ASPECTOS DO NEOCONSTITUCIONALISMO

ANDRÉ RUFINO DO VALE*

Introdução

O Direito Constitucional atual está envolvido pela atmosfera teórica, metodológica e ideológica do denominado neoconstitucionalismo[1] (ou simplesmente constitucionalismo), presente em diferentes aspectos nas teorias de Ronald Dworkin[2], Robert Alexy[3], Gustavo Zagrebelsky[4], Luis Prieto Sanchís[5], Carlos Nino[6], Luigi Ferrajoli[7], dentre outros. Esses autores não podem ser reunidos numa corrente unitária de pensamento, mas em suas teorias é possível encontrar uma série de coincidências e tendências comuns que podem conformar uma "nova cultura jurídica" [8], um "paradigma constitucionalista *in statu nascendi*" [9], ou, em outros termos, "o paradigma do Estado constitucional de direito" [10].

Esses pontos em comum, retirados de teorias cujas bases filosóficas são bastante ecléticas, podem ser sintetizados da seguinte maneira[11]: a) a importância dada aos princípios e valores como componentes elementares dos sistemas jurídicos constitucionalizados; b) a

* Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Brasília.

[1] O termo neoconstitucionalismo pode ser utilizado como fazendo referência a uma teoria, a uma ideologia ou a um método de análise do direito; ou como designando alguns elementos estruturais de um sistema jurídico e político, um modelo de Estado de Direito. Sobre as diversas acepções do termo neoconstitucionalismo, vide: COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. In: CARBONELL, Miguel (ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta; 2003, p. 75.

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

[3] ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. Barcelona: Gedisa; 2004.

[4] ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Madrid: Trotta; 2003.

[5] PRIETO SANCHÍS, Luis. *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*. Madrid: Trotta; 2003, p. 101.

[6] NINO, Carlos. *Ética y Derechos Humanos. Un ensayo de fundamentación*. Buenos Aires: Astrea; 1989. *Idem*. *La Constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa; 2003.

[7] FERRAJOLI, Luigi. Derechos y garantías. La ley del más débil. Madrid: Trotta; 2004. *Idem. Direito e razão. Teoria do garantismo penal.* São Paulo: RT; 2002.

[8] Diante das imprecisões terminológicas e dos diferentes usos do termo neoconstitucionalismo, Prieto Sanchís refere-se ao constitucionalismo como uma "nova cultura jurídica". PRIETO SANCHÍS, Luis. Sobre el neoconstitucionalismo y sus implicaciones. In: *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*. Madrid: Trotta; 2003, p. 101.

[9] Manuel Atienza denomina "paradigma constitucionalista" a nova concepção do Direito formada por coincidências e tendências comuns encontradas nas teorias de autores herdeiros do positivismo analítico e que hoje se aproximam das teses de Dworkin, como Neil MacCormick, Joseph Raz, Robert Alexy, Carlos Nino e Luigi Ferrajoli. ATIENZA, Manuel. *El sentido del derecho*. Barcelona: Ariel; 2004, p. 309.

[10] Luigi Ferrajoli utiliza o termo "paradigma do Estado constitucional de direito" para representar o *modelo garantista*. FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madrid: Trotta; 2004, p. 22.

[11] Sobre as características comuns entre as diferentes perspectivas teóricas dos autores acima citados, vide: POZZOLO, Susana. *Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional*. In: Doxa n° 21-II, 1998, p. 340 e ss.

ponderação como método de interpretação/aplicação dos princípios e de resolução dos conflitos entre valores e bens constitucionais; c) a compreensão da Constituição como norma que irradia efeitos por todo o ordenamento jurídico, condicionando toda a atividade jurídica e política dos poderes do Estado e até mesmo dos particulares em suas relações privadas; d) o protagonismo dos juízes em relação ao legislador na tarefa de interpretar a Constituição; e) enfim, a aceitação de alguma conexão entre Direito e moral.

Em suma, nas palavras de Prieto Sanchís[12], inspirado em Alexy[13], pode-se traçar o seguinte perfil do constitucionalismo contemporâneo: mais princípios que regras; mais ponderação que subsunção; mais Constituição que lei; mais juiz que legislador.

Não se trata, portanto, de um movimento, mas de um conjunto de posturas teóricas que adquiriram sentidos comuns ao tentar explicar o direito dos Estados constitucionais, especificamente aqueles que, a partir do segundo pós-guerra, em momentos históricos de repúdio aos recém-depostos regimes autoritários, adotaram constituições caracterizadas pela forte presença de direitos, princípios e valores e de mecanismos rígidos de fiscalização da constitucionalidade — manejados por um órgão jurisdicional especializado, normalmente o Tribunal Constitucional — como as Constituições da Itália (1948), Alemanha (1949) e Espanha (1978), contexto no qual as Constituições de Portugal (1976) e do Brasil (1988) inserem-se perfeitamente.

