

O fenômeno pós-positivista - Considerações gerais

Ney Stany Morais Maranhão

A experiência tem demonstrado que, em momentos de crise, o homem se posta a assumir basicamente duas atitudes: sujeitar-se ao problema ou enfrentar o problema. De fato, no agitar violento das ondas, ou passivamente nos entregamos à sua força ou corajosamente erguemos a cabeça em busca de ar.

O direito está em crise. Como diz BARROSO, o direito positivista vive uma grave crise existencial, na medida em que não consegue entregar com eficiência os dois produtos que fizeram sua reputação ao longo dos séculos, mencionando o renomado autor que "a injustiça passeia pelas ruas com passos firmes e a insegurança é a característica da nossa era" [01]. O pós-positivismo, nesse compasso, representa exatamente o anseio por um novo fôlego, a busca de uma nova perspectiva; a ousadia de erguer a cabeça e olhar por sobre as ondas... [02]

A ascensão do jusnaturalismo está associada à necessidade de ruptura com o Estado absolutista, enquanto que sua decadência está vinculada ao movimento de codificação do direito, ocorrida lá pelos idos do século XVIII. Por outro lado, a ascensão do juspositivismo está jungida à crença exacerbada no poder do conhecimento científico (frio e calculista), ao passo que sua decadência está ligada à derrota do nazi-fascismo, no século XX. É exatamente nesse colapso de pensamentos, nessa crise de paradigmas, que o pós-positivismo, em um valioso ímpeto de superação científica, exsuruiu [03]. Realmente, em já clássica construção textual, acentua, com propriedade, BARROSO:

"O pós-positivismo é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica e a teoria dos direitos fundamentais. (...) O Direito, a partir da segunda metade do século XX, já não cabia mais no positivismo jurídico. A aproximação quase absoluta entre Direito e norma e sua rígida separação da ética não correspondiam ao estágio do processo civilizatório e às ambições dos que patrocinavam a causa da humanidade. Por outro lado, o discurso científico impregnara o Direito. Seus operadores não desejavam o retorno puro e simples ao jusnaturalismo, aos fundamentos vagos, abstratos ou metafísicos de uma razão subjetiva. Nesse contexto, o pós-positivismo não surge com o ímpeto da desconstrução, mas como uma superação do conhecimento convencional. Ele inicia sua trajetória guardando deferência relativa ao ordenamento positivo, mas nele reintroduzindo as idéias de justiça e legitimidade. O constitucionalismo moderno promove, assim, uma volta aos valores, uma reaproximação entre ética e Direito" [04].

Como se pode perceber, a teoria normativa dos princípios é assunto estreitamente ligado ao pós-positivismo [05], que, a seu turno, tem já produzido sólidos efeitos na realidade jurídica brasileira. Efetivamente, nosso atual panorama jurídico sinaliza pela alteração da tradicional hierarquia das fontes do direito, tal qual formulada pela Lei de Introdução ao Código Civil. De fato, ao invés de fontes subsidiárias do direito, cuja aplicação só se justificava na ausência de lei ou de costume relacionados ao caso, bem como na impossibilidade da analogia (CC, artigo 4º [06]), os princípios recentemente assumiram o posto de fontes de alta dignidade normativa [07].

Com efeito, os princípios, como consignado, já tinham juridicidade, porque inseridos, ainda que em caráter secundário, no ordenamento jurídico, mesmo que como mera fonte subsidiária de direito. Atualmente, aos princípios foi agregado o predicado da normatividade, ou seja, foi-lhe atribuída a capacidade de vincular, de conformar condutas. Mas, é claro que essa tal capacidade normativa poderia muito bem ser exercida no âmbito da seara infraconstitucional. Todavia, assim não ocorreu. Ao mesmo tempo em que receberam essa forte carga de normatividade, os princípios também foram alcandorados ao ápice, ao topo do ordenamento jurídico, alojando-se na intimidade da tessitura constitucional. Assim, além de juridicidade e normatividade, agora os princípios também passaram a deter supremacia no reino jurídico, na medida em que jungidos nada mais nada menos que à própria Carta Magna [08]. Como se pode ver, a ascensão dos princípios ao andar constitucional representou uma espetacular promoção, um fenômeno deveras insólito. De fato, foram guindados de um sombrio quarto de fonte supletiva ao belo palácio de vetor axiológico do sistema jurídico. Qual José do Egito, os princípios também foram incrivelmente alçados do poço ao trono [09].

Portanto, ao alcançarem o relevante status de normas jurídicas e repousarem no privilegiado patamar constitucional, os princípios enfim se libertaram daquela velha idéia de que detinham apenas valia ética, passando a ostentar mesmo plena vinculatividade jurídica [10]. Em razão disso, a teoria do direito precisou estabelecer a hoje tão divulgada distinção dogmática entre regras e princípios, enquanto espécies do gênero norma. Por via de conseqüência, a Constituição atual, prenhe de valores, passou a ser vista como um sistema aberto de princípios e regras, no qual as idéias de justiça e de realização dos direitos fundamentais desempenham um papel central [11].

A distinção entre regras e princípios é ponto nuclear do pós-positivismo, produto da inegável influência exercida por Ronald Dworkin e Robert Alexy na atual quadra do pensamento jurídico, cujas idéias passaram a ser amplamente divulgadas no Brasil a partir de Paulo Bonavides, Eros Grau e Luís Roberto Barroso. Tal disseminação ocasionou um verdadeiro fervilhar científico no direito constitucional pátrio, movimento esse ainda em voga e que tem redundado em uma fértil produção intelectual acerca da matéria.

