

NEOCONSTITUCIONALISMO: PARADIGMA DE NOVA APLICABILIDADE DO DIREITO, A RUPTURA DO MODELO POSITIVISTA LEGALISTA

Neoconstitutionalism: paradigm of new applicability of legal science, the rupture of the Legalist Positivist Model

KAMINSKI, M. M.

ROANI, A. R.

Recebimento: 10/07/2012 – Aceite: 10/07/2012

RESUMO: O modo de pensar e aplicar o direito, no decorrer dos tempos, se modificou. A ascensão da burguesia e os movimentos revolucionários impulsionaram a atividade de legislar, idealizando-se a lei como suprema e absoluta, justamente pela sociedade ter passado décadas sob a livre vontade do soberano, entendendo assim que a positivação da vida social impediria o arbítrio dos intérpretes, uma vez que a lei era texto autêntico do próprio Estado (modelo positivista-legalista). Tal concepção de confusão entre direito e lei rescindiu-se nos julgamentos de Nuremberg (simbolicamente), onde os nazistas, que cometeram inúmeras atrocidades, utilizaram como tese defensiva que os atos praticados estavam legitimados na lei positivada da Alemanha. Porém, os julgadores os condenaram, não pela lei, mas pelo direito, surgindo o novo paradigma do neoconstitucionalismo, o qual é norteado pelo princípio da dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave: Legalismo. Positivismo Jurídico. Constituição. Neoconstitucionalismo.

ABSTRACT: The way of conceiving and applying legal science throughout history has changed a lot. In Ancient Times and in Middle Ages, legal science was basically exercised by an authority based on religion, which means that there was no distinction between legal science and religion. With the unification of the States and the arising of sovereignty, the Modern Age comes up, represented by the Absolute State, in which the sovereign's will had no boundaries, with the power to legislate, to judge, and to apply the law. With the ascent of the bourgeoisie and the revolutionary movements, the activity of

legislating had an impulse, being the law idealized as supreme and absolute, just because society has spent decades under the free will of the sovereign. They understood that the positivization of social life would restrain the arbitrary will of the interpreters, since the law was the authentic text of the State. This conception of confusion between legal science and the law has been rescinded at the Nuremberg Judgment (symbolically), where the Nazis who committed innumerable atrocities tried to defend themselves with the argument that what they did was legitimist according to the positive law of Germany. The judges, however, did not condemn them by the law, but by the legal science, arising the new paradigm of neoconstitutionalism, which is guided by the principle of pro individual (human being).

Keywords: Absolutist State. Legalism. Legal Positivism. Constitution. Neo-constitutionalism.

Introdução

O tema central do presente texto é fazer uma análise histórica e bibliográfica acerca dos modelos de pensamento jurídico positivismo-legalista e neoconstitutionalismo para, desta forma, verificar se, efetivamente, na atualidade há ruptura do pensamento positivista legalista e se existe um novo paradigma do neoconstitutionalismo, bem como qual o marco simbólico de surgimento e as suas formas de caracterização.

O trabalho divide-se em dois subtítulos, os quais possuem como função a dissertação dos modelos de pensamento positivista-legalista e neoconstitutionalista, para compreender cada forma de pensamento e as mudanças ocorridas no caráter do direito, bem como no processo de quebra de paradigmas jurídicos.

O primeiro subtítulo refere-se ao modelo de pensamento jurídico-positivista-legalista, dissertando-se, de forma sistemática, as etapas passadas por tal modelo (surgimento, fundamentos, movimento codificador, entrada das Constituições, pirâmide de Kelsen) para compreender-se os fundamentos, bem como a forma como o direito era interpretado e aplicado.

O segundo subtítulo trata sobre a nova forma de pensar e aplicar o direito através do neoconstitutionalismo, especialmente, as suas características, seu marco simbólico, bem como o ativismo judicial (Poder Judiciário como sujeito ativo na compreensão e interpretação das leis).

O trabalho é de suma importância, tendo em vista que os temas abordados trarão uma melhor compreensão acerca dos modelos positivista-legalista e neoconstitutionalista, os quais são as formas de pensar o direito nos últimos séculos; conseqüentemente, trará uma visão global do sistema jurídico o que ajudará a pensar melhorias e articular novas críticas.