Nos tópicos seguintes, serão desenvolvidos, sinteticamente, alguns desses aspectos do neoconstitucionalismo e suas implicações teóricas, metodológicas e ideológicas.

1. O modelo axiológico de Constituição como norma

Se o neoconstitucionalismo é concebido como um conjunto de teorias que pretendem descrever o processo de constitucionalização dos sistemas jurídicos contemporâneos, seu traço distintivo não poderia ser outro que a adoção de um peculiar modelo constitucional: o denominado "modelo axiológico de Constituição como norma" [14]. De acordo com esse modelo, a Constituição é marcada pela presença de princípios, especificamente, de normas de direitos fundamentais que, por constituírem a positivação (expressão normativa) de valores da

[12] PRIETO SANCHÍS, Luis. Sobre el neoconstitucionalismo y sus implicaciones. In: *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*. Madrid: Trotta; 2003, p. 101. *Idem*. *Ley, principios, derechos*. Madrid: Dykinson; 1998, p. 35.

[13] ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. Barcelona: Gedisa; 2004, p. 160.

[14] POZZOLO, Susana. *Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional*. In: Doxa n° 21-II, 1998, p. 342. COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. In: CARBONELL, Miguel (ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta; 2003, p. 83.

comunidade, são caracterizadas por seu denso conteúdo normativo de caráter material ou axiológico, que tende a influenciar todo o ordenamento jurídico e vincular a atividade pública e privada.

Trata-se, na expressão de Guastini, de uma "Constituição invasora", que desencadeia um processo de transformação do ordenamento jurídico, o qual resulta totalmente "impregnado" pelas normas constitucionais. Nas palavras do jurista italiano

> um ordenamento jurídico constitucionalizado se caracteriza por uma Constituição extremamente invasora, intrometida, capaz de condicionar tanto a legislação como a jurisprudência e o estilo doutrinário, a ação dos atores políticos, assim como as relações sociais[15].

2. O Estado constitucional

"Tal Constituição, tal Estado". "Tanto Estado quanto a Constituição". "O Estado segundo a Constituição". As assertivas de Canotilho[16], que renovam a fórmula de Häberle[17], são suficientes para vislumbrar o modelo de Estado que comporta um ordenamento jurídico constitucionalizado devido à presença de uma "Constituição invasora". A um modelo axiológico de Constituição como norma corresponde um modelo de Estado constitucional de Direito, ou simplesmente Estado constitucional.

Apesar das ambigüidades que sugere, a expressão "Estado constitucional" vem sendo utilizada por autores como Luigi Ferrajoli[18], Gustavo Zagrebelsky[19], Luis Prieto Sanchís[20], dentre outros, para representar aqueles Estados que, sobretudo a partir da segunda metade do século XX, adotaram constituições rígidas, caracterizadas pela previsão de um catálogo de direitos fundamentais e de mecanismos de controle de constitucionalidade. A marca distintiva desses Estados é a constitucionalização do ordenamento jurídico através das normas de direitos fundamentais, que traduzem para a linguagem normativa as opções éticas e políticas da sociedade.

---

[15] GUASTINI, Riccardo. La "constitucionalización" del ordenamiento jurídico: el caso italiano. In: *Idem*. *Estudios de teoría constitucional*. México/DF: Fontamara; 2003, p. 153.

[16] CANOTILHO, J. J. Gomes. Novos questionamentos da Teoria da Constituição. In: SEGADO, Francisco Fernández (ed.). *La Constitución Española en el contexto constitucional europeo*. Madrid: Dykinson; 2003, p. 142.

[17] HÄBERLE, Peter. *Teoría de la Constitución como Ciencia de la Cultura*. Madrid: Tecnos; 2000.

[18] FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del Estado de Derecho. In: CARBONELL, Miguel (ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta; 2003, p. 18.

[19] ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Madrid: Trotta; 2003, p. 37.

[20] PRIETO SANCHÍS, Luis. *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*. Madrid: Trotta; 2003, p. 107.