A respeito de tal distinção, BARCELLOS faz didática compilação dos sete critérios mais comumente propostos pela doutrina para esse fim, o que por certo nos oferece uma boa noção geral dessa tão importante questão da teoria do direito contemporânea, in verbis:

"(a) O conteúdo. Os princípios estão mais próximos da idéia de valor e de direito. Eles formam uma exigência da justiça, da equidade ou da moralidade, ao passo que as regras têm um conteúdo diversificado e não necessariamente moral. (...) (b) Origem e validade. A validade dos princípios decorre de seu próprio conteúdo, ao passo que as regras derivam de outras regras ou dos princípios. (...) (c) Compromisso histórico. Os princípios são para muitos (ainda que não todos), em maior ou menor medida, universais, absolutos, objetivos e permanentes, ao passo que as regras caracterizam-se de forma bastante evidente pela contingência e relatividade de seus conteúdos, dependendo do tempo e lugar. (d) Função no ordenamento. Os princípios têm uma função explicadora e justificadora em relação às regras. (...) (e) Estrutura lingüística. Os princípios são mais abstratos que as regras, em geral não descrevem as condições necessárias para sua aplicação e, por isso mesmo, aplicam-se a um número indeterminado de situações. Em relação às regras, diferentemente, é possível identificar, com maior ou menor trabalho, suas hipóteses de aplicação. (f) Esforço interpretativo exigido. Os princípios exigem uma atividade argumentativa muito mais intensa, não apenas para precisar seu sentido, como também para inferir a solução que ele propõe para o caso, ao passo que as regras demandam apenas uma aplicabilidade, na expressão de Jossef Esser, 'burocrática e técnica'. (g) Aplicação. As regras têm estrutura biunívoca, aplicando-se de acordo com o modelo do "tudo ou nada", popularizado por Ronald Dworkin. Isto é, dado seu substrato fático típico, as regras só admitem duas espécies de situação: ou são válidas e se aplicam ou não se aplicam por inválidas. Uma regra vale ou não vale juridicamente. Não são admitidas gradações. Como registra Robert Alexy, ao contrário das regras, os princípios determinam que algo seja realizado na maior medida possível, admitindo uma aplicação mais ou menos ampla de acordo com as possibilidades físicas e jurídicas existentes. Estes limites jurídicos, que podem restringir a otimização de um princípio, são (i) regras que o excepcionam em algum ponto e (ii) outros princípios opostos que procuram igualmente maximizar-se, daí a necessidade eventual de ponderá-los. Desenvolvendo esse critério de distinção, Alexy denomina as regras de comando de definição e os princípios de comandos de otimização" [12].

Essa estruturação do sistema jurídico em regras e princípios é sábia, constituindo-se uma excelente construção teórica. Cuida-se de uma verdadeira formulação salomônica, porquanto, sem desprezar a lei, permite uma benfeita oxigenação axiológica do sistema, viabilizada pela imanente plasticidade dos princípios. Fica superada, assim, a tradicional dicotomia jusnaturalismo x juspositivismo [13].

Ressaltamos, porém, para que se repila qualquer euforia prejudicial, que o sistema jurídico ideal há de ser aquele erigido levando em conta uma distribuição equilibrada entre regras e princípios, "nos quais as regras desempenham o papel referente à segurança jurídica – previsibilidade e objetividade das condutas – e os princípios, com sua flexibilidade, dão margem à realização da justiça do caso concreto" [14]. Como se vê, o enlace jurídico entre regras e princípios é um bom exemplo de casamento perfeito.

A visão pós-positivista também acarreta mudanças na área da interpretação constitucional. Nesse particular, leciona BARROSO:

"A interpretação jurídica tradicional desenvolveu-se sobre duas grandes premissas: (i) quanto ao papel da norma, cabe a ela oferecer, no seu relato abstrato, a solução para os problemas jurídicos; (ii) quanto ao papel do juiz, cabe a ele identificar, no ordenamento jurídico, a norma aplicável ao problema a ser resolvido, revelando a solução nela contida. Vale dizer: a resposta para os problemas está integralmente no sistema jurídico e o intérprete desempenha uma função técnica de conhecimento, de formulação de juízos de fato. No modelo convencional, as normas são percebidas como regras, enunciados descritivos de condutas a serem seguidas, aplicáveis mediante subsunção. Com o avanço do direito constitucional, as premissas ideológicas sobre as quais se erigiu o sistema de interpretação tradicional deixaram de ser integralmente satisfatórias. Assim: (i) quanto ao papel da norma, verificou-se que a solução dos problemas jurídicos nem sempre se encontra no relato abstrato do texto normativo. Muitas vezes só é possível produzir a resposta constitucionalmente adequada à luz do problema, dos fatos relevantes, analisados topicamente; (ii) quanto ao papel do juiz, já não lhe caberá apenas uma função de conhecimento, voltado para revelar a solução contida no enunciado normativo. O intérprete torna-se co-participante do processo de criação do direito, completando o trabalho do legislador, ao fazer valorações de sentido para as cláusulas abertas e ao realizar escolhas entre soluções possíveis" [15].

