contextualidade e a mutabilidade. A exegese dos enunciados constitucionais, portanto, tem por parâmetro a sua linguagem, que deve ser comum a todos os seus destinatários (legislador, juiz e comunidade); há que partir da (mas não se esgotar na) captação do sentido literal daqueles e da suficiência do texto, sem buscar

uma vontade oculta nele (do legislador ou da lei); impõe-se para solucionar uma determinada questão concreta da vida social; revela o significado dos dispositivos no momento da aplicação, em sua interação com os fatos regulados; e está sujeita a transformações no curso histórico. Outrossim, acentua o autor que a interpretação constitucional tem a singularidade de trabalhar essencialmente com princípios, ao invés de regras.

A doutrina não apresenta unanimidade sobre qual a técnica ou o método interpretativo mais adequado, porém costuma identificar uma série de cânones ou princípios orientadores próprios da hermenêutica constitucional, cujo escopo primordial é obter a citada ótima concretização da norma. Tal catálogo, de acordo com CANOTILHO (2002, p. 1209), foi desenvolvido a partir de uma postura metódica hermenêutico-concretizante e se tornou um ponto de referência obrigatório da teoria da interpretação constitucional. INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO (2010, p. 171), por sua vez, esclarece que eles são simples tópicos ou pontos de vista, que se manejam como argumentos ou fórmulas persuasivas para a solução dos problemas de interpretação, mas que, como tais, não habilitam o intérprete nem a valorar nem a eleger os que devam ser utilizados em dada situação hermenêutica.³⁹ Diante desta observação, que justifica a desobrigação de maiores aprofundamentos quanto ao conteúdo de cada um, limita-se o trabalho a mencionar e conceituar sucintamente os que ordinariamente se arrolam: 1) o da unidade da Constituição, segundo o qual esta deve ser interpretada de forma a evitar contradições, antinomias ou antagonismos entre suas disposições; 2) o da concordância prática ou harmonização, que impõe a coordenação e a combinação dos bens jurídicos concretamente em conflito, de modo a evitar o sacrifício total de uns em relação aos outros; 3) o do efeito integrador, que preconiza dever ser dada primazia, na resolução dos problemas jurídico-constitucionais, aos critérios ou às perspectivas que favoreçam a integração política e social e o reforço da unidade política; 4) o da correção, “justeza” ou conformidade funcional, que visa a impedir, em sede de concretização da Constituição, a alteração da repartição de funções nela estabelecida; 5) o da máxima efetividade, pelo qual há que se atribuir a um enunciado constitucional o sentido que maior eficácia lhe dê; 6) o da força normativa da Constituição, que exige a prevalência de pontos de vista que, tendo em conta os pressupostos dela, contribuam para uma eficácia ótima da lei fundamental; e 7)

o da interpretação conforme a Constituição, segundo o qual, no caso de textos infraconstitucionais polissêmicos, deve-se preferir a interpretação que lhes confira significado em conformidade com a Lei Maior (CANOTILHO, 2002, p. 1209-1213; COELHO, 2010, p. 174-182; GUERRA FILHO, 2005, p. 403-405).

LENIO STRECK (2002, p. 199-200, 220), contudo, mostra-se reacio em relação à defesa dessa específica hermenêutica constitucional, enquanto algo autônomo, sustentando que proporciona a afirmação do paradigma objetificante da filosofia da consciência e dá azo a interpretações ad hoc da Constituição, por percebê-la como uma ferramenta que está “à disposição” do intérprete e cujo conteúdo virá a ser “confirmado” pela técnica ou método de interpretação, perdendo-se com isto o núcleo político da Lei Fundamental. Como consequência, prossegue, tudo o que dela emana é, ou pode vir a ser, relativizado, quer-se dizer, dependendo da técnica ou método de interpretação utilizado, exsurdirá um resultado diferente. Isso acarreta sério problema para o Direito Constitucional, porque a Constituição deve ter um caráter material/substancial, já que é constituidora da própria sociedade, é a explicitação do contrato social e o espaço de mediação ético-política da sociedade, significando, fundamentalmente, constituir. A dimensão política da Constituição não é uma dimensão separada, mas o ponto de estofa em que convergem as dimensões democrática (formação da unidade política), liberal (coordenação e limitação do poder estatal) e social (configuração social das condições de vida) do que se pode denominar de essência do constitucionalismo do segundo pós-guerra (STRECK, 2009, p. 22).

Em linha similar, EROS GRAU (2009, p. 279-282) salienta que a interpretação da Constituição não é exclusivamente do texto da Constituição escrita, da Constituição formal, mas da Constituição real, compreendida como expressão do ser político do Estado. Por isso, o intérprete da Constituição não se movimenta no mundo das abstrações, frequentando intimamente a constituição do povo ao qual ela corresponde, ainda que geralmente não tenha plena consciência de sua ação.

Fazendo coro a essas críticas, convém enfatizar que a tendência de se preconizar uma hermenêutica constitucional específica não consegue superar a visão da Constituição em sua dimensão meramente formal-textual, como uma “lei sobre leis”, ofuscando, quando não verdadeira e deli-

beradamente ocultando, seus mais profundos sentidos político-compromissório e ético-comunitário. Por outro lado, insistindo em fundamentar a interpretação em métodos aleatória e incontrolavelmente escolhidos pelo próprio intérprete, ao seu exclusivo talante, privilegia ainda a análise das significações linguísticas e das correlações e implicações lógicas de seus enunciados, em detrimento da realidade social, abre margem a subjetivismos e voluntarismos e está, por isso, em nítida contradição com a compreensão estruturada na circularidade hermenêutica.

Com efeito, no que tange ao primeiro ponto, a Constituição, como já dito, há que ser vislumbrada como mais que um singelo texto (STRECK, 2007, p. 310-311). Deve ser tida como um existencial, como algo que faz parte do modo de ser no mundo do intérprete e que lhe antecipa sentidos, os quais se apresentam como pré-juízos (autênticos ou inautênticos) para o processo de compreensão/interpretação/aplicação do Direito (STRECK, 2002, p. 195-198). Destarte, a correta inteligência dos significados e do papel da Constituição (pré-juízo autêntico) é condição necessária para a escorreita construção de uma norma jurídica adequada a ela.

Quanto ao segundo ponto, a reflexão hermenêutica que se espalhou pela ciência jurídica repudia a metodologia tradicional da interpretação, que não responde à questão de se saber por que motivo um determinado método deve ser escolhido em dado caso, ou seja, a existência de vários cânones/modelos interpretativos, agravada pela ausência de metarregras que ordenem hierarquicamente seu uso, importa que este, na realidade, mostre-se arbitrário, funcionando como justificativa, ou alibi argumentativo, para legitimar resultados já previamente almejados pelo intérprete e cujo alcance não é, porém, condicionado por tal uso (GRAU, 2009, p. 108-109). Não se olvide, por oportuno, que o método se situa não no nível hermenêutico, da compreensão mesma (vetor de racionalidade estruturante), mas no nível apofântico, da explicitação e justificação do compreendido (vetor de racionalidade de segundo nível). O método, assim, é um posterior relativamente à compreensão (STRECK, 2010, p. 69-73). Ademais, não há como isolar, na atividade interpretativa, os diversos aspectos ou elementos considerados: toda interpretação será sempre gramatical, por partir de um texto jurídico; teleológica, visto não prescindir da finalidade da lei; sistemática, porquanto insere os enunciados interpretandos no ordenamento jurídico como um todo; e assim por diante (STRECK, 2002,

p. 207-208).

Vale concluir, ante todo o exposto, que a interpretação correta, substancial e substancial da Constituição, fator de crucial importância para assegurar suas efetivas supremacia, força normativa e irradiação pela ordem jurídica e pelos hábitos da sociedade, isto é, sua concretização, como salientado alhures, depende menos de um questionável arsenal técnico-metodológico do que da assimilação e do enraizamento de seus significados ético-comunitário e sociopolítico mais profundos e do comprometimento com sua implementação na vida cotidiana.