Modelo Positivista-Legalista

Apenas a título de elucidação, o presente tópico não visa especificar todas as correntes (existiram inúmeras correntes e formas de pensar o positivismo jurídico, dentre elas: imperativismo, historicismo, conceitualismo, neopositivismo, etc.) relacionadas ao positivismo jurídico no decorrer dos anos, mas apenas fazer uma abordagem geral acerca dessa teoria, bem como a sua aplicabilidade.

Positivismo Legalista: redução do Direito à Lei e a sua Interpretação

O Código Civil Francês de 1804 foi o grande marco das estruturas jurídicas relacionadas à sistematização do direito escrito, e influenciou, sem dúvida, os padrões de legalidade para o surgimento da mentalidade positivista inerente, até hoje, no pensamento jurídico. Anteriormente à Revolução Francesa, ainda no momento do Absolutismo, o Estado já dava grande importância para as leis escritas; entretanto, não existiam óbices às outras fontes do direito, como os princípios gerais, os julgados, doutrina e costumes, bem como inexistia uma sistematização das leis, até porque ao Estado não interessava legislar minuciosamente acerca das relações sociais.

No entanto, com a vitória das revoluções burguesas, deixou-se de lado este caráter de hegemonia das leis para uma concepção de *reductio ad unum*, desencadeando no que afirma o historiador português António Hespanha (1993, p. 33) “[...] de projeto de redução do pluralismo, ou seja, tentativa de reduzir todo o direito social ao direito do Estado e todo o direito estatal à lei”.

Diante de tais situações, conquistou-se o monopólio da legislação estatal sobre o direito, ou seja, resume-se o direito à lei. Além do direito estatal, admitiam-se discretas referências ao direito natural, mas não ao direito romano e canônico, em razão de serem incompatíveis com os ideais iluministas.

Com a Revolução Burguesa e os interesses burgueses nas regulamentações atinentes à segurança jurídica, permitiram garantir que os contratos devem ser cumpridos e que o Estado apenas deve-se limitar a regras gerais no que tange aos negócios privados. Dentro desse raciocínio de unificação e racionalização, houve uma sistematização do direito, mais conhecido como movimento codificador. (COSTA, 2008, p. 175).

A importância dada à segurança jurídica, é que enseja o desenvolvimento do positivismo formalista, desencadeando em afirmativas como a Andrade (1987, p. 54):

A vida e o espírito postulam um direito recto, quer dizer, justo e oportuno: um direito que harmonize a pura justiça, que valora e julga a realidade existente, aspirando a estruturá-la segundo um modelo ideal, com o efectivo e relativo condicionalismo dessa mesma realidade, — um direito, no fim de contas, que estabeleça a justiça do possível ou a possível justiça. Mas, por outro lado, a vida pede também, e antes de tudo, segurança, e portanto um direito certo, ainda que seja menos recto. A certeza do direito, sem a qual não pode haver uma regular previsibilidade das decisões dos tribunais, é na verdade condição evidente e indispensável para que cada um possa ajuizar das consequências de seus atos, saber quais os bens que a ordem jurídica lhe garante, traçar e executar os seus planos de futuro.

O movimento codificador originou-se a partir do jusracionalismo iluminista, o qual defendia que o direito natural se transformasse em um direito positivo e organizado. Assim, as primeiras inspirações relacionadas aos códigos surgiram das ideias dos jusracionalistas, ainda durante o período Absolutista. (OLIVECRONA, 1971, p. 35).

Neste sentido, Bobbio (2006, p. 64-65) acrescenta:

Na França (e, na verdade, com maior razão, visto ser este país a pátria maior do iluminismo) a ideia de codificação é fruto da cultura racionalista, e se aí pôde se tornar realidade, é precisamente porque as ideias iluministas se encarnaram em forças histórico-políticas, dando lugar à Revolução Francesa. É, de fato, propriamente durante o desenrolar da

Revolução Francesa (entre 1790 e 1800) que a idéia de codificar o direito adquire consistência política.

Pode-se citar como exemplo, a Prússia, na qual, após longo lapso temporal, entrou em vigor (em 1794) o chamado “direito territorial geral”, um código construído a partir das idéias jusnaturalistas de Puffendorf e Wolff, que trazia a tona os dois blocos do direito, tanto o privado quanto o público. O referido código baseou-se a reduzir toda a atividade jurídica à aplicação da lei. Vale salientar que se editou um decreto, em 1798, o qual proibia a interpretação de precedentes e comentários de juristas, determinando, ainda, que se houvessem dúvidas acerca do direito, elas deveriam ser submetidas à uma “comissão legislativa” para que ela resolvesse a questão através de uma interpretação autêntica. (WIEAKER, 1967, p. 376-377).

