

# UMA ABORDAGEM SOBRE O DISCURSO E O CONTRADISCURSO DO NEOCONSTITUCIONALISMO

## ANALYSIS OF THE DISCOURSE AND COUNTERDISCOURSE OF THE NEOCONSTITUTIONALISM

**Aurinilton Leão Carlos Sobrinho \***

**Maria dos Remédios Fontes Silva \*\***

**Resumo.** O presente trabalho tem como objeto realizar uma análise sobre o ideário do neoconstitucionalismo. Questiona-se, pois, sobre o teor de inovação e problematiza suas características fundamentais em cotejo com o constitucionalismo. Importa saber: o que há de novo no constitucionalismo para ser caracterizado como “neo”? A problemática resposta é tratada criticamente, pontuando-se aqueles que são expressados como os elementos característicos do neoconstitucionalismo. O resultado é a verificação de uma manifesta imprecisão terminológica e uma certa fragilidade metodológica e discursiva que acabam por esvaziar a fundamentação teórica do discurso do neoconstitucionalismo. Além disso, o uso acrítico de seus “princípios teóricos” na práxis jurisdicional pode resultar nos vícios do voluntarismo e do decisionismo.

**Palavras-chave.** Constitucionalismo; Neoconstitucionalismo; Discurso; Contradiscorso.

**Abstract.** The neoconstitutionalism is the object to analyse in this paper, to question his level of innovation and discusses its key features by comparison with the constitutionalism. It is important to know: what's new in constitutionalism to be characterized as “neo”? The response is treated critically, pointing to those that are expressed as the characteristic features of the neoconstitutionalism. The result is the finding of a evident imprecision of terminology and some methodological and discursive fragility that eventually can empty the theoretical discourse of neoconstitutionalism. Moreover, the uncritical use of their "theoretical principles" in the court practice can result in defects of the voluntarism and decisionism.

**Keywords.** Constitutionalism; Neoconstitutionalism; Discourse; Counterdiscourse.

## 1 INTRODUÇÃO

No discurso jurídico e na prática jurisdicional tem sido frequente o uso de argumentos com referências, por vezes vagas e imprecisas, aos termos neoconstitucionalismo e pós-positivismo. Apesar disso, apresenta-se o neoconstitucionalismo como um “sólido” amparo teórico tanto para fundamentar posturas teóricas quanto para motivar as decisões judiciais, principalmente as que caracterizariam o ativismo judicial. Até mesmo o Supremo Tribunal Federal tem se utilizado deste expediente, o que aconteceu, por exemplo, no julgamento da

---

\* Mestrando em Direito pelo Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (PPGD-UFRN). Especialista em Jurisdição e Processo Civil. Professor da Escola da Magistratura do Rio Grande do Norte (ESMARN). Assistente de Juiz da Sétima Vara Criminal da Comarca de Natal, RN.

\*\* Pós-Doutora pela *Université Lumière Lyon II*, França. Mestra e Doutora em Direitos Humanos pela *Université Catholique de Lyon – Institute de Droits de L'homme*, França. Atualmente ocupa o cargo de Professor Associado II da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN) e desenvolve a função de Coordenadora do Programa de Pós-graduação em Direito da UFRN.

ADIn nº 3.510-0, em que o Ministro Relator Carlos Ayres Britto expressamente afirma que decide sob o influxo de um olhar pós-positivista sobre o direito brasileiro, que seria um olhar conciliatório do ordenamento jurídico com os imperativos de ética humanista e justiça material, e julga improcedente a pretensão declaratória de inconstitucionalidade do art. 5º da Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005.

Nada obstante, apesar de se irrogarem o “rótulo” de teorias e práticas referendadas pelo neoconstitucionalismo, os sectários desta linha de pensamento não explicam o que concebem sob tal signo (neoconstitucionalismo) e até parecem não se preocupar com o rigor de suas formulações teóricas e de seus argumentos, a ponto de, por exemplo, não explicitarem o que há de novo para ser chamado de “neo” o constitucionalismo. E é exatamente este o ponto de reflexão que se propõe: o que há de novo no neoconstitucionalismo? Seria o neoconstitucionalismo uma corrente teórica? Como caracterizá-lo?

Às questões postas não se pretende dar uma resposta definitiva, mas fazer um levantamento dos problemas que a falta de clareza e a fragilidade metodológica, a abordagem e o uso acrílicos de teorias podem ocasionar. Daí porque se divide o presente trabalho em duas partes: num primeiro momento, busca-se caracterizar o constitucionalismo; em seguida, reconstrói-se o discurso do neoconstitucionalismo como meio de pensar um contradiscurso.

## 2 CARACTERIZAÇÃO DO CONSTITUCIONALISMO

O termo constitucionalismo permite identificar pelo menos quatro sentidos: (i) referência ao movimento político-constitucional cuja pretensão é limitar o poder arbitrário; (ii) imposição da adoção de Constituições escritas; (iii) indica os propósitos mais latentes e atuais da função e posição das constituições nas diversas sociedades; e, finalmente, (iv) numa acepção mais restrita, o constitucionalismo limita-se à evolução histórico-constitucional de um determinado Estado <sup>1</sup>.

Esse mesmo elemento, a limitação do poder, é identificado por Canotilho <sup>2</sup>, que, contudo, identifica vários constitucionalismos – por exemplo, o inglês, o americano e o francês –, os quais prefere denominar de *movimentos constitucionais*. De todo modo, define constitucionalismo, de forma abrangente, como uma “teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia de direitos em dimensão estruturante

---

<sup>1</sup> TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p.1.