Por outro lado, no contexto do Estado Democrático de Direito e de uma sociedade pluralista ou aberta, a interpretação/aplicação constitucional não deve ser exclusividade de órgãos estatais, mas há que agregar, ainda que na qualidade de pré-intérpretes que colaboram com as tomadas de decisões daqueles, os próprios participantes, intervenientes e auxiliares dos processos públicos de concretização da Lei Maior, as forças e lideranças políticas, os grupos e as associações representativos de interesses, a opinião pública e os cidadãos, isoladamente ou de qualquer modo organizados, sem prejuízo da doutrina constitucional (HÄBERLE, 1997, p. 19-28). Com efeito, se a Constituição deve desenvolver força normativa, a vontade de Constituição, que é o desejo de segui-la ou concretizá-la e atualizá-la, não pode permanecer restrita aos órgãos e agentes estatais e à ciência jurídica; a observância da norma, em virtude da qual deixa de ocorrer um conflito constitucional ou um litígio, também já é concretização dessa norma (MÜLLER, 2005, p. 35-36).

CONCLUSÃO

O neoconstitucionalismo, como se observou, caracteriza mais do que uma vertente doutrinária, representando sobretudo uma práxis voltada à efetividade da Lei Maior. Sua emergência, no segundo pós-guerra, consolidou e intensificou uma trajetória multissecular de aproximação dos fenômenos direitos fundamentais, Constituição e Estado, até o ponto de se tornarem indissociáveis no conceito de Estado Democrático de Direito, que se lastreia no valor máximo da dignidade da pessoa humana e em imperativos axiológicos de moral e justiça.

O Estado Democrático de Direito consubstancia fórmula que incorpora e aprofunda as exigências dos Estados Liberal e de Bem-Estar Social,

impondo à ordem jurídica um cerne utópico de transformação do status quo, mediante a previsão de diversos direitos fundamentais de cunho prestacional e a disponibilização de mecanismos para a sua efetiva implementação, capazes de vincular a atuação dos Poderes Públicos.

O Direito sofre, assim, uma transformação paradigmática, autêntica revolução copernicana, que desloca o epicentro do ordenamento jurídico para a Constituição, reconhecendo-lhe uma estrutura normativa peculiar composta por regras e princípios, decorrente da concepção pluralista que alberga, bem assim uma eficácia irradiante, não só sobre a legislação infraconstitucional como também sobre as práticas jurídicas, políticas e sociais como um todo.

Essas diferenças estruturais e eficaciais relativamente aos diplomas legislativos comuns levou boa parcela da doutrina a sustentar a necessidade de uma “nova hermenêutica constitucional”, quando o problema em verdade está na superação da visão da Constituição como singelo texto, tendo-se em mente seus significados ético-comunitário e sociopolítico mais profundos e a necessidade da abertura de sua (pré-)interpretação à sociedade.

Tecidas as considerações acima, tem-se por concluído, dentro do singelo objetivo e dos limites propostos ab initio, o esforço sinóptico-crítico que motivou a elaboração do presente artigo.

NOTAS

2 Para um panorama geral e bastante expressivo das influências religiosas e filosóficas na formação do pensamento jurídico e das concepções “protojusnaturalistas” na Antiguidade greco-romana, recomendável a consulta a GIORGIO DEL VECCHIO (1972, v. 1, p. 37-73), JOHN M. KELLY (2010, p. 1-101) e MICHEL VILLEY (2009, p. 3-74).

3 INGO WOLFGANG SARLET (2009, p. 41) anota que a Magna Charta Libertatum não foi o único e nem o primeiro texto de tal natureza, destacando as cartas de franquia e os forais outorgados pelos reis portugueses e espanhóis nos séculos XII e XIII. VICENTE GRECO FILHO (1998, p. 29-30), ao seu turno, relembra como antecedentes dotados de grande relevância as “Constituições de Melfi”, de Federico II de Svevia.

4 Traço distintivo marcante entre os modelos de constitucionalismo inglês e francês é que o primeiro teve desenvolvimento progressivo e constante, lastreado na tradição histórica e na sedimentação e continuidade de conquistas da sociedade em relação à Coroa, ao passo que o segundo significava verdadeira e aberta ruptura com a ordem sociopolítica estatal e absolutista à época vigente e profundamente arraigada (CANOTILHO, 2002, p. 52-58; PALOMBELLA, 2005, p. 40-41). No que tange ao modelo de constitucionalismo norteamericano, originou-se a partir do congêneres inglês e da incorporação do pensamento político do século XVIII, postos perante as condições peculiares da América do Norte (MIRANDA, 2002, p. 84).

