



O QUE É ISTO – O CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO

Lenio Luiz Streck*

RESUMO

O constitucionalismo contemporâneo é uma expressão que surge para se contrapor às teses do chamado neoconstitucionalismo, numa perspectiva contrária à metodologia da ponderação e subsunção defendida pelas correntes neoconstitucionalistas. Dessa forma, o constitucionalismo contemporâneo vem buscando por um direito que não aceite discricionariedade e tem como matriz teórica a crítica hermenêutica do direito.

Palavras-chave: Constitucionalismo contemporâneo. Neoconstitucionalismo. Crítica hermenêutica.

1 INTRODUÇÃO

Em tempos pós-positivistas – ou de fortes críticas aos diversos positivismos –, é absolutamente relevante discutirmos as condições de possibilidade que a teoria do direito possui para construir respostas aos grandes dilemas surgidos com o advento do, assim denominado, neoconstitucionalismo. É preciso, já de pronto, ter presente que o termo “neoconstitucionalismo” incorpora em si uma plêiade de autores e posturas teóricas que nem sempre podem ser aglutinados em um mesmo sentido.

A ciência política norte-americana, por exemplo, chama de *new constitutionalism* os processos de redemocratização que tiveram lugar em vários países da chamada modernidade

* Doutor em Direito (UFSC), pós-doutor em Direito (Universidade de Lisboa), ex-procurador de justiça (RS), professor da UNISINOS-RS e UNESA-RJ, professor visitante das universidades Javeriana (CO), Roma TRE (IT) e FDUC (PT), membro catedrático da Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDCONST), presidente de honra do Instituto de Hermenêutica Jurídica (IHJ) e advogado.

periférica nas últimas décadas. Entre esses países, é possível citar o Brasil, a Argentina, a Colômbia, o Equador, a Bolívia, os países do leste europeu e a África do Sul.

No caso da teoria do direito, é possível elencar uma série de autores, espanhóis e italianos principalmente, que procuram enquadrar a produção intelectual sobre o direito desenvolvida a partir do segundo pós-guerra como neoconstitucionalismo, termo que usam para se referir a um modelo que já não professa mais as mesmas ideias sobre a fundamentação, a interpretação e a aplicação do direito concebidas no contexto do primeiro constitucionalismo e do positivismo predominante até então.

Já de início, devemos atentar para a seguinte questão: o termo “neoconstitucionalismo” pode ter-nos levado a equívocos. Em linhas gerais, é possível afirmar que, na trilha desse neoconstitucionalismo, percorremos um caminho que nos leva à jurisprudência da valoração e às suas derivações axiologistas, temperadas por elementos provenientes da ponderação alexyana. Esse belo epíteto –cunhado por um grupo de constitucionalistas espanhóis –, embora tenha representado um importante passo para afirmação da força normativa da Constituição na Europa continental, no Brasil, acabou por incentivar/institucionalizar uma recepção acrítica da jurisprudência dos valores, da teoria da argumentação de Robert Alexy (que cunhou o procedimento da ponderação como instrumento pretensamente racionalizador da decisão judicial) e do ativismo judicial norte-americano.

Nesse sentido, torna-se necessário afirmar que a adoção do *nomen jûris* “neoconstitucionalismo” certamente é motivo de ambiguidades teóricas e até de mal-entendidos. Explicando melhor, pode-se dizer que, em um primeiro momento, foi de importância estratégica a importação do termo e de algumas das propostas trabalhadas pelos autores da Europa ibérica. Isso porque o Brasil ingressou tardiamente nesse “novo mundo constitucional”, fator que, aliás, é similar à realidade europeia, que, antes da segunda metade do século XX, não conhecia o conceito de constituição normativa, já consideravelmente decantada no ambiente constitucional estadunidense. Portanto, falar de neoconstitucionalismo implicava ir além de um constitucionalismo de feições liberais – que, no Brasil, sempre foi um simulacro, em anos intercalados por regimes autoritários –, em direção a um constitucionalismo compromissório, de feições dirigentes, que possibilitasse, em todos os níveis, a efetivação de um regime democrático em *terrae brasilis*.