<sup>2</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 51.

da organização político-social de uma comunidade”. Ressalta, ainda, que o constitucionalismo “moderno” representa “uma *técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos*” e que “O conceito de constitucionalismo transporta, assim, um claro juízo de valor”, para arrematar que, no fundo, é “uma *teoria normativa da política*, tal como a teoria da democracia ou a teoria do liberalismo”<sup>3</sup>.

Conquanto possa haver distintas formulações e até profundas divergências na abordagem do tema, é possível identificar dois pontos essenciais e consensuais no constitucionalismo: (i) a limitação do poder e (ii) a prevalência dos direitos fundamentais, que deixaram de ser apenas ideais políticos para serem vistos como autênticas normas jurídicas, normas estas que integram a Constituição em seu mais completo sentido, constituída de princípios e de regras, com inegável normatividade<sup>4</sup>.

Muito embora seja comum distinguir do constitucionalismo antigo o moderno<sup>5</sup>, aquilo que se denomina de “constitucionalismo antigo” nada mais é do que um conjunto de antecedentes históricos que com o constitucionalismo não se confundem. Ora, não se pode dizer que anteriormente ao constitucionalismo chamado moderno existiu um movimento orientado à limitação do poder soberano, mas sim inúmeros fatos que conduziram a uma limitação, mais ou menos significativa. É o caso da democracia grega, que, mesmo manifestamente excludente, parece mais adequado reconhecê-la como antecedente histórico mais aproximado do constitucionalismo do que o Estado teocrático.

A *Magna Charta* (1215) constitui o grande marco da Idade Média ao reconhecer direitos individuais, ainda que formalmente. Com a promulgação desta, a nobreza inglesa, com a finalidade de ampliar a garantia de legalidade, passou a exigir respeito à *law of the land*. E foi justamente essa exigência de um julgamento de acordo com o regime jurídico local que antecedeu historicamente a expressão *due process of law*, que viria a ser consagrada pelo direito norte-americano. Conquanto a aquisição de direitos não tenha se estendido, de início, a toda população inglesa, a *Magna Charta* representa, sem dúvida, um importante marco histórico, porque se constituiu como um legítimo instrumento para a efetivação de princípios e garantias fundamentais e lançou as bases de sustentação ao direito processual, motivo pelo qual alcançou destacada posição nos Estados Democráticos de Direito<sup>6</sup>.

---

<sup>3</sup> CANOTILHO, *op. cit.*, p. 51.

<sup>4</sup> Sobre a normatividade dos princípios a doutrina nos últimos anos tem sido bastante profícua, principalmente após a grande repercussão das obras de Dworkin e Alexy, mesmo com formulações e referenciais teóricos inteiramente distintos.

<sup>5</sup> É o que faz, por exemplo, CANOTILHO, *op. cit.*, p. 52.

<sup>6</sup> SILVEIRA, Paulo Fernando. **Devido processo legal**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1997. pp. 80-85. Ver, também, LIMA, Maria Rosynete Oliveira. **Devido processo legal**. Porto Alegre: SAFE, 1999.

Somente na Idade Moderna é que surgem movimentos e documentos mais significativos, dentre os quais: o *Petition of Rights* (1628), o *Habeas Corpus Act* (1679), o *Bill of Rights* (1689) e o *Act of Settlement* (1701). Nessa época, os pactos e forais de franquia foram marcantes, porque buscavam resguardar direitos individuais, mas ainda sem o caráter universal dos dias atuais.

Nos Estados Unidos, os chamados contratos de colonização – *Compact* (1620) e *Fundamental Orders of Connecticut* (1639) –, que transparecem a ideia de estabelecimento e organização do governo pelos próprios governados, e a Declaração de Direitos da Virgínia (1776) formam os principais documentos do constitucionalismo norte-americano, conjuntamente com as Constituições das ex-colônias britânicas da América do Norte, Constituição da Confederação dos Estados Americanos (1781).

A Revolução Francesa (1789 d.C.), como é consabido, marca, na História do Ocidente, o início da Idade Contemporânea. E o denominado constitucionalismo moderno, cuja principal característica é o estabelecimento de constituições escritas como forma de conter o exercício do poder, é inaugurado formalmente pela Constituição norte-americana de 1787 e pela francesa de 1791, que trazia em seu preâmbulo a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, passando o povo a ostentar a qualidade de titular legítimo do poder.

Nesse primeiro momento preponderou o *constitucionalismo liberal*, profundamente influenciado pelo liberalismo clássico, que se pautava no individualismo, direito à livre empresa e à propriedade particular dos bens de produção, absentéismo do Estado, livre concorrência e observância das “leis de mercado”, valorização da propriedade privada. A prevalência da concepção liberal, como é de conhecimento vulgar, conduziria a uma forte concentração de renda e exclusão social, além de crises econômicas, motivo pelo qual o Estado é convocado a ocupar a condição de regulação e fiscalização da economia, buscando evitar abusos e limitar o poder econômico.

Surge, então, a “segunda geração” (ou dimensão) de direitos, instituídos pioneiramente pela Constituição do México de 1917 e pela de Weimar (1919), que influenciariam a Constituição brasileira de 1934. Fala-se, pois, em Estado Social de Direito.