Essa hermenêutica diferenciada vai suscitar, portanto, toda uma gama de novas discussões na arena da interpretação constitucional: [16] concreção [17], colisão de princípios constitucionais [18], ponderação [19], argumentação [20] etc.

SOUZA NETO nos brinda com um interessante cotejo científico entre os paradigmas positivista e pós-positivista, lavrando-o da seguinte forma, verbis:

"... o paradigma liberal-positivista contém em si uma 1) teoria da norma constitucional, segundo a qual a) lei e constituição se identificam, b) a norma constitucional possui uma textura fechada, e c) a constituição é um sistema coerente e completo; 2) uma teoria da decisão, segundo a qual a) a aplicação da norma constitucional se identifica com a aplicação da norma infraconstitucional, b) não há que se falar em ato de decisão, mas simplesmente de cognição, já que o ato jurisdicional se esgota na aplicação de uma vontade pré-constituída, c) o magistrado é capaz de, monologicamente, fazer uma leitura racional do texto normativo, sem a interferência de seus valores e interesses pessoais; 3) uma teoria da democracia segundo a qual a) a vontade estatal deve ser formulada pelo órgão que foi legitimado para tanto através do voto popular, o parlamento, e b) o magistrado deve se ater ao disposto no texto legal, senão estará usurpando a vontade popular. Do mesmo modo, o paradigma pós-positivista já sinaliza para a consolidação de certas características gerais que se encontram na obra da maioria dos autores. Assim é que o paradigma pós-positivista, 1) no campo da teoria da norma constitucional, enfatiza, de forma mais ou menos homogênea, a) a presença dos princípios no ordenamento constitucional, e não só das regras jurídicas, b) a estrutura aberta e fragmentada da constituição; 2) no campo da teoria da decisão, investe na a) reinserção da razão prática na metodologia jurídica, rejeitando a perspectiva positivista de que somente a observação pode ser racional, b) propõe uma racionalidade dialógica, centrada não no sujeito, mas no processo argumentativo, que c) vincula a correção das decisões judiciais ao teste do debate público; 3) no âmbito da teoria democrática propugna a) pelo caráter procedimental do processo democrático e b) pela

possibilidade de limitação do princípio majoritário em nome da preservação da própria democracia" [21].

Como se percebe, a peleja "positivismo" versus "pós-positivismo" é renhida, já perdura por vários rounds, sendo cheia de meandros teóricos e ainda assentada em um terreno extremamente bombardeado por críticas [22]. De todo modo, ousamos também estabelecer – reconhecidamente inspirados em SOUZA NETO – alguns dos traços que servem para sintetizar o profundo contraste teórico entre os paradigmas positivista e pós-positivista.

Com efeito, no positivismo: i) o intérprete há de ter uma postura neutra, apenas extraindo o sentido já embutido no enunciado legal; ii) o sistema jurídico é visto como fechado/completo, marcando-se pela unidisciplinariedade; iii) dá-se a supremacia da lei (foco no texto legal – prevalência da *lex*), destacando-se a normatividade das regras; iv) trabalha-se no âmbito do ser/dever ser; v) a interpretação se dá in abstracto, ocorrendo a inconstitucionalidade da norma, esta encarada como objeto da interpretação (o preceito normativo é o ponto de chegada – o fato concreto não é valorizado); vi) reina na hermenêutica o método subsuntivo/silogístico (ciência), com predomínio do valor segurança; vii) há rigidez na separação funcional do poder; viii) o papel do juiz é passivo, na função de mero reproduzidor da lei (o juiz descreve a realidade).

Já no pós-positivismo: i) o intérprete há de ter uma postura construtiva, atribuindo sentido ao enunciado legal; ii) o sistema jurídico é visto como aberto/complexo, marcando-se pela interdisciplinariedade; iii) dá-se a supremacia da Constituição (foco no contexto fático-jurídico – prevalência do *jus*), destacando-se a normatividade dos princípios; iv) trabalha-se no âmbito do poder ser [23]; v) a interpretação se dá in concreto, ocorrendo a possibilidade de inconstitucionalidade dos efeitos da norma, esta encarada como resultado da interpretação (o preceito normativo é o ponto de partida – o fato concreto é valorizado) [24]; vi) reina na hermenêutica o método ponderativo (prudência), com predomínio do valor justiça; vii) há flexibilidade na separação funcional do poder; viii) o papel do juiz é ativo, na função de verdadeiro produtor do direito (o juiz transforma a realidade) [25].

Notas

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. Revista da Escola Nacional da Magistratura. Ano I, n. 02, outubro de 2006, Brasília : Escola Nacional da Magistratura – ENM, p. 26.