Outrossim, a codificação francesa não apenas inaugurou a forma moderna de se constituir o direito, ou seja, ligado ao Estado pelo poder político, como também fixou diversos princípios no que tange às normas relacionados a ideologia liberal, base dos Estados de Direito. Com a ascensão da burguesia (1800), os seus ideais basicamente voltados para o liberalismo passaram a nortear a organização dos Estados Ocidentais, ou seja, a defesa de um governo de leis e não de homens, os valores da igualdade e liberdade, além da limitação do poder do Estado nos direitos naturais do indivíduo. (COSTA, 2008, p. 177).

Diante do movimento codificador, nasce o Código de Napoleão, dentre outros códigos em vários países ocidentais, no decorrer da década, criando uma nova realidade jurídica, adequando-se ao contexto econômico (burguês) e social, além do racionalismo dos filósofos. O direito, que anteriormente era buscado nos costumes locais ou no direito romano, modificou-se por meio de normas

reguladas em códigos, unificando o direito de cada país, que regulavam exhaustivamente as relações sociais. Assim, o movimento dos códigos significou a concretização das ideias jusnaturalistas de sistematização; no entanto, também marcou o começo de sua decadência, pois a mentalidade positivista já estava implantada. (COSTA, 2008, p. 177-178).

A aplicabilidade do Direito no modelo Positivista (O juiz como sujeito passivo da Lei)

Com a passagem do Absolutismo para o positivismo legalista, decorreram também modificações nas estruturas jurídicas (codificações), eivando-se uma nova forma de aplicabilidade do direito.

Com a chegada do direito legalizado (códigos) e a conseqüente junção restritiva do direito à lei, nasce uma nova forma de saber, ou seja, um novo discurso. Dentre tais modificações, podem-se citar as fontes do direito (apenas a lei), a escrita das normas (facilidade de conhecimento ao povo), bem como a nova estrutura política do Estado voltada à democracia representativa, onde a lei apenas é legítima quando criada por legisladores eleitos pelos cidadãos. (COSTA, 2008, p. 178).

Nesse novo contexto a atividade dos juristas não era a mesma, pois da “prudência”, passou-se a “técnica” (a atividade do jurista que era achar a resolução justa através dos princípios universais do direito natural passa para adequar a lei vigente ao caso concreto), esta que sequer aspirava à ciência. Não se tratava mais da arte da justiça e do equânime, muito menos a produção científica do direito, pelo motivo de não querer se produzir uma teoria. Com isso, a atividade do julgador, restringiu-se a interpretar a lei (buscando o sentido original que o legislador quis lhe dar), qualificar os fatos (analisando as situações fáticas e os mandamentos normativos) e, caso

verificasse que o fato enquadrava-se com a lei, deveria aplicar o direito conjuntamente com a sua consequência. (COSTA, 2008, p. 179).

Neste sentido, havia uma clara intenção conforme preconizava o positivista Montesquieu (p. 137, 2004), que os juizes não fossem “senão a boca que pronuncia as palavras da lei, seres inanimados que desta não podem moderar a força nem o rigor”.

O núcleo central que ensejou a concepção do juiz como sujeito passivo da lei, foi que não cabia a ele a competência de criar a lei, mas ao Poder Legislativo, e, eventualmente, ao Poder Executivo, pois apenas através de derivação popular (voto) a autoridade possuiria legitimidade para estabelecer normas de conduta. Diante disso, pelo Poder Judiciário não ser escolhido pelo voto, apenas reservou-lhe o poder de dizer o direito, não lhe cabendo a criação do direito e a definição e implementação de políticas públicas.

Ocorre que o modelo positivista sem qualquer parâmetro e limite imposto por uma Constituição, delimitando “de certa forma” o poder do legislador, foi superado, até porque os movimentos constitucionalistas foram adentrando nos Estados por motivação inerente ao próprio legalismo e positivismo.

Posteriormente, mesmo com a existência de parâmetros de limitação nos sistemas jurídicos positivistas, a atividade do juiz ainda possuía como única função a de dizer o direito, buscando a aplicabilidade deste apenas na lei e na sua consciência. Tais considerações seguiram as codificações napoleônicas e, posteriormente, a pirâmide kelseniana, distinguindo-se a atividade técnica do juiz da atividade política do legislador. (GOMES e MAZZUOLI, 2010, p. 28).