3. As normas de direitos fundamentais como ponto de encontro entre Direito e moral

A presença de normas de direitos fundamentais nos sistemas jurídicos constitucionalizados pode ser entendida como o resultado da transformação da moral crítica em moral legalizada. No marco de análise das relações entre Direito e moral[21], a moral crítica é constituída por aqueles conteúdos morais que ainda não foram incorporados pelo sistema jurídico, mas que o pressionam constantemente para obter reconhecimento. Nesse sentido, pode-se afirmar, seguindo Ansuátegui Roig, que "todo sistema de moral crítica possui vocação a se converter em moral legalizada" [22]. Em outros termos, os valores morais assumidos historicamente pela comunidade possuem a vocação de serem realizados, ou seja, tendem a ser positivados e, nesse passo, a contar com o respaldo do poder estatal de coação. As normas morais, ao se transformarem em normas jurídicas, recebem um *plus* de normatividade, a jurídica, em adição às que já possuíam antes, a moral.

As normas de direitos fundamentais podem assim ser caracterizadas como a tradução jurídica dos valores morais de uma comunidade em determinado momento histórico[23]. As exigências éticas de dignidade necessitam do Direito para serem realizadas e, assim, adquirem normatividade com a positivação em normas de direitos fundamentais. Devido à presença dessas normas, os ordenamentos jurídicos deixam-se impregnar por conteúdos morais. Como bem elucida Eusébio Fernández García, no que é acompanhado por Gregorio Peces-Barba e Ansuátegui Roig, com base no pensamento de Recaséns Siches e de Legaz y Lacambra:

> todo ordenamento jurídico representa um ponto de vista sobre a justiça, é dizer, sobre o moralmente justo, e ao mesmo tempo está traduzindo ou expressando, através de normas jurídicas, uma certa legitimidade que lhe serve de justificação[24].

[21] O debate filosófico-jurídico sobre as relações entre os sistemas normativos do Direito e da Moral, por sua própria densidade e complexidade, não será aqui aprofundado. Sobre o tema, vide: VÁZQUEZ, Rodolfo (comp.). *Derecho y Moral. Ensayos sobre un debate contemporáneo*. Barcelona: Gedisa; 2003. LAPORTA, Francisco. *Entre el Derecho y la Moral*. México DF: Fontamara; 1995.

[22] ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco Javier. *Derechos, Constitución, Democracia. Aspectos de la presencia de derechos fundamentales en las constituciones actuales*. Valladolid: Instituto Universitario de Historia Simancas, Universidad de Valladolid; 2003, p. 178-179.

[23] Na conceituação de Prieto Sanchís, os direitos fundamentais são "a tradução jurídica das exigências morais mais importantes que em cada momento (histórico) foram erigidas a critério fundamental para medir a legitimidade de um modelo político e, portanto, para justificar a obediência a suas normas". PRIETO SANCHÍS, Luis. Derechos fundamentales. In: GARZÓN VALDÉS, Ernesto; LAPORTA, Francisco. *El derecho y la justicia*. Madrid: Trotta; Consejo Superior de Investigaciones Científicas; Boletín Oficial del Estado; 1996, p. 508.

[24] Cfr.: FERNÁNDEZ GARCÍA, Eusebio. *Filosofia Política y Derecho*. Madrid: Marcial Pons; 1995, p. 23. PECES-BARBA, Gregorio; FERNÁNDEZ GARCÍA, Eusebio. *Curso de Teoría del Derecho*. Madrid: Marcial Pons; 2000.

No mesmo sentido, Elíaz Díaz ensina que "toda legalidade é expressão de uma certa legitimidade; ou vice-versa, toda legitimidade tende a ser realizada por meio de uma concreta e efetiva legalidade", contexto no qual a Constituição — e, portanto, o conjunto das normas de direitos fundamentais — representa a "zona de mediação entre legalidade e legitimidade" [25].

Dessa forma, na medida em que possuem uma dupla normatividade, moral e jurídica, ou uma dupla dimensão, axiológica e deontológica, as normas de direitos fundamentais constituem o *ponto de encontro entre Direito e moral*. Por isso, a interpretação e argumentação desenvolvidas em torno dessas normas são, simultaneamente, jurídica e moral.

Assim, a presença de normas de direitos fundamentais nos ordenamentos jurídicos constitucionalizados demonstra a compatibilidade entre a tese da distinção conceitual entre Direito e moral, por um lado, e a tese segundo a qual entre os sistemas normativos morais e os sistemas normativos jurídicos existem conexões[26]. A separação que deve existir é entre o Direito e uma suposta moral "correta", "absoluta" ou "universal" [27]. Cada ordenamento jurídico está lastreado por relativos conteúdos morais, normalmente expressados pelos princípios e valores fundantes do sistema, enfim, pelas normas de direitos fundamentais positivadas na Constituição[28]. Com isso, é possível dizer, seguindo Eusébio Fernández García, que "todo Direito é estruturalmente moral", o que não impede que seu conteúdo possa ser moral ou imoral[29].