Destarte, passadas duas décadas da Constituição de 1988, e levando em conta as especificidades do direito brasileiro, é necessário reconhecer que as características desse “neoconstitucionalismo” acabaram por provocar condições patológicas que, em nosso

contexto atual, contribuíram para a corrupção do próprio texto da Constituição. Ora, sob a bandeira “neoconstitucionalista” defendem-se, ao mesmo tempo, um direito constitucional da efetividade, um direito assombrado pela ponderação de valores, uma concretização *ad hoc* da Constituição e uma pretensa constitucionalização do ordenamento com base em jargões vazios de conteúdo, que reproduzem o prefixo “neo” em diversas ocasiões, como em “neoprocessualismo” e “neopositivismo”. Tudo porque, ao fim e ao cabo, acreditou-se ser a jurisdição responsável pela incorporação dos “verdadeiros valores” que definem o direito justo (vide, nesse sentido, as posturas decorrentes do instrumentalismo processual).

Desse modo, fica claro que o neoconstitucionalismo representa, apenas, a superação – no plano teórico-interpretativo – do paleojuspositivismo (Ferrajoli), na medida em que nada mais faz do que afirmar as críticas antiformalistas deduzidas pelos partidários da escola do direito livre, da jurisprudência dos interesses e daquilo que é a versão mais contemporânea desta última, ou seja, da jurisprudência dos valores. Portanto, é possível dizer que, nos termos em que o neoconstitucionalismo vem sendo utilizado, ele representa uma clara contradição, isto é, se ele expressa um movimento teórico para lidar com um direito “novo” (poder-se-ia dizer, um direito “pós-Auschwitz” ou “pós-bélico”, como quer Mario Losano), fica sem sentido depositar todas as esperanças de realização desse direito na loteria do protagonismo judicial (mormente levando em conta a prevalência, no campo jurídico, do paradigma epistemológico da filosofia da consciência).

Assim, reconheço que não faz mais sentido continuar a fazer uso da expressão “neoconstitucionalismo” para mencionar aquilo que esta obra pretende apontar: a construção de um direito democraticamente produzido, sob o signo de uma Constituição normativa e da integridade da jurisdição. Em decorrência dessas reflexões, a partir de agora, passarei a nominar “Constitucionalismo Contemporâneo” (com iniciais maiúsculas) o movimento que desaguou nas Constituições do segundo pós-guerra e que ainda está presente em nosso contexto atual, para evitar os mal-entendidos que permeiam o termo neoconstitucionalismo.

Também é importante consignar que a ideia de um neoconstitucionalismo pode dar margem ao equívoco de que esse movimento leva à superação de um outro constitucionalismo (fruto do limiar da modernidade). Na verdade, o Constitucionalismo Contemporâneo conduz simplesmente a um processo de continuidade com novas conquistas, que passam a integrar a estrutura do Estado Constitucional no período posterior à Segunda Guerra Mundial.

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 acontece a reformulação da teoria das fontes (a supremacia da lei cede lugar à onipresença da Constituição), da teoria da norma (devido à normatividade dos princípios) e da teoria da interpretação (que, nos termos que proponho, representa uma blindagem às discricionariedades e aos ativismos).

Assim, se há, por um lado, esse processo de agregação com relação ao primeiro constitucionalismo, por outro, há uma nítida ruptura com os postulados hermenêuticos vigentes desde o final do século XIX e que tiveram seu apogeu durante a primeira metade do século XX. Nesse sentido, o neoconstitucionalismo não é uma superação do paleojusto positivismo (exegetismo), embora os neoconstitucionalistas achem que seja. E esse é o problema.

2 DE COMO A RAIZ DO PROBLEMA ESTÁ NA CONFUSÃO ACERCA DO CONCEITO DE “PÓS-POSITIVISMO”

Com efeito, a partir de campos diferentes do conhecimento, é possível, já de pronto, separar o velho e o novo no direito. Em outras palavras, se não há segurança para apontar as características de uma teoria efetivamente pós-positivista e neoconstitucional, há, entretanto, condições para que se possa dizer “o que não é” e “o que não serve” para a contemporânea teoria do direito, mormente em países com sistemas e ordenamentos jurídicos complexos.