A lógica da pirâmide de Kelsen é bem esclarecida pelas afirmativas de Gomes e Mazzuoli (2010, p. 28):

Referida “pirâmide” tem seu ponto alto na Constituição, que abre um campo de

decisão ao legislador, isto é, dentro dos limites constitucionais ele toma suas decisões políticas no momento da elaboração das leis e, assim, vai construindo o ordenamento jurídico; o juiz, num momento posterior, partindo do texto legal, tem também um amplo campo de liberdade, sobretudo em sua interpretação, mas é uma liberdade técnica, não política. O esquema kelseniano, desse modo, pode ser assim resumido: o legislador está (formalmente) limitado pela lei maior, isto é, não pode ultrapassar as fronteiras constitucionais; caso isso ocorra, impõe-se o controle constitucional mediante a “legislação negativa” (declaração de inconstitucionalidade da lei); as sentenças, por seu turno, caso ultrapassem o marco legal (dado pelo legislador), estão sujeitas ao controle do segundo grau mediante recurso. Dentro desse rígido sistema não cabe pensar em uma confrontação entre a sentença e a Constituição.

A formação educacional norteada pela Revolução Francesa e a “filosofia” positivista, ajudaram a formar o juiz dogmático, que nas palavras de Romani (1988, p. 236) é o:

[...] seguidor do método do culto ortodoxo da lógica formal abstrata ditada pelo legislador; em nada contribui para o Direito novo, próprio do pretor urbano da antiga Roma, mais próximo a cada tempo da verdadeira justiça, aquela coerente com os direitos naturais do povo, que é o mais legítimo credor da prestação jurisdicional... nos regimes autoritários e corruptos o juiz formalista torna-se apenas um instrumento de aplicação das leis de exceção.

No positivismo jurídico prega-se o culto à norma, ao direito positivo, onde a preocupação está inteiramente ligada à vigência da lei e não com sua eficácia ou validade. Estuda-se o ordenamento jurídico sem crítica, acolhendo-se cegamente os valores ali

expostos. Neste modelo jurídico, a análise do direito deve ser feita independentemente de qualquer juízo de valor ético-político, ou qualquer referência a realidade social onde atua, podendo-se concluir que todo o direito (lei) possui justiça e diante disso não pode ser questionado. Neste modelo de aplicabilidade do direito, inexistem falar em vigência e validade da lei, pois estas se confundem. (GOMES e MAZZUOLI, 2010, p. 31).

O modelo positivista serviu, e muito bem, para as sociedades industriais (capitalistas), as quais possuem como núcleo norteador a expansão econômica, e quase nada relacionado à construção das liberdades individuais e dos direitos sociais. Nada melhor que um modelo aplicador do direito que caracterizasse pela separação da moralidade de um lado, e a legalidade e positividade, de outro. (GOMES e MAZZUOLI, 2010, p. 31).

Já basta a ideia do juiz tecnicista, conhecedor dos códigos, sujeito submisso da lei escrita (legislador), existindo a necessidade da inversão desse papel apolítico do julgador. O papel do juiz deve ser o de declarar o ordenamento jurídico, exercendo o controle da arbitrariedade muito atinente ao Poder Executivo e Legislativo, os quais editam e legislam normas/atos totalmente contrários à Constituição Federal e aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos.

Assim, o Poder Judiciário deve dar um basta ao formalismo positivista legalista, não cabendo mais ao juiz a única função de aplicar a lei, mas sim de analisar se esta se encontra adequada ao ordenamento jurídico e sua hierarquização, distinguindo-se a lei vigente da lei válida.

Neoconstitucionalismo

Crise do Estado de Direito Legal

O avanço do Estado de Direito Legal para o Estado de Direito Constitucional

(neoconstitucionalismo), sistema normativo base para as sociedades civilizadas, a partir da Segunda Guerra Mundial, possui avanço extraordinário nas conjecturas jurídicas, sociais e políticas, sendo novo paradigma a ser estudado e conhecido. (GOMES e MAZZUOLI, 2010, p. 36).

A evolução da cultura da lei (Estado de Direito Legal) para a cultura do direito (Estado de Direito Constitucional) teve como marco simbólico os julgamentos de Nuremberg, acontecimento em que vários indivíduos integrantes do movimento nazista foram condenados por violação ao direito, mesmo tendo cumprido literalmente a lei vigente e válida da Alemanha naquela época. (VIGO, 2005).