Como diz Cecilia Caballero Lois: "Trata-se de perceber que a prática constitucional é notoriamente marcada pela ineficiência/deficiência em torno da aplicação da Constituição. Essa carência é, antes de mais nada, uma carência da teoria que sustenta a prática. Assim, mesmo que não se desconheça a dimensão essencialmente pragmática de alguns dilemas que o constitucionalismo atravessa, não se pode deixar de reconhecer que o caminho para solucionar a maioria desses impasses passa por uma elaboração mais sistemática, de cunho interdisciplinar" (LOIS, Cecilia Caballero. Teoria Constitucional e Neoconstitucionalismo

no Limiar do Século XXI: Mudança Política e Aceitabilidade Racional no Exercício da Função Jurisdicional. In *A Constituição como Espelho da Realidade: Interpretação e Jurisdição Constitucional em Debate: Homenagem a Silvio Dobrowolski*. LOIS, Cecilia Caballero; BASTOS JÚNIOR, Luiz Magno Pinto; LEITE, Roberto Basilone (coordenadores). São Paulo : LTr, 2007, p. 239). A respeito, Lenio Luiz Streck cita o que chama de "barreiras à plena implementação do novo paradigma representado pelo Estado Democrático de Direito", quais sejam: "as fontes sociais (característica superada pelo constitucionalismo compromissório e dirigente), separação entre direito e moral (superada pela co-originariedade entre direito e moral, assumindo especial relevância, neste aspecto, os princípios como introdução do mundo prático no direito) e a discricionariedade (superada por uma hermenêutica não relativista, para além das posturas analítico-metódicas que sustentam as diversas posturas ainda arraigadas ao esquema sujeito-objeto, cerne de qualquer positivismo que ainda resiste ao novo constitucionalismo)" (STRECK, Lenio Luiz. *A Crise Paradigmática do Direito no Contexto da Resistência Positivista ao (Neo)Constitucionalismo*. In *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região. Suplemento Especial Comemorativo*. Belém. v. 41, n. 81, Jul./Dez./2008, p. 283).

Sobre a temática da ascensão e decadência do jusnaturalismo e positivismo jurídicos, vale conferir os magistrais textos: BARROSO, Luís Roberto. *Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-modernidade, Teoria Crítica e Pós-Positivismo)*. In *A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. BARROSO, Luís Roberto (organizador). 2ª Edição. Rio de Janeiro : Renovar, 2006, 1-48; BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. *O Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro*. In *A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. BARROSO, Luís Roberto (organizador). 2ª Edição. Rio de Janeiro : Renovar, 2006, 327-378. Em texto mais recente, averbou Luís Roberto Barroso que o pós-positivismo se apresenta "como uma terceira via entre as concepções positivista e jusnaturalista: não trata com desimportância as demandas do Direito por clareza, certeza e objetividade, mas não o concebe desconectado de uma filosofia moral e de uma filosofia política. Contesta, assim, o postulado positivista de separação entre Direito, moral e política, não para negar a especificidade do objeto de cada um desses domínios, mas para reconhecer que essas três dimensões se influenciam mutuamente também quando da aplicação do Direito, e não apenas quando de sua elaboração. No conjunto de idéias ricas e heterogêneas que procuram abrigo nesse paradigma em construção, incluem-se a reentronização dos valores na interpretação jurídica, com o reconhecimento de normatividade aos princípios e de sua diferença qualitativa em relação às regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre a dignidade da pessoa humana. Nesse ambiente, promove-se uma reaproximação entre o Direito e a Ética" (BARROSO, Luís Roberto. *Vinte Anos da Constituição Brasileira de 1988: O Estado a que Chegamos*. In *Retrospectiva dos 20 Anos da Constituição Federal*. AGRA, Walber de Moura (coordenador). São Paulo : Saraiva, 2009, p. 381-382).

BARROSO, Luís Roberto. *Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-modernidade, Teoria Crítica e Pós-Positivismo)*. In *A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Luís Roberto Barroso (organizador). 2ª Edição. Rio de Janeiro : Renovar, 2006, p. 27-28.

Sobre tão complexa temática, focando na extrema importância atribuída aos princípios nessa nova instância de reflexão, BONAVIDES também nos oferta excelentes reflexões, verbis: "É na idade do pós-positivismo que tanto a Doutrina do Direito Natural como a do velho positivismo ortodoxo vêm abaixo, sofrendo golpes profundos e crítica lacerante, provenientes de uma reação intelectual implacável, capitaneada sobretudo por Dworkin, jurista de Harvard. Sua obra tem valiosamente contribuído para traçar e caracterizar o ângulo novo de normatividade definitiva reconhecida aos princípios. (...) A construção doutrinária da normatividade dos princípios provém, em grande parte, do empenho da Filosofia e da Teoria Geral do Direito em buscarem um campo neutro onde se possa superar a antinomia clássica Direito Natural/Direito Positivo. (...) Em resumo, a teoria dos princípios chega à presente fase do pós-positivismo com os seguintes resultados já consolidados: a passagem dos princípios da especulação metafísica e abstrata para o campo concreto e positivo do Direito, com baixíssimo teor de densidade normativa; a transição crucial da ordem jusprivatista (sua antiga inserção nos Códigos) para a órbita juspublicística (seu ingresso nas Constituições); a suspensão da distinção clássica entre princípios e normas; o deslocamento dos princípios da esfera da jusfilosofia para o domínio da Ciência Jurídica; a proclamação de sua normatividade; a perda de seu caráter de normas programáticas; o reconhecimento definitivo de sua positividade e concretude por obra sobretudo das Constituições; a distinção entre regras e princípios, como espécies diversificadas do gênero norma, e, finalmente, por expressão máxima de todo esse desdobramento doutrinário, o mais significativo de seus efeitos: a total hegemonia e preeminência dos princípios" (BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 19ª Edição, São Paulo : Editora Malheiros, 2006, p. 265, 276 e 294).

Lei de Introdução ao Código Civil, Art. 4º: "Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito".