Mas, o que a hermenêutica – na leitura que proponho de *Verdade e Consenso*¹ e *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*², imbricando Gadamer e Dworkin – pode contribuir para a compreensão desse novo constitucionalismo? Quais os pontos de encontro entre as análises hermenêuticas e aquelas advindas do terreno da(s) teoria(s) da argumentação? Ou, do mesmo modo, qual é a ligação entre a hermenêutica e as teorias discursivas compreendidas *lato senso*? Diferenças à parte – e sobre essas falaremos mais adiante –, uma coisa é certa: sob o novo paradigma neoconstitucional, o mundo prático passou a importar os juristas. O direito já não seria mais o mesmo. O direito já não poderia mais ser epitetado e/ou acusado de ser uma “mera racionalidade instrumental” ou um instrumento destinado à proteção dos interesses das classes dominantes, resultado das duas fases do legalismo, do nascedouro da modernidade ao direito contemporâneo.

¹ Cf. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

² Cf. STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

As questões morais, políticas e econômicas – rejeitadas pelo positivismo jurídico – passaram a fazer parte da preocupação da comunidade jurídica. Lembremos que, historicamente, as teorias positivistas do direito recusaram-se a fundar suas epistemologias numa racionalidade que desse conta do agir propriamente dito (escolhas, justificações etc.). Como alternativa, estabeleceram um princípio fundado em uma razão teórica pura: o direito, a partir de então, deveria ser visto como um objeto que seria analisado segundo critérios emanados de uma lógica formal rígida. E esse “objeto” seria produto do próprio sujeito do conhecimento. Daí o papel do sujeito solipsista (*Selbstsüchtiger*).

Na verdade – e Castanheira Neves explica muito bem esse fenômeno –, é dessa maneira que se distinguiram no pensamento jurídico uma perspectiva “teórica” (“científica”) e uma perspectiva “prática” – a “teoria” e a “prática” – e se instituía o que se poderá designar por dualismo normativista – ser do direito nas normas (as normas do sistema jurídico) e interpretação e conhecimento dele através destas, primeiro, e a sua aplicação, depois: dualismo de entidades, de momentos, de atos. O que exatamente significava, por um lado, que o pensamento jurídico entendia o direito como uma entidade racional autossubsistente ou segundo um platonismo de normas que o pensava normativa e dogmaticamente autônomo e objetivado no seu sistema de normas (“o direito que é”) – ou seja, como um sistema autônomo perante a realidade histórico-social da sua prática realização, ou sem que quer as exigências normativo-práticas provindas dessa realidade, quer a problemática também normativamente específica dessa sua concreta realização nessa realidade se reconhecessem com qualquer influência codeterminante da sua sistemático-dogmática normatividade.³

Isso significa dizer que, para o positivismo jurídico, pouco importava colocar em discussão – no campo d(e um)a teoria do direito – questões relativas à legitimidade da decisão tomada nos diversos níveis do poder estatal (legislativo, executivo ou judicial). No fundo, operou-se uma cisão entre validade e legitimidade, sendo que as questões de validade seriam resolvidas através de uma análise lógico-semântica dos enunciados jurídicos, ao passo que os problemas de legitimidade – que incluem uma problemática moral – deveriam ficar sob os cuidados de uma teoria política que poucos resultados poderia produzir, visto que esbarrava no problema do pluralismo de ideias presente num contexto democrático, o que levava, inexoravelmente, a um relativismo filosófico (essa problemática se gravou em países com grandes períodos de ausência de democracia, como o Brasil).

³ Cf. CASTANHEIRA NEVES, António. Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. **Digesta**, Coimbra, Coimbra Editora, v. III, 2008, p. 389.

Por certo, a pretensão das teorias positivistas era oferecer à comunidade jurídica um objeto e um método seguro para produção do conhecimento científico no direito. Isso levou – de acordo com a atmosfera intelectual da época (problemática que, entretanto, ainda não está superada) – a uma aposta em uma racionalidade teórica asfixiante que isolava/insulava todo contexto prático de onde as questões jurídicas realmente haviam emergido. Melhor dizendo, essa racionalidade teórica possibilitou – e continua a possibilitar – “entender” o direito em sua “autônoma objetividade”.

