

NEOCONSTITUCIONALISMO: OS DELINEAMENTOS DA MATRIZ DO PÓS-POSITIVISMO JURÍDICO PARA A FORMAÇÃO DO PENSAMENTO CONSTITUCIONAL MODERNO

*NEOCONSTITUTIONALISM: THE DEVELOPMENTS OF
THE MATRIX OF LEGAL POST-POSITIVISM FOR THE
FORMATION OF MODERN CONSTITUTIONAL THOUGHT*

Ricardo Vieira de Carvalho Fernandes¹

Alexandre Walmott Borges²

Recebido em: 05/2010

Avaliado em: 09/2010

Aprovado para publicação em: 10/2010

SUMÁRIO: Introdução; 1. Delineamentos históricos; 2. O positivismo jurídico; 3. O pós-positivismo jurídico; Considerações finais; Referências.

RESUMO

O artigo produz delineamentos sobre a matriz do pensamento jurídico, o pós-positivismo, descrevendo os impactos que esta matriz traz na proposta metodológica do constitucionalismo moderno, identificada como neoconstitucionalismo. Para a apreciação dos impactos do pós-positivismo sobre o pensamento constitucional, foram identificadas as principais construções teóricas do pós-positivismo e que são apropriadas pelo neoconstitucionalismo.

PALAVRAS-CHAVE: Pós-positivismo. Neoconstitucionalismo.

ABSTRACT

The article gives an outline of the matrix of legal thought, post-positivism, describing the impacts that this matrix brings to the methodological proposal of modern constitutionalism, identified as neoconstitucionalism. In order to assess the impacts of post-positivism on constitutional thought, it identifies the main theoretical constructions of post-positivism, and the ways in which these have been appropriated by neoconstitucionalism.

KEYWORDS: Post-positivism. Neoconstitucionalism.

RESUMEN

El artículo produce delineamientos sobre la matriz del pensamiento jurídico, el post-positivismo, describiendo los impactos que esta matriz trae en la propuesta metodológica del constitucionalismo moderno, identificada como neoconstitucionalismo. Para la apreciación de los impactos del post-positivismo sobre el pensamiento constitucional, fueron identificadas las principales construcciones teóricas del post-positivismo y que fueron apropiadas por el neoconstitucionalismo.

PALABRAS CLAVE: Post-positivismo. Neoconstitucionalismo.

INTRODUÇÃO

O artigo busca fornecer delineamentos sobre as duas matrizes ideológicas do pensamento jurídico (com as respectivas propostas epistemológicas e metodológicas), o positivismo e o pós-positivismo, fornecendo informações sobre os impactos que estas ideologias têm – ou tiveram – sobre as concepções e os sentidos das constituições. O artigo demonstra que a construção do paradigma do constitucionalismo hodierno escora nas premissas ideológicas do pós-positivismo jurídico.

1 DELINEAMENTOS HISTÓRICOS

Após as duas grandes guerras, um novo paradigma³ é verificado no direito constitucional, o *neoconstitucionalismo*. Trata-se de um novo direito constitucional, cuja origem remonta à Europa Continental, com maior destaque para Alemanha e Itália⁴. No primeiro país, a principal identificação desse recente pensamento constitucional aparece na Lei Fundamental de Bonn de 1949, bem como na criação do Tribunal Constitucional Federal em 1951. Na Itália, destaca-se a Constituição de 1947 e a criação da Corte Constitucional em 1956.

Três marcos históricos foram determinantes para essa mudança filosófica: os massacres genocidas patrocinados com fundamento legal (e que levam à crítica das concepções de direito); o advento da Declaração Universal dos Direitos Humanos, e que é o nascimento de uma nova ordem mundial alicerçada nos direitos fundamentais; o Julgamento de Nuremberg e a instrução sobre os crimes contra a humanidade. Neste contexto, “os juristas europeus, especialmente os alemães, passaram por uma crise de identidade, típica de qualquer fase de transição”⁵.

É nesse cenário que ocorre a transição do positivismo kelsiano para o pós-positivismo ou pós-positivismo. A aplicação fria de lei não se mostrou apta a ordenar a sociedade com justiça, uma vez que o regime nazista e outros regimes de exceção se firmaram sob o império das leis. A sociedade percebeu que, se não houver na atividade jurídica um forte conteúdo humanitário, “o direito pode servir para justificar a barbárie praticada em nome da lei. (...), o legislador, mesmo representando uma suposta maioria, pode ser tão opressor que o pior dos tiranos”⁶. Uma das características do *neoconstitucionalismo* é estruturar-se sobre a perspectiva filosófica do pós-positivismo⁷.

1.1 O positivismo jurídico

Com os movimentos constitucionais modernos e as revoluções liberais dos oitocentos, houve a estruturação de concepções do direito baseadas na circunscrição objetiva do direito à lei. Roger Aguiar⁸ condensa este pensamento afirmando que a “colocação da lei no patamar de um comando estratificado, abstrato e absolutamente coercitivo, atendia certamente ao reclamo da sociedade da época, em repúdio aos desmandos e extravagâncias produzidos pelo absolutismo”. Por outro lado, o positivismo jurídico teve o condão de embasar a superação do jusnaturalismo, a separação do Direito do divino e a limitação do poder soberano pela lei.

A lei adquiriu um novo *status* e a mudança decorreu também da estruturação do Estado moderno. As transformações ocorreram sobre três pilares: (i) A lei passa a ganhar mais relevância jurídica que os postulados principiológicos, a ponto de afastar os princípios não positivados do ordenamento, ou no mínimo retirar-lhes a força normativa. As normas de conduta passam a ser restritas à lei, a qual passa a ser o ponto central de conformação da sociedade. Com isso, os códigos são transportados para o centro do Direito. (ii) O segundo trata do modo de confecção desse diploma normativo. Antes desse momento, a lei não se formava a partir de construções teóricas, mas sim de um estudo dos casos concretos. A formulação de leis passava por análise dos casos concretos e das soluções aplicáveis aos mesmos. No período moderno, as leis adquirem “um caráter de abstração desconhecido em épocas pretéritas, passando a expressar um padrão de comportamento contido em uma relação obrigatória entre uma hipótese abstrata e sua consequência (...)”⁹. (iii) O terceiro é quanto à forma de aplicação das leis. A lei passa a prever uma solução *a priori*, sendo aplicada ao caso concreto por meio de um método dedutivo. Passa a ser um “comando estratificado, abstrato e absolutamente coercitivo”¹⁰.

Nesse cenário surgem vários desdobramentos do positivismo jurídico. Alguns recortes, centrados nas ideias de Augusto Comte, vão subsumir o direito aos fatos sociais positivos, ganhando a denominação de positivismo sociologista. Outras correntes se escoram no legalismo positivista, reduzindo o direito à norma legal produzida pelo Estado. Além desses, a concepção de maior destaque veio a ser a do normativismo de Kelsen (e, posteriormente, com Hart, os desdobramentos do normativismo ao paroxismo).