Nesta linha de pensamento Dimoulis e Duarte (2008, p. 106) dissertam:

A maior prova da culpa incontestada do juspositivismo foi o fato de os réus em Nuremberg terem justificado as suas ações com base na lei positiva: “Persegui, torturei e matei porque assim ordenava a lei. E a lei é a lei”. *Gesetz ist Gesetz*: Eis a filosofia do positivismo jurídico, bradavam, impávidos, os jusnaturalistas. Sem a consideração de valores superiores que devem guiar o direito, este corre o risco de se transformar em uma ordem de opressão onde a norma jurídica, por ser jurídica, possui um valor intrínseco, devendo ser obedecida incondicionalmente. Essa seria então a verdadeira herança do positivismo jurídico, que desprezando a evolução de valores jusnaturalistas como a igualdade e a liberdade, teria imposto regimes políticos opressivos ou, pelo menos, justificados e legitimados as experiências autoritárias da primeira metade do século passado.

O Estado regido pelo positivismo legalista, o qual se utilizava exclusivamente da norma, alcançou, no século XX, a sua maior crise. Dentre os inúmeros pontos atinentes a

esta crise, o pensador Luigi Ferrajoli, elenca três que se sobressaem: “a crise da legalidade, a crise na função social e a crise do tradicional conceito de soberania.” (FERRAJOLI, 2004, p. 15-17)

A crise da legalidade revela que a subordinação dos poderes públicos exclusivamente à lei nunca foi eficaz no que tange à contenção das formas autoritárias de exercício do poder. Afinal, o poder continua a ser exercido de forma ilimitada, ou sob limites meramente formais, sem controles definidos. A crise na função social relaciona-se à busca incessante pelo lucro, e a libertinagem do mercado neoliberal, não tendo os Estados cumprido suas funções sociais, como alimentação, saúde, educação, moradia, etc. Por fim, a crise do tradicional conceito de soberania, que refere aos Estados estarem sendo cada vez menos protagonistas do seu futuro, já que muitas vezes o destino é ditado e guiado por órgãos internacionais. (FERRAJOLI, 2004, p. 15-17)

O direito, embora alimentado reiteradamente de centenas e mais centenas de normas, tem se mostrado ineficaz para reger as complexas sociedades contemporâneas, as quais estão por perceber, diante das infinitas normas redigidas diariamente, falta de coerência entre as leis, ausência do Estado no cumprimento das obrigações sociais, pluralidade de fontes normativas desorganizadas, imposições do poder econômico, tecnológico e político, bem como, irresponsabilidade dos três poderes e corrupção em níveis exacerbados. (GOMES, 2010, p. 37)

Na existência de uma crise, normalmente se vêem mudanças, as quais contribuem para a construção de um novo paradigma, conhecido como Estado de Direito Constitucional, cuja importância maior é a dignidade da pessoa humana (NEVES, 2009, p. 4-5). Vale salientar, então, que do governo dos homens (Absolutismo), evoluiu-se para o governo

das leis (Positivismo legalista) e deste ingressamos no governo de um novo modelo de aplicabilidade do direito, aquele sob a égide de uma Constituição, a qual possui como fundamento, a garantia dos direitos, a separação dos poderes e o governo limitado. (GOMES, 2010, p. 37)

Diante da crise do Estado de Direito Legal baseada na lei formal (positivismo), surge um novo modelo de Direito, denominado neoconstitucionalismo, o qual possui como premissa a dignidade da pessoa humana, não bastando mais ao pensador jurídico saber a lei escrita, mas verificar que existem novas formas de interpretar, aplicar e pensar o direito.

O pensamento neoconstitucional

É necessário salientar que entre a doutrina especializada no termo neoconstitucionalismo, esta diverge em inúmeros pontos, como o da sua abrangência (situação que dificulta a sua compreensão), o que pode ser notado na obra clássica Neoconstitucionalismo(s), organizada por Miguel Carbonell, com Alfonso Figuera, Sastre Ariza, Robert Alexy e Pietro Sanchís, justamente pela obra encontrar-se no plural, indicando a pluralidade de pensamentos sobre o tema. (MOREIRA, 2008, p. 21).

Basicamente o presente tópico abordará o neoconstitucionalismo teórico (marco histórico que tenta explicar o momento de sua consolidação) com alguns pensamentos do neoconstitucionalismo filosófico (filosofia do direito aplicada).