5 LUIGI BOBBIO (1993, p. 67) afirma que o Estado, na conotação aludida no texto, surgiu primeiramente na Europa, entre os anos 1400 e 1600, e gradativamente se di-

fundiu no restante do mundo. CANOTILHO (2002, p. 90), por sua vez, sustenta que o Estado, tal como caracterizado acima, corresponde essencialmente ao modelo emergente da Paz de Westfália (1648).

6 Para um aprofundado exame dos vínculos entre a ascensão do Estado Moderno e o subsequente predomínio da concepção conhecida como monismo jurídico, consulte-se ANTONIO CARLOS WOLKMER (1997, p. 21-69).

7 O compromisso de ajustamento de conduta, previsto no art. 5o., § 6o., da Lei n. 7.347/1985, mostra-se um excelente instrumento para obter a implementação de políticas públicas e a efetivação de direitos fundamentais sociais, possibilitando grandes vantagens em relação à solução adjudicada estatal, notadamente as maiores celeridade e efetividade e o afastamento das críticas dirigidas à expansão da jurisdição constitucional e à judicialização da política (CAMBI; LIMA, 2011, p. 132-139).

8 A vontade de Constituição, de que fala KONRAD HESSE (1991, p. 19-20).

9 No original: “[...] la constitución del pluralismo contemporáneo se puede considerar positiva em quanto que es recreada continuamente por el concurso de múltiples voluntades que, em su converger hacia ella y según los modos de esa convergencia, la redefinen continuamente em su alcance histórico-concreto.”

10 No original: “La legitimidad de la constitución depende entonces no de la legitimidad de quien la ha hecho y há hablado por medio de ella, sino de la capacidad de ofrecer respuestas adecuadas a nuestro tiempo o, más precisamente, de la capacidad de la ciencia constitucional de buscar y encontrar esas respuestas em la constitución.”

11 O sistema jurídico, no magistério de JUAREZ FREITAS (2010, p. 63), é “uma rede axiológica e hierarquizada topicamente de princípios fundamentais, de normas estritas (ou regras) e de valores jurídicos cuja função é a de, evitando ou superando antinomias em sentido amplo, dar cumprimento aos objetivos justificadores do Estado Democrático, assim como se encontram consubstanciados, expressa ou implicitamente, na Constituição.” O conceito de sistema, por sua vez, como elucida CLAUS-WILHELM CANARIS (2008, p. 12-13), traz insitas, como seus componentes essenciais, as noções de ordenação e de unidade, as quais, segundo o autor (2008, p. 279-280), encontram sua correspondência jurídica nas ideias da adequação valorativa e da unidade interior do Direito. Para LOURIVAL VILANOVA (2010, p. 130-131), o Direito, “como experiência, tomado na totalidade integrada de sentido (Reale), é um sistema prescritivo que insere dentro dessa experiência a teoria científica dogmática, que também é um sistema. São dois sistemas: um, cognoscitivo; outro, prescritivo. Separáveis por um corte abstrato no dado-da-experiência, o sistema da Ciência-do-Direito incorpora-se ou insere-se no próprio Direito, como fonte material sua.” Reconhece o autor, por conseguinte, que a dogmática jurídica não é puramente descritiva, mas também prescritiva, ou, como prefere LUIS ALBERTO WARAT (2004, p. 31), é uma doxa (opinião), mais do que uma episteme (ciência).

12 Para elencos sintéticos, porém abrangentes, das teorias mais destacadas que se prestaram a estabelecer essa diferenciação, consultem-se EROS ROBERTO GRAU (2009, p. 173-188) e HUMBERTO ÁVILA (2009, p. 35-40).

13 TERCIO SAMPAIO FERRAZ JR. (2003, p. 101) aponta que a norma jurídica é um centro teórico organizador de uma dogmática analítica, pois o jurista a adota como “seu critério fundamental de análise, manifestando-se para ele o fenômeno jurídico como um dever-ser da conduta, um conjunto de proibições, obrigações, permissões, por meio do qual os homens criam entre si relações de subordinação, coordenação, organizam seu comportamento coletivamente, interpretam suas próprias prescrições, delimitam o exercício do poder etc.”

14 ARTHUR KAUFMANN (2010, p. 147), expondo as duas principais teorias acerca da natureza da norma jurídica, quais sejam, a teoria dos imperativos e a teoria das normas de valoração, inclina-se pela segunda, sob o argumento de que algumas normas não são satisfatoriamente explicadas a partir de imperativos, citando os exemplos das permissivas e das de garantia. Outrossim, acrescenta que o legislador, antes de ordenar ou

proibir, haverá que ter valorado o comportamento em causa como devido ou indevido.