A partir do Século XX, principalmente no pós-guerra, o Direito Constitucional sofre uma profunda releitura, passando-se a discutir temas como o dirigismo comunitário, que seria o curso natural do dirigismo estatal, o constitucionalismo globalizado <sup>7</sup>. Surgem novos

---

<sup>7</sup> TAVARES, *op. cit.*, p. 37.

direitos (terceira geração ou dimensão), destacando-se os direitos à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, ao meio ambiente e à qualidade de vida, o direito à conservação e utilização do patrimônio histórico e cultural, e o direito à comunicação. Paulo Bonavides <sup>8</sup> fala, ainda, dos direitos de quarta (direito à democracia) e de quinta geração (direito a paz), assim como Artur Cortez Bonifácio – quarta geração: bioética e engenharia genética; quinta geração: direitos advindos da realidade virtual <sup>9</sup>.

Com o constitucionalismo moderno se consolida a chamada constituição moderna, isto é, a “ordenação sistemática e racional da comunidade política através de um documento escrito no qual se declaram as liberdades e os direitos e se fixam os limites do poder político” <sup>10</sup>. A partir desta definição é possível visualizar as dimensões fundamentais do conceito de constituição moderna: (i) ordenação jurídico-política disposta num documento escrito, no qual há (ii) a declaração de um conjunto de direitos fundamentais instrumentalizados pelas garantias correlativas, e (iii) limitação e moderação do poder por meio de uma organização esquemática do poder político <sup>11</sup>.

Ao conceito ideal exposto, Canotilho opõe um *conceito histórico* de Constituição, entendida esta como “o conjunto de regras (escritas ou consuetudinárias) e de estruturas institucionais conformadoras de uma dada ordem jurídico-política num determinado sistema político-social” <sup>12</sup>. Neste ínterim, devem ser evitadas as interpretações retrospectivas, que acabam por atribuir a fatos e conceitos historicamente vinculados ao tempo e às características da sociedade da época a configuração atual, provocando, assim, um abismo histórico e uma acentuada distorção discursiva, de modo a prejudicar e até mesmo tornar imprestável uma dada formulação teórica.

Em suma, o constitucionalismo pode ser visto como um movimento teórico político-jurídico que apresenta como aspirações fundamentais: limitar o poder e garantir os direitos fundamentais por meio de uma Constituição escrita.

### 3 O DISCURSO DO NEOCONSTITUCIONALISMO

A profusão de ideias e pluralidade características da contemporaneidade permitiram a o desenvolvimento de uma influente formulação teórica denominada neoconstitucionalismo.

---

<sup>8</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

<sup>9</sup> BONIFÁCIO, Artur Cortez. **Direito de petição: garantia constitucional**. São Paulo: Método, 2004, p. 49.

<sup>10</sup> CANOTILHO, *op. cit.*, p. 52.

<sup>11</sup> CANOTILHO, *op. cit.*, p. 52.

<sup>12</sup> CANOTILHO, *op. cit.*, p. 53.

A seguir, faz-se uma breve síntese das concepções de dois dos mais importantes defensores desse modo de pensar: Paolo Comanducci e Luís Roberto Barroso.

Comanducci identifica um duplo significado veiculado pelos termos “constitucionalismo” e “neoconstitucionalismo”<sup>13</sup>. Numa primeira acepção, designam ambos uma teoria e/ou uma ideologia e/ou um método de análise do direito. Numa segunda acepção, designam alguns elementos estruturais de um sistema jurídico e político, que são descritos e explicados pelo neoconstitucionalismo como teoria, o que satisfaz os requisitos do neoconstitucionalismo como ideologia. Configuram, pois, um modelo constitucional, que nada mais é do que o conjunto de mecanismos normativos e institucionais, realizados num sistema jurídico-político historicamente determinado, que limitam os poderes do Estado e/ou protegem os direitos fundamentais<sup>14</sup>.

O Direito Constitucional, no estágio atual, estaria passando por um momento no qual cumpre dar eficácia à Constituição, na perspectiva de concretização dos direitos fundamentais. Seria este estágio o neoconstitucionalismo, cujas principais características, segundo Walber de Moura Agra, são: (i) positivação e concretização de um catálogo de direitos fundamentais; (ii) onipresença dos princípios e das regras; (iii) inovações hermenêuticas; (iv) densificação da força normativa do Estado; (v) desenvolvimento da justiça distributiva<sup>15</sup>.

Para Luís Roberto Barroso, o novo direito constitucional identifica um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, em meio às quais podem ser assinalados um marco histórico – “a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX”, um marco filosófico – “o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética” – e um marco teórico, isto é, “o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional”<sup>16</sup>. Desse conjunto de fenômenos teria resultado, segundo Barroso, um processo extenso e profundo de constitucionalização do Direito.

---

<sup>13</sup> COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. In: **Neoconstitucionalismo**. 2. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005. p. 75 (Colección Estructuras y Procesos, Série Derecho).

<sup>14</sup> COMANDUCCI, *op. cit.*, p. 75.

<sup>15</sup> AGRA, Walber de Moura. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 31.

<sup>16</sup> BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. [on-line] **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>>. Acesso em: 09.jul. 2008.

Salienta Barroso que na Europa continental o marco histórico do novo direito constitucional foi o constitucionalismo do pós-guerra, especialmente na Alemanha e na Itália, enquanto no Brasil, a Constituição de 1988 e o processo de redemocratização, tendo ocorrido a redefinição do lugar da Constituição e o reconhecimento da influência do direito constitucional sobre as instituições contemporâneas.

O marco filosófico, para Barroso, seria o que ele denomina de pós-positivismo. Professa o referido constitucionalista que o debate acerca de sua caracterização “situa-se na confluência das duas grandes correntes de pensamento que oferecem paradigmas opostos para o Direito: o jusnaturalismo e o positivismo”, que passam a ser vistos, é bem verdade, como opostos, mas também, por vezes, singularmente complementares.