Apenas para fins elucidativos, neoconstitucionalismo teórico pode ser compreendido nas palavras de Moreira (2008, p. 22) como a forma de pensar o direito que: “revisa a teoria da norma, a teoria da interpretação e a teoria das fontes, suplantando o positivismo, para, percorrendo as transformações teóricas e práticas, aproximá-las do constitucionalismo contemporâneo”.

Outrossim, o neoconstitucionalismo encontra-se presente no mundo jurídico há tempos, originado de várias questões, tanto de caráter sociológico, pela luta dos indivíduos pela democracia e direitos sociais, quanto de caráter político, especialmente pela ruptura do Estado Liberal.

Ressalta-se que, o marco histórico do neoconstitucionalismo inicia-se no pós Segunda Guerra Mundial (como tratado anteriormente, porém como marco simbólico). No entanto, muitas contribuições do final do século passado forneceram elementos significativos para sua melhor compreensão. (MOREIRA, 2008, p. 28).

Pode-se citar apenas, a título exemplificativo acerca das inovações trazidas nos últimos séculos a complementar o neoconstitucionalismo (surgido pelo movimento constitucionalista): o modelo de pensamento jurídico do internacionalismo (a tutela dos direitos humanos fundamentais também é uma questão internacional, como no Brasil, a ratificação e submissão à Convenção Interamericana de Direitos Humanos) e pelo modelo de pensamento jurídico universalismo (normas que possuem nível supraconstitucional, as quais independem do aceite dos Estados para sua aplicação interna, como o Tribunal Penal Internacional), os quais construíram, de forma significativa, a doutrina neoconstitucionalista, integrando à referida teoria jurídica novos elementos, fundamentos e fontes a serem conhecidas e pensadas. (GOMES e MAZZUOLI, 2010, p. 79 e 123)

Nesta linha de pensamento, os autores acrescentaram: “[...] logo após a Segunda Guerra nasceram (congênicos) três movimentos: o constitucionalista, o internacionalista e (ainda que de forma incipiente nesse primeiro momento, mas com nítidas evoluções futuras) o universalista.” (2010, p.78).

Valendo-se com liberdade das lições de Gomes e Mazzuoli (2010, p. 46 e ss.), bem

como Vigo (2005, p. 25 e ss.), elencar-se-á e dissertar-se-á a respeito das principais mudanças ocorridas por esta nova forma de pensar o direito (neoconstitucionalismo):

O Estado de Direito Legal, constituído basicamente do positivismo legalista, representa um modelo em que se identifica a lei com o direito. Essa confusão entre direito e lei foi desatada pelo neoconstitucionalismo que interpreta o direito de forma muito mais ampla: a fonte do direito começa pelo constituinte e termina na jurisprudência.

Não basta mais, simplesmente, ler o Diário Oficial para conhecer o direito, pois este é muito mais amplo; devem-se conhecer a Constituição Federal, os tratados internacionais de direitos humanos, o direito positivo de todo o país e, ainda, conhecer a jurisprudência nacional e internacional.

O saber jurídico não é mais dogmático (que possui o intuito de explicar e sistematizar o direito positivado), mas compreender outros saberes como filosofia, psicologia, sociologia, economia, dentre outros, em razão da relevância que estas áreas têm para explicar e definir o direito justo aplicável ao caso concreto.

A Constituição não é um documento jurídico, mas sim político, que possui valor superior a qualquer outra norma jurídica, devendo o legislador a ela estar vinculado. Portanto, nem tudo o que o Poder Legislativo produz é válido, ou seja, nem tudo que é vigente tem validade.

Passou-se do tempo em que a vontade do legislador ordinário era soberana, justamente pelo direito não possuir a lei como fonte única e interminável, já que a construção do direito se faz através da Constituição até a jurisprudência, tendo o juiz o papel de sujeito ativo, o senhor do direito.

Do legalismo, onde todo o direito fundava-se na lei soberana, passa-se para o principialismo, onde a justiça é baseada nos

princípios e valores constitucionais, consagrando uma forte operatividade nos direitos humanos, tendo como principais protagonistas de tal pensamento os jusfilósofos Alexy, Dworkin, Ferrajoli e Zagrebelsky.

Na visão principialista, diferente do pensamento legalista, retira-se o caráter de identidade do direito quando inclui ao mesmo a moral, podendo uma lei positivada ser declarada inconstitucional ou não aplicada pela sua afronta a princípio.