15 Diferença ontológica, de acordo com LENIO LUIZ STRECK (2007, p. 222-224).

16 Logo, a interpretação/aplicação é sempre concretamente situada e depende inextrinsecavelmente da compreensão, existencial da condição humana que, por sua vez, sedimenta-se na pré-compreensão do intérprete e nos seus pré-juízos (autênticos ou inautênticos). Ademais, tudo se passa em um mundo vivido e intersubjetivamente compartilhado por meio da linguagem, que deixa de ser uma terceira coisa entre o sujeito e o objeto para se tornar condição de possibilidade do conhecimento. São as consequências do giro ontológico-linguístico ocorrido na Filosofia no século XX, que retirou de sua posição de centralidade o sujeito cognoscente e racional da Modernidade (paradigma da filosofia da consciência ou da metafísica moderna), conforme elucidam HANS-GEORG GADAMER (1999), EROS GRAU (2009, p. 110-117), LENIO STRECK (2010, p. 11-19) e ABOUD e OLIVEIRA (2008, p. 32-43).

17 É um conjunto de dados da experiência passível de compreensão e indicativo de um dever-ser.

18 O(s) texto(s), no caso do direito leilado, ou o costume, no caso do direito consuetudinário, sempre em relação com o recorte do mundo empírico sobre o qual haverá que incidir, ou seja, o âmbito da norma, na terminologia de FRIEDRICH MÜLLER (2005, p. 42-43).

19 É o ordenamento jurídico que fornece os elementos relevantes para tal apreciação.

20 O Direito é ordenação que se ocupa das ações e omissões dos seres humanos em sociedade (REALE, 2002, p. 377), ainda que possa tomar como pressuposto de fato (hipótese de incidência, descrição, *fattispecie*) da norma um acontecimento da natureza. De qualquer modo, esse acontecimento determinará como consequência jurídica a permissão ou a imposição de um *facere* ou um *non-facere*.

21 Nos seguintes moldes: “Se F é, então deve ser C”, em que F representa o fato (natural ou humano) tomado como pressuposto pela norma e C a sua consequência jurídica.

22 Quer-se dizer, uma permissão (ou autorização) ou uma ordem para fazer ou não fazer.

23 Pretensões que podem ou não se realizar concretamente e que estão ligadas à institucionalização da relação de autoridade, que TERCIO SAMPAIO FERRAZ JR. (2003, p. 108) anota como essencial para o caráter jurídico da norma.

24 Com inspiração em referenciais teóricos oferecidos por GIORGIO DEL VECCHIO (1972, v. 2, p. 7-74), ANTONIO CARLOS WOLKMER (1997, p. 155-254), CARLOS MARÍA CÁRCOVA (1998, p. 115-119), MIGUEL REALE (2002, p. 300-314, 562-617), TERCIO SAMPAIO FERRAZ JR. (2003, p. 31-51), LUIS ALBERTO WARAT (2004, p. 53-83), EROS ROBERTO GRAU (2005, p. 17-190; 2009, p. 63-314), GUSTAVO ZAGREBELSKY (2005, p. 80-91) e LENIO LUIZ STRECK (2007, p. 91-289), dentre outros, recusa-se aqui uma visão reducionista ou unilateral do Direito, sem olvidar, contudo, que a perspectiva adotada em determinado estudo é capaz de fundamentar um corte epistemológico ou metodológico, privilegiando um dos aspectos em relação aos demais. Convém dizer, sob uma ótica hermenêutica, que tal limitação só pode se situar no nível apofântico (vetor de racionalidade de segundo nível), isto é, da explicitação e justificação do compreendido, e nunca no nível hermenêutico (vetor de racionalidade estruturante), ou seja, da própria compreensão, porquanto esta há sempre que absorver o fenômeno jurídico em sua integralidade.

25 Consultem-se, por todos, RONALD DWORKIN (2010, p. 35-50), ROBERT ALEXY (2008, p. 85-120), J. J. GOMES CANOTILHO (2002, p. 1145-1150), LUÍS ROBERTO BARROSO (2001, p. 106-108), EDUARDO CAMBI (2009, p. 90-97), VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA (2010, p. 44-56) e WILLIS SANTIAGO GUERRA FILHO (2005, p. 394-395).