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Fundamentação e Normatividade dos Direitos Fundamentais: Uma Reconstrução Teórica à Luz do Princípio Democrático. In A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas. Organizador: BARROSO, Luís Roberto. 2ª Edição, Rio de Janeiro : Renovar, 2006, p. 305. A respeito, é de todos conhecida a famosa conceituação de princípios ofertada por Celso Antonio Bandeira de Mello, verbis: "Princípio – já averbamos alhures – é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo" (MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 4ª Edição, São Paulo : Malheiros, 1993, p. 408-409). Com relação à total reestruturação da hierarquia das fontes do direito, proporcionada pelo neoconstitucionalismo, ensina, por exemplo, Eduardo Ribeiro Moreira: "Quanto à equidade, tida por muitos como fonte do direito, é ela integrante do neoconstitucionalismo como teoria do direito, que se baseia na pretensão de correção. Equidade equivale à pretensão de correção, racionalmente justificada. Assim é alcançada a equidade, que deixa de ser considerada o último recurso ou fonte alternativa à completude do ordenamento para se projetar como parte integrante, presente na teoria neoconstitucionalista" (MOREIRA, Eduardo Ribeiro. Neoconstitucionalismo: A Invasão da Constituição. 7ª Obra da Coleção Professor Gilmar Mendes. São Paulo : Editora Método, 2008, p. 187). No que tange à

relação entre princípios constitucionais e princípios gerais de direito, afirma Paulo Lôbo que "o conceito de princípio constitucional não se confunde com o de 'princípio geral de direito', empregado pela Lei de Introdução ao Código Civil. O art. 4º dessa lei, como sabemos, estabelece a regra de non liquet, proibindo o juiz de não julgar quando a lei for omissa, determinando que, se não houver costumes, devem ser aplicados os princípios gerais do direito. Estes têm, conseqüentemente, função supletiva, ou seja, primeiro a lei, depois os costumes, e por fim os princípios, como normas de clausura ou de completude do sistema jurídico. Ao contrário, os princípios constitucionais explícitos ou implícitos não são supletivos. São inícios, pontos de partida, fundamentos que informam e conformam a lei. A operação hermenêutica que estava invertida foi devidamente reposicionada: em primeiro lugar o princípio constitucional, depois a lei fundamentada nele" (LÔBO, Paulo. A Constitucionalização do Direito Civil Brasileiro. In Direito Civil Contemporâneo: Novos Problemas à Luz da Legalidade Constitucional: Anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro. TEPEDINO, Gustavo (organizador). São Paulo : Atlas, 2008, p. 22). De fato, essa inversão axiológica firmada no plano constitucional parece ter operado a superação daquele modelo anterior, de cunho positivista, onde os princípios só se apresentavam ao intérprete jurídico ocasionalmente, como derradeira alternativa. Atualmente, pelo contrário, os princípios constitucionais se ofertam ao intérprete já, necessariamente, no início de atividade intelectual, conformando-a, mesmo que sequer haja qualquer omissão legislativa. Nessa linha, afirma Paulo Bonavides, a nosso ver com inteira razão, que "desde a constitucionalização dos princípios, fundamento de toda a revolução principial, os princípios constitucionais outra coisa não representam senão os princípios gerais de Direito, ao darem estes o passo decisivo de sua peregrinação normativa, que, inaugurada nos códigos, acaba nas Constituições" (BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 19ª Edição, São Paulo : Editora Malheiros, 2006, p. 291).

Como ensina Pietro Perlingieri, "é preciso reconhecer não só o valor normativo dos princípios e das normas constitucionais, mas também a supremacia deles" (PERLINGIERI, Pietro. A Doutrina do Direito Civil na Legalidade Constitucional. In Direito Civil Contemporâneo: Novos Problemas à Luz da Legalidade Constitucional: Anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro. TEPEDINO, Gustavo (organizador). São Paulo : Atlas, 2008, p. 1). Também Paulo Bonavides, quanto aos princípios, assere: "Postos no ponto mais alto da escala normativa, eles mesmos, sendo normas, se tornam, doravante, as normas supremas do ordenamento. Servindo de pautas ou critérios por excelência para a avaliação de todos os conteúdos normativos, os princípios, desde sua constitucionalização, que é ao mesmo passo posituação no mais alto grau, recebem como instância valorativa máxima categoria constitucional, rodeada do prestígio e da hegemonia que se confere às normas inseridas na Lei das Leis. Com esta relevância adicional, os princípios se convertem igualmente em norma normarum, ou seja, norma das normas" (BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 19ª Edição, São Paulo : Editora Malheiros, 2006, p. 289-290).

A respeito desse importante personagem bíblico, confira-se: ALMEIDA, João Ferreira de (tradutor). Bíblia Sagrada. Revista e Corrigida. São Paulo : Sociedade Bíblica do Brasil, 1995, Velho Testamento, Gênesis, capítulos 37 a 50.