Quanto ao marco teórico, observa Barroso, três grandes transformações subverteram o conhecimento convencional relativamente à aplicação do direito constitucional: (i) o reconhecimento da normatividade da Constituição; (ii) a expansão da jurisdição constitucional; (iii) o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional.

Já Comanducci, fundado na distinção firmada por Norberto Bobbio entre as três acepções do positivismo jurídico, classifica analogamente o neoconstitucionalismo três diversas formas: o teórico, o ideológico e o metodológico. Considera Comanducci que se torna mais compreensível e significativa a confrontação crítica entre tipos homogêneos de positivismo e de neoconstitucionalismo, respectivamente, além de permitir diferenciar o constitucionalismo do neoconstitucionalismo”<sup>17</sup>.

Afirma Comanducci que, como teoria, o neoconstitucionalismo representa uma alternativa à teoria juspositivista tradicional.

Nada obstante, formam-se duas tendências contrapostas de pensamento: (i) uma primeira compreensão no sentido de que não é mais do que a continuação do positivismo jurídico, apenas com um objeto parcialmente modificado; (ii) uma segunda sustenta que as transformações do objeto de investigação tornam necessária uma mudança radical de metodologia e que, portanto, o neoconstitucionalismo apresenta diferenças qualitativas em relação ao juspositivismo teórico.

O neoconstitucionalismo teórico, caracterizado por centrar sua análise na estrutura e no papel que os sistemas jurídicos contemporâneos assumem frente à constituição, por

---

<sup>17</sup> COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. In: **Neoconstitucionalismo**. 2. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005. p. 82 (Colección Estructuras y Processos, Série Derecho).

vezes adota como objeto de investigação “o modelo descritivo da Constituição como norma” e, às vezes, contrariamente, o “modelo axiológico da Constituição como norma”<sup>18</sup>.

O *modelo descritivo da Constituição como norma* designa um conjunto de regras jurídicas positivadas, contidas num documento, ao passo que no *modelo axiológico* a Constituição é um valor em si.

Um dos traços distintivos do neoconstitucionalismo teórico em relação à teoria juspositivista tradicional, segundo Comanducci, é a tese segundo a qual a interpretação constitucional, como consequência do processo de constitucionalização do Direito, apresenta hoje, de fato, algumas características peculiares acerca da interpretação da lei, a depender do modelo de Constituição que se adote: se o descritivo, a Constituição apresenta uma característica pelo menos em comum com a lei, a saber, a de ser um documento normativo; se o axiológico, o constitucionalismo não se apresenta como uma teoria do Direito, mas como uma ideologia, que parece ser o modelo assumido na atividade interpretativa das cortes constitucionais.

Apresentado como ideologia, o neoconstitucionalismo tende a distinguir parcialmente a ideologia constitucionalista e a que reserva o objetivo da limitação do poder estatal a um segundo plano, já que põe em primeiro o objetivo de garantia dos direitos fundamentais. Afinal, este (o neoconstitucionalismo ideológico) não se limita a descrever os êxitos do processo de constitucionalização, mas os valoriza positivamente e propugna sua defesa e ampliação, de modo que as atividades do Legislativo e do Judiciário estejam direcionadas à concretização, atuação e garantia dos direitos fundamentais previstos na Constituição (neoconstitucionalismo das regras).

Ademais, o neoconstitucionalismo ideológico adota o modelo axiológico de Constituição como norma e evidencia uma radical especificidade da interpretação constitucional em relação à lei e também a aplicação da Constituição em relação à aplicação da lei.

Considera Comanducci que algumas variantes do neoconstitucionalismo, em especial aquelas que também se apresentam como ideologia, pressupõem uma tomada de posição metodológica, com referência em autores como Alexy e Dworkin. Contrapõe-se exatamente ao positivismo metodológico e conceitual, que afirma a tese segundo a qual sempre é possível identificar e descrever o direito como é e distingui-lo de como deveria ser.

---

<sup>18</sup> COMANDUCCI, *op. cit.*, p. 84.



Sustenta o neoconstitucionalismo metodológico a tese da conexão necessária entre direito e moral, ao menos no que diz respeito a situações de Direito constitucionalizado, em que os princípios constitucionais e os direitos fundamentais constituiriam uma ponte entre direito e moral.

#### **4 UM NECESSÁRIO CONTRADISCURSO DO(S) NEOCONSTITUCIONALISMO(S)**

A apertada síntese procedida no item anterior é uma amostra ilustrativa da imprecisão terminológica e metodológica dos defensores do neoconstitucionalismo, sobretudo no Brasil. A nomenclatura faz crer que se inova no constitucionalismo, que passaria a ser denominado neoconstitucionalismo, o que não parece que seja adequado, já que os traços fundamentais dessa “inovadora” concepção depõem contra ela mesma.

Em primeiro lugar, a positivação e concretização de um catálogo de direitos fundamentais não chegam a ser uma inovação, à obviedade, por constituir objetivo comum entre ambos. Por conseguinte, não pode ser tido como elemento distintivo. As gerações ou dimensões de direitos fundamentais justapõem-se e conformam o Estado de Direito, requalificando-o, mas sem perda do sentido evolutivo <sup>19</sup>.

Em segundo lugar, a contestação ao positivismo e o empenho pelo desenvolvimento de uma nova teoria da interpretação também não podem ser apresentados como inovação. Ora, pelo menos desde o Século XIX e início do Século XX, e até mesmo antes de superado o positivismo exegético, já se apresentavam sérias objeções ao pensamento exegético, representado pela Livre Investigação do Direito (François Gèny), pela corrente do Direito Livre (Ehrlich e Kantorowicz) e pelo uso alternativo do Direito <sup>20</sup>, positivismo este que seria suplantado por outro e mais influente positivismo: o normativista <sup>21</sup>.

Em terceiro lugar, o constitucionalismo do pós-guerra pode até ser concebido como tardio, contudo, não chega a configurar um “novo” modelo de constitucionalismo. Ora, nos Estados Unidos a ideia de Constituição normativa, ao fim do Século XX – período

---

<sup>19</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa**. Coimbra: Coimbra, 2004. pp. 30-42.

<sup>20</sup> REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. pp. 409-433; NADER, Paulo. NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do Direito**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. pp. 273-278; DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. pp. 50-68.

<sup>21</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. pp. 31-35.

mencionado como marco histórico por Barroso – já se encontrava de há muito consolidada, assim como estava solidificada por lá a jurisdição constitucional <sup>22</sup>.

Em quarto lugar, o pós-positivismo professado, dentre outros, por Barroso, não pode ser tido propriamente como pós-positivista, porque não rompe com o decisionismo típico do positivismo normativista, além da confusão conceitual e da recepção equivocada de teorias no direito brasileiro, sobretudo a Jurisprudência dos valores, a ponderação de Alexy e o ativismo judicial norte-americano, conforme bem acentua Streck <sup>23</sup>.

Esse quadro de fragilidade metodológica, contudo, não chega a ser privilégio das formulações brasileiras. Veja-se o exemplo de Comanducci, que não expõe sua compreensão de teoria, de ideologia e de metodologia, o que ocasiona uma imprecisão terminológica que dificulta a compreensão e até mesmo a refutação de seu pensamento. E por mais que tente distinguir, não o faz de forma clara nem mesmo em relação aos três tipos de neoconstitucionalismo, quanto mais no que diz respeito ao constitucionalismo.

Esta indisfarçável fragilidade metodológica apresentada pelo ideário neoconstitucionalista talvez seja indicativa da tamanha repulsa dos juristas ao modelo teórico das ciências naturais. Ora, é consabido que os tradicionais critérios de demarcação científica derivam do modelo de racionalidade inaugurado no Século XVI, que se desenvolveu à luz e nos domínios das chamadas ciências naturais <sup>24</sup>, modelo este que viria a estender-se às ciências sociais. Noutras palavras, as concepções acerca das ciências sociais, do modo de sua produção teórica, relacionam-se ou integram-se ao paradigma <sup>25</sup> da ciência moderna <sup>26</sup>.

A ciência, de acordo com esse paradigma dominante, seria a única forma de conhecimento verdadeiro e visaria a conhecer para dominar e controlar a natureza. A matemática ocupa posição central e fornece à ciência moderna a lógica da investigação, o modelo de representação da estrutura da matéria e o instrumento de análise, motivo pelo qual conhecer passou a significar *quantificar*, aferindo-se o rigor científico pela exatidão das

---

<sup>22</sup> STRECK, *op. cit.*, pp. 35-6.

<sup>23</sup> STRECK, *op. cit.*, pp. 47-55.

<sup>24</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. **Um discurso sobre as ciências**. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2004. p. 21.

<sup>25</sup> O termo *paradigma* expressa, na presente obra, “um modelo ou padrão aceito”, “a ser melhor articulado e precisado em condições novas ou mais rigorosas”, cujo status é adquirido “porque são mais bem sucedidos que seus competidores na resolução de alguns problemas que o grupo de cientistas reconhece como graves [...] O sucesso de um paradigma [...] é, a princípio, em grande parte, uma promessa de sucesso que pode ser descoberta em exemplos selecionados e ainda incompletos. A ciência normal consiste na atualização dessa promessa, atualização que se obtém ampliando-se o conhecimento daqueles fatos que o paradigma apresenta como particularmente relevantes, aumentando-se a correlação entre esses fatos e as predições dos paradigmas e articulando-se ainda mais o próprio paradigma” (KUHN, Thomas. **A estrutura das revoluções científicas**. 8 ed. São Paulo: Perspectiva, 2003. pp. 43-4).

<sup>26</sup> SANTOS, *op. cit.*, p. 40.

medições, de modo que o “O que não é quantificável é cientificamente irrelevante”<sup>27</sup> e o método assentou-se na *redução da complexidade*. A divisão primordial é a que distingue entre “condições iniciais” e “leis da natureza”, ressalta Santos. As primeiras, “são o reino da complicação, do acidente e onde é necessário seleccionar as que estabelecem as condições relevantes dos factos a observar”, enquanto as últimas “são o reino da simplicidade e da regularidade onde é possível observar e medir com rigor”<sup>28</sup>.

O paradigma dominante, contudo, há muito vem sendo combatido e as ciências sociais vêm conquistando o espaço e o reconhecimento que lhes são devidos. Aliás, o próprio Boaventura de Sousa Santos refuta o modelo “quantitativo” de ciência, dentre tantas outras contestações advindas da teoria da ciência. Nada obstante, o que importa aqui não é adentrar na profunda discussão sobre os critérios de demarcação científica, pois isso pressupõe que o objeto principal da pesquisa seja relativo à Sociologia do Conhecimento, ou mesmo à Epistemologia, tencionando o estabelecimento de uma categoria geral de ciência, a abranger as suas espécies, tal modo a dar conta da complexidade dos fenômenos naturais e sociais — se é que é possível uma tal distinção —, o que não é o caso do presente estudo. Todavia, não é de todo despropositado registrar as palavras de Alan F. Chalmers, que, ao fazer uma autocrítica ao final de sua obra, afirmou:

A estrutura de grande parte dos argumentos desse livro foi de desenvolver relatos do tipo de coisa que é a física e testá-los no confronto com a física real. Diante dessa consideração, sugiro que a pergunta que constitui o título desse livro [*O que é ciência, afinal?*] é enganosa e arrogante. Ela supõe que exista uma única categoria “ciência” e implica que várias áreas do conhecimento, a física, a biologia, a história, a sociologia, e assim por diante se encaixam ou não nessa categoria. *Não sei como se poderia estabelecer ou defender uma categoria tão geral da ciência. Os filósofos não têm recursos que os habilitem a legislar a respeito dos critérios que precisam ser satisfeitos para que uma área do conhecimento seja considerada aceitável ou “científica”.* Cada área do conhecimento pode ser analisada por aquilo que é. Ou seja, podemos investigar quais são seus objetivos — ou podem ser diferentes daquilo que geralmente se consideram ser seus objetivos — ou representados como tais, e podemos investigar os meios usados para conseguir estes objetivos e o grau de sucesso conseguido. Não se segue que nenhuma área do conhecimento possa ser criticada. Podemos tentar qualquer área do conhecimento criticando seus objetivos, criticando a propriedade dos métodos usados para atingir esses objetivos, confrontando-a com meios alternativos e superiores de atingir os mesmos objetivos e assim por diante. Desse ponto de vista não precisamos de uma categoria geral “ciência”, em relação à qual alguma área do conhecimento pode ser aclamada como ciência ou difamada como não sendo ciência [grifo acrescentado]<sup>29</sup>.

Mas Chalmers é ainda mais incisivo, ao afirmar:

Se devemos falar das maneiras em que as teorias devem ser avaliadas ou julgadas, então a minha posição é relativista no sentido de que nego que exista algum critério absoluto em relação ao qual estes julgamentos devem ser feitos. Especificamente, não há uma categoria geral, “a ciência”, e nenhum conceito de verdade à altura da

---

<sup>27</sup> SANTOS, *op. cit.*, p. 28.

<sup>28</sup> SANTOS *op. cit.*, p. 40.

<sup>29</sup> CHALMERS, Alan F. **O que é ciência afinal?**. (trad. Raul Fiker). São Paulo: Brasiliense, 1993.p. 211.

tarefa de caracterizar a ciência como uma busca da verdade. *Cada área de conhecimento deve ser julgada pelos próprios méritos, pela investigação de seus objetivos, e, em que extensão é capaz de alcançá-los. Mais ainda, os próprios julgamentos relativos aos objetivos serão relativos à situação social [grifou-se]*<sup>30</sup>.

É evidente que tais considerações seriam melhor empregadas numa reflexão mais ampla e profunda sobre a natureza do conhecimento jurídico. São, entretanto, pertinentes, porque o ideário neoconstitucionalista possui a pretensão de explicar a atual conjuntura do Direito Constitucional. Se assim é, a teorização produzida pelos sectários desta corrente deve ser analisada a partir de critérios. Não obstante isso, ante o estado de perplexidade e o ambiente de dúvidas e incertezas retratado por Chalmers — além, é claro, da complexidade da problemática —, bem como da diversidade de formulações hoje existentes, cumpre ao pesquisador fixar que instrumentos metodológicos e quais os critérios de cientificidade pautam o seu empreendimento.

Desta feita, ao presente exercício de reflexão adota-se a proposta de Pedro Demo. Este autor sugere o questionamento como método, tal modo que os resultados do conhecimento científico, por essa via obtidos, “permanecem questionáveis, por simples coerência de origem. Antes de mais nada, cientista é quem duvida do que vê, se diz, aparece, e, ao mesmo tempo, não acredita poder afirmar algo com certeza absoluta”, no qual “criticar e ser criticado são, essencialmente, o mesmo procedimento metodológico”<sup>31</sup>.

A atividade do questionamento compreende a articulação do discurso com consistência lógica, capaz de convencer. “**Somente é científico o que for discutível**”<sup>32</sup>. Esse discurso, entretanto, deve ser lógico, sistemático, coerente, bem argumentado. Precisa satisfazer a critérios externos e internos, ligados a uma espécie de Sociologia do Conhecimento. Os primeiros compreendem: (a) *coerência*, significando ausência de contradição, fluência entre premissas e conclusões, texto bem tecido; (b) *sistematicidade*, como o “esforço de dar conta do tema amplamente”, mas sem exigir-se o esgotamento, uma vez que “nenhum tema é, propriamente, esgotável”; (c) *consistência*, ou seja, “capacidade de resistir à contra-argumentação ou, pelo menos, merecer o respeito de opiniões contrárias”; (d) *originalidade*, mas não uma formulação inteiramente original, espera-se alguma inovação, contudo, no sentido de interpretação própria, não sendo aceito discurso “apenas reprodutivo, copiado”; (e) *objetivação*, esforço de tratar fielmente a realidade, assim como ela é, que se distingue da objetividade, “porque impossível, mas do compromisso metodológico de dar conta da realidade da maneira mais próxima possível, o que tem instigado o conhecimento a

---

<sup>30</sup> CHALMERS, *op. cit.*, p. 212.

<sup>31</sup> DEMO, Pedro. **Metodologia do Conhecimento Científico**. São Paulo: Atlas, 2000. p. 25.

<sup>32</sup> DEMO, *op. cit.*, p. 26. O grifo em negrito consta no original.

ser ‘experimental’, dentro da lógica do experimento”<sup>33</sup>; e (f) *discutibilidade*, a qualidade da “coerência no questionamento, evitando a contradição performativa, ou seja, desfazermos o discurso ao fazê-lo”, conjugando-se crítica e autocrítica, “dentro do princípio metodológico de que a coerência da crítica está na autocrítica”<sup>34</sup>

Dentre os critérios externos de cientificidade, Demo enumera: (a) *intersubjetividade*, referindo-se ao consenso dominante entre cientistas, pesquisadores e professores, que avaliam e decidem sobre o que é ou não é válido, ou, por outro lado, concorrência entre correntes, além da constituição de escolas (Escola de Frankfurt, p.e.); (b) *autoridade por mérito*, “significa o reconhecimento de quem conquistou posição respeitada em determinado espaço científico e é por isso considerado ‘argumento’”; (c) *relevância social*, respeitante à relação prática nas teorias e escrutínio crítico das pesquisas; (d) *ética*, visa a responder a questão: “a quem serve a ciência?”<sup>35</sup>.

Estes critérios são, portanto, segundo Pedro Demo, distintivos do conhecimento científico das demais formas de conhecimento. Conhecimento científico, conclui,

É o que busca fundamentar-se de todos os modos possíveis e imagináveis, mas mantém consciência crítica de que alcança este objetivo apenas parcialmente, não por defeito, mas por tessitura própria do discurso científico; todo argumento contém componentes não argumentados, assim como toda estruturação lógica encobre passos menos lógicos... as fundamentações precisam ser tão bem feitas que permitam ser desmontadas e superadas<sup>36</sup>.

Sob este prisma de ciência, o conhecimento do Direito poderá ser qualificado como científico. Por outro lado, abstraída a discussão dos critérios internos de cientificidade, o critério externo por excelência, a *intersubjetividade*, consagra, na classificação das ciências, o Direito como uma ciência, seja ciência factual social (Lakatos e Marconi<sup>37</sup>), seja ciência normativa ética (Montoro<sup>38</sup>), seja ciência aplicada (Chauí<sup>39</sup>).

Mas, como dito, não é este o objeto central da análise. Interessa saber se conhecimento que se busca construir por meio da explicação neoconstitucionalista é, também ela, coerente, sistemática, consistente, original, objetivável e discutível. E a resposta parece ser negativa. O ideal é nobre: dar efetividade aos direitos fundamentais. No entanto, não se observa um texto bem tecido, dotado de fluência entre premissas e conclusões, sistemático e consistente, capaz de resistir à contra-argumentação. Em verdade, parece ser construído para não ser discutível,

---

<sup>33</sup> DEMO, *op. cit.*, p. 28.

<sup>34</sup> DEMO, *op. cit.*, p. 28.

<sup>35</sup> DEMO, *op. cit.*, pp. 42-3.

<sup>36</sup> DEMO, *op. cit.*, pp. 28-9.

<sup>37</sup> LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Metodologia do trabalho científico**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 1992. p. 81.

<sup>38</sup> MONTORO, André Franco. **Introdução à ciência do direito**. 25 ed. São Paulo: RT, 2000. pp. 94-8.

<sup>39</sup> CHAUI, Marilena. **Convite à filosofia**. 13 ed. São Paulo: Ática, 2003. p. 226.

de modo a inviabilizar a crítica, visto que a imprecisão terminológica propicia sempre acusar o crítico de não ter compreendido adequadamente a ideia proposta. Mas é exatamente este o problema: qual é a proposta do neoconstitucionalismo? Ideologia? Teoria? Metodologia? Filosofia?

Seja qual for e qualificada como quiser, o teórico do direito não pode simplesmente desconsiderar séculos de desenvolvimento científico-filosófico, pois os saberes científico e filosófico possuem suas especificidades e regras distintivas dos outros tipos de conhecimento. E o saber jurídico disto não escapa: é preciso rigor para que uma construção teórica possa vir a ser considerada uma teoria jurídico-científica ou filosófico-jurídica. E do modo como está posto, com suas imprecisões e vagezas, o neoconstitucionalismo não pode ser caracterizado como uma teoria ou uma corrente teórica, como bem acentua Elival da Silva Ramos<sup>40</sup>.

Com efeito, pode-se dizer que se vive o Constitucionalismo Contemporâneo, haja vista que ainda não chegou a ocorrer uma ruptura com o chamado constitucionalismo moderno. Com efeito, o que se observa é uma evolução, com novas conquistas no período do pós-Guerra, as quais passam a integrar a própria estrutura do Estado Constitucional<sup>41</sup>. Neste sentido, Lenio Luiz Streck esclarece que

Nessa medida, pode-se dizer que o Constitucionalismo Contemporâneo representa um redimensionamento na práxis político-jurídica, que se dá em dois níveis: no plano da teoria do Estado e da Constituição, com o advento do Estado Democrático de Direito, e no plano da teoria do direito, no interior da qual se dá a reformulação da teoria das fontes (a supremacia da lei cede lugar à onipresença da Constituição); na teoria da norma (devido à normatividade dos princípios) e na teoria da interpretação (que, nos termos que proponho, representa uma blindagem às discricionariedades e aos ativismos). Todas essas conquistas devem ser pensadas, num primeiro momento, como continuadoras do processo histórico por meio do qual se desenvolve o constitucionalismo<sup>42</sup>.

Daí porque o constitucionalismo é concebido por Streck como um movimento teórico jurídico-político em que se busca limitar o exercício do Poder a partir do desenvolvimento de mecanismos hábeis a garantir o exercício da cidadania<sup>43</sup>.