26 A exposição integral dessas críticas é inviável nos limites metodológicos que ba-

lizam este trabalho, por exorbitar da necessária concisão inerente a um levantamento sinóptico. Para o quadro completo delas, com vários e pertinentes exemplos, ver HUMBERTO ÁVILA (2009, p. 40-64).

27 Quando houver razões contrárias justificáveis, devidas a circunstâncias fáticas não previstas, mas incompatíveis com a ratio da instituição da regra ou com o princípio que lhe sobrejaz, ou quando ocorrer antinomia (em sentido lato) insolúvel pelos critérios hierárquico, temporal ou da especialidade, operando não no plano da validade, mas no da eficácia. Nesta hipótese, as regras convivem harmonicamente em abstrato, porém vêm a entrar em conflito no caso concreto, impondo que uma delas deixe de ser aplicada.

28 É o caso do emprego da analogia, método integrativo de lacunas por meio do qual uma regra que disciplina determinada situação da vida, e não outra bastante similar, tem sua consequência jurídica estendida sobre esta. Costuma-se sintetizar seu fundamento jurídico no brocardo *ubi eadem ratio ibi eadem jus e*, por óbvio, não pode ser utilizada quando vedada pelo sistema (por exemplo, como se dá com a analogia *in malam partem* no Direito Penal).

29 Sobre os conflitos/colisões entre regras e princípios, HUMBERTO ÁVILA (2009, p. 105) registra deverem ser solucionados, primeiramente, pelo critério hierárquico. Assim, se um princípio constitucional se contrapõe a uma regra legal, há que prevalecer o princípio; ao revés, se uma regra constitucional se confronta com um princípio legal, há que prevalecer a regra. Por outro lado, se as normas tiverem mesmo patamar hierárquico, afirma dever prevalecer a regra, porquanto esta traz uma solução específica e preliminarmente decisiva para o caso. Porém, ressalva a hipótese de se constatar razão extraordinária que impeça a aplicação da regra. Para visão diversa, que contudo se restringe a analisar conflitos ocorrentes entre princípio constitucional e regra infraconstitucional, recomenda-se a leitura de VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA (2010, p. 51-56).

30 Impende frisar que as críticas do autor levaram à réplica por parte de VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA (2010, p. 56-64), em defesa do posicionamento dominante. Especificamente no que toca à nova proposta distintiva, VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA (2010, p. 63) a acusa de mais confundir do que esclarecer, sobretudo por inserir numerosos elementos que, a seu ver, além de dificultarem a inteligência, não são imprescindíveis à correta e suficiente diferenciação entre os dois conceitos.

31 Postulado normativo aplicativo, na lição de HUMBERTO ÁVILA (2009, p. 124), consiste em uma norma imediatamente metódica que institui os critérios de aplicação de outras normas situadas no plano do objeto da aplicação, qualificando-se portanto como metanorma ou norma de segundo grau. VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA (2010, p. 168-169), entretanto, não admite essa categoria, refutando-lhe a importância e a validade metodológicas.

32 “Enquanto as regras são normas imediatamente descritivas, na medida em que estabelecem obrigações, permissões e proibições mediante a descrição da conduta a ser adotada, os princípios são normas imediatamente finalísticas, já que estabelecem um estado de coisas para cuja realização é necessária a adoção de determinados comportamentos.” (ÁVILA, 2009, p. 71)

33 “A interpretação e a aplicação das regras exigem uma avaliação da correspondência entre a construção conceitual dos fatos e a construção conceitual da norma e da finalidade que lhe dá suporte, ao passo que a interpretação e a aplicação dos princípios demandam uma avaliação da correlação entre o estado de coisas posto como fim e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária.” (ÁVILA, 2009, p. 73)

34 “Os princípios consistem em normas primariamente complementares e preliminarmente parciais, na medida em que, sobre abrangerem apenas parte dos aspectos relevantes para uma tomada de decisão, não têm a pretensão de gerar uma solução específica, mas de contribuir, ao lado de outras razões, para a tomada de decisão. [...] Já as regras consistem em normas preliminarmente decisivas e abarcantes, na medida em que, a despeito da pretensão de abranger todos os aspectos relevantes para a tomada de decisão, têm a aspiração de gerar uma solução específica para o conflito entre razões.” (ÁVILA, 2009, p. 76)