Hans Kelsen¹¹ vai delimitar o objeto do direito – da ciência do direito – à norma. O estudo do Direito deveria ser desprovido de valores ou metafísica, a moral seria extrínseca ao ordenamento jurídico. Ele não ignorou a carga valorativa que informa o fato jurídico, mas simplesmente ressaltou a necessidade do fenômeno jurídico ser analisado como tal, independentemente de outras áreas do conhecimento. Na idealização do pensamento de Kelsen, cabe ao aplicador do direito aferir tão somente a validade da norma e não a justiça ou correção de sua aplicação. A positivação de uma norma que fosse identificada como válida – a partir de sua verificação por meio da regra de reconhecimento – seria a forma de aferição do conteúdo material do direito. Se determinado conteúdo foi positivado, deve ser entendido como *reto e justo*¹².

Hebert Hart¹³, analisado e contraposto por Dworkin¹⁴, evolui no pensamento positivista no que se refere à análise do critério de verificação da validade da norma – ponto central do positivismo. A validade da norma passa por sua aceitação como obrigatória pelo grupo por ela regido. Ele também inova ao considerar duas espécies de regras – as primárias e as secundárias. Categorias não previstas por seus antecessores. Mas continua a entender o direito distante das questões valorativas ou morais¹⁵.

Carl Schmitt também advogou contra a aproximação da moral com o Direito. Na obra *A Tirania dos Valores*¹⁶, o autor defende a ideia de que não é possível ordenar o direito e a política a partir dos valores, uma vez que estes têm uma forte expressão subjetiva. Critica o crescimento da importância de valores excludentes e de flutuação livre nos contextos jurídico, político e ideológico.

Quanto às suas características, o positivismo, nas palavras de Dworkin¹⁷, pode ser resumido em três preceitos chaves: (i) acreditar o direito como “um conjunto de regras especiais utilizado direta ou indiretamente pela comunidade com o propósito de determinar qual o comportamento será punido ou coagido pelo poder público”, regras estas que são aferidas quanto a sua validade (*pedigree*); (ii) o caso não se encontre uma solução dentro do direito (conjunto de regras) para um determinado fato, o aplicador da norma deve ir “além do direito na busca de algum outro tipo de padrão que o oriente na confecção de nova regra jurídica ou na complementação de uma regra jurídica já existente” e (iii) dizer que “alguém tem uma ‘obrigação jurídica’ é dizer que seu caso se enquadra em uma regra jurídica válida que exige que ele faça ou se abstenha de fazer alguma coisa. (...) Na ausência de tal regra jurídica válida não existe obrigação jurídica”.

1.2 O positivismo e o papel dos princípios

Noutro giro, impende verificar qual o papel dos princípios para essa corrente filosófica. No positivismo, os princípios passam a ter uma natureza *supletiva* ou *interpretativa*, diferentemente da fase jusnaturalista anterior, em que eles poderiam regular a conduta das pessoas. Nas palavras de Luís Sérgio Mamari Filho¹⁸, a natureza dos princípios gerais é “eminentemente supletiva, integradora, na medida em que se admite que o sistema de leis (positivas) é incapaz de regular todas as situações havidas na vida cotidiana”.

Além dessa função, os princípios também são utilizados para dirigir a interpretação dos operadores do direito, orientar o legislador e também como uma espécie de *lex legum*, garantindo homogeneidade na sucessão das leis. Assim, os princípios entram nos textos legais como fonte normativa subsidiária; passam a ser inseridos nas normas positivas, bem como nos textos teóricos, mas ainda com uma posição supletiva ou interpretativa.

O positivismo criou consistentes fundamentos para o direito se estabelecer como ciência e para a efetivação da segurança jurídica e da liberdade. Contudo, não conseguiu encontrar soluções diante da “fraqueza da norma para, em dados momentos e sob certas circunstâncias, promover e garantir a justiça”¹⁹.

2 O PÓS-POSITIVISMO JURÍDICO

Diversas nomenclaturas são utilizadas para este o paradigma filosófico superador do positivismo: pós-positivismo²⁰, positivismo ético²¹, *soft*-positivismo²², pós-positivismo, entre outros. O pluralismo e a complexidade da sociedade pós-moderna fazem sucumbir a ideia de completude do sistema positivo codificado.

Autores como Robert Alexy²³, Ronald Dworkin²⁴, entre os nacionais, Humberto Ávila²⁵, Luís Roberto Barroso²⁶, Paulo Bonavides²⁷, André Rufino do Vale²⁸, entre outros, entendem o direito segundo esta nova perspectiva. Em que pese não serem linearmente coincidentes seus pensamentos, podem ser identificadas uma série de características comuns em suas ideias.

Um ponto de convergência no pensamento desses autores, segundo André Rufino do Vale²⁹, é que eles “relativizam a separação entre Direito e Moral, admitindo critérios materiais de validade das normas (...)”. Uma das principais críticas ao modelo positivista é a falta de critérios valorativos para a aplicação da norma, a qual favoreceu, muitas vezes, decisões distantes da justiça ou mesmo absurdas. O pós-positivismo tenta firmar bases filosóficas para sanar essa problemática, com o escopo de realizar direitos constitucionais a partir da verificação axiológica das normas aplicáveis concretamente.

Para Barroso³⁰, o pós-positivismo é a corrente que perpetrou a “confluência das duas grandes correntes de pensamento que oferecem paradigmas opostos para o Direito: o jusnaturalismo e o positivismo”³¹. Os direitos fundamentais “são, simultaneamente, direitos positivos e direitos naturais (morais)”³². A superação histórica do jusnaturalismo e a derrocada do positivismo após a Segunda Guerra Mundial dão espaço a uma nova discussão filosófica. Os valores passam ao seio das discussões constitucionais, sobretudo nos casos difíceis.

André Rufino do Vale³³ apresenta as seguintes considerações sobre as inconsistências do positivismo – e as respostas do pós-positivismo: (i) a complexidade das normas constitucionais não pode ser explicada exclusivamente a partir do positivismo ou do jusnaturalismo, tampouco do realismo jurídica e (ii) aspectos diferentes de cada uma das teorias são imprescindíveis para poder compreender as normas jusfundamentais no fenômeno constitucional contemporâneo. Assim, conclui o autor que a compreensão das normas de direitos fundamentais “pressupõe uma teoria as mesmo tempo integradora – de aspectos relevantes do positivismo, do jusnaturalismo e do realismo jurídico – e superadora – de tratamentos isoladamente positivistas, jusnaturalistas e realistas”³⁴.

As principais características desse novo posicionamento teórico podem ser identificadas, em suma, como (i) abertura valorativa do sistema jurídico; (ii) princípios como categorias de normas jurídicas; (iii) princípios e regras considerados como espécies do gênero norma; (iv) constituições como sede de princípios e centro dos sistemas jurídicos e (v) mudança de foco do legislativo para o judiciário, com a fixação do conteúdo da norma pelo intérprete. Inocêncio Mártires Coelho³⁵ destaca que “se a sociedade é plural, a Constituição deve ser pluralista”, a qual tem na justiça seu referente principal. Esse é, em essência, o pensamento central do *neoconstitucionalismo*, cuja matriz filosófica será agora investigada.

2.1 Ampliação valorativa do sistema jurídico

Robert Alexy³⁶, ao enfatizar a necessidade de uma teoria dos princípios, afirma que um dos objetivos de sua pesquisa “é a reabilitação da tão depreciada teoria valorativa dos direitos fundamentais”. Com isso, reforça a ideia da ampliação valorativa do direito no que se refere aos direitos fundamentais.