A crítica mais forte ao neoconstitucionalismo talvez seja aquela relativa ao fortalecimento, consciente ou não, do decisionismo característico do positivismo normativista. Ao se conceber a interpretação como um ato de vontade, sujeito à ilimitada discricionariedade do intérprete (juiz), a decisão torna-se um ato arbitrário e antidemocrático, na medida em que desaparece para o juiz a limitação do poder, tão cara ao constitucionalismo.

---

<sup>40</sup> RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010.

<sup>41</sup> STRECK, *op. cit.*, pp. 36-37.

<sup>42</sup> STRECK, *op. cit.*, p. 37.

<sup>43</sup> STRECK, *op. cit.*, p. 37.

Para ser considerada pós-positivista, uma postura teórica deve romper e superar o positivismo, inclusive no que diz respeito ao problema da interpretação do direito e ao controle do conteúdo das decisões judiciais. O caminho, segundo proposta de Lenio Streck, perpassa e leva em consideração a concepção de que os princípios constitucionais instituem o mundo prático no direito, atribuindo-se ao juiz o dever de decidir de forma correta, tal como propugnado por Dworkin. Esta discussão, todavia, conquanto profícua, excede aos limites propostos para esta reflexão.

## **5 CONCLUSÃO**

A análise do constitucionalismo permite identificar dois pontos essenciais: a limitação do poder autoritário e a prevalência dos direitos fundamentais, que deixaram de ser apenas ideais políticos para serem vistos como autênticas normas jurídicas, normas estas que integram a Constituição em seu mais completo sentido, constituída de princípios e de regras, com inegável normatividade.

Sob esse signo podem-se identificar pelo menos quatro sentidos: (i) referência ao movimento político-constitucional cuja pretensão é limitar o poder arbitrário; (ii) imposição da adoção de cartas constitucionais escritas; (iii) indica os propósitos mais latentes e atuais da função e posição das constituições nas diversas sociedades; e, finalmente, (iv) numa acepção mais restrita, o constitucionalismo é restrito à evolução histórico-constitucional de um determinado Estado.

Segundo o discurso do neoconstitucionalismo, este constitui-se, no Século XX, como uma nova fase do constitucionalismo, na qual cumpre dar eficácia à Constituição, na perspectiva de concretização dos direitos fundamentais, apresentando como principais características a positivação e concretização de um catálogo de direitos fundamentais, a onipresença dos princípios e das regras, inovações hermenêuticas, densificação da força normativa do Estado e desenvolvimento da justiça distributiva.

Contudo, apesar da forte influência, o discurso do neoconstitucionalismo permitem uma série de reflexões sobre: (i) se existe distinção essencial entre o constitucionalismo chamado moderno e o neoconstitucionalismo ou este se constitui apenas como desenvolvimento atual daquele; (ii) o que há de novo no constitucionalismo para ser chamado de “neo”.

Os traços fundamentais dessa “inovadora” concepção não lhe servem, entretanto, de fundamento, porque: (a) a positivação e concretização de um catálogo de direitos

fundamentais constitui objetivo comum entre ambos, e, por conseguinte, não pode ser tido como elemento distintivo; (b) a contestação ao positivismo e o empenho pelo desenvolvimento de uma nova teoria da interpretação também não podem ser apresentados como inovação, visto que desde a segunda metade do Século XIX e o início do Século XX, já se visualizavam sérias objeções ao positivismo exegético e, mais tarde, superado este, ao positivismo normativista; (c) o constitucionalismo do pós-guerra pode até ser concebido como tardio, mas não chega a configurar um “novo” modelo de constitucionalismo; (d) o pós-positivismo professado não pode ser tido propriamente como pós-positivista, porque não rompe com as teses fundamentais do positivismo normativista, além de apresentar uma confusão conceitual.

Esse quadro já é suficiente para afirmar-se que se vive o Constitucionalismo Contemporâneo e não um “neoconstitucionalismo”, visto que se observa uma evolução, com novas conquistas auferidas no período do pós-Guerra, que passam a integrar a própria estrutura do Estado Constitucional.

## REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. [on-line] **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>>. Acesso em: 09.jul. 2008.

BOBBIO, Norberto; MATEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. (trad. João Ferreira — coord. — Carmen C. Varriale, Gaetano Lô Mônaco, Luís Guerreiro Pinto Cacais e Renzo Dini). 13. ed. Brasília: UnB, 2007.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 16 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

BONIFÁCIO, Artur Cortez. **Direito de petição**: garantia constitucional. São Paulo: Método, 2004.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CHALMERS, Alan F. **O que é ciência afinal?**. (trad. Raul Fiker). São Paulo: Brasiliense, 1993.

CHAUÍ, Marilena. **Convite à filosofia**. 13 ed. São Paulo: Ática, 2003.

COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. In: **Neoconstitucionalismo**. 2. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005. pp. 75-98. (Colección Estructuras y Procesos, Série Derecho)



- DEMO, Pedro. **Metodologia do Conhecimento Científico**. São Paulo: Atlas, 2000
- DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- KUHN, Thomas. **A estrutura das revoluções científicas**. 8 ed. São Paulo: Perspectiva, 2003.
- LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Metodologia do trabalho científico**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 1992.
- LIMA, Maria Rosynete Oliveira. **Devido processo legal**. Porto Alegre: SAFE, 1999.
- MONTORO, André Franco. **Introdução à ciência do direito**. 25 ed. São Paulo: RT, 2000.
- NADER, Paulo. NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do Direito**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- NOVAIS, Jorge Reis. **Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa**. Coimbra: Coimbra, 2004.
- RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010.
- REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. **Um discurso sobre as ciências**. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2004.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- SILVEIRA, Paulo Fernando. **Devido processo legal**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.
- STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.