35 Um breve esclarecimento terminológico: calha salientar que o significado da expressão pretensão de decidibilidade aludido pelo autor não coincide com o que se empregou, linhas acima, para indicar um dos caracteres que definem a norma jurídica. HUMBERTO ÁVILA usa a expressão com o sentido de pretensão de trazer uma disciplina decisiva, definitiva, “pronta e acabada”, para determinado caso, ao passo que dela se valeu o presente trabalho, como naquele trecho já adiantado, com o sentido de pretensão de se converter em norma de decisão.

36 Há que se deixar claro que o autor se refere aos princípios constitucionais, pois nega a existência de outros no plano infraconstitucional.

37 Sem que isso signifique abraçar o “panprincipiologismo” denunciado por LENIO STRECK (2009, p. 475-496), posto que toda interpretação jurídica deve partir de um contexto intersubjetivo e respeitá-lo.

38 Ver supra, 2.

39 Para um abrangente elenco dos métodos interpretativos comumente referidos, consultem-se J. J. GOMES CANOTILHO (2002, p. 1196-1201) e INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO (2010, p. 157-170). Registre-se, contudo, a advertência de FRIEDRICH MÜLLER (2005, p. 1), segundo quem metódicas jurídicas “não fornecem à ciência jurídica e às suas disciplinas setoriais um catálogo de técnicas de trabalho inquestionavelmente confiáveis nem um sistema de hipóteses de trabalho que podem ser aplicadas genericamente e devem ser tratadas canonicamente.”

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. O dito e o não-dito sobre a instrumentalidade do processo: críticas e projeções a partir de uma exploração hermenêutica da teoria processual. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 33, n. 166, p. 27-70, dez. 2008.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. O Ministério Público no neoconstitucionalismo: perfil constitucional e alguns fatores de ampliação de sua legitimação social. In: CHAVES, Cristiano; ALVES, Leonado Barreto Moreira; ROSENVALD, Nelson (Coord.). *Temas atuais do Ministério Público: a atuação do Parquet nos 20 anos da Constituição Federal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 17-60.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas*. Mundo Jurídico. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto853.pdf>>. Acesso em: 20 fev. 2012.

BARROSO, Luís Roberto. *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo*

direito constitucional brasileiro: (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 97, n. 358, p. 91-114, nov./dez. 2001.

_____. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BOBBIO, Luigi. *Corso di diritto: introduzione al diritto e diritto pubblico*. Verona: Arnoldo Mondadori, 1993. v. 1.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____; LIMA, Thadeu Augimeri de Goes. *Compromisso de ajustamento de conduta: um eficaz instrumento à disposição do Ministério Público para a implementação de políticas públicas e à efetivação de direitos fundamentais sociais*. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 100, n. 908, p. 113-141, jun. 2011.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Tradução de A. Menezes Cordeiro. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

_____. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CÁRCOVA, Carlos María. *A opacidade do direito*. Tradução de Edilson Alckmin Cunha. São Paulo: LTr, 1998.

COELHO, Inocêncio Mártires. *Ordenamento jurídico, Constituição e norma fundamental*. In: MENDES, Gilmar Ferreira; _____. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. cap. 1, p. 45-209.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *A Constituição na vida dos povos: da Idade Média ao século XXI*. São Paulo: Saraiva, 2010.

DEL VECCHIO, Giorgio. *Lições de filosofia do direito*. Tradução de Antó-

nio José Brandão. 4. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1972. 2 v.

DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

FARIA, José Eduardo. O direito na economia globalizada. São Paulo: Malheiros, 2004.

FAZZALARI, Elio. Instituições de direito processual. Tradução de Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo garantista e neoconstitucionalismo. Tradução de André Karam Trindade. In: SIMPÓSIO NACIONAL DE DIREITO CONSTITUCIONAL, 9, 2010, Curitiba. Textos... Curitiba: ABDConst; Conceito, 2010. p. 33-51.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FREITAS, Juarez. A interpretação sistemática do direito. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

GADAMER, Hans-Georg. Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1999. v. 1.