Do juiz “inanimado” (Montesquieu) passa-se à ideia do juiz que interpreta o ordenamento jurídico e que procura, através da sensibilidade, a solução justa para o caso concreto.

No sistema neoconstitucionalista, o início para a descoberta do direito não é a lei, mas a Constituição. A lei até poderá ser o final da descoberta do direito, porém apenas se for absolutamente compatível com as demais normas hierarquicamente superiores.

Diferentemente da jurisprudência entendida pela teoria pura do direito (Kelsen), que é validada para o caso concreto, passa-se à jurisprudência como fonte imediata do direito, novamente valorizando a figura do juiz como sujeito ativo que interpreta o Ordenamento Jurídico.

O juiz não necessita mais passar pelos clássicos métodos interpretativos, os quais possuíam o intuito de descobrir a vontade do legislador. Na atualidade, o juiz deve ter preocupação em descobrir o direito efetivamente vigente e justificar, racionalmente, a solução justa para o caso concreto.

O direito tornou-se complexo, possuindo várias fontes e sendo integrado por princípios e valores que devem ser descobertos pelo juiz de acordo com cada caso específico. Portanto, “O direito positivado na lei muitas vezes deve ser ocultado (Dworkin), a lei injusta deve ser desconsiderada (Finnis), a injustiça extrema não é direito (Alexy e Radbruch), a scientia

juris não se confunde com a prudentia (diz Zagrebelsky).” (GOMES e MAZZUOLI, 2010, p. 50).

De um sistematicismo jurídico complexo, passa-se para um modelo principiológico flexível, onde o juiz, baseando-se em princípios e valores, encontrará a resposta correta para o caso. Do pensamento sistemático positivista legalista, passa-se para o pensamento problemático onde o juiz tem o dever de encontrar a justiça por meio do direito, ou seja, descobrir o direito justo em cada caso concreto.

Diferentemente do pensamento positivista legalista em relação à Constituição, que entendia esta como um programa político dirigido ao legislador, que tinha total liberdade para criar o direito, no sistema neoconstitucionalista, a Constituição assume o papel de norma fundamental e o parâmetro de validade de todas as demais normas.

O Estado não é mais totalmente absoluto na criação das leis, já que soberana a ele é a Constituição à qual são submissas todas as normas criadas pelo Estado.

Na atualidade, o juiz funciona não só como legislador negativo, como também sujeito derogativo e interpretativo. Na Constituição o *higher law* (o direito mais alto) é quem comanda toda a produção jurídica legislativa. Portanto, o juiz, por força do controle de constitucionalidade, deve reconhecer a invalidade de qualquer lei que não esteja de acordo com a Constituição.

De qualquer maneira, cabe ao Tribunal Constitucional o poder de dizer a última palavra em nome do Poder Constituinte. Diante disso, deve este adotar os ensinamentos neoconstitucionalistas, especialmente amparando a dignidade da pessoa humana como preceito absoluto (respeitando também os tratados internacionais de direitos humanos e as normas de direito supraconstitucional – novos modelos posteriores ao constitucionalismo).

Zagrebelsky (1999, p. 13) reflete acerca da construção do constitucionalismo: “O direito constitucional é um conjunto de materiais de construção, mas o edifício concreto não é obra da Constituição enquanto tal senão de uma política constitucional que versa sobre as possíveis combinações de materiais”.

Com isso, a invasão do neoconstitucionalismo faz nortear, mesmo que implicitamente, uma certa política constitucional que não contempla apenas decisões judiciais, mas adentra em todas as esferas de poderes, as quais ensejarão um aperfeiçoamento no direito e, conseqüentemente, para a sociedade, especialmente no âmbito dos direitos de liberdade individuais.

Considerações Finais

A estruturação do Estado, em todas as suas esferas, sempre impôs o formalismo para a manutenção da ordem estabelecida e o Poder Judiciário ao longo dos tempos bastou-se a servir as leis produzidas pelo Poder Legislativo, tornando-se mero sujeito passivo na legitimação de inúmeras leis injustas.

No entanto, a aplicação do direito deve estar além do modelo positivista-legalista, que já padeceu, o pensador do direito tem desafios no sentido de conhecer, desvendar e lapidar as novas formas de aplicar o direito, especificamente o neoconstitucionalismo (constitucionalismo, internacionalismo e universalismo), modelo norteadado pelo princípio da dignidade da pessoa humana.