O novo pensamento se afasta das decisões que tentam negar um mínimo de valoração quando da concreção das normas. Não se admite mais o isolamento do aplicador do direito em relação aos valores que respaldam e sustentam os princípios. “Só uma forma inacreditavelmente tosca de positivismo jurídico – uma forma que aliás foi repudiada por Herbert Hart, o maior positivista de nosso século – poderia produzir esse tipo de isolamento”³⁷.

Ao concretizar uma norma, o operador deve identificar os valores basilares dos princípios em ponderação para verificar sua amplitude. A leitura axiológica do direito em busca de ideais de justiça é admitida e necessária na atual conjuntura. Decisões desprovidas de qualquer identificação de justiça, ao argumento da pura e simples vontade do legislador, não mais podem ser aceitas, sobretudo as opressoras da dignidade do ser humano.

Assim, a lei dá espaço aos princípios e estes, aos valores. Os princípios passam ao centro dos sistemas constitucionais e levam consigo os valores que lhes dão sustentação. Os valores são carreados para dentro do sistema jurídico por intermédio dos princípios. Para Alexy³⁸, a positivação dos direitos fundamentais representa “uma abertura do sistema jurídico perante o sistema moral, abertura que é razoável e que pode ser levada a cabo por meios racionais”³⁹. Mais à frente ressalta que “o conteúdo axiológico dos princípios é mais facilmente identificável que o das regras; como razões decisivas para inúmeras regras, os princípios têm uma importância substancial fundamental para o ordenamento jurídico”⁴⁰. Assim, o direito se abre aos valores e se aproxima da moral.

É importante lembrar o entendimento de Dworkin⁴¹ de que a leitura moral (axiológica) da Constituição evidentemente “não é adequada para a interpretação de tudo quanto uma constituição contém”. As Constituições são permeadas por normas-regra e normas-princípio. Para as regras é que o autor afirma não ser adequada a leitura moral, uma vez que não há que se falar em análise valorativa de uma norma como a que especifica a idade mínima para a elegibilidade de um Presidente em trinta e cinco anos (norma-regra). Nesse caso a leitura moral já foi feita pelo legislador.

As normas-regra constitucionais caracterizam-se por serem fechadas, casuísticas, com reduzido grau de abstração. Quando da criação dessas regras, pelo constituinte, é que se analisam e ponderam quais os valores sociais a embasam. Com as regras, a verificação valorativa se dá previamente. Não cabe, em regra, ao intérprete essa aferição, porque todos os critérios para subsunção do caso concreto foram objetivamente delineados pelo legislador. Nesse sentido, a ampliação valorativa da aplicação do direito ou a interpretação moral da constituição (Dworkin) restringe-se, em regra, às normas abertas e com maior abstração denominadas princípios ou normas-princípio.

Nesse ponto, é importante investigar o significado de *valor* e como ele passa a ingressar no ordenamento a partir dos princípios. Robert Alexy⁴², embasando-se nos ensinamentos de von Wright, afirma que os conceitos axiológicos são aqueles que giram em torno do que é bom, do que tem valor. Trata-se de juízo sobre se algo tem ou não valor para determinado agente. Valor é, então, “uma relação que se estabelece entre sujeito e objeto”⁴³. É nessa relação que se verifica o que é bom, ou é justo, ou tem valor. Identificar o que é bom ou justo para determinada sociedade é exatamente aferir os valores de seus integrantes.

Tanto no positivismo como no pós-positivismo não se modifica a noção de que os valores são inerentes ao direito. A diferença entre as duas correntes, no que se refere ao ingresso de valores no ordenamento, é que na primeira os valores ingressam nas normas tão somente por meio da atividade legislativa, ou seja, a valoração entre o que é bom ou não para determinada sociedade ou contexto social é aferida pelo legislador. Ou seja, a moral se encontra fora do direito, não sendo cabível ao juiz essa aferição. O magistrado somente aplica a lei sem verificar se ela é boa ou não, se é justa ou injusta; não há aferição do conteúdo valorativo pelo aplicador da norma. O juiz é a boca da lei.

No pós-positivismo essa situação é alterada. Os valores permeiam o sistema tanto na confecção da norma como durante sua aplicação. Os princípios são os carreadores dos valores nessa concretização. “Aquilo que, no modelo de valores, é *prima facie* o melhor é, no modelo de princípios, *prima facie* devido; e aquilo que é, no modelo de valores, definitivamente o melhor é, no modelo de princípios, definitivamente devido”⁴⁴.

André Rufino do Vale⁴⁵ ressalta a dupla face das normas de direitos fundamentais, “além dos elementos deontológicos, o seu conteúdo valorativo”. É dizer: essas normas, além de seu caráter normativo a ser verificado no mundo do dever-ser (deontológico), apresentam um forte conteúdo valorativo (axiológico). É essa forte carga axiológica que acarreta a inevitável submissão de sua aplicação aos processos de argumentação jurídica, conforme se verá mais à frente. Os princípios, com sua grande carga valorativa, são os que se sujeitam de maneira mais evidente a sua interpretação/aplicação por meio da influência dessa argumentação.

2.2 Os princípios como normas

Além dessa função carreadora de valores como *mandamentos de otimização*, que devem ser satisfeitos na maior medida possível, os princípios passam a ser considerados normas. Para essa nova corrente, existem, pois, normas-regras e normas-princípio. Aquelas casuísticas e fechadas,

estas de aplicação geral e com múltiplos significados a serem escolhidos pelo hermenêuta a cada caso concreto, mas ambas como normas coercitivas e ordenadoras de conduta. Os princípios deixam de ser considerados somente pautas hermenêuticas ou elementos integradores do sistema; são entendidos como detentores de força normativa bastante para impor condutas aos cidadãos.

Paulo Bonavides⁴⁶ resume o papel dos princípios no ordenamento ao ressaltar que não há distinção essencial entre princípios e normas, vez que os princípios também são dotados de normatividade, “a distinção não é como nos primórdios da doutrina, entre princípios e normas, mas entre regras e princípios, sendo as normas o gênero, e as regras e princípios a espécie”.

Segundo o pensamento positivista clássico, princípio não era considerado norma; quando muito, fórmula integradora do sistema ou critério de hermenêutica. O pós-positivismo logrou trazer os princípios à sua atual configuração: espécie de norma jurídica, ao lado das regras. Os princípios passaram a ser detentores de densidade normativa suficiente para reger diretamente as relações intersubjetivas.

Para Robert Alexy⁴⁷, “tanto regras quanto princípios são normas, porque ambos dizem o que deve ser”. Os princípios podem, como as regras, ser formulados no plano deontológico como premissas básicas do dever, da permissão ou da proibição. São, pois, razões para regulação da conduta concreta dos cidadãos, uma vez que estabelecem fórmulas de dever-ser.

Para Dworkin⁴⁸, as duas espécies de normas podem ser entendidas como conjuntos de padrões que “apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas”. Ou seja, tanto princípios como regras impõem padrões de conduta aos cidadãos, caracterizadas como normas jurídicas.

Humberto Ávila⁴⁹, por sua vez, também entende os princípios como normas jurídicas, posto que eles, “indiretamente, estabelecem espécies de precisas de comportamentos”. No mesmo sentido, Paulo Bonavides⁵⁰, Paulo Gustavo Gonet Branco⁵¹, entre outros.