4. Pós-positivismo, *soft positivism* e positivismo inclusivo

Afirma Gustavo Zagrebelsky que, atualmente, o positivismo jurídico não constitui mais do que "uma inércia mental" ou "um puro e simples resíduo histórico" [30]. Com efeito, as

[25] DÍAZ, Elías. *Ética contra política.* México D.F: Fontamara; 1998. *Idem*. *Legalidad-legitimidad en el socialismo democrático*. Madrid: Editorial Civitas; 1978. *Idem*. *Curso de Filosofia del Derecho*. Madrid: Marcial Pons, 1998.

[26] Esta tese é defendida pelos professores Gregorio Peces-Barba, Eusebio Fernández Garcia e Rafael de Asís Roig, da Universidad Carlos III de Madrid, cujos contornos podem ser conferidos no *Curso de Teoría del Derecho*. Madrid: Marcial Pons; 2000.

[27] Esta tese é compatível com a "tese moral" ou "versão débil da conexão entre Direito e moral" defendida por Alexy, segundo a qual "a presença necessária de princípios em um sistema jurídico conduz a uma conexão necessária entre o Direito e a Moral", mas moral não no sentido de "moral correta", mas de "alguma moral", uma moral relativa. ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. Barcelona: Gedisa; 2004, p. 79.

[28] A idéia kelseniana de que a validez das normas jurídicas independe de sua correspondência com uma ordem moral é extremamente necessária para uma análise clara das distinções entre Direito e moral, no entanto, deixa de reconhecer que entre estes dois sistemas normativos existem também conexões, ou seja, que um ordenamento jurídico sempre expressa valores e concepções morais vigentes ou aceitos socialmente em caráter predominante. PECES-BARBA, Gregorio; FERNÁNDEZ GARCÍA, Eusebio. *Curso de Teoría del Derecho*. Madrid: Marcial Pons; 2000, p. 71.

[29] FERNÁNDEZ GARCÍA, Eusebio. *Filosofia Política y Derecho*. Madrid: Marcial Pons; 1995, p. 23.

[30] ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Madrid: Trotta; 2003, p. 33,41.

circunstâncias decisivas para seu nascimento e consolidação como "ciência da legislação positiva", que reduzia tudo o que pertence ao mundo jurídico (isto é, os direitos e a justiça) ao disposto pela lei, não mais estão em vigor. A pretensão mais formalista e estatalista de elaborar uma teoria pura, baseada na estreita vinculação entre o Estado, o Direito e a lei, e alheia a qualquer conteúdo axiológico, é hoje insustentável, pois não está apta a compreender a realidade jurídica do acima denominado Estado constitucional, no qual a Constituição está recheada de preceitos normativos que assumem a estrutura de princípios e valores, que são de natureza moral ou que requerem do intérprete o recurso à moral para definir seu significado e conteúdo.

No Estado constitucional, a marcante presença de normas constitucionais que fazem constante referência a direitos fundamentais e a princípios de justiça material, assim como a inafastável exigência de que todas as normas do ordenamento jurídico estejam em conformidade com o conteúdo substancial disposto na Constituição e nos princípios superiores do sistema, acabam tornando inadequadas as teses positivistas da rígida separação entre Direito e moral e da unicidade do critério formal de validade das normas, traduzido na norma fundamental de Kelsen e na regra de reconhecimento de Hart[31].

Os sistemas jurídicos constitucionalizados são simultaneamente dinâmicos e estáticos — utilizando a linguagem kelseniana[32] —, na medida em que comportam critérios formais e materiais de identificação do conteúdo do Direito, isto é, a validade das normas não depende apenas de sua origem em um órgão competente, segundo as regras procedimentais previstas na Constituição (ou seja, de questões de *pedigree*, como sustenta Dworkin), mas também da correspondência de seu conteúdo material com os valores ou com o sistema de moralidade que conforma todo o ordenamento jurídico. Por exemplo, a ninguém soa estranho que o princípio ou valor da dignidade humana seja uma condição substancial de validade de todas as normas do sistema jurídico. Assim sendo, as teorias pós-positivistas — como as de Dworkin[33],

[31] Como se sabe, uma das estratégias de ataque ao positivismo adotadas por Dworkin constituiu em demonstrar a inadequação da regra de reconhecimento como critério material para identificar a presença dos princípios no ordenamento jurídico. DWORKIN, Ronald. *The model of rules*. University of Chicago Law Review, 35, p. 14-46, 1967.

[32] Segundo as lições de Kelsen, os sistemas normativos podem ser de dois tipos: os sistemas estáticos e os sistemas dinâmicos. Nos sistemas estáticos, as normas são válidas se seu conteúdo ou substância está de acordo com o conteúdo material prescrito pela norma fundamental do sistema. Nos sistemas dinâmicos, por outro lado, as normas são válidas se são criadas pela autoridade competente e segundo o procedimento prescrito pela norma fundamental. Em suma, nos sistemas estáticos operam critérios materiais de validade das normas e nos sistemas dinâmicos as normas estão submetidas a condições formais de validade. De acordo com a Teoria Pura do Direito elaborada por Kelsen, os ordenamentos jurídicos são sistemas dinâmicos. KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes; 1998, p. 163-165.

[33] A teoria da integridade de Dworkin afasta a tese positivista da separação entre Direito e moral e adota um conceito de moralidade da qual podem derivar princípios jurídicos utilizados para resolver os casos difíceis. DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes; 1999.

Alexy[34] e Zagrebelsky[35] — que relativizam a separação entre Direito e moral, admitindo critérios materiais de validade das normas, estão melhor adaptadas para descrever o sistema jurídico dos Estados constitucionais.

Nada obstante, é preciso reconhecer que, após o profundo ataque manejado por Dworkin, o positivismo jurídico vem sofrendo modificações substanciais, destinadas principalmente a torná-lo mais adequado ao neoconstitucionalismo. Em resposta aos argumentos de Dworkin, o próprio Hart, em seu *Pós-escrito*[36], esclareceu que "a regra de reconhecimento pode incorporar, como critérios de validade jurídica, a conformidade com princípios morais ou com valores substantivos", e que, portanto, sua doutrina deveria ser designada como "positivismo moderado" ou "*soft positivism*" [37].

Essas afirmações, oriundas do autor da considerada teoria positivista mais evoluída de que se tem conhecimento, consubstanciaram o estopim necessário para desencadear um profundo debate sobre a incorporação da moral como condição de validade das normas, na tentativa de estabelecer uma teoria intermediária entre o antipositivismo de Dworkin e o positivismo de Joseph Raz[38]. Um positivismo aberto à moralidade, que, sem renunciar à sua identidade original — fundada em três teses principais: a separação conceitual entre Direito e moral, a tese da discricionariedade jurídica e a das fontes sociais do Direito — teria flexibilidade suficiente para se adequar aos sistemas jurídicos constitucionalizados, nos quais é comum a presença de conceitos morais como liberdade, igualdade e dignidade humana. Nessa linha estão o "positivismo incorporacionista" de Coleman, o "positivismo inclusivo" de

[34] Em sua teoria do direito, Alexy adota uma teoria débil da conexão entre Direito e moral. ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. Barcelona: Gedisa; 2004. Na teoria da argumentação jurídica, Alexy formula a tese da argumentação jurídica como caso especial da argumentação moral e prática geral. ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. São Paulo: Landy; 2001. A teoria dos direitos fundamentais está fundamentada em uma teoria dos princípios e valores. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; 2001

[35] O direito *"mitte"* (suave) de Zagrebelsky rechaça expressamente a cultura positivista de identificação entre lei, direitos e justiça. ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Madrid: Trotta; 2003.

[36] HART, Hebert. Pós-escrito. In: *O Conceito de Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian; 1996, p. 312.

[37] No mesmo sentido, Genaro Carrió, quando explica: "Nada en el concepto de 'reglas de reconocimiento' obsta, en consecuencia, para que aceptemos el hecho de que los criterios efectivamente usados por los jueces para identificar las reglas subordinadas del sistema puedan incluir referencias al contenido de éstas. Puede ocurrir que, en una comunidad dada, las únicas costumbres consideradas jurídicas o jurídicamente obligatorias sean aquéllas compatibles con las exigencias de la moral. O bien, los jueces pueden aceptar como válidas sólo aquellas leyes que, además de haber sido correctamente aprobadas por un cuerpo con competencia para ello, no violan un catálogo no escrito de derechos y libertades individuales". CARRIÓ, Genaro R.. Dworkin y el positivismo jurídico. In: *Idem*. *Notas sobre Derecho y lenguaje*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot; 1994.

[38] Sobre o tema, vide: ESCUDERO ALDAY, Rafael. *Los calificativos del positivismo jurídico. El debate sobre la incorporación de la moral.* Madrid: Civitas; 2004. *Idem. Positivismo y moral interna del derecho*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; 2000.

Waluchow[39], o "positivismo ético" de Peces-Barba[40], o "positivismo crítico" de Ferrajoli[41] e o "constitucionalismo positivista" de Prieto Sanchís[42]. Como entende Ferrajoli, o constitucionalismo nada mais é do que um complemento do positivismo jurídico. Em suas próprias palavras:

> el constitucionalismo, en vez de constituir el debilitamiento del positivismo jurídico o su contaminación jusnaturalista, representa su reforzamiento: por decirlo de algún modo, representa el positivismo jurídico en su forma más extrema y acabada[43].

Portanto, é possível entender que o neoconstitucionalismo pode ser compreendido tanto pelas posturas pós-positivistas de Dworkin, Alexy e Zagrebelsky, como pelo *soft positivism* de Hart, ou pelas novas reformulações e atualizações do positivismo jurídico, aqui agrupadas sob a denominação de "positivismo inclusivo", em referência à inclusão de critérios materiais (moral) de validade das normas jurídicas.

5. Positivismo, jusnaturalismo e realismo jurídico: uma confluência de paradigmas

Na verdade, sob o manto teórico, metodológico e ideológico do neoconstitucionalismo, o estudo do Direito Constitucional e, nesse âmbito, das normas de direitos fundamentais e de sua interpretação, implica a superação da dicotomia positivismo/jusnaturalismo. Mais do que isso, pode-se afirmar que o neoconstitucionalismo combina certos aspectos do positivismo, do jusnaturalismo e do realismo jurídico[44].

Por um lado, as normas de direitos fundamentais são normas jurídicas positivas, produzidas segundo critérios formais de validade, melhor dizendo, baseadas na norma fundamental do sistema. Nesse aspecto, satisfazem plenamente aos critérios de validade das

[39] Sobre o positivismo incorporacionista de Coleman e o positivismo inclusivo de Waluchow, vide: ESCUDERO ALDAY, Rafael. *Los calificativos del positivismo jurídico. El debate sobre la incorporación de la moral.* Madrid: Civitas; 2004. *Idem. Positivismo y moral interna del derecho*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; 2000.

[40] PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. *Derechos Sociales y Positivismo Jurídico*. *Escritos de Filosofia Jurídica y Política*. Madrid: Dykinson; 1999. Para o jurista espanhol, a incorporação de argumentos morais na identificação e na interpretação do Direito é perfeitamente compatível com um positivismo capaz de sobreviver às mudanças, de incorporar a reflexão moral a seus esquemas. Este positivismo poderia ser denominado de "positivismo corrigido", "positivismo ético", "positivismo aberto", "flexível" e até mesmo "dúctil".

[41] FERRAJOLI, Luigi. *Juspositivismo Crítico y Democracia Constitucional*. In: Isonomía n° 16, abril 2002.

[42] PRIETO SANCHÍS, Luis. *Constitucionalismo y positivismo*. México/DF: Fontamara; 1997. Em defesa de um "positivismo inclusivo", vide também: MORESO, José Juan. *In defense of inclusive legal positivism*. In: Diritto&questioni pubbliche, 1/2001, p. 99-120. *Idem*. *Algunas consideraciones sobre la interpretación constitucional*. In: Doxa n° 23, 2000, p. 105-118. Sobre o tema, vide: VILLA, Vittorio. *Alcune chiarificazioni concettuali sulla nozione di inclusive positivism*. In: Diritto&questioni pubbliche, 1/2001, p. 56-99. POZZOLO, Susanna. *Inclusive positivism: alcune critiche*. In: Diritto&questioni pubbliche, 1/2001, p. 163-179.

[43] FERRAJOLI, Luigi. *Juspositivismo Crítico y Democracia Constitucional*. In: Isonomía n° 16, abril 2002, p. 8.

[44] ATIENZA, Manuel. *El sentido del Derecho*. Barcelona: Ariel; 2004, p. 309.

normas próprios do positivismo jurídico. Não é por outro motivo que Zagrebelsky entende que "a Constituição não é direito natural, senão a manifestação mais elevada do direito positivo" [45].

Ademais, na medida em que as normas jusfundamentais incorporam valores morais que expressam ideais ou pontos de vista sobre a justiça, adequam-se aos postulados do jusnaturalismo. Como se teve a oportunidade de analisar, no Estado constitucional os princípios morais do direito natural estão incorporados pelo direito positivo. As normas de direitos fundamentais são a expressão normativa ou jurídico-positiva dos valores historicamente consolidados em determinada comunidade. Os direitos fundamentais são, simultaneamente, direitos positivos e direitos naturais (morais).

Finalmente, o tratamento jurisprudencial recebido pelas normas de direitos fundamentais, em certa medida indispensável para a determinação de seu conteúdo, também confirma uma concepção realista do Direito. Isso pode ser compreendido através da assertiva de Alexy:

> Hoy en día no se puede colegir lo que representan los derechos fundamentales a partir del sucinto texto de la Ley Fundamental, sino sólo a partir de los 94 volúmenes de sentencias del Tribunal Constitucional Federal que hasta la fecha ha registrado en total su benéfica actividad desde el 7 de septiembre de 1951. Los derechos fundamentales son lo que son sobre todo a través de la interpretación [46].

A afirmação de Alexy vem a ser confirmada pela seguinte frase, já muito difundida na prática jurídica brasileira: "A Constituição é o que o Supremo Tribunal Federal diz que ela é". Certamente, tal frase adequa-se perfeitamente ao realismo jurídico propugnado por Oliver Wendell Holmes[47].

Assim, a Constituição e, portanto, as normas de direitos fundamentais, apresenta-se como a base sobre a qual se pode formar um pacto de compromisso entre as grandes concepções do pensamento jurídico. No seio do paradigma constitucionalista confluem aspectos do positivismo, do jusnaturalismo e do realismo jurídico. Essa convergência de temáticas tradicionalmente tratadas pela teoria do direito como contraditórias entre si, fato que à primeira vista pode parecer surpreendente, significa duas coisas: em primeiro lugar, que

[45] ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Madrid: Trotta; 2003, p. 116.

[46] ALEXY, Robert. Los derechos fundamentales en el Estado Constitucional Democrático. In: CARBONELL, Miguel (ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta; 2003, p. 35. No mesmo sentido: GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. *La incidencia de la derrotabilidad de los principios iusfundamentales sobre el concepto de Derecho*. In: Diritto & Questioni Pubbliche, n° 3, 2003, p. 199.

[47] Nas palavras de Holmes: "As profecias sobre o que os tribunais farão de fato, e nada mais pretensioso, são aquilo que quero dizer com o direito". HOLMES, O. W. *O caminho do direito*. In: MORRIS, Clarence (org.). *Os grandes filósofos do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 427.

a complexidade estrutural das normas de direitos fundamentais não pode ser explicada de forma suficiente desde pontos de vista exclusivamente positivistas, nem jusnaturalistas, tampouco realistas; segundo, que aspectos diferenciados de cada teoria são imprescindíveis para poder compreender adequadamente o complicado fenômeno da presença das normas de direitos fundamentais nas Constituições atuais. Como bem enfatiza García Figueroa, as três grandes tradições do pensamento jusfilosófico (positivismo, jusnaturalismo e realismo jurídico) oferecem bons argumentos para explicar o constitucionalismo, mas tais argumentos são insuficientes se considerados isoladamente. Melhor dizendo, todas têm *alguma* razão, mas nenhuma possui *toda* a razão[48].

Dessa forma, a compreensão da Constituição e dos direitos fundamentais pressupõe uma teoria ao mesmo tempo *integradora* — de aspectos relevantes do positivismo, do jusnaturalismo e do realismo jurídico — e *superadora* — de tratamentos isoladamente positivistas, jusnaturalistas e realistas[49].

Esse é o desafio imposto atualmente aos filósofos do direito com vocação de constitucionalistas e aos constitucionalistas com vocação de filósofos do direito[50].

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; 2001.

_____. *El concepto y la validez del derecho*. Barcelona: Gedisa; 2004.

_____. *Teoria da argumentação jurídica*. São Paulo: Landy; 2001.

_____. Los derechos fundamentales en el Estado Constitucional Democrático. In: CARBONELL, Miguel (ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta; 2003.

ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco Javier. *Derechos, Constitución, Democracia. Aspectos de la presencia de derechos fundamentales en las constituciones actuales*. Valladolid: Instituto Universitario de Historia Simancas, Universidad de Valladolid; 2003.

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

CANOTILHO, J. J. Gomes. Novos questionamentos da Teoria da Constituição. In: SEGADO, Francisco Fernández (ed.). *La Constitución Española en el contexto constitucional europeo*. Madrid: Dykinson; 2003.

CARBONELL, Miguel (ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta; 2003.

[48] GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. *La incidencia de la derrotabilidad de los principios iusfundamentales sobre el concepto de Derecho*. In: Diritto & Questioni Pubbliche, n° 3, 2003, p. 199. *Idem*. *Norma y valor en el neoconstitucionalismo*. Artigo a ser publicado na Revista Brasileira de Direito Constitucional n° 6.

[49] Como bem adverte Elías Díaz, na atualidade, a diferenciação e contraposição entre positivismo e jusnaturalismo não desaparece nem perde seu sentido, mas se dilui em debates mais flexíveis, complexos e matizados que não se restringem aos esquemas tradicionais de cada paradigma. Assim sói ocorrer, por exemplo, no estudo dos valores, direitos e princípios jurídicos, seu significado, limite etc. DÍAZ, Elías. *Curso de Filosofia del Derecho*. Madrid: Marcial Pons, 1998, p. 14-15.

[50] A expressão é do Prof. Prieto Sanchís.

CARRIÓ, Genaro R. Dworkin y el positivismo jurídico. In: *Idem*. *Notas sobre Derecho y lenguaje*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot; 1994.

COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. In: CARBONELL, Miguel (ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta; 2003.

DÍAZ, Elías. *Ética contra política.* México D.F: Fontamara; 1998.

_____. *Legalidad-legitimidad en el socialismo democrático*. Madrid: Editorial Civitas; 1978.

_____. *Curso de Filosofia del Derecho*. Madrid: Marcial Pons, 1998.

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

_____. *O império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes; 1999.

_____. *The model of rules*. University of Chicago Law Review, 35, p. 14-46, 1967.

ESCUDERO ALDAY, Rafael. *Los calificativos del positivismo jurídico. El debate sobre la incorporación de la moral.* Madrid: Civitas; 2004.

_____. *Positivismo y moral interna del derecho*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; 2000.

FERNÁNDEZ GARCÍA, Eusebio. *Filosofia Política y Derecho*. Madrid: Marcial Pons; 1995.

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

_____. *Direito e razão. Teoria do garantismo penal.* São Paulo: RT; 2002.

_____. *Juspositivismo Crítico y Democracia Constitucional*. In: Isonomía n° 16, abril 2002.

_____. Pasado y futuro del Estado de Derecho. In: CARBONELL, Miguel (ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta; 2003.

GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. *La incidencia de la derrotabilidad de los principios iusfundamentales sobre el concepto de Derecho*. In: Diritto & Questioni Pubbliche, n° 3, 2003.

_____. *Norma y valor en el neoconstitucionalismo*. Artigo publicado na Revista Brasileira de Direito Constitucional n° 7 vol. 2.

GUASTINI, Riccardo. La "constitucionalización" del ordenamiento jurídico: el caso italiano. In: *Idem*. *Estudios de teoría constitucional*. México/DF: Fontamara; 2003.

HÄBERLE, Peter. *Teoría de la Constitución como Ciencia de la Cultura*. Madrid: Tecnos; 2000.

HART, Hebert. Pós-escrito. In: *O Conceito de Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian; 1996.

HOLMES, O. W. *O caminho do direito*. In: MORRIS, Clarence (org.). *Os grandes filósofos do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes; 1998.

LAPORTA, Francisco. *Entre el Derecho y la Moral*. México DF: Fontamara; 1995.

MORESO, José Juan. *In defense of inclusive legal positivism*. In: Diritto&questioni pubbliche, 1/2001, p. 99-120.

_____ *Algunas consideraciones sobre la interpretación constitucional*. In: Doxa n° 23, 2000, p. 105-118.

NINO, Carlos. *Ética y Derechos Humanos. Un ensayo de fundamentación*. Buenos Aires: Astrea; 1989.

_____. *La Constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa; 2003.

PECES-BARBA, Gregorio; FERNÁNDEZ GARCÍA, Eusebio. *Curso de Teoría del Derecho*. Madrid: Marcial Pons; 2000.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. *Derechos Sociales y Positivismo Jurídico*. *Escritos de Filosofia Jurídica y Política*. Madrid: Dykinson; 1999.

POZZOLO, Susana. *Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional*. In: Doxa n° 21-II, 1998.

_____. *Inclusive positivism: alcune critiche*. In: Diritto&questioni pubbliche, 1/2001, p. 163-179.

PRIETO SANCHÍS, Luis. *Constitucionalismo y positivismo*. México/DF: Fontamara; 1997.

_____. *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*. Madrid: Trotta; 2003.

_____. Derechos fundamentales. In: GARZÓN VALDÉS, Ernesto; LAPORTA, Francisco. *El derecho y la justicia*. Madrid: Trotta; Consejo Superior de Investigaciones Científicas; Boletín Oficial del Estado; 1996.

_____. *Ley, principios, derechos*. Madrid: Dykinson; 1998.

VÁZQUEZ, Rodolfo (comp.). *Derecho y Moral. Ensayos sobre un debate contemporáneo*. Barcelona: Gedisa; 2003.

VILLA, Vittorio. *Alcune chiarificazioni concettuali sulla nozione di inclusive positivism*. In: Diritto&questioni pubbliche, 1/2001, p. 56-99.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Madrid: Trotta; 2003.