Repetindo o que já foi dito anteriormente: os fatos sociais, os conflitos, enfim, a faticidade, não faziam parte das “preocupações” da teoria do direito. Portanto, ironicamente, a pretensão estabilizadora e cientificizante do positivismo jurídico acabou por criar uma babel resultante da separação produzida entre questões teóricas e questões práticas, entre validade e legitimidade, entre teoria do direito e teoria política.

Essa questão tem em Kelsen o seu corifeu. Mas esse autor era um pessimista moral, uma espécie de cético que apostava em uma moral relativista. Para ele, o problema da vinculação do direito à moral se apresenta problemático, porque não há como sustentar uma moral absoluta – válida e vigente em todos os lugares e em todos os tempos – que possa servir como parâmetro para determinação dos conteúdos das normas jurídicas. Sua argumentação procura demonstrar como há vários sistemas morais que variam de acordo com a época e o lugar de onde se originam: “o que é mais importante, porém – o que tem de ser sempre acentuado e nunca o será suficientemente – é a ideia de que não há uma única Moral, ‘a’ Moral, mas vários sistemas de Moral profundamente diferentes entre os outros e muitas vezes antagônicos”.

No fundo, Kelsen estava convicto de que não era possível fazer ciência sobre uma casuística razão prática. Com efeito, não é sem razão que a interpretação judicial é tratada como um apêndice em sua *Teoria Pura do Direito* e apenas apresenta interesse para auxiliar a diferenciação entre a interpretação que o cientista do direito realiza e aquela que os órgãos jurídicos proferem em suas decisões. Visível a importância secundária dada à aplicação do direito pelos juízes. É nesse nível que faz morada a discricionariedade positivista. Esse é, aliás, um dos temas que levam a hermenêutica a discordar das teorias procedurais-argumentativas.⁴

3 ALGUNS ELEMENTOS CARACTERIZADORES DO FENÔMENO

⁴ Cf. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1991, p. 74.

Vale a pena insistir nos pontos de convergência das teorias críticas e/ou pós-positivistas: diante dos fracassos do positivismo tradicional (“exclusivo”, como bem retrata Écio Oto Duarte e Susanna Pozzolo na obra *Neoconstitucionalismo e Positivismo Jurídico*), com base na busca da construção de uma autônoma razão teórica, as diversas posturas críticas procuraram, sob os mais diversos âmbitos, (re)introduzir os “valores” no direito.⁵ Assim, por exemplo, diante de uma demanda por tutela que esteja relacionada com a vida, com a dignidade da pessoa, enfim, com a proteção dos direitos fundamentais, o que fazer? Qual é a tarefa do jurista?

Definitivamente, o novo constitucionalismo – seja qual for o seu (mais adequado) sentido – não trouxe a indiferença. Na verdade, houve uma pré-ocupação de ordem ético-filosófica: a de que o direito deve ocupar-se com a construção de uma sociedade justa e solidária. Em outras palavras, o desafio “neoconstitucional” (*lato sensu*) tem sido o seguinte: como fazer com que o direito não fique indiferente às injustiças sociais? Como fazer com que a perspectiva moral de uma sociedade que aposte no direito como o lugar da institucionalização do ideal da vida boa não venha pretender, em um segundo, “corrigir” a sua própria condição de possibilidade, que é o direito como sustentáculo do Estado Democrático?

Vejamos isso. O “neoconstitucionalismo” deveria ser sinônimo de “novo paradigma”. Isso porque o direito – do paradigma exurgido no segundo pós-guerra – deixa de ser meramente regulador para assumir uma feição de transformação das relações sociais, circunstância que pode ser facilmente constatada com base no exame dos textos constitucionais surgidos a partir do segundo pós-guerra.

Pois bem. Quais seriam os elementos caracterizadores desse fenômeno (que uma das vertentes denominou de “neoconstitucionalismo”)? Seria uma espécie de positivismo sofisticado? O “neoconstitucionalismo” teria características de continuidade e não de ruptura? Não há suficiente clareza nas diversas teses acerca do significado do “neoconstitucionalismo”. Mas isso não constitui um problema. Ao contrário, possibilita a abertura para a reflexão. Alguns importantes juristas procuram – seguindo uma antiga classificação de Norberto Bobbio para o positivismo – classificá-lo como neoconstitucionalismo ideológico, teórico ou metodológico.⁶ Penso, entretanto, que, exatamente pela perspectiva de ruptura que assume e

⁵ Cf. DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico*. 3. ed. Florianópolis: Conceito, 2012.

⁶ Cf. BOBBIO, Norberto. *O Positivismo jurídico*: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995.

por ser questão paradigmática, essa classificação não assume relevância, pelo menos para os limites de minhas reflexões.

Com efeito – mesmo que se admita essa tricotomia –, a um só tempo, o neoconstitucionalismo seria ideológico, porque alça a Constituição a “elo contudístico” que liga a política e o direito (aqui se poderia falar do aspecto compromissório e dirigente da Constituição, que é, assim, mais do que norma com força cogente: representa uma justificação político-ideológica); seria teórico, porque estabelece as condições de possibilidade da leitura (descrição) do modelo de constitucionalismo e dos mecanismos para superação do positivismo (papel dos princípios como resgate do mundo prático expungido do direito pelo positivismo, problemática que deve ser resolvida com base nessa teoria do direito e do Estado); e seria também metodológico, porque ultrapassa a distinção positivista entre descrever e prescrever o direito, sendo que, para tal, reconecta direito e moral (que ocorre de vários modos, com base em teses como a cooriginariedade entre direito e moral ou o papel corretivo que a moral assumiria nesse novo modelo de direito).

O neoconstitucionalismo efetivamente vem gerando controvérsias. Em um primeiro momento, Ferrajoli pensava que o neoconstitucionalismo poderia ser uma “continuação natural do positivismo, um modo de ‘completar’ o paradigma positivista no novo contexto do Estado constitucional” ou que o positivismo viria a ser reforçado pelo neoconstitucionalismo. Entretanto, recentemente, o mestre fiorentino alterou sua posição: não considera mais sua perspectiva teórica como parte desse fenômeno neoconstitucional.⁷ O autor entende que as posturas teóricas neoconstitucionalistas acabam simplesmente por repristinar teses jusnaturalistas que reivindicam uma espécie perniciosa de conexão entre o direito e a moral. Daí que, para ele, a questão precisa ser olhada através de outra lente. As posturas derivadas do neoconstitucionalismo representam um tipo principialista de constitucionalismo. No que tange à proposta teórica de Ferrajoli, contudo, ficaria melhor colocado o termo “constitucionalismo garantista”, cuja principal característica reside no fato de se operar um aperfeiçoamento do positivismo jurídico com base na função normativa atribuída aos direitos fundamentais.⁸

Essa questão me aproxima de Ferrajoli em um ponto: não é mais possível continuar nomeando, tal qual sucedeu com o mestre italiano, minha postura teórica de neoconstitucionalista. Daí minha proposta de se falar “Constitucionalismo Contemporâneo”,

⁷ Cf. FERRAJOLI, Luigi. Iuspositivismo crítico y democracia constitucional. *Isonomia*, n. 16, 2002.

⁸ Cf. FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam. **Garantismo, (neo)constitucionalismo e hermenêutica**: diálogos com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

como faço em *Verdade e Consenso*⁹. De todo modo, vale lembrar que o neoconstitucionalismo tem sido teorizado sob os mais diferentes enfoques.

Écio Oto Duarte, de forma percuciente, faz uma descrição das principais propriedades/características desse fenômeno. Ele fala em onze características. Essa “planta” do neoconstitucionalismo possui a assinatura de autores do porte de Écio Oto, Susanna Pozzolo, Prieto Sanchís, Sastre Ariza, Paolo Comanducci e Ricardo Guastini, com variações próprias decorrentes das matrizes teóricas que cada um segue.¹⁰

4 O PROBLEMA DA “PONDERAÇÃO” E O OVO DA SERPENTE DO ATIVISMO-DECISIONISMO: À GUIA DE CONSIDERAÇÕES FINAIS

Finalmente, cabe referir que, se o pós-positivismo tem sido considerado como o principal elemento diferenciador/caracterizador do neoconstitucionalismo, estou convicto de que a ponderação acabou por se transformar no grande problema e, por assim dizer, em um obstáculo ao próprio neoconstitucionalismo (compreendido como superante do positivismo que traz a discricionariedade como um de seus elementos estruturais).