André Rufino do Vale⁵² ressalta a *irresolvida imprecisão conceitual* acerca da configuração contemporânea dos princípios, que causa “um certo abuso de utilização nos mais variados contextos teóricos e argumentativos, segundo os mais diversos propósitos e pontos de vista”. Mas vale ressaltar que a doutrina mais balizada no país demonstra uma preocupação com a fixação de critérios técnicos para tanto. Imprecisão esta que é verificada sobretudo na interpretação de casos difíceis, em que os princípios são utilizados como soluções a todos os problemas de concreção do sistema.

2.3 Distinção entre princípios e regras

Alexy⁵³ ressalta que “a distinção entre regras e princípios é uma das colunas-mestras do edifício da teoria dos direitos fundamentais”. Esse também é um dos pontos centrais do pensamento neoconstitucional, que prima pela concretização dos direitos fundamentais, bem como das teorias de Dworkin⁵⁴, Barroso⁵⁵, entre outros. Todavia, é relevante ressaltar a crítica de Humberto Ávila⁵⁶ de que a “distinção entre princípios e regras virou moda”, fazendo com que o tema ganhe tons de unanimidade, fato que resulta em uma posição acrítica dos teóricos: “são dessa maneira, e pronto”.

Em outra passagem, Ávila⁵⁷ identifica que duas são as principais formas de distinção entre regras e princípios, uma forte (ALEXY e DWORKIN) e uma fraca (ESSER, LARENZ, CANARIS). André Rufino do Vale⁵⁸ explica que a “tese forte defende uma diferenciação qualitativa e exaustiva: as normas ou são regras ou são princípios. (...) A tese da distinção débil [fraca] adota uma distinção meramente gradual”. No presente capítulo será apresentada a distinção forte, utilizando como marco teórico Robert Alexy e utilizando Dworkin somente para demonstrar as similaridades ou as divergências com o marco teórico.

Alexy apresenta nuances diferenciadas em relação à tese de Dworkin. É necessário frisar, porém, que o trabalho do primeiro se inspirou na diferenciação entre regras e princípios do segundo, conseguindo, porém, aprimorar o trabalho deste. Ambos distinguem regras de princípios segundo um critério qualitativo⁵⁹. A tese de Robert Alexy se estabiliza em três pilares fundamentais: a tese da *otimização* dos princípios, a *lei da colisão* entre eles e a *ponderação* como critério para sua concreção.

Para Alexy⁶⁰, princípios⁶¹ são normas que “ordenam que algo deva ser realizado na maior medida possível, para dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”. São *mandamentos de otimização* que podem ser satisfeitos em graus variados, uma vez que a medida de sua satisfação depende de possibilidades fáticas e, também, de possibilidades jurídicas. Estas delimitam o âmbito de aplicação dos princípios conforme as regras e os princípios colidentes. É dizer: as possibilidades jurídicas de aplicação dos princípios são dadas pela lei da colisão. Os princípios são então satisfeitos em maior ou menor grau a depender das limitações e das possibilidades fáticas (se os fatos se adéquam ou não à norma) e jurídicas (colisão potencial com outros princípios) para sua concreção. Essa é a tese da otimização.

As regras, por sua vez, são normas que são sempre satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então “deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, *determinações* no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível”⁶². Ou seja, se ocorre a subsunção (adequação exata) do fato à regra, seus efeitos devem ser produzidos exatamente como determinado na própria regra. Não há uma aplicação em graus variados, mas sim uma aplicação completa ou total da regra.

Quanto à produção de efeitos, os princípios instituem obrigações *prima facie* que podem ser superadas, ou ter reduzido seu âmbito de abrangência em face da colisão com outro princípio – sua concreção específica se dá com a delimitação de sua amplitude pelos demais princípios. São aplicáveis em maior ou menor medida a partir do diálogo com os demais (lei da colisão). Segundo esta lei⁶³, se dois princípios colidem, um deles deve ceder; em determinadas condições um terá precedência (maior peso no caso concreto específico) sobre o outro. Em outras condições, a solução pode ser inversa, uma vez que não há um grau de precedência abstrata ou absoluta entre os princípios. Haverá, pois, uma relação de precedência condicionada, que será *concreta* ou *relativa*, e não *abstrata* ou *absoluta*⁶⁴.

Como dito, são as condições que, segundo a carga argumentativa que se lhe imponha, fazem com que um princípio tenha precedência sobre o outro. É dizer: a colisão de princípios fixa o conteúdo dos mesmos, sua amplitude é dada com a aplicação em concreto destas normas. Colisão esta que ocorre na *dimensão de peso*⁶⁵, para além da dimensão de validade.

Enquanto as regras têm um caráter *prima facie* diferenciado⁶⁶; estatuem obrigações *definitivas*, uma vez que, em regra, não são superáveis por outras normas. Caso um fato se subsuma a uma regra, seus efeitos devem ser produzidos assim como nela estabelecidos. Seus efeitos já são conhecidos, o que impõe uma solução definitiva. No caso de *conflito entre as regras*, somente duas hipóteses podem ocorrer: (i) uma é declarada inválida em face de outra ou (ii) ambas continuam válidas em face da *cláusula de exceção* de uma delas⁶⁷. Com isso, as regras são aplicadas segundo uma dimensão de validade – se não houver cláusula de exceção e se se verificar uma incompatibilidade entre regras, uma delas será declarada inválida.

A última face da distinção para Alexy⁶⁸ refere-se ao processo de aplicação das normas, segundo a *máxima proporcionalidade*⁶⁹. A aplicação dos princípios deve se dar segundo critérios de proporcionalidade, nessa ordem: adequação (apropriação do meio para se atingir o fim), necessidade (utilização do *meio menos gravoso* para atingir o mesmo fim) e *proporcionalidade em sentido estrito* ou *ponderação* ou *sopesamento*, decorrente da relativização em face das possibilidades jurídicas. Os dois primeiros referindo-se às possibilidades fáticas, enquanto o último às possibilidades jurídicas, a partir da medida dos demais princípios em cotejo. Esta *lei do sopesamento* mostra sua divisão em três passos: (i) avalia-se o grau de não satisfação de um dos princípios; (ii) verifica-se a importância de satisfação do princípio colidente e (iii) pondera-se se a importância de satisfação do colidente justifica a não satisfação do primeiro⁷⁰.

Para Dworkin⁷¹, princípio é um padrão de conduta que deve ser observado, “não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão de moralidade”. Os princípios⁷² contêm somente fundamentos, os quais devem ser conjugados com outros fundamentos provenientes de outros princípios para a aferição de seu conteúdo concreto. Os princípios não estabelecem de pronto os efeitos de sua aplicação, mas somente condições argumentativas para tanto. Se dois princípios entram em conflito, o que tiver o maior peso ou importância em um determinado caso concreto deve ser aplicado, afastando-se o de menor peso. Essa é a *dimensão de peso* existente entre os princípios.

As regras, por outro lado, “são aplicadas à maneira tudo-ou-nada”⁷³. Quando um fato se subsume à regra, ela deve ser aplicada; caso contrário, não gera qualquer efeito. É dizer: as regras apresentam “consequências jurídicas que se seguem automaticamente quando as condições são dadas”⁷⁴. A subsunção é, portanto, o modelo adequado para a aplicação das regras. No caso de conflito, dois fatores delimitam a aplicação das regras, a validade e a exceção.

