

Direito, racionalidade e constituição: a superação dos impasses provocados pelo neoconstitucionalismo contemporâneo, a partir da teoria do direito como integridade

Cecilia Caballero Lois*

Sumário: 1. Teoria constitucional: formação histórica, conceito e principais matrizes epistemológicas; 2. Interpretação constitucional: da subsunção à ponderação; 3. Neoconstitucionalismo: notas para a sua compreensão; 4. Neoconstitucionalismo e aceitabilidade racional no limiar do século XXI: qual teoria do direito?; 5. Ronald Dworkin e a teoria do direito; Considerações finais; Referências.

Resumo: O presente artigo procura problematizar algumas questões referentes à crise de racionalidade que atravessa a Teoria Constitucional, e que é decorrência, principalmente, das novas configurações que o constitucionalismo contemporâneo vem assumindo, ainda que de forma embrionária, desde o final do século XX. Essa nova conformação tem-se denominado de neoconstitucionalismo e provoca a necessidade de revisão tanto da metodologia utilizada para a análise e compreensão do direito constitucional quanto do conceito de direito propriamente dito, tarefa esta historicamente pertencente à Teoria Geral do Direito. Para alcançar seus objetivos, o artigo inicia percorrendo os caminhos que levam ao neoconstitucionalismo, preocupando-se em seguida com sua definição e características distintivas para analisar o impacto desta nova forma de dizer o direito constitucional, bem como o direito em geral. Por fim, o artigo procura evidenciar que somente uma teoria mais complexa e abrangente, tal como se apresenta a teoria do direito como integridade, do autor americano Ronald Dworkin é capaz de dar conta de superar algumas das tensões que atravessam o direito no limiar do século XXI.

Abstract: The present article looks for to question some referring questions to the rationality crisis that crosses the Constitutional Theory, e that is result, mainly, of the new configurations that the constitutionalism contemporary comes assuming, despite of embryonic form, since the end of century XX. This new conformation has been called of neoconstitucionalism and in such a way provokes the necessity of revