

**XXVII CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI PORTO ALEGRE – RS**

TEORIA CONSTITUCIONAL

PAULO ROBERTO BARBOSA RAMOS

SÉRGIO URQUHART DE CADEMARTORI

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente **Centro-Oeste** - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente **Sudeste** - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente **Nordeste** - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente **Norte** - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch UFSM – Rio Grande do Sul

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho Unifor – Ceará

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta Fumec – Minas Gerais

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro UNOESC – Santa Catarina

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

T314

Teoria constitucional [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UNISINOS

Coordenadores: Paulo Roberto Barbosa Ramos; Sérgio Urquhart de Cademartori. – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-757-1

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Tecnologia, Comunicação e Inovação no Direito

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Porto Alegre, Brasil).

CDU: 34



XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS

TEORIA CONSTITUCIONAL

Apresentação

Teoria Constitucional I reuniu no XXVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Porto Alegre, de 15 a 16 de novembro de 2018, interessantes e inovadores artigos os quais abordam questões que dão conta do atual quadro da Teoria Constitucional não somente no contexto nacional como também internacional. Todos os artigos selecionados para integrar a coletânea contribuem para uma adequada reflexão a respeito papel que vem desempenhando o Supremo Tribunal Federal brasileiro, o qual, não raras vezes, tem exorbitado dos poderes a ele conferidos pelo próprio texto constitucional de 1988, colocando em risco, com esse comportamento, a sistemática de equilíbrio delicado que deve haver entre os chamados poderes da República. Por outro lado, há ainda artigos que abordam a questão da tributação e a necessidade de uma reengenharia desse sistema, de modo que o Estado brasileiro tenha sintonia com determinadas transformações ocorridas no sistema tributário não somente no âmbito global, por meio da atuação de agências internacionais de controle, como também em outros países considerados mais desenvolvidos, inclusive pela adoção de sistemas tributários mais equitativos. Não se pode deixar de registrar que integram também a coletânea artigos que trazem experiências passadas, a exemplo da atuação da Suprema Corte americana, a qual, em larga medida, contribuiu para o desenvolvimento da nação considerada ainda a mais poderosa do planeta: EUA, como recentes, como é o caso da elaboração da constituição de cubana. Por fim, há leituras que apontam para contribuições esquecidas pela doutrina tradicional do constitucionalismo, considerando as experiências de autonomia e liberdade dos negros.

Somente a leitura dos textos dará conta da qualidade das pesquisas desenvolvidas.

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos – UFMA

Prof. Dr. Sérgio Urquhart de Cademartori - UNILASALLE

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

NEOCONSTITUCIONALISMO: A NOVA DESIGNAÇÃO DO JUSNATURALISMO NO BRASIL

NEOCONSTITUTIONALISM: THE NEW DESIGNATION OF JUSNATURALISM IN BRAZIL

Samuel Levy Pontes Braga Muniz ¹
Yslaia de Aguiar Pontes ²

Resumo

O presente trabalho possui o objetivo principal de analisar o modelo teórico que ficou conhecido no Brasil como neoconstitucionalismo ou pós-positivismo. O neoconstitucionalismo se propõe a ser um modelo político e jurídico que busca supostamente reaproximar o Direito da Ética. Serão trazidos alguns julgados que demonstram a influência da doutrina neoconstitucional no âmbito do Poder Judiciário, especialmente no STF. Por fim, caso não se verifique que o modelo pós-positivista brasileiro se mostra como algo realmente inovador acerca do fenômeno jurídico, tentaremos enquadrá-lo como jusnaturalismo ou positivismo jurídico.

Palavras-chave: Direito constitucional, Jusnaturalismo, Neoconstitucionalismo, Nova hermenêutica constitucional, Positivismo jurídico

Abstract/Resumen/Résumé

The present study has the main objective of analyzing the theoretical model that was known in Brazil as neo-constitutionalism or post-positivism. The neo-constitutionalism proposes to be a political and legal model that seeks supposedly to re-approximate the Law of Ethics. There will be brought some judgments that demonstrate the influence of neo-constitutional doctrine within the scope of the Judiciary, especially in the STF. Finally, if it is not verified that the post-positivist Brazilian model shows itself as something really innovative about the juridical phenomenon, we will try to fit it as jus-naturalism or legal positivism.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Constitutional law, Jus-naturalism, Neo-constitutionalism, New constitutional hermeneutics, Legal positivism

¹ Advogado. Mestre em Direito Privado pelo Centro Universitário 7 de Setembro - UNI7 – Fortaleza/CE. Professor do Curso de Direito do Centro Universitário INTA - UNINTA – Sobral/CE.

² Advogada. Doutoranda em Direito pela Universidade federal de Santa Catarina (UFSC). Mestre em Administração pela Universidade Vale do Itajaí (UNIVALI). Professora do Curso de Direito do Centro Universitário INTA (UNINTA).

1. INTRODUÇÃO

Após a redemocratização do Brasil e a promulgação da atual Constituição em 1988, parte da doutrina estudiosa do direito constitucional e do Poder Judiciário passaram a defender um movimento político e ideológico que propôs mudar as bases de aplicação e interpretação do ordenamento jurídico nacional. O referido ideário recebeu a designação de pós-positivismo ou neoconstitucionalismo, sobretudo com um meio próprio de interpretar o Direito: a “nova hermenêutica constitucional”.

Os dois modelos teóricos tradicionais e mais conhecidos de explicação do fenômeno jurídico são o jusnaturalismo e o positivismo jurídico. Por meio de uma análise acerca desses dois modelos, o presente trabalho investigará se o chamado neoconstitucionalismo brasileiro possui traços específicos que o tornem merecedor de ser considerado um modelo jurídico original.

A investigação inicialmente se dará por meio da comparação entre a aplicação dos princípios constitucionais na hermenêutica jurídica tradicional e na “nova hermenêutica constitucional”. Posteriormente serão analisadas as características que separam os modelos do Direito natural e do Direito positivo. Por fim, com base em algumas ações julgadas pela Suprema Corte, caso não se verifique concretamente que o neoconstitucionalismo brasileiro se trata de um modelo inovador, tentar-se-á enquadrá-lo como jusnaturalismo ou positivismo jurídico.

2. A “NOVA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL”

Antes do advento da Constituição de 1988, conforme Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos, a interpretação das normas jurídicas no Brasil se dava por meio dos elementos tradicionais da hermenêutica (gramatical, histórico, sistemático e teleológico) e do chamado método subsuntivo, este último assim descrito:

Um processo silogístico de subsunção dos fatos à norma: a lei é a premissa maior, os fatos são a premissa menor e a sentença é a conclusão. O papel do juiz consiste em revelar a vontade da norma, desempenhando uma atividade de mero conhecimento, sem envolver qualquer parcela de criação do Direito para o caso concreto (BARROSO e BARCELLOS, 2003, p. 27).

Além da insuficiência dos métodos tradicionais de interpretação da norma jurídica, os autores citados apresentam como fatores a justificar o desenvolvimento de uma “nova hermenêutica constitucional”: a falta de vontade política dos Tribunais Brasileiros para aplicação direta e imediata dos textos presentes nas constituições anteriores a de 1988 e o não reconhecimento da força normativa destas (BARROSO e BARCELLOS, 2003, p. 26). O supostamente novo método de revelação do Direito foi assim sintetizado:

A nova interpretação constitucional assenta-se no exato oposto de tal proposição: as cláusulas constitucionais, por seu conteúdo aberto, principiológico e extremamente dependente da realidade subjacente, não se prestam ao sentido unívoco e objetivo que uma certa tradição exegética lhes pretende dar. O relato da norma, muitas vezes, demarca apenas uma moldura dentro da qual se desenham diferentes possibilidades interpretativas. À vista dos elementos do caso concreto, dos princípios a serem preservados e dos fins a serem realizados é que será determinado o sentido da norma, com vista à produção da solução constitucionalmente adequada para o problema a ser resolvido (BARROSO e BARCELLOS, 2003, p. 28).

Concluem os neoconstitucionalistas que antes de 1988 os juristas brasileiros praticamente ignoravam a força normativa dos princípios constitucionais, que estes possuíam uma função meramente de guia ético ou axiológico, porém sem aplicabilidade direta para casos concretos. Além dos autores já citados, tantos outros aderiram à ideia rotulada genericamente de “nova hermenêutica constitucional”, principalmente após a tradução para o português da obra de Konrad Hesse “A força normativa da constituição” (1991). Este movimento claramente político e ideológico, que nasceu com a redemocratização do Brasil, recebeu a designação de pós-positivismo ou neoconstitucionalismo e consiste num:

Ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica constitucional, e a teoria dos direitos fundamentais, edificada sobre o fundamento da dignidade humana. A valorização dos princípios, sua incorporação, explícita ou implícita, pelos textos constitucionais e o reconhecimento pela ordem jurídica de sua normatividade fazem parte desse ambiente de reaproximação entre Direito e Ética (BARROSO e BARCELLOS, 2003, p. 32).

Ocorre que, diferentemente do que foi defendido por Barroso e Barcellos, os juízes brasileiros antes da redemocratização não eram meros porta-vozes dos legisladores, nem tão pouco tinham como única função realizar simples subsunções de fatos às regras do ordenamento jurídico, ignorando por completo a existência de princípios, estes entendidos como mandamentos de otimização (ALEXY, 2008).

Carlos Bastide Horbach, fazendo referência ao jurista brasileiro Carlos Maximiliano, informou que este, em 1924, assim escreveu: “a tendência racional para reduzir o juiz a uma função automática, apesar da infinita diversidade dos casos submetidos a seu diagnóstico, tem sempre e por toda a parte soçobrado ante a fecundidade persistente da prática judicial” (HORBACH, 2007, p. 5). E mais, citando os comentários de Carlos Maximiliano à Constituição brasileira de 1891, Horbach anuncia que o jurista tem a missão de “deduzir de disposições isoladas o princípio que lhes forma a base, e desse princípio as consequências que dele decorrem” (HORBACH, 2007, p. 5). Na segunda parte de seu trabalho, Barroso e Barcellos enumeram um rol de princípios aplicáveis a esse novo modelo de interpretação dos dispositivos constitucionais, dentre os quais se destaca o princípio da supremacia da constituição, assim definido:

Do ponto de vista jurídico, o principal traço distintivo da Constituição é a sua supremacia, sua posição hierárquica superior à das demais normas do sistema. As leis, atos normativos e atos jurídicos em geral não poderão existir validamente se incompatíveis com alguma norma constitucional (BARROSO e BARCELLOS, 2003, p. 51).