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

Outro fator que possibilita que as regras não produzam efeitos, mesmo ocorrendo seu preenchimento fático, são as exceções. Mas para tanto as regras devem enunciar todas as possibilidades de sua não aplicação, vez que se assim não o fizer seu conteúdo “será impreciso e incompleto (...) [porque] pelo menos em teoria, todas as exceções podem ser arroladas”⁷⁵. Esse é um ponto de crítica de Alexy⁷⁶, na medida em que ressalta que as cláusulas de exceção não são “nem mesmo teoricamente enumeráveis”.

2.4 As Constituições como sede de princípios e centro dos sistemas jurídicos

Segundo Paulo Bonavides⁷⁷, a incursão teórica sobre os princípios caminha para a:

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

Os princípios como pontos axiológicos mais altos do sistema não poderiam ter outra sede que não a Constituição, ápice jurídico do ordenamento. Nesse contexto, os princípios não mais se alojam nos códigos, com sua função supletiva ou subsidiária, conforme o pensamento positivista de direito como mero sistema de leis. Saltam “dos Códigos, (...)”, para as Constituições, onde em nossos dias se convertem em fundamento de toda a ordem jurídica, na qualidade de princípios constitucionais⁷⁸. Tornam-se, pois, as normas supremas do ordenamento; convertem-se em *norma normarum*, norma das normas⁷⁹.

A Constituição passa a ser o local propício para os princípios. A Constituição passa ao epicentro das discussões jurídicas com a superação da era dos códigos, irradiando efeitos sobre a atividade política e jurídica. As Constituições são centrais para os séculos XX e XXI como os códigos foram para o Século XIX. Outro autor que também ressalta essa posição central dos princípios no ordenamento, bem como sua sede constitucional, é George Marmelstein⁸⁰. Os princípios passam ao *coração das Constituições*⁸¹.

Paulo Gonet Branco⁸² também corrobora com esse pensamento expondo que, nas Constituições, no âmbito dos direitos fundamentais, “normas que configuram princípios são mais freqüentes”. Dessa forma, os princípios são centrais na Constituição e, conseqüentemente, no ordenamento jurídico.

A Constituição é o centro do sistema jurídico e, como tal, deve conter os valores máximos da sociedade, contidos nos princípios. André Rufino do Vale⁸³ também corrobora o pensamento ora exposto ao frisar que a “Constituição é marcada pela presença de princípios”, que constituem a positivação (expressão normativa) dos valores centrais da comunidade e que influenciam todo o ordenamento jurídico e vinculam as atividades públicas e privadas.

Como bem observa Luís Sérgio Mamari Filho⁸⁴, no pós-positivismo os princípios “são deslocados dos códigos para os textos constitucionais. Tal mudança (do Direito Privado para o Direito Público) lhes garantiu terrenos férteis, possibilitando a ampliação da abrangência de sua aplicação”.

A sede constitucional dos princípios não impede, contudo, que existam princípios fora da Constituição, como os chamados princípios suprapositivos. Estes contêm valores tão supremos à sociedade que, independente de não estarem nem mesmo implicitamente contidos na Carta, devem ser reconhecidos pelo intérprete. Os princípios podem, também, estar implícitos na Constituição ou, até mesmo, podem ser retirados do longo caminho da interpretação dos Tribunais Constitucionais.

2.5 Mudança de foco do Legislativo para o Judiciário: da discricionariedade legislativa para a discricionariedade judicial

Humberto Ávila⁸⁵ acrescenta que a “transformação de textos normativos em normas jurídicas depende da construção de conteúdos de sentido pelo próprio intérprete”. É dizer: é o intérprete da norma que fixa a sua extensão e abrangência. Realidade esta que é ressaltada quanto mais abertos forem os termos das disposições normativas.

Como visto, as normas constitucionais, sobretudo as de direitos fundamentais, são normalmente de conteúdo aberto e com alto grau de abstração, o que, portanto, resulta na função essencial do aplicador do direito na fixação de seu conteúdo. O intérprete é o principal responsável pela proteção dos direitos fundamentais. Não é por outro motivo que Habermas tece severas críticas ao pensamento de Alexy, conforme nota de rodapé antes registrada.

Assim, na atual configuração da filosofia do direito e do direito constitucional, cabe ao aplicador do direito a fixação do conteúdo das normas de direito fundamental. Até mesmo a identificação de princípios passa a ser função do intérprete, uma vez que alguns princípios podem não ser expressos. Nesse sentido, Alexy⁸⁶ ressalta a desnecessidade de que “os princípios sejam estabelecidos de forma explícita, podendo decorrer de uma tradição de positividade detalhada e de decisões judiciais que, em geral, expressam concepções difundidas sobre o que deve ser o direito”. Assim, a interpretação da norma ganha nuances diferenciadas, passando a ser identificada como processo e não como simples ato.

Esse processo, como ensina André Rufino do Vale⁸⁷, é dividido em fases. A primeira constitui-se da verificação do significado linguístico das disposições de direito fundamental (texto), com a identificação das palavras e seus significados. A segunda refere-se à identificação do conteúdo das normas expressas pelos seus dispositivos (texto). A terceira se restringe à configuração da norma como regra ou princípio. Em casos fáceis, essa fase é suficiente para a identificação de respostas à interpretação, sem controvérsias interpretativas, identificada como zona de certeza na interpretação. Para os casos difíceis, há uma quarta fase, na qual o conteúdo da norma depende de uma atividade interpretativa de atribuição de significado à regra ou ao princípio a partir da análise valorativa do intérprete, portanto discricionária.

Esse é o procedimento que é utilizado para a construção do significado da norma. Não mais é plausível o entendimento de que um simples critério de subsunção é capaz de identificar o significado da norma. Não há “significado algum antes do término desse processo de interpretação”⁸⁸.

A fixação do conteúdo dos direitos fundamentais passa por uma análise histórica de sua estruturação, bem como pela identificação de seu conteúdo. Para tanto, a interpretação desses direitos pelos Tribunais Constitucionais é de essencial relevância, uma vez que seu conteúdo é delimitado a partir da aplicação ao caso concreto. Por isso, a jurisprudência do Tribunal Constitucional de cada país é de suma importância para a delimitação da abrangência dos direitos fundamentais. Como frisou Alexy (2005, p. 35), “Los derechos fundamentales son lo que son sobre todo a través de la interpretación”.

É a interpretação dos aplicadores do direito, mais precisamente da Corte Constitucional, que delimita a amplitude dos direitos constitucionais. É, pois, indispensável à aferição de seu conteúdo, uma vez que os dispositivos abertos dos princípios não se mostram capazes de, sozinhos, estabelecer seu conteúdo. Os princípios têm uma característica *prima facie* – o conteúdo exato de sua abrangência e de seus efeitos somente se verifica quando de sua interpretação e concreção.

Para Peter Häberle⁸⁹, o conteúdo dos direitos fundamentais (valores centrais para a sociedade) é fixado pela interpretação de seus dispositivos normativos (texto da norma) quando de sua aplicação ao caso concreto, a sociedade deve participar o máximo possível da discussão judicial sobre esses direitos (*Sociedade Aberta de Intérpretes*). A interpretação constitucional é uma função que cabe aos intérpretes formais (Estado – legislativo, executivo e judiciário) e aos intérpretes não formais (toda a sociedade).