GRAU, Eros Roberto. O direito posto e o direito pressuposto. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. 5. ed.

São Paulo: Malheiros, 2009.

GRECO FILHO, Vicente. Manual de processo penal. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

GUASTINI, Riccardo. Estudios de teoría constitucional. Tradução de Miguel Carbonell et al. Cidade do México: UNAM; Fontamara, 2001.

_____. Das fontes às normas. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Hermenêutica constitucional, direitos

fundamentais e princípio da proporcionalidade. In: BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu; RODRIGUEZ, José Rodrigo (Org.). Hermenêutica plural: possibilidades jusfilosóficas em contextos imperfeitos. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 391-411.

HÄBERLE, Peter. Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Breno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 1.

HELLER, Hermann. A teoria do Estado. In: CARDOSO, Fernando Henrique; MARTINS, Carlos Estevam (Org.). Política e sociedade. 2. ed. São Paulo: Nacional, 1983. v. 1. p. 79-111.

HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

KAUFMANN, Arthur. Filosofia do direito. Tradução de António Ulisses Cortês. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010.

KELLY, John M.. Uma breve história da teoria do direito ocidental. Tradução de Marylene Pinto Michael. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. Tradução de João Baptista Machado. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1994.

MARINONI, Luiz Guilherme. Teoria geral do processo. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MIRANDA, Jorge. Teoria do estado e da constituição. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MÜLLER, Friedrich. Métodos de trabalho do direito constitucional. Tradução de Peter Naumann. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

NERY JR., Nelson. Da proteção contratual. In: _____ et al. Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. tit. I, cap. 6, p. 441-570.

PALOMBELLA, Gianluigi. Filosofia do direito. Tradução de Ivone C.

Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

REALE, Miguel. Filosofia do direito. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARMENTO, Daniel. Livres e iguais: estudos de direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____. Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. O que é isto: decido conforme minha consciência?. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

VILANOVA, Lourival. As estruturas lógicas e o sistema de direito positivo. 4. ed. São Paulo: Noeses, 2010.

VILLEY, Michel. A formação do pensamento jurídico moderno. Tradução de Claudia Berliner. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

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

WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito. 2. ed. São Paulo: Alfa Omega, 1997.

ZAGREBELSKY, Gustavo. Historia e constitución. Tradução de Miguel Carbonell. Madri: Trotta, 2005.

_____. El derecho dúctil: ley, derechos, justicia. Tradução de Marina Gascón. 9. ed. Madri: Trotta, 2009.

PRELÚDIO DE UMA TEORIA DA MEMÓRIA CONSTITUCIONAL EM PROL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS*

PRELUDE TO A THEORY OF CONSTITUTIONAL
MEMORY IN SUPPORT OF FUNDAMENTAL RIGHTS

PRELUDIO A UNA TEORÍA DE LA MEMORIA
CONSTITUCIONAL EN APOYO DE LOS DERECHOS
FUNDAMENTALES

SUMÁRIO:

1 Introdução; 2 A história e a constituição como memória; 3 Constituição e história: a memória; 4 Constituição do pluralismo: o acolher da diferença memorial; 5 Direitos fundamentais: a memória que deve prevalecer; 6 Como poderia se desenvolver um caso dentre outras opções; 7 Conclusão; Referências bibliográficas.

RESUMO:

O texto tem a finalidade de propor a reflexão sobre o rastro histórico que deve ser considerado numa perspectiva constitucional dos direitos fundamentais. Utilizar-se-á a ideia de memória oficial para estabelecer a perspectiva dominante e a ideia de memória não-oficial para introduzir a perspectiva não dominante. Trata-se de incluir na intenção interpretativa aquelas memórias que não são oficiais, porém possuem a mesma importância destas, ao ponto de serem levadas em consideração na aplicação dos direitos fundamentais. Significa pôr em discussão a face mais débil da argumentação, em relação às partes envolvidas.

Como citar esse artigo:
MASSAÚ, Guilherme.

Prelúdio de uma
teoria da memória
constitucional em
prol dos Direitos
Fundamentais.

Argumenta Journal
Law, Jacarezinho - PR,
Brasil, n. 22, p. 183-199

Data de submissão:
07/05/2014

Data de aprovação:
26/07/2015

* Agradeço à Jael
Gonçalves pela atenção
e considerações
em relação ao texto.