As modificações podem ser compreendidas através de uma nova forma de pensar moralmente a Constituição, a qual está inserida de princípios e valores. As fontes jurídicas, não possuem mais a velha máxima do modelo positivista-legalista em que a lei é fonte absoluta e interminável do direito confundida com a própria concepção de direito.

Afinal, o direito vai além da concepção de lei e as fontes jurídicas são construídas desde a Constituição até os julgamentos.

Ao jurista não cabe mais o papel de aplicador das leis e códigos. A sua função é interpretar e construir o ordenamento jurídico válido em torno da Constituição.

O neoconstitucionalismo é uma nova forma de pensar e aplicar o direito que poderá ajudar a sociedade se desenvolver e garantir especialmente liberdades individuais inerentes ao Estado Democrático de Direito. Ressalta-se que as soluções para os problemas sociais e estruturais dos Estados não se passam integralmente pelo pensamento neoconstitucionalista, muito menos o julgador é melhor que o legislador ou administrador (até porque já se passaram décadas do pensamento e somente agora ocorrem algumas modificações relacionadas especificamente ao âmbito dos direitos e garantias individuais dos cidadãos e não nas desigualdades sociais).

O pensamento neoconstitucionalista, através do ativismo judicial (sistemática tratada neste artigo científico), pode ser verificado em diversas decisões recentes do Supremo Tribunal Federal do Brasil: permissão da progressão de regime nos crimes hediondos (HC nº 82.959), prisão civil apenas por dívida de alimentos (RE nº 466.343-1), descriminalização das “marchas da maconha” (ADI nº 4274), união estável entres casais homoafetivos (ADI nº 4277 e ADPF nº 132), descriminalização do aborto de feto anencefálico (ADPF nº 54), dentre outros.

Diante disso, constata-se uma grande mudança no cenário de aplicação do direito nos últimos tempos, tendo a Corte Constitucional do Brasil se posicionado enfrentando várias matérias, utilizando-se do pensamento neoconstitucionalista, porém ainda existem inúmeras matérias a serem enfrentadas e debatidas (descriminalização do porte de dro-

gas ilícitas para consumo pessoal, eutanásia, ortotanásia, etc.), inclusive que a alta corte já se posicionou fundamentando-as contrariamente ao pensamento neoconstitucionalista

(declaração de constitucionalidade da lei de anistia, constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato, e outros).

AUTORES

Marcos Massiero Kaminski - Advogado. cursando Especialização em Ciências Penais na Faculdade Anhanguera Uniderp - LFG. E-mail: marcos@kaminski.org.br

Alcione Roberto Roani - Professor do Curso de Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões - Campus de Erechim. Mestre em Filosofia do Direito na Universidade Federal de Santa Catarina. E-mail: roani@uricer.edu.br

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Manuel Antonio Domingues de. **Ensaio sobre a teoria da interpretação das leis**. Prefácio a: FERRARA, Francesco. Interpretação e aplicação das leis. Coimbra: Arménio Amado, 1987.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**. São Paulo: Ícone, 2006.

COSTA, Alexandre Araujo. **Direito e Método**: diálogos entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica. Orientador: Miroslav Milovic. Universidade de Brasília (UnB) Faculdade de Direito (Curso de doutorado) Tese de doutoramento em direito, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías**: La ley del más débil. Madrid: Editora Trotta, 2004.

GOMES, Luis Flávio. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Direito supraconstitucional**: do absolutismo ao estado constitucional e humanista de direito. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2010.

DIMOULIS, Dimitri. DUARTE, Écio Oto. **Teoria do direito neoconstitucional**: superação ou reconstrução do positivismo jurídico? São Paulo: Método, 2008.

HESPANHA. António M. **Justiça e legitimidade**: história e prospectiva. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1993.

MONTESQUIEU. **Do espírito das leis**. Rio de Janeiro: Ediouro, 2004.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. **Neoconstitucionalismo: a invasão da Constituição**. São Paulo: Método, 2008.

NEVES, Marcelo. **Transnacionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

OLIVECRONA, Karl. **Law as fact**. London: Stevens & Sons, 1971.

ROMANI, Dagoberto. **O juiz, entre a lei e o direito**. RT, São Paulo, vol. 633, p. 236, n. 633. 1988.

VIGO, Rodolfo Luis. **De la ley Al derecho**. México: Porruá, 2005.

WIEAKER, Franz. **História do direito privado moderno**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1993 (1967).

ZAGREBELSKY, G. **El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia**. Madrid: Trotta, 1999.