O que quero dizer é que o neoconstitucionalismo não pode(ria) e não deve(ria) depender de juízos de ponderação, mormente se percebermos que “ponderação” e “discricionariedade” são faces de uma mesma moeda. Afinal, no modo como a ponderação vem sendo convocada (e “aplicada”) em *terrae brasilis*, tudo está a indicar que não passa daquilo que Philipp Heck chamava, na Jurisprudência dos Interesses, de *Abwägung*, que quer dizer “sopesamento”, “balanceamento” ou “ponderação”. Com a diferença de que, na *Interessenjurisprudenz*, não havia a construção da “regra da ponderação”. Tendo em vista que, nas práticas dos tribunais (assim como na doutrina) de *terrae brasilis*, as “colisões de princípios” são “solucionadas” com base em uma ponderação “direta”, confrontando um princípio (ou valor ou interesse) com outro, está-se, na verdade, muito mais próximo da velha Jurisprudência dos Interesses, com fortes pitadas da *Wertungsjurisprudenz* (jurisprudência dos valores). E, assim, o neoconstitucionalismo acaba revelando traços que dão condições ao desenvolvimento do ativismo judicial, que, diferentemente do fenômeno da judicialização da política (que ocorre de modo contingencial, isto é, na insuficiência dos demais Poderes do

⁹ Cf. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

¹⁰ Cf. DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**. 3. ed. Florianópolis: Conceito, 2012. p. 55-62.

Estado), apresenta-se como uma postura judicial para além dos limites estabelecidos constitucionalmente.

Penso que a falta de concretização das Constituições programáticas demandou uma reformulação da teoria dos princípios, representada pelo abandono do chamado critério fraco de diferenciação (que considera princípio e regra com a mesma estrutura lógica hipotético-condicional e com diferentes densidades semânticas) e pela adoção do critério forte de distinção, em que os princípios assumiam estrutura lógica diferente daquela que identificava a regra. Isso colocou os princípios sob o manto metodológico da ponderação (enquanto a regra se mantinha na subsunção [*sic!*]) e permitiu novas possibilidades para os princípios. Assim, não demorou muito para que estivessemos falando em aplicação direta mediante ponderação controlada pela proporcionalidade [*sic*].

Isso tem acarretado, no âmbito da teoria constitucional (ou dogmática constitucional), proposições no sentido de que, além da ponderação de princípios, deva existir uma ponderação entre regras (por certo, essa não é a posição de Écio Oto Duarte, Susanna Pozzolo, Prieto Sanchís e, tampouco, de Robert Alexy). Interessante notar que, se aceitarmos essa tese – hoje muito difundida em *terrae brasilis* –, a distinção oferecida por Alexy não se sustenta. Com efeito, se a ponderação é um dos fatores centrais que marcam a distinção entre regras e princípios proposta por esse autor e, além disso, se a ponderação é o procedimento cujo resultado será uma regra posteriormente subsumida ao caso concreto, o que temos como resultado da “ponderação de regras”? Uma “regra” da regra? Uma regra para aplicação da regra?¹¹

Em termos práticos (e no interior do pensamento alexiano), a distinção entre regras e princípios perde a função, uma vez que não há mais a distinção subsunção-ponderação. Isso faz com que a ponderação se transforme em um procedimento generalizado de aplicação do direito. Assim, em todo e qualquer processo aplicativo, haveria a necessidade de uma “parada” para que se efetuasse a ponderação. Tal empresa – estender a ponderação para a aplicação de regras – mostra-se destituída de sentido prático, visto que da regra irá resultar outra regra, essa sim aplicável ao caso.

De todo modo, o problema principal da ponderação é a sua filiação ao esquema sujeito-objeto e a sua dependência da discricionariedade, *ratio* final. Desse modo, se a discricionariedade é o elemento que sustenta o positivismo jurídico nos “casos difíceis” e nas

¹¹ Cf. ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009; Cf. BARROSO, Luis Roberto; BARCELLOS, Ana Paula. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: _____ (Org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003).

vaguezas e ambiguidades da linguagem dos textos jurídicos, não parece que a ponderação seja “o” mecanismo que livre (ou arranque) o direito dos braços do positivismo. Pode até arrancá-lo dos braços do positivismo primitivo; mas o atira nos braços de outra forma de positivismo – axiologista, normativista ou pragmaticista. Veja-se: a teoria da argumentação – de onde surgiu a ponderação – não conseguiu fugir do velho problema engendrado pelo subjetivismo, a discricionariedade, circunstância que é reconhecida pelo próprio Alexy:

Os direitos fundamentais não são um objeto passível de ser dividido de uma forma tão refinada que inclua impasses estruturais – ou seja, impasses reais no sopesamento –, de forma a torná-los praticamente sem importância. Neste caso, então, existe uma discricionariedade para sopesar, uma discricionariedade tanto do legislativo quanto do judiciário.¹²

Esse é o problema: o sopesamento. Quem escolhe os princípios a serem sopesados? Dizer que a ponderação é um elemento caracterizador do neoconstitucionalismo está correto. Mas é exatamente por isso que, nos moldes em que situo o Constitucionalismo Contemporâneo, não há espaço para a ponderação.

Desse modo, afastei-me do neoconstitucionalismo, porque ele aposta em elementos não democráticos, como a ponderação e a discricionariedade judicial. Ou seja, a grande pergunta não é respondida pelas teses neoconstitucionalistas: quem controla aquele que controla ou diz por último o que a lei (ou a Constituição) é? A pergunta que acrescento é anterior: no caso da ponderação, quem escolhe os princípios a serem ponderados? E quais os pesos a serem conferidos a cada um dos princípios para a construção da regra de ponderação? Mais ainda: a subsunção – admitida para os casos fáceis – tem lugar no plano de um paradigma filosófico que ultrapassou o esquema sujeito-objeto? E por que a regra de direito fundamental atribuída (resultado da ponderação) se transforma em uma subsunção de segundo grau ou em uma “metassubsunção”?

Na perspectiva do Constitucionalismo Contemporâneo que defendo em *Verdade e Consenso* – portanto, para além das diferentes formas de positivismo –, a juridicidade não se dá nem “subsuntivamente”, nem dedutivamente. Ela se dá na *applicatio*, em que interpretar e aplicar não são atos possíveis de cisão. Isso implica afirmar – e superar – a distinção entre casos fáceis e casos difíceis.

É sabido que, para as teorias da argumentação, os casos fáceis são solucionados pela via da subsunção, circunstância que, no limite, dispensa a mediação interpretativa. Afinal,

¹² Cf. ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Luis Virgilio A. Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 611.

subsunção pressupõe esgotamento prévio das possibilidades de sentido de um texto e um automático acoplamento do fato (aqui se pressupõe também a cisão entre questão de fato e questão de direito). Como já referido, tal perspectiva implica um mergulho no esquema sujeito-objeto, portanto, aquém do giro linguístico-ontológico. A questão, entretanto, assume contornos mais complexos quando as teorias da argumentação, com base nessa distinção estrutural *easy-hard cases*, sustentam que os princípios (somente) são chamados à colação para a resolução dos assim denominados casos difíceis. Mas, pergunto: um caso pode ser fácil ou difícil antes de “acontecer juridicamente”?

Veja-se que, aparentemente, a distinção *easy-hard cases* não acarretaria maiores problemas no plano hermenêutico-aplicativo não fosse o seguinte ponto: o de que é pela ponderação que se resolverão os *hard cases*. Dito de outro modo, a admissão da cisão estrutural *easy-hard cases* passa a ser condição de possibilidade do ingresso da ponderação no plano da interpretação jurídica. Tudo isso para dizer que não podemos mais aceitar que, em pleno Estado Democrático de Direito, ainda se postule que a luz para determinação do direito *in concreto* provenha do protagonista da sentença.¹³

Isso quer dizer que, para além da cisão estrutural entre casos simples e casos difíceis, não pode haver decisão judicial que não seja fundamentada e justificada em um todo coerente de princípios que repercutam a história institucional do direito. Desse modo, tem-se por superada a discricionariedade (que, no mais das vezes, descamba na arbitrariedade interpretativa) com base no dever fundamental de resposta correta que recai sobre o juiz no contexto do paradigma do Estado Democrático de Direito. Procuro delinear o modo como fazer isso em *Verdade e Consenso*, para onde remeto o leitor.