A sociedade deve participar do processo de concreção da norma, uma vez que a interpretação constitucional é “uma atividade que, potencialmente, diz respeito a todos. (...) A conformação da realidade da Constituição torna-se também parte da interpretação das normas constitucionais pertinentes à realidade”⁹⁰.

A definição do conteúdo de princípios constitucionais como da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF), do solidarismo social (art. 1º, II, CF), da eficiência (art. 37, CF), entre outros, são exemplos de participação ativa da doutrina e, sobretudo, do aplicador do direito (não só o judiciário, mas todos os órgãos estatais) na formulação do exato conteúdo da norma. Princípios como os citados, ante a sua baixíssima densidade normativa, refletem mais avidamente o caráter conteudista do aplicador do direito. Humberto Ávila⁹¹ afirma que "a conclusão trivial é a de que o Poder Judiciário e a Ciência do Direito constroem significados, mas enfrentam limites cuja desconsideração cria um descompasso entre a revisão constitucional e o direito constitucional concretizado".

Mas quais são esses limites? Os *limites* à interpretação judicial são dados pelo próprio processo de interpretação. Entre eles se encontra a fundamentação das decisões. Luis Roberto Barroso⁹² delimita alguns critérios para assegurar a legitimidade e a racionalidade das decisões, para o qual o intérprete deverá:

(i) reconduzi-la [a interpretação] sempre ao sistema jurídico, a uma norma constitucional ou legal que lhe sirva de fundamento – a legitimidade de uma decisão judicial decorre de sua vinculação a uma deliberação majoritária, seja do constituinte ou do legislador; (ii) utilizar-se de um fundamento jurídico que possa ser generalizado aos casos equiparáveis, que tenha pretensão de universalidade: decisões judiciais não devem ser casuísticas; (iii) levar em conta as conseqüências práticas que sua decisão produzirá no mundo dos fatos.

Por último, ressalta-se a importância da *argumentação jurídica*⁹³ para a delimitação de limites internos ao processo de interpretação constitucional. Várias são as teorias sobre essa temática. Teorias que têm despertado um maior interesse dos constitucionalistas, sobretudo em face da nova sistemática interpretativa em que ao intérprete cabe, mais do que em momentos anteriores, a fixação do conteúdo da norma. O que importa ao presente estudo é o entendimento de que para a interpretação e para a concreção da norma é relevante identificar os critérios a serem utilizados para a busca de um significado racional e ao mesmo tempo legítimo e passível de controle intersubjetivo. Contudo, o presente estudo não tem qualquer pretensão de esgotar a temática.

Como visto, o poder judiciário, como típico aplicador do direito, no modelo atual, recebe a incumbência de decidir casos difíceis a partir da aferição dos princípios, os quais contêm forte conteúdo axiológico, tendo como medida, entre outros, o ônus argumentativo. Assim, a interpretação da Constituição passa por uma análise tanto legislativa, quando da aferição dos princípios em abstrato para a confecção de regras; quanto judicial, na medida em que é o aplicador do direito quem irá responder qual o exato conteúdo das normas, sobretudo, dos princípios. Existe, pois, de fato, uma "discricionariedade estrutural tanto do Legislativo quanto do Judiciário"⁹⁴.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O pós-positivismo é a base estrutural do pensamento constitucional atual: o *neoconstitucionalismo*. As determinações do pós-positivismo sobre o sistema jurídico acabam por definir os princípios metodológicos e epistemológicos do *neoconstitucionalismo*. O pós-positivismo é o parâmetro filosófico do *neoconstitucionalismo*, com ênfase nas diferenças dos fundamentos do pós-positivismo em relação ao positivismo e, sobretudo, às características estruturais diferenciais, como a concepção do sistema jurídico como sistema de princípios e regras, o papel dos princípios na realização do direito, os conteúdos e o finalismo no ato de aplicação e o destacado papel da atividade judicial na realização do direito.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Roger Silva. O Positivismo e o Pós-positivismo na Criação e Aplicação do Direito Civil Brasileiro. In: MELLO, Cleyson M. *Novos Direitos: os paradigmas da pós-modernidade*. Niterói: Impetus, 2004. p. 144-188.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. Los derechos fundamentales en el Estado Constitucional Democrático. In: CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. 2. ed. Madrid: Trotta, 2005, p. 31-48.

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

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

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

_____. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. In: *Atualidades Jurídicas - Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB*, n. 4, jan-fev, 2009. Disponível em: <http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em: 30 de março de 2010.

_____. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. In: *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo: Editora NDJ, a. XXIII, n. 1, p. 20-49. jan 2007.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998.

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

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

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

GARCIA, Maria José Guerra Figueiredo. Em busca do conceito de valor. *Cadernos de Semiótica Aplicada*, vol. 1, n. 2, dez 2003. Disponível em: <http://www.fclar.unesp.br/grupos/casa/artigos/V2/CASA20032-conc-valor.pdf>. Acesso em: 30 de março de 2010.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta de intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002 (reimpressão).

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre a Faticidade e a Validade*. Tradução Flávio Beno Siebenichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HART, Hebert. *O Conceito de Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MAMARI FILHO, Luís Sérgio Soares. *A Comunidade Aberta de Intérpretes da Constituição: o amicus curiae como estratégia de democratização da busca do significado das normas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

PERELMAN, Chaim. *Ética e Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

RIBEIRO JÚNIOR, João. *Augusto Comte e o Positivismo*. Campinas: Edicamp, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1998.

Disponível em: www.univali.br/periodicos

SCHMITT, Carl. La Tirania de los Valores. Tradução de Anima Schmitt de Otero. In: *Revista de Estudios Políticos*, Madrid: Enero-Febrero, n. 15, p. 65-81. 1961.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

VALE, André Rufino do. *Estrutura das normas de direitos fundamentais: repensando a distinção entre regras, princípios e valores*. São Paulo: Saraiva (Série IDP), 2009.

NOTAS

- 1 Mestrando em Direito Público pela Universidade Federal de Uberlândia (UFU); pós-graduado em Direito Público; professor de Direito Constitucional do UniCEUB/DF; autor do livro *Jurisprudência do STF: anotada e comentada*, Ed. Método, 2009; Procurador do Distrito Federal; advogado e consultor em Brasília. *E-mail*: profricardofernandes@gmail.com. Brasília, Distrito Federal, Brasil.
- 2 Doutor em Direito pela UFSC; mestre em Direito pela UFSC; professor da graduação e pós-graduação strictu sensu da Universidade Federal de Uberlândia e da UNESP - Franca. *E-mail*: walmott@gmail.com. Uberlândia, Minas Gerais, Brasil.
- 3 O termo *paradigma* no âmbito das Ciências Sociais é explicado por Habermas da seguinte forma: "Por esse último [paradigma de Direito], entendo as visões exemplares de uma comunidade jurídica que considera como os mesmos princípios constitucionais e sistemas de direitos podem ser realizados no contexto percebido de uma dada sociedade." (HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre a Faticidade e a Validade*. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 194-195). Utilizamos a palavra com essa conotação.
- 4 O termo *neoconstitucionalismo* é usado na Itália, Espanha e Portugal. Não é utilizado, contudo, na Alemanha, mas também reflete a realidade atual também daquele país.
- 5 MARMELESTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. p. 10.
- 6 MARMELESTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. p. 10.
- 7 Nesse sentido, ver Luis Roberto Barroso. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. In: *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo: Editora NDJ, a. XXIII, n. 1, p. 20-49. jan 2007. p. 22 e MARMELESTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. p. 10-15. Este último, em que pese não utilizar o termo *neoconstitucionalismo*, baseia sua teoria dos direitos fundamentais na perspectiva do pós-positivismo.
- 8 AGUIAR, Roger Silva. O Positivismo e o Pós-positivismo na Criação e Aplicação do Direito Civil Brasileiro. In: MELLO, Cleyson M. *Novos Direitos: os paradigmas da pós-modernidade*. Niterói: Impetus, 2004. p. 146.
- 9 AGUIAR, Roger Silva. *O Positivismo e o Pós-positivismo na Criação e Aplicação do Direito Civil Brasileiro*. p. 145.
- 10 AGUIAR, Roger Silva. O Positivismo e o Pós-positivismo na Criação e Aplicação do Direito Civil Brasileiro. p. 146.
- 11 KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- 12 KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