Ainda utilizando os comentários de Carlos Maximiliano à Constituição de 1891, Horbach aduz: “A Constituição é a lei suprema do país, contra sua letra ou espírito não prevalecem resoluções dos poderes federais, constituições, decretos ou sentenças estaduais, nem tratados ou quaisquer atos diplomáticos” (HORBACH, 2007, p. 5). Barroso e Barcellos enumeram ainda os princípios da presunção de constitucionalidade das leis e atos do poder público e da interpretação conforme a Constituição, com seus conceitos respectivamente transcritos abaixo:

O princípio da presunção de constitucionalidade, portanto, funciona como fator de autolimitação da atuação judicial: um ato normativo somente deverá ser declarado inconstitucional quando a invalidade for patente e não for possível decidir a lide com base em outro fundamento. (...) Com base na interpretação conforme a Constituição, o aplicador da norma infraconstitucional, dentre mais de uma interpretação possível, deverá buscar aquela que a compatibilize com a Constituição, ainda que não seja a que mais obviamente decorra do seu texto (BARROSO e BARCELLOS, 2003, p. 52).

Horbach, utilizando a doutrina de Maximiliano, revela que tais princípios constitucionais nada possuem de inovadores na ordem jurídica brasileira, pois os comentários deste à primeira Carta Política da República assim informam: “Proclama-se a inconstitucionalidade apenas quando é absolutamente necessário fazê-lo para decidir a

questão *sub judice*. (...) Sempre que for possível, sem fazer demasiada violência às palavras, tão restritivamente se interprete a linguagem da lei que se torne constitucional a medida” (HORBACH, 2007, p. 6). Os defensores da “nova hermenêutica constitucional” enumeram tantos outros princípios aplicáveis ao vigente texto de 1988, tais como o princípio da unidade da Constituição, da efetividade e da razoabilidade ou da proporcionalidade. Porém todos já eram conhecidos dos juristas brasileiros antes da atual Constituição (HORBACH, 2007, p. 7).

Desde o advento da República, em 15 de novembro de 1889, até a promulgação da atual Carta Política, em 5 de outubro de 1988, houve no país alternância entre governos democráticos e ditatoriais. Tal qual o próprio Parlamento, também o Poder Judiciário atuou limitadamente nos períodos de exceção. O que aqui não se aceita são afirmações que ignoram toda a história jurídica do país antes de 1988, que tratam as Constituições anteriores como meros enfeites institucionais e que voluntariamente optam por desprestigiar quase dois séculos de produção jurídica nacional desde a Independência, como se verifica abaixo:

A falta de efetividade das sucessivas Constituições brasileiras decorreu do não reconhecimento de força normativa aos seus textos e da falta de vontade política de dar-lhes aplicabilidade direta e imediata. Prevaleceu entre nós a tradição europeia da primeira metade do século, que via a Lei Fundamental como mera ordenação de programas de ação, convocações ao legislador ordinário e aos poderes públicos em geral. Daí porque as Cartas brasileiras sempre se deixaram inflacionar por promessas de atuação e pretensos direitos que jamais se consumaram na prática. Uma história marcada pela insinceridade e pela frustração. O desrespeito à legalidade constitucional acompanhou a evolução política brasileira como uma maldição, desde que D. Pedro I dissolveu a primeira Assembléia Constituinte. Das rebeliões ao longo da Regência ao golpe republicano, tudo sempre prenunciou um enredo acidentado, onde a força bruta diversas vezes se impôs sobre o Direito. Foi assim com Floriano Peixoto, com o golpe do Estado Novo, com o golpe militar, com o impedimento de Pedro Aleixo, com os Atos Institucionais. Intolerância, imaturidade e insensibilidade social derrotando a Constituição. Um país que não dava certo. A Constituição de 1988 foi o marco zero de um recomeço, da perspectiva de uma nova história (BARROSO e BARCELLOS, 2003, p. 26).

Portanto, conclui-se que a chamada “nova hermenêutica constitucional” se revela vazia de qualquer embasamento teórico original e que o Poder Judiciário existente antes da atual Carta Política não era formado por magistrados escravos de um modelo estritamente exegético e desconhecedor da importância dos princípios constitucionais, sobretudo pelo fato de que o país viveu períodos democráticos antes de 1988.

3. O DIREITO NATURAL E O DIREITO POSITIVO

O objetivo do presente capítulo é buscar as concepções mais adequadas acerca do conteúdo das teorias do Direito natural e do Direito positivo. Realizadas tais compreensões prévias, verificar-se-á se o movimento neoconstitucional, enquanto modelo teórico, possui traços originais que justifiquem sua separação das duas teorias mais conhecidas acerca dos fundamentos do fenômeno jurídico.

3.1. DO JUSNATURALISMO

Desde a antiguidade, os gregos, por meio do seu intenso comércio no mediterrâneo, perceberam que as leis e costumes dos povos variavam muito, ou seja, que as regras de Direito não possuíam uniformidade entre os grupamentos humanos. O filósofo Protágoras, então, tendo por base a compreensão de que “o homem é a medida de todas as coisas”, afirmou que as normas jurídicas devem ser respeitadas por serem determinações coletivas garantidoras da ordem social e que tais normas não possuíam fundamentação em leis divinas e não eram derivadas da natureza (AZEVEDO, 2008, p. 581). Portanto, o filósofo sofista acreditava que as leis derivavam de convenções realizadas pelos próprios grupos destinatários dos regulamentos de convívio social.

Platão não concordou com as colocações de Protágoras, em virtude do relativismo moral que tais proposições faziam às regras de Direito. O fundador da Academia em Atenas passou então a defender a existência de um conjunto de normas básicas de convívio humano que seriam comuns a todos os povos em todas as épocas, um Direito permanente e invariável derivado da própria natureza, que era imutável: o Direito natural. No mesmo sentido, em Roma, Cícero definiu o Direito natural como uma lei imutável, eterna, fruto de uma justiça correta e definitiva, que seria aplicável a todos os povos de todas as gerações, pois de acordo com os desígnios divinos (AZEVEDO, 2008, p. 582). No período medieval, Tomás de Aquino, interessado em conciliar fé e razão, foi o elaborador de uma teoria sobre o Direito natural, pautada nos escritos de Aristóteles e na fé cristã, sendo esta revelada nas escrituras sagradas. Em monografia sobre o tema, Jair Lima dos Santos assim explica a concepção tomista de Direito natural:

Para ele, a ordem política é proveniente indiretamente da lei Eterna, que é a expressão perfeita do modo como Deus projetou o cosmo, dando-lhe ordem e dirigindo cada elemento para o seu fim adequado. Esta lei eterna é o princípio que consubstancia a lei natural, que, por sua vez, é o fundamento da lei humana e social. Portanto, a lei humana é uma ordem coerciva derivada do direito natural, que é inato e informa as decisões humanas, de modo que o poder político pertence ao direito natural, que decorre da razão humana, e o seu objetivo é estabelecer a justiça através da razão (SANTOS, 2010, online).

Mesmo com o fim da idade média, o fenômeno jurídico continuou sendo analisado como decorrente de normas naturais, mas não mais de origens divinas e sim da razão humana (AZEVEDO, 2008, p. 584). O nascimento das grandes codificações europeias no século XIX foi fruto dos movimentos racionalistas do século XVIII. Destaca-se nesse período o Código de Napoleão, que é considerado o pai das codificações civis do ocidente. No Brasil, Elis Helena Pena, citando Paulo Nader, define o Direito natural como o conjunto de princípios que deve guiar o legislador na tarefa de produção das normas jurídicas e também como instrumento garantidor da democracia contra todas as formas de totalitarismo, “traçando as linhas dominantes de proteção ao homem, para que este tenha as condições básicas para realizar todo o seu potencial para o bem” (PENA, 2006, online).

3.2. DO POSITIVISMO JURÍDICO

Após as grandes revoluções do final do século XVIII, parte dos países europeus e também os novos países ocidentais, nas américas, optaram por reunir em grandes códigos seu direito comum, primeiramente aqueles e depois estes. A partir das codificações, há uma grande mudança na mentalidade dos juristas: o que antes era fruto da razão, agora está contido no texto legal. A compreensão do Direito como sinônimo de lei escrita e posta pelo Estado passou a prevalecer em detrimento da doutrina do Direito natural, pois o texto legal oferecia mais segurança nas relações jurídicas e era tido como expressão da vontade coletiva representada pelos legisladores, nos países de tradição latina, e pelas cortes judiciais, nos países de tradição inglesa. Esse modelo teórico do Direito pautado estritamente nas normas de comportamento social impostas pelo Estado recebeu a designação de positivismo jurídico.

Na busca de criar uma verdadeira ciência jurídica, o positivismo reduziu o Direito às normas escritas de cumprimento obrigatório que, se violadas, dão ensejo a uma sanção estatal, afastando o Direito natural como fonte do ordenamento. A doutrina do Direito positivo defende que a validade das normas de um ordenamento jurídico independe do seu conteúdo,

sendo consideradas válidas a partir do momento em que integram formalmente uma ordem jurídica, não se perquirindo se a norma legal se apresenta como justa ou injusta. Já a visão do jusnaturalismo é exatamente a oposta: a validade da norma do ordenamento jurídico está atrelada a estar em conformidade com certas diretrizes axiológicas, como critérios de justiça, morais e da razão humana, ou seja, o conteúdo da norma deve estar adequado a valores previamente existentes. Segundo Kelsen:

Se a questão do fundamento de validade do Direito positivo, isto é, a questão de saber por que as normas de uma ordem coercitiva eficaz devem ser aplicadas e observadas, visa uma justificação ético-política desta ordem coercitiva, ou seja, visa um critério firme segundo o qual uma ordem jurídica positiva possa ser julgada justa e, por isso, válida, ou injusta e, por isso, não válida, então deve dizer-se que a norma fundamental determinada pela Teoria Pura do Direito não realiza uma tal justificação, não fornece um tal critério. [...] De acordo com a Teoria Pura do Direito, como teoria jurídica positivista, nenhuma ordem jurídica positiva pode ser considerada como não conforme à sua norma fundamental, e, portanto, como não válida. O conteúdo de uma ordem jurídica positiva é completamente independente da sua norma fundamental. Na verdade – tem de acentuar-se bem – da norma fundamental apenas pode ser derivada a validade e não o conteúdo da ordem jurídica. [...] Uma doutrina conseqüente do Direito natural distingue-se de uma teoria positivista pelo fato de aquela procurar o fundamento da validade do Direito positivo, isto é, de uma ordem coercitiva globalmente eficaz, num Direito natural diferente do Direito positivo e, portanto, numa norma ou ordem normativa a que o Direito positivo, quanto ao seu conteúdo, pode corresponder mas também pode não corresponder; por tal forma que, quando não corresponda a esta norma ou ordem normativa, deve ser considerado como não válido. Segundo uma genuína doutrina do Direito natural, portanto, não pode – ao contrário do que se dá com a Teoria Pura do Direito como teoria jurídica positivista – toda e qualquer ordem coercitiva globalmente eficaz ser pensada como ordem normativa objetivamente válida (KELSEN, 2009, p. 242-243).

Uma vez que, conforme Kelsen, no positivismo jurídico, restam afastados critérios valorativos para definir se a norma é válida ou inválida, e não justa ou injusta, percebe-se algum grau de afastamento de conceitos como os de justiça e equidade. Apesar da referida análise se revelar aparentemente formalista, não se pode afirmar que as teorias positivistas carecem de juízos valorativos, pois o ato de optar por um modelo teórico e afastar outro já é uma escolha de caráter ideológico: para os seus defensores, essa teoria se mostra como a melhor opção de como deve ser o próprio fenômeno jurídico. Ademais, o positivismo reconhece o poder discricionário do juiz vinculado à norma posta, que pode inclusive possuir conteúdo indeterminado, como os princípios, o que afasta a crítica que afirma ser o magistrado para o positivismo nada mais que um escravo das disposições estritamente gramaticais da legislação.

4. DO CONTEMPORÂNEO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO: CRÍTICA AO NEOCONSTITUCIONALISMO

Modernamente, muitas das constituições que nasceram após a segunda grande guerra optaram por positivizar valores e incluir no texto legal certas normas que não possuem conceito determinado, a tais normas dá-se o nome de princípios jurídicos. A atual Constituição do Brasil foi uma das cartas políticas que incluiu inúmeros princípios em seu corpo. Robert Alexy divide as normas jurídicas em regras e princípios. O referido autor define que as regras apresentam um comportamento pontual e específico, que em seu texto já comportam os efeitos que pretendem produzir. Já os princípios são normas que possuem ideais ou objetivos que devem ser atingidos, mas que em seu texto não revelam um conteúdo determinado (SAPUCAIA, 2011, online). Os princípios seriam assim mandamentos de otimização para o ordenamento jurídico, uma vez que representam finalidades ideais ou objetivos centrais do sistema. A teoria de Alexy sobre o Direito parte da ideia de superação histórica do positivismo jurídico e do jusnaturalismo como modelos que excluem um ao outro. Conforme o jurista alemão, a compreensão do Direito se dá por meio da conjugação de três fatores principais: legalidade pautada nas determinações do ordenamento, a validade (ou eficácia) social e a correção material, nos seguintes termos:

Alexy desenvolveu suas teses com base na superação da dicotomia existente entre direito positivo e direito natural. Tanto assim que, ao dissertar sobre o problema do conceito de direito, considera três características principais sem as quais há o risco de se cair ou no positivismo ou no jusnaturalismo. Para ele, quem deseja saber qual conceito de direito é correto ou adequado precisará relacionar três elementos: o da legalidade conforme o ordenamento, o da eficácia social e o da correção material. Sem a conjugação desses três elementos, entende Alexy, obter-se-á um conceito de direito positivista ou jusnaturalista. É positivista o conceito de direito que for descrito apenas com a legalidade ou a eficácia social, sem haver, portanto, a ideia de correção material. Por sua vez, o direito natural elabora um conceito de direito baseado unicamente em sua correção material. Quanto ao positivismo, há também variações de seu conceito, as quais dependem da ênfase que é dada aos dois elementos – legalidade e eficácia – e à relação existente entre eles. (...) Regras e princípios possuem, na visão de Alexy, um diferente caráter *prima facie*. Enquanto um princípio determina que algo seja realizado nas máximas medidas possíveis, levando em conta as possibilidades fáticas e jurídicas, uma regra válida impõe sua determinação de maneira exata, a não ser que haja uma cláusula de exceção. Os conflitos de princípios, por não serem resolvidos no âmbito da validade, exigem a observação das razões de um e outro princípio, para saber qual será afastado (LIMA, 2014, online).

A questão passa a ser qual critério utilizar para optar por um princípio e afastar outro diante do caso concreto e esse instrumento hermenêutico recebeu a denominação de ponderação de valores, assim colocado:

Muito controversa é a construção de uma ordem hierárquica de valores. A tentativa esbarra inicialmente na impossibilidade de formação de um catálogo exaustivo de valores. Ainda pior é a pretensa elaboração de uma ordem abstrata e com vinculação absoluta. O mesmo vale para os princípios jurídicos que constituem direitos fundamentais, pois se exigiria, de imediato, que uma tal ordem desconsiderasse por completo o caso concreto e não pudesse ser relativizada à luz das peculiaridades fáticas. Esta configura uma ordem rígida. Alexy, entretanto, alerta que é possível desenvolver uma ordem fraca ou flexível, que, ao invés de desconsiderar, prestigia a ponderação. Para tanto, baseia-se nas preferências *prima facie* que têm certos princípios ou valores e também numa rede de preferências construídas sobre decisões concretas. As preferências *prima facie* são conhecidas através das cargas de argumentação concebidas a favor de certos princípios, por exemplo, princípios que consagram a liberdade e a igualdade. Uma rede de preferências é formada com apoio das decisões de um tribunal, que ao longo do tempo expressou preferências de alguns de princípios em relação a outros. A vantagem desta ordem é que ela poderá sempre ser reavaliada em face de um caso concreto e não afasta a importância da *ponderação* para solucioná-lo (LIMA, 2014, online).

Feitas essas considerações acerca da positivação de valores a nível constitucional, resta analisar o recebimento desse discurso pela Suprema Corte do Brasil. Notadamente após 1988, o STF assumiu posição única na atual repartição de funções do Estado Brasileiro, pois ao mesmo tempo possui competência ordinária como instância final do Poder Judiciário e, talvez principalmente, função de guardião último da Constituição, por meio do controle abstrato de constitucionalidade. Ocorre que, hodiernamente, percebe-se uma tendência da Suprema Corte em substituir a democrática vontade do legislador por seus próprios desígnios políticos, através de decisões baseadas em princípios constitucionais, como se verifica no Recurso Extraordinário 466.343.

No referido julgado, a Corte Constitucional inovou na ordem legal ao criar as chamadas normas supraleais. O ordenamento jurídico brasileiro não distingue as normas nacionais daquelas de caráter internacional decorrentes de avenças entre Estados soberanos, com base na matéria regulada. O § 3º do artigo 5º da CF/1988 assim dispõe: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”. No julgamento do RE 466.343, o ministro Gilmar Mendes faz distinção entre a legislação internacional sobre direitos humanos que não possui força de emenda constitucional e a legislação nacional que trata sobre direitos humanos. Segundo o ministro, tratados internacionais sobre direitos humanos ratificados no ordenamento brasileiro com quórum de emenda constitucional (3/5 em dois turnos de votação) seriam formalmente equivalentes às emendas constitucionais. Os tratados

internacionais que regulam direitos humanos ratificados sem o quórum de emenda constitucional adentrariam no ordenamento constitucional com status de norma supralegal, seriam assim formalmente equiparados às normas supralegais (Recurso Extraordinário 466.343-1). Já as normas produzidas pelo poder legislativo nacional que versam sobre direitos humanos não possuiriam o status de norma supralegal, simplesmente pelo fato de não ser fruto de acordo entre o Brasil como Estado soberano e outros países. As normas supralegais, com base nessa decisão do STF, estão hierarquicamente abaixo da Constituição e acima da legislação infraconstitucional. Ocorre que, de acordo com o artigo 59 da Constituição, o processo legislativo compreende a elaboração de emendas à Constituição, leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos e resoluções. Portanto, por meio de uma decisão judicial, o STF criou dispositivo normativo que contraria expressamente o rol taxativo do artigo 59 da Carta Política, violando claramente o princípio da separação dos poderes, conforme sóbria crítica que abaixo se transcreve:

Ocorre que, de acordo com a explanação do douto ministro, a razão de os Tratados Internacionais de Direitos Humanos terem um tratamento diferenciado decorreria exclusivamente da matéria tratada pela norma. Dessa forma, havendo Tratado Internacional voltado para questões relativas a Direitos Humanos, bastaria o conteúdo da norma para elevá-la ao status de supralegalidade, uma vez que ambos possuem o mesmo quórum formal de aprovação. Sendo assim, não haveria razão para conferir tratamento de supralegalidade a uma norma que verse sobre Direitos Humanos emanada de acordo entre representante de Estados Soberanos, e negar idêntico tratamento a outra que, apesar de tratar de Direitos Humanos, não tenha ingressado na ordem jurídica vinda de uma esfera internacional, sendo fruto da vontade, identicamente soberana, do Poder Legislativo interno nacional. Ademais, frise-se que o ingresso no sistema jurídico brasileiro, tanto de dispositivos internacionais quanto internos, ocorre através da mesma porta de entrada, o Poder Legislativo. Vale ressaltar, neste ponto, que supralegalidade é criação jurisprudencial nunca vista antes em nosso país. Com este voto, o douto ministro operou uma revolução no entendimento dos tratados internacionais sobre direitos humanos e, conseqüentemente, criou novo degrau no sistema hierárquico brasileiro gerando uma verdadeira mutação constitucional (ROMANIUC, 2012, online).

Sobretudo, no caso referido, frise-se que a Suprema Corte contrariou norma produzida pelos legisladores constituintes originários, por meio de um entendimento que se mostra ideológico, subjetivo e contrário ao Direito posto. Outro caso que merece destaque pela sua repercussão no meio jurídico, pois houve clara substituição da vontade do legislador pela vontade do Supremo Tribunal Federal, é a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.815 – DF. A ADI foi proposta com o objetivo de dar interpretação conforme à Constituição aos artigos 20 e 21 do Código Civil, sem redução de texto, para, em consonância com os direitos fundamentais à liberdade de pensamento e de sua expressão, de criação artística, produção científica, declarar inexigível o consentimento de pessoa biografada relativamente a obras

biográficas literárias ou audiovisuais, sendo por igual desnecessária autorização de pessoas retratadas como coadjuvantes (ou de seus familiares, em caso de pessoas falecidas). Vejamos o que determina a legislação codificada civil:

Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.

Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes.

Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.

A Constituição brasileira protege igualmente, na condição de direitos fundamentais, a liberdade de expressão, de informação, artística e cultural, independente de censura ou autorização prévia (incisos IV, IX e XIV do artigo 5º e artigo 220) e a inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas (inciso X do artigo 5º). Frise-se que os princípios constitucionais não são absolutos, pois limitam um ao outro dinamicamente tendo em vista a diversidade dos conflitos que surgem para que o Judiciário solucione, as constantes mudanças na sociedade e a inexistência de hierarquia bem definida entre aquelas normas. Quando da edição do atual código civil, o legislador ordinário, dentre dois valores igualmente protegidos pela Constituição, optou por priorizar a intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, proibindo assim a publicação de biografias não autorizadas pelo biografado.

No exercício de suas funções institucionais, o Judiciário não é o único poder que faz o sopesamento de valores, também o legislativo e o executivo fazem escolhas por um valor ou outro no âmbito de suas respectivas atuações. Quando um município opta, num dado período, por utilizar mais recursos na área da saúde, aquela unidade federativa está ao mesmo tempo optando por não utilizar tais recursos na educação, moradia, urbanismo, cultura e tantos outros direitos, igualmente importantes. No caso em análise, quando o Parlamento Federal, durante a formatação do atual Código Civil Brasileiro, proibiu a edição de biografias sem o consentimento do seu titular, esta escolha foi baseada num rol de direitos de personalidade (intimidade, vida privada, honra e imagem) tão importantes quanto a liberdade de expressão, de informação, artística e cultural. A ADI nº 4.815 foi julgada procedente pelo STF,

autorizando a produção de biografias independentemente do consentimento do biografado e assim substituiu a legítima e constitucionalmente válida escolha do Poder Legislativo.

Decisões como a do Recurso Extraordinário 466.343 em sede de controle difuso e da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.815 em controle abstrato são festejadas pelos defensores do chamado neoconstitucionalismo e do seu principal predicado: a “nova hermenêutica constitucional”. Porém o Poder Legislativo não é o único que sofre constantes interferências do Judiciário em suas atribuições: cada vez mais juízes e tribunais substituem a precípua função do Poder Executivo de gerir o erário público, principalmente por meio de decisões que obrigam as fazendas públicas a comprar medicamentos, realizar procedimentos e internar pacientes em leitos de UTI, fenômeno que ficou conhecido como “judicialização da saúde” e que é uma das modalidades de ativismo judicial no Brasil. De acordo com o Observatório de Análise de Políticas em Saúde (OAPS) “os gastos da União com ações judiciais envolvendo prestações de saúde cresceu na ordem de 727% entre 2010 e final de 2016, quando alcançou a cifra de R\$ 3,9 bilhões” (SARLET, 2018, online). Vê-se cada vez mais frequentemente decisões judiciais que abusam do uso de princípios nas suas fundamentações, acobertadas pelo manto protetor da doutrina pós-positivista. O neoconstitucionalismo restaurou, disfarçadamente, o poder moderador previsto na Constituição Imperial brasileira de 1824, dando primazia ao Poder Judiciário, em especial ao Supremo Tribunal Federal, em detrimento das demais funções estatais democráticas.

5. CONCLUSÕES

A “nova hermenêutica constitucional”, fruto do modelo teórico chamado de neoconstitucionalismo ou pós-positivismo, não apresenta nenhum traço distintivo próprio ou novos elementos hermenêuticos diferentes das estruturas e conceitos já conhecidos pela tradicional hermenêutica jurídica dos séculos XIX e XX. A ideia de força normativa da constituição, após a promulgação da Constituição de 1988, foi e é utilizada pelo Judiciário como um meio de reforçar seus próprios poderes e legitimar sua abusiva interferência nas funções do Executivo e do Legislativo.