Segundo Paulo Bonavides, a juridicidade dos princípios passa por três distintas fases: "i) a jusnaturalista: cuida-se da fase mais antiga, onde os princípios habitavam ainda em uma esfera por inteiro abstrata e detinham normatividade por demais duvidosa, mais se

ajustando, em verdade, a uma dimensão meramente ético-valorativa que inspirava postulados de justiça; ii) a juspositivista: aqui os princípios adentram nos Códigos, tornando-se inequivocamente jurídicos, porém apenas como fonte normativa subsidiária, o que lhe castrou a normatividade; iii) pós-positivista: corresponde aos grandes momentos constituintes das últimas décadas do século XX, onde se acentua a hegemonia axiológica dos princípios, tratados verdadeiramente como direito, com força vinculante e tudo, convertidos que foram em pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais" (BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 19ª Edição, São Paulo : Editora Malheiros, 2006, p. 259-266).

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro. In A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas. BARROSO, Luís Roberto (organizador). 2ª Edição. Rio de Janeiro : Renovar, 2006, p. 338.

BARCELLOS, Ana Paula de. A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. 2ª Edição. Rio de Janeiro : Renovar, 2008, p. 51-55. A distinção entre regras e princípios também é traçada de forma objetiva e sintética por Luiz Flávio Gomes, quando acentua: "Regras e princípios ('conflito' versus 'colisão'): o Direito se expressa por meio de normas. As normas se exprimem por meio de regras ou princípios. As regras disciplinam uma determinada situação; quando ocorre essa situação, a norma tem incidência; quando não ocorre, não tem incidência. Para as regras vale a lógica do tudo ou nada (Dworkin). Quando duas regras colidem, fala-se em 'conflito'; ao caso concreto uma só será aplicável (uma afasta a aplicação da outra). O conflito entre regras deve ser resolvido pelos meios clássicos de interpretação: a lei especial derroga a lei geral, a lei posterior afasta a anterior etc. Princípios são as diretrizes gerais de um ordenamento jurídico (ou de parte dele). Seu espectro de incidência é muito mais amplo que o das regras. Entre eles pode haver 'colisão', não conflito. Quando colidem, não se excluem. Como 'mandados de otimização' que são (Alexy), sempre podem ter incidência em casos concretos (às vezes, concomitantemente dois ou mais deles)" (GOMES, Luiz Flávio. Normas, Regras e Princípios: Conceitos e Distinções. Jusnavigandi, Teresina/PI, ano 9, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7527>>. Acesso em: 18 maio 2009). Para a leitura das concepções jurídicas de Ronald Dworkin e Robert Alexy a respeito do tema, confira-se: DWORKIN, Ronald. Levando os Direitos a Sério. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo : Martins Fontes, 2002; ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo : Malheiros Editores, 2008. Para uma visão crítica do tema, confira-se: ÁVILA, Humberto Bergmann. Teoria dos Princípios: Da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos. 7ª Edição. São Paulo : Malheiros Editores, 2007. Para um estudo mais aprofundado acerca da teoria jurídica de Ronald Dworkin: HONEYBALL, Simon; WALTER, James. Integrity, Community and Interpretation: A Critical Analysis of Ronald Dworkin's Theory of Law. Aldershot : Dartmouth, 1998. Para uma análise mais acurada e conjunta acerca da teoria dos princípios de Ronald Dworkin e Robert Alexy: FIGUEROA, Alfonso Garcia. Principios y Positivismo Jurídico. Madrid : Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998; LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais. Porto Alegre : Livraria do Advogado Editora, 2006. Com relação ao "tudo ou nada" dworkiano atinente às regras, vale conhecer visão que relativiza esse entendimento, autorizando-se o afastamento da própria regra de direito quando, embora diante, in abstracto, de um caso

perfeitamente aplicável, a consequência de sua incidência fática, in concreto, produza efeitos que afrontem ditames substanciais constitucionais. É o que Eduardo Ribeiro Moreira, por exemplo, chama de "derrotabilidade da norma". Confira-se sua lição: "O terceiro sentido da interpretação conforme a Constituição é verificado somente no caso concreto, quando, excepcionalmente, os efeitos da regra são retirados, por uma situação excepcionalmente não prevista (post factum). (...) Esse é um dos grandes avanços sustentados pelo neoconstitucionalismo, pois afasta as exceções que combatem a ponderação, sobretudo de regras que se afirmam em uma (errada) ponderação das regras. (...) Muitas das afirmações para deslegitimar a ponderação, como as realizadas por Humberto Ávila, na sua 'teoria dos princípios', caem por terra. Elas são, na verdade, hipóteses de derrotabilidade da norma. (...) A derrotabilidade (...) dá à norma a possibilidade de conviver no ordenamento, sem que perca sua carga de regra, porque importou em uma exceção. (...) A regra sofrerá efeito excepcional e não incidirá, casuisticamente, pela sua derrotabilidade factual – após a inferência no caso concreto, mas nunca abstrata. (...) Não se trata de ponderar regras – efeito exclusivo dos princípios –, mas de aceitar, via o terceiro sentido da interpretação conforme a Constituição, a sua derrotabilidade" (MOREIRA, Eduardo Ribeiro. Neoconstitucionalismo: A Invasão da Constituição. 7ª Obra da Coleção Professor Gilmar Mendes. São Paulo : Editora Método, 2008, p. 89 e 94-95).