- 13 HART, Hebert. *O Conceito de Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.
- 14 DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- 15 Sua posição original foi revista em alguns aspectos em face das fortes críticas de Dworkin, o exposto nesse parágrafo faz parte de sua tese originária, antes da incorporação de seu Pós-escrito a sua obra *O Conceito de Direito*.
- 16 SCHMITT, Carl. La Tirania de los Valores. Tradução de Anima Schmitt de Otero. In: *Revista de Estudios Políticos*, Madrid: Enero-Frebrero, n. 15, p. 65-81. 1961.
- 17 DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. p. 27-28.
- 18 MAMARI FILHO, Luís Sérgio Soares. *A Comunidade Aberta de Intérpretes da Constituição: o amicus curiae* como estratégia de democratização da busca do significado das normas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 25.
- 19 AGUIAR, Roger Silva. O Positivismo e o Pós-positivismo na Criação e Aplicação do Direito Civil Brasileiro. p. 151.
- 20 Nesse sentido, BARROSO, Luis Roberto. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil*, p. 22; BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 264; MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. p. 11; VALE, André Rufino do. *Estrutura das normas de direitos fundamentais: repensando a distinção entre regras, princípios e valores*. p. 42; MAMARI FILHO, Luís Sérgio Soares. *A Comunidade Aberta de Intérpretes da Constituição: o amicus curiae* como estratégia de democratização da busca do significado das normas. p. 18; AGUIAR, Roger Silva. O Positivismo e o Pós-positivismo na Criação e Aplicação do Direito Civil Brasileiro. p. 152, entre diversos outros.
- 21 George Marmelstein (*Curso de Direitos Fundamentais*. p. 11) cita essa nova perspectiva como pós-positivismo, mas ressalta que “poderia muito bem ser chamado de positivismo ético, já que seu propósito principal é de inserir na ciência jurídica os valores éticos indispensáveis para a proteção da dignidade humana”.
- 22 Esse termo foi utilizado pelo positivista clássico Hebert Hart (1996, p. 312) em seu Pós-escrito, no sentido da regra de reconhecimento (critério de aferição da validade de uma norma) poder “incorporar, como critérios de validade jurídica, a conformidade com princípios morais ou com valores substantivos”. Não teve a pretensão de se juntar ao pós-positivismo, mas de responder às fortes críticas de Dworkin. Hart ainda se coloca como positivista, mas já admite uma abertura do sistema jurídico aos valores, ainda que bem mais singela que os pós-positivistas.
- 23 ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*.
- 24 DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*.
- 25 ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- 26 BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito* (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In: *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo: Editora NDJ, a. XXIII, n. 1, p. 20-49. jan. 2007.

Disponível em: www.univali.br/periodicos

- 27 BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*.
- 28 VALE, André Rufino do. *Estrutura das normas de direitos fundamentais: repensando a distinção entre regras, princípios e valores*. São Paulo: IDP/Saraiva, 2009.
- 29 VALE, André Rufino do. *Estrutura das normas de direitos fundamentais: repensando a distinção entre regras, princípios e valores*. p. 47.
- 30 BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito* (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil), p. 22.
- 31 No mesmo sentido, VALE, André Rufino do. *Estrutura das normas de direitos fundamentais: repensando a distinção entre regras, princípios e valores*. p. 31. Para ele, e também para Manuel Atienza (2004, p. 309), o *neoconstitucionalismo* combina aspectos do positivismo, do jusnaturalismo e do realismo jurídico em uma só corrente.
- 32 VALE, André Rufino do. *Estrutura das normas de direitos fundamentais: repensando a distinção entre regras, princípios e valores*. p. 32.
- 33 VALE, André Rufino do. *Estrutura das normas de direitos fundamentais: repensando a distinção entre regras, princípios e valores*. p. 33.
- 34 VALE, André Rufino do. *Estrutura das normas de direitos fundamentais: repensando a distinção entre regras, princípios e valores*. p. 33.
- 35 Prefácio da obra: VALE, André Rufino do. *Estrutura das normas de direitos fundamentais: repensando a distinção entre regras, princípios e valores*. p. XXI.
- 36 ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. p. 29.
- 37 DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. Tradução Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 57-58.
- 38 ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. p. 29.
- 39 Nesse ponto, há que se ressaltar a forte crítica feita por Habermas à teoria trazida por Alexy no que se refere à falta de racionalidade na tomada de decisões, ou à falta de parâmetros racionais para o sopesamento. A afirmação de Habermas de que a aplicação dos princípios é uma “qualificação orientada por finalidades”, o que retiraria força dos direitos fundamentais diante da escolha dessas finalidades, é respondida por Alexy em seu pós-fácio escrito em 2002 (ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. p. 576-627). Segundo essa resposta, sua teoria se sustenta não por encontrar a resposta racional em todos os casos, o que é possível, mas diante da racionalidade encontrada no conjunto dos casos, o que “é interessante o suficiente para justificar o sopesamento como método” (ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 594).
- 40 ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. p. 29.
- 41 DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. p. 11.
- 42 ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. p. 145.

- 43 GARCIA, Maria José Guerra Figueiredo. Em busca do conceito de valor. *Cadernos de Semiótica Aplicada*, vol. 1, n. 2, dez 2003. Disponível em: <http://www.fclar.unesp.br/grupos/casa/artigos/V2/CASA20032-conc-valor.pdf>. Acesso em: 30 de março de 2010. p. 105.
- 44 ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. p. 153.
- 45 VALE, André Rufino do. *Estrutura das normas de direitos fundamentais: repensando a distinção entre regras, princípios e valores*. p. 7.
- 46 BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. p. 288.
- 47 ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. p. 87.
- 48 DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. p. 39.
- 49 ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. p. 25.
- 50 BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. p. 275.
- 51 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. p. 273.
- 52 VALE, André Rufino do. *Estrutura das normas de direitos fundamentais: repensando a distinção entre regras, princípios e valores*. p. 5.
- 53 ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. p. 85.
- 54 DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*.
- 55 BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito* (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil).
- 56 ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. p. 26.
- 57 ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. p. 39.
- 58 VALE, André Rufino do. *Estrutura das normas de direitos fundamentais: repensando a distinção entre regras, princípios e valores*. p. 39.
- 59 Dworkin afirma que a diferença entre eles é *lógica*, mas muitos autores, como André Rufino do Vale (*Estrutura das normas de direitos fundamentais: repensando a distinção entre regras, princípios e valores*. p. 63) e Humberto Bergmann Ávila (*Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*), afirmam que ele as diferencia também por um critério qualitativo. Afirmam com a qual o presente estudo concorda.
- 60 ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. p. 90.