5 CONCLUSÃO – O CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO CONTRA O NEOCONSTITUCIONALISMO

Por fim, insisto: pós-positivismo, Constitucionalismo Contemporâneo e democracia pressupõem que o direito possui um elevado grau de autonomia. Isso significa que questões políticas e morais devem ser debatidas à saciedade nos meios políticos de decisão e que – no âmbito (autônomo) do direito – só se podem desconsiderar as decisões políticas tomadas em contraste com o sistema de garantias construído pela CF de 1988. E é exatamente este o *plus* do Estado Democrático de Direito: a diminuição do espaço de discricionariedade da política

¹³ Cf. DWORKIN, Ronald. **Direito de liberdade**: leitura moral da constituição americana. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 57.

pela Constituição fortalece materialmente os limites entre direito, política e moral. Daí a importância de Canotilho e de seu trabalho sobre a Constituição dirigente.¹⁴

Ali o professor de Coimbra já chamava a atenção para a necessidade de pôr um freio na (antiga) discricionariedade do legislador. Também Ferrajoli apontava, com seu garantismo, para a preservação da autonomia do direito, ao elaborar a tese de que tínhamos que fazer democracia com base no direito. Enfim, o direito deixava de estar a reboque do político. Esse será o grande ponto de contato – poderíamos dizer transteorético – que une as propostas de Canotilho, de Ferrajoli, da hermenêutica – no modo por mim trabalhado –, de Dworkin e de Habermas: todos apontamos para um elevado grau de autonomia do direito e reconhecemos a relevância desse *plus* que constitui o Estado Democrático de Direito.

As características desse Constitucionalismo Contemporâneo provocam profundas alterações no direito, proporcionando a superação do paradigma positivista, que pode ser compreendido no Brasil como produto de uma simbiose entre formalismo e escola do direito livre/realismo/jurisprudência dos interesses, no modo como ambos são entendidos pela(s) teoria(s) crítica(s) do direito. Na verdade, embora o positivismo possa ser compreendido no seu sentido positivo, como uma construção humana do direito no sentido de contraponto ao jusnaturalismo, e tenha, portanto, representado um papel relevante em dado contexto no decorrer da história, ele acabou se transformando – e, no Brasil, essa questão assume foros de dramaticidade – em uma concepção “matematizante” do social, a partir de uma dogmática jurídica formalista, de nítido caráter retórico.

¹⁴ Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

WHAT IS THIS - CONTEMPORARY CONSTITUTIONALISM

Lenio Luiz Streck

ABSTRACT

The contemporary constitutionalism is an expression that appears to counter the arguments of the call neoconstitutionalism, a contrary perspective the methodology of weighting and subsumption, defended by neoconstitucionalism currents. The contemporary constitutionalism has been searching for a right that doesn't accept discretionary and the theoretical matrix critical hermeneutics of law.

Keywords: Contemporary Constitutionalism. Neoconstitutionalism. Critical hermeneutics.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Luis Virgilio A. Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BARROSO, Luis Roberto; BARCELLOS, Ana Paula. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: _____(Org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 1995.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CASTANHEIRA NEVES, António. Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. **Digesta**, Coimbra, Coimbra Editora, v. III, 2008, p. 389.

DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**. 3. ed. Florianópolis: Conceito, 2012.

DWORKIN, Ronald. **Direito de liberdade**: leitura moral da constituição americana. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. Iuspositivismo crítico y democracia constitucional. **Isonomia**, n. 16, 2002.

FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam. **Garantismo, (neo)constitucionalismo e hermenêutica**: diálogos com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1991, p. 74.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

_____. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BIBLIOGRAFIA

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

DIMOULIS, Dimitri. Neoconstitucionalismo e moralismo jurídico. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Filosofia e teoria constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 213-225.

HIRSCHL, Ran. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. **Revista de Direito Administrativo**, n. 251, maio/ago. 2009, p. 139-175.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Direitos fundamentais e estado constitucional**: estudos em homenagem a J.J. Gomes Canotilho. São Paulo: RT, 2008.

TATE, Chester Neal; VALLINDER, Torbjörn. The global expansion of Judicial Power: the judicialization of politics. In: TATE, Chester Neal; VALLINDER, Torbjörn (Org.). **The global expansion of Judicial Power**. New York: New York University Press, 1995.