As ideias de Robert Alexy sobre o Direito se apresentam por meio de uma análise do fenômeno jurídico a partir de um ordenamento que positivou valores e que não busca sua própria validade fora da “moldura” proposta por Hans Kelsen. O Direito para Alexy se baseia

em três características principais: legalidade pautada nas determinações do ordenamento, a eficácia social e correção material. Modernamente, percebe-se que todas as três características apresentadas são dinamicamente viáveis por meio do manuseio das normas que estão positivadas no ordenamento jurídico, inclusive a correção material, com base no papel exercido pelos princípios e na argumentação jurídica. O Judiciário Brasileiro, em especial o STF, prioriza com demasiada frequência a correção material em detrimento da legalidade conforme o ordenamento. A teoria de Alexy não acoberta o desrespeito à separação de funções estatais e à democracia.

O neoconstitucionalismo ou pós-positivismo, no Brasil, representa um movimento ideológico encabeçado pela Suprema Corte que possui o objetivo de justificar a ampliação dos seus poderes, de interferir com demasiada frequência nas funções do Executivo e Legislativo por meio da tomada de decisões baseadas em conceitos indeterminados, tudo através de um discurso que tenta disfarçar a recriação de um novo poder moderador, formalmente designado de controle de constitucionalidade. Os poderes do Supremo Tribunal Federal foram conferidos por determinações constitucionais e só podem ser legitimamente exercidos nos limites da própria Carta Política. O que se tem visto nas últimas décadas são decisões do Supremo que, abusivamente, substituem a vontade dos membros do executivo e legislativo, em escancarado desrespeito à separação dos poderes nos moldes delineados por Montesquieu. O STF é o órgão máximo do Poder Judiciário Brasileiro responsável pela proteção e respeito à Constituição, estando ao mesmo tempo limitado por este solene documento.

O neoconstitucionalismo brasileiro, portanto, se revela como um modelo teórico jusnaturalista, pois vem permitindo, ilimitada e indiscriminadamente, a substituição do texto legal pelas concepções pessoais, subjetivas e morais dos membros do Poder Judiciário que, por meio do reiterado uso de princípios constitucionais, julgam de acordo com suas próprias convicções do que é bom e justo, em claro desrespeito à separação dos poderes e do princípio democrático.

Referências

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

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. O direito ontem e hoje: crítica ao neopositivismo constitucional e à insuficiência dos direitos humanos. **Revista do advogado**, v.28, nº 99, p. 7-14, set. de 2008.

BARROSO, Luís Roberto e BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da História. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. A nova interpretação constitucional. **Revista da EMERJ**, v. 6, n. 23, 2003. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista23/revista23_25.pdf>. Acesso em: 20 de maio de 2018, 22:45.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 466.343-1 São Paulo.** Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>>. Acesso em: 27 de julho de 2018, 15:27.

_____. **Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.815 – DF.** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=4815&processo=4815>>. Acesso em: 29 de julho de 2018, 12:17.

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

HORBACH, Carlos Bastide. A nova roupa do direito constitucional: neo-constitucionalismo, pós-positivismo e outros modismos. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v.96, n.859, p.81-91, maio, 2007.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** Tradução de João Baptista Machado. 8ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

LIMA, André Canuto de F. A teoria dos princípios de Robert Alexy. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 19, n. 4078, 31 ago. 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/31472>>. Acesso em: 25 de julho de 2018, 20:58.

MONTESQUIEU, Barão de. **Do Espírito das Leis**. São Paulo: Martin Claret, 2007.

PENA, Elis Helena. Direito Natural, Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e Artigo 5º, Inciso X da Constituição Federal em conflito com o Princípio da Proporcionalidade. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, IX, n. 26, fev 2006. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=970>. Acesso em: 10 de julho de 2018, 09:11.

ROMANIUC, Jefson Márcio Silva. Ativismo judicial e o Supremo Tribunal Federal: Visão crítica sobre os limites da atuação judicial. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 97, fev 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11081>. Acesso em 09 de agosto de 2018, 11:37.

SANTOS, Jair Lima dos. **Direito Natural em Tomás de Aquino. Breve estudo do pensamento jurídico-filosófico medieval**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/14541/direito-natural-em-tomas-de-aquino>>. Acesso em: 21 de junho de 2018, 23:21.

SAPUCAIA, Rafael Vieira Figueiredo. O modelo de regras e princípios em Robert Alexy. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 93, out 2011. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10552>. Acesso em: 10 de agosto de 2018, 11:57.

SARLET, Ingo Wolfgang. STJ, STF e os critérios para fornecimento de medicamentos (parte 1). In: **Revista Consultor Jurídico**, 27 de abril de 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-abr-27/direitos-fundamentais-stj-stf-criterios-fornecimento-medicamentos-parte>>. Acesso em: 15 de agosto de 2018, 14:40.