- 61 O próprio Robert Alexy (*Teoria dos Direitos Fundamentais*. p. 109-116) tece três objeções ao seu conceito de princípio, mas responde a todas elas. A primeira objeção é de que haveria colisões de princípios que poderiam ser resolvidas por meio da invalidade de um deles. Então ele argumenta que isso só ocorre quando se trata de princípios extremamente fracos que são preteridos em todos os casos, nesse caso estes princípios fracos são afastados do ordenamento diante de sua invalidação frente aos demais. Os conflitos entre os princípios só se dão no âmbito da validade para retirar princípios fracos do ordenamento, como o da segregação racial. Contudo, as colisões entre princípios ocorrem sempre no interior do ordenamento, ou seja, a colisão pressupõe a validade dos princípios colidentes, o que reafirma sua teoria. A segunda sustenta que existem princípios absolutos que nunca podem ser colocados em relação de preferência com os demais. Esses princípios extremamente fortes não encontrariam limites jurídicos, apenas limites fáticos, o que afastaria a lei da colisão. Em sua resposta ele traz o princípio da dignidade da pessoa humana e diversos julgados do Tribunal Constitucional para relativizar o princípio e não a regra da dignidade do homem. O princípio da dignidade pode ser satisfeito em maior ou menor grau. A terceira, que o conceito de princípio é muito amplo, por isso inútil, pois abarcaria todo e qualquer interesse. Por ser a mais fraca das objeções, o autor se limita a apontar a prevalência de sua teoria sobre a de Dworkin. Alexy entende que os princípios englobam os direitos coletivos e cita diversos exemplos do Tribunal Alemão para tanto. Dworkin, de forma contrária, entende os princípios restritivamente, sem englobar os direitos coletivos, os quais seriam *políticos*.
- 62 ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. p. 91.
- 63 ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. p. 93-103.
- 64 Esse entendimento de que não há uma precedência abstrata ou absoluta de um princípio sobre os demais, mas sim uma precedência concreta ou relativa que se dá na concreção do Direito, foi ressaltado no julgado do Tribunal Federal Alemão BVerfGE 51, 324 (345), conforme ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. p. 97. Noutro trecho, Robert Alexy (*Teoria dos Direitos Fundamentais*. p. 111-114) demonstra que nem mesmo o princípio da dignidade da pessoa humana tem precedência absoluta sobre os demais.
- 65 Alexy (*Teoria dos Direitos Fundamentais*. p. 94) concorda com as teorias de Dworkin sobre a dimensão de peso dos princípios, inclusive cita na nota de rodapé nº 31 sua concordância com esse ponto da obra *Levando os Direitos a Sério* deste autor.
- 66 Alexy (*Teoria dos Direitos Fundamentais*. p. 104) afirma que as regras assumem um caráter definitivo, mas essa determinação pode falhar diante das possibilidades fáticas e jurídicas, isso não ocorrendo, “vale definitivamente aquilo que a regra prescreve”. Esse caráter de definitividade de sua extensão pode, porém, ceder diante de outros princípios. Aí está o caráter *prima facie* também das regras. Para se afastar o caráter definitivo de uma regra é preciso haver duas razões de precedência ou de peso: uma entre os princípios materiais, ou seja, um princípio deve ter precedência em um caso sobre o princípio que sustenta a regra, e outra entre princípios materiais e formais, é dizer, deve também ser atribuído peso maior àquele princípio que aos princípios formais que afirmam que as regras são criadas por autoridades legitimadas e, por isso, devem ser seguidas; os princípios formais devem ser afastados para se retirar o caráter definitivo da extensão das regras. “Em um ordenamento jurídico, quanto mais peso se atribui aos princípios formais, tanto mais forte será o caráter *prima facie* de suas regras” (ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. p. 105). Esse é o caráter *prima facie* das regras.
- 67 ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. p. 92-93.
- 68 ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. p. 116-120.
- 69 Teoria que, segundo o Tribunal Constitucional Alemão, decorre “da própria essência dos direitos fundamentais” e demonstra uma conexão estreita com a teoria dos princípios (ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. p. 117).

- 70 ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. p. 5
- 71 DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. p. 36.
- 72 Dworkin (*Levando os direitos a sério*. p. 35-46) entende que os princípios são restritos aos direitos individuais, enquanto os direitos coletivos estariam na vertente por ele denominada políticas. Pensamento diverso da teoria de Alexy (*Teoria dos Direitos Fundamentais*. p. 114-116), de que os princípios podem se referir tanto a direitos individuais quanto a interesses coletivos.
- 73 DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. p. 39. Nesse ponto é possível verificar divergência entre a teoria de Alexy e Dworkin. Para Alexy (*Teoria dos Direitos Fundamentais*. p. 104), o modelo tudo-ou-nada “é, contudo, muito simples”.
- 74 DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. p. 40.
- 75 DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. p. 40.
- 76 ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. p. 104. No mesmo sentido, Genaro Carrió (apud VALE, André Rufino do. *Estrutura das normas de direitos fundamentais: repensando a distinção entre regras, princípios e valores*. p. 107).
- 77 BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. p. 288.
- 78 BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. p. 289.
- 79 BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. p. 290.
- 80 MARMELESTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. p. 12.
- 81 BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. p. 281.
- 82 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. p. 274.
- 83 VALE, André Rufino do. *Estrutura das normas de direitos fundamentais: repensando a distinção entre regras, princípios e valores*. p. 24.
- 84 MAMARI FILHO, Luís Sérgio Soares. *A Comunidade Aberta de Intérpretes da Constituição: o amicus curiae como estratégia de democratização da busca do significado das normas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 18.
- 85 ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. p. 24.
- 86 ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. p. 109.
- 87 VALE, André Rufino do. *Estrutura das normas de direitos fundamentais: repensando a distinção entre regras, princípios e valores*. p. 16-17.

Disponível em: www.univali.br/periodicos

- 88 ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. p. 32.
- 89 HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta de intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.
- 90 HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta de intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição*. p. 24.
- 91 ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. p. 34.
- 92 BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)*. p. 27.
- 93 Luís Roberto Barroso (*Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)*. p. 27) cita alguns autores para consulta sobre o tema argumentação jurídica, são eles: Chaim Perelman e Lucie Olbrechts-Tyteca, *Tratado da argumentação: A nova retórica*, 1996 (1ª edição do original *Traité de l'argumentation: La nouvelle rhétorique*, 1958); Robert Alexy, *Teoria de la argumentación jurídica*, 1989 (1ª edição do original *Theorie der juristischen Argumentation*, 1978); Manuel Atienza, *As razões do direito. Teorias da argumentação jurídica*, 2002; Margarida Maria Lacombe Camargo, *Hermenêutica e argumentação*, 2003; Antônio Carlos Cavalcanti Maia, *Notas sobre direito, argumentação e democracia*. In: Margarida Maria Lacombe Camargo (org.), *1988-1998: uma década de Constituição*, 1999.
- 94 ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. p. 611.