Para uma interessante defesa do positivismo jurídico no direito contemporâneo, confira-se: DIMOULIS, Dimitri. Positivismo Jurídico: Introdução a uma Teoria do Direito e Defesa do Pragmatismo Jurídico-Político. 2ª Obra da Coleção Professor Gilmar Mendes. São Paulo : Editora Método, 2006.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro. In A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas. BARROSO, Luís Roberto (organizador). 2ª Edição. Rio de Janeiro : Renovar, 2006, p. 339-340.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. Revista da Escola Nacional da Magistratura. Ano I, n. 02, outubro de 2006, Brasília : Escola Nacional da Magistratura – ENM, p. 35. Para um interessante estudo acerca da textura aberta da linguagem e dos textos normativos, confira-se: STRUCHINER, Noel. Direito e Linguagem: Uma Análise da Textura Aberta da Linguagem e sua Aplicação ao Direito. Rio de Janeiro : Renovar, 2002.

Sobre as técnicas hermenêuticas engendradas na órbita constitucional, vale conferir: BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e Aplicação da Constituição. 6ª Edição, São Paulo : Saraiva, 2006; BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro. In A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas. Organizador: BARROSO, Luís Roberto. 2ª Edição, Rio de Janeiro : Renovar, 2006, p. 327-378; SARMENTO, Daniel. A Ponderação de Interesses na Constituição Federal. Rio de Janeiro : Editora Lumen Juris, 2003; BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 19ª Edição, São Paulo : Editora Malheiros, 2006, p. 488-524; TAVARES, André Ramos. Fronteiras da Hermenêutica Constitucional. 1ª Obra da Coleção Professor Gilmar Mendes. São Paulo : Editora Método, 2006; COELHO, Inocêncio Mártires. Interpretação Constitucional. 3ª Edição. São Paulo : Editora Saraiva, 2007, p. 88-91; SILVA, Christiane Oliveira Peter da. Hermenêutica de Direitos

Fundamentais: Uma Proposta Constitucionalmente Adequada. Brasília : Brasília Jurídica, 2005; QUEIROZ, Cristina. Interpretação Constitucional e Poder Judicial: Sobre a Epistemologia da Construção Constitucional. Coimbra : Coimbra Editora, 2000; PEREIRA, Rodolfo Viana. Hermenêutica Filosófica e Constitucional. 2ª Edição. Belo Horizonte : Del Rey, 2006; PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais: Uma Contribuição ao Estudo das Restrições aos Direitos Fundamentais na Perspectiva da Teoria dos Princípios. Rio de Janeiro : Renovar, 2006. Para um interessante estudo crítico sobre o tema, confira-se obra já consagrada: STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica Jurídica e(m) Crise – Uma Exploração Hermenêutica da Construção do Direito. 6ª Edição, Porto Alegre : Livraria do Advogado Editora, 2005.

Sobre esse assunto, leciona André Ramos Tavares: "Tradicionalmente, a interpretação era compreendida apenas como a descoberta do sentido do texto normativo... (...) A partir da concretização (conceito moderno de interpretação), incluem-se, no processo de compreensão da norma, os fatos, como elementos inseparáveis desse mesmo processo (e da norma), e não apenas como um objeto sobre o qual se debruça ou em relação ao qual se reporta a disposição normativa" (TAVARES, André Ramos. Fronteiras da Hermenêutica Constitucional. [1ª Obra da Coleção Professor Gilmar Mendes]. São Paulo : Editora Método, 2006, p. 60-61). Confira-se, ainda, a respeito: SILVA. Kelly Susane Alfen da. Hermenêutica Jurídica e Concretização Judicial. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris Editor, 2000.

Com relação à temática, destaca Luís Roberto Barroso: "A colisão entre princípios constitucionais decorre (...) do pluralismo, da diversidade de valores e de interesses que se abrigam no documento dialético e compromissório que é a Constituição" (BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo : Saraiva, 2009, p. 329). Tangente ao tema, vale conferir também: ALEXY, Robert. Constitucionalismo Discursivo. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre : Livraria do Advogado Editora, 2007, particularmente o capítulo 3.

A respeito, ensina Daniel Sarmento: "O pluralismo de idéias existente na sociedade projeta-se na Constituição, que acolhe, através de seus princípios, valores e interesses dos mais diversos matizes. Tais princípios, como temos visto no decorrer deste estudo, entram às vezes em tensão na solução de casos concretos. (...) Assim, a ponderação de interesses consiste justamente no método utilizado para a resolução destes conflitos constitucionais" (SARMENTO, Daniel. A Ponderação de Interesses na Constituição Federal. 1ª Edição. 3ª Tiragem. Rio de Janeiro : Editora Lumen Juris, 2003, p. 97). Assim, como bem observam Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos, "a ponderação ingressou no universo da interpretação constitucional como uma necessidade, antes que como uma opção filosófica ou ideológica" (BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro. In A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas. Organizador: BARROSO, Luís Roberto. 2ª Edição, Rio de Janeiro : Renovar, 2006, p. 348). Sobre ponderação, vale conferir também: BARCELLOS, Ana Paula de. Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional. Rio de Janeiro : Renovar, 2005; BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo : Saraiva, 2009.

Sobre o tema, segue o magistério de Luís Roberto Barroso: "A argumentação jurídica desenvolveu-se, especialmente, no quarto final do século passado. Liga-se ela à idéia de

que a solução dos problemas que envolvem a aplicação do Direito nem sempre poderá ser deduzida do relato da norma, mas terá de ser construída indutivamente, tendo em conta fatos, valores e escolhas. As diferentes teorias da argumentação jurídica têm por objetivo estruturar o raciocínio jurídico, de modo a que ele seja lógico e transparente, aumentando a racionalidade do processo de aplicação do Direito e permitindo um maior controle da justificação das decisões judiciais" (BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo : Saraiva, 2009, p. 340). A respeito, vale conferir ainda: MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. A Argumentação nas Decisões Judiciais. 3ª Edição. Rio de Janeiro : Renovar, 2007; ALEXY, Robert. Teoria da Argumentação Jurídica: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. 2ª Edição. São Paulo : Landy Editora, 2005; BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Argumentação Contra Legem: A Teoria do Discurso e a Justificação Jurídica nos Casos Mais Difíceis. Rio de Janeiro : Renovar, 2005; DUARTE, Écio Oto Ramos. Teoria do Discurso e Correção Normativa do Direito – Aproximação à Metodologia Discursiva do Direito. 2ª Edição, São Paulo : Landy Editora, 2004. Sobre a ligação entre ponderação e argumentação, vale conferir o escólio de Eduardo Ribeiro Moreira: "A hermenêutica jurídica tradicional não diz porque uma premissa metodológica foi escolhida e não outra; com isso, a opção por um princípio sem comparação a outro princípio permite a atividade interpretativa dissociada da argumentação jurídica. Com a ponderação, acontece o contrário: o porquê de um premissa ser preferida à outra deve ser respondido pelos subprincípios da ponderação e pela teoria da argumentação jurídica. Vê-se que argumentação e ponderação são elementos que se completam, indissociados, com o primeiro servindo de baliza estruturante para a ponderação entre direitos fundamentais em conflito. Na verdade, o melhor enquadramento da ponderação é como critério argumentativo procedimental" (MOREIRA, Eduardo Ribeiro. Neoconstitucionalismo: A Invasão da Constituição. 7ª Obra da Coleção Professor Gilmar Mendes. São Paulo : Editora Método, 2008, p. 99).

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Jurisdição Constitucional, Democracia e Racionalidade Prática. Rio de Janeiro-São Paulo : Renovar, 2002, p. 12-14.

Para uma visão crítica do neoconstitucionalismo, confira-se: DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto (coordenadores). Teoria do Direito Neoconstitucional: Superação ou Reconstrução do Positivismo Jurídico? São Paulo : Método, 2008; CARBONELL, Miguel (organizador). Neoconstitucionalismo(s). Madrid : Trotta, 2003; CARBONELL, Miguel (organizador). Teoría del Neoconstitucionalismo: Ensayos Escogidos. Madrid : Trotta, 2007; DUARTE, Écio Oto; POZZOLO, Susanna. Neoconstitucionalismo e Positivismo Jurídico: As faces da Teoria do Direito em Tempos de Interpretação Moral da Constituição. São Paulo : Landy Editora, 2006.

A visão principiológica, enquanto mandado de otimização, fruto do pensamento de Alexy, leva à superação da clássica distinção entre "ser" e "dever ser", porquanto, tencionando se concretizar na medida das possibilidades fáticas e jurídicas, faz surgir um novo plano no Direito, o do "poder ser".

Nesse sentido, ensina Eros Grau: "Parto da afirmação de que texto e norma – texto normativo, preceito, enunciado – não se identificam. A norma jurídica é produzida pelo intérprete. É uma construção do intérprete. A tarefa do legislador se esgota na produção do texto. (...) A interpretação se processa da seguinte forma: tenho o texto e tenho a realidade. Interpreto o texto e também considero a realidade, construindo a norma jurídica geral.

Extraio do texto a norma que preexiste lá, mas que é conformada também pela realidade. Após ter construído as normas gerais, produzo uma segunda norma, a norma de decisão do caso concreto. Somente então se realiza o processo de concretização do direito. A norma é produzida no curso deste processo de concretização, mas não apenas a partir do texto, porém também a partir dos dados da realidade a que ela se aplica. Por isto, a norma é sempre determinada histórica e socialmente. (...) O nosso Código Penal é da primeira metade dos anos 40. Imagine-se em 1945 uma mulher que fosse à praia ou à piscina com um maiô de duas peças, cavado. Ficava sujeita a uma ação policial por conta de atentado violento ao pudor. O texto não mudou. Imagine-se agora uma mulher que vá hoje à praia ou à piscina... (...) Esta mulher certamente não seria incomodada pela autoridade policial. Vejam os senhores: o texto é o mesmo, mas a realidade foi reconformada. Daí compreendermos que a norma que se pode extrair do mesmo texto é outra. Porque ela é também composta a partir da própria realidade" (GRAU, Eros. Técnica Legislativa e Hermenêutica Contemporânea. In Direito Civil Contemporâneo: Novos Problemas à Luz da Legalidade Constitucional: Anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro. TEPEDINO, Gustavo (organizador). São Paulo : Atlas, 2008, p. 286).

Registre-se, neste momento, que para Eduardo Ribeiro Moreira o termo pós-positivismo representa mera "nomenclatura de transição", tendo expressado, para o autor, apenas a fase inicial do que hoje chamamos de neoconstitucionalismo. A respeito, confira-se: MOREIRA, Eduardo Ribeiro. Neoconstitucionalismo: A Invasão da Constituição. 7ª Obra da Coleção Professor Gilmar Mendes. São Paulo : Editora Método, 2008, p. 48.

Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=13387>

Acesso em: 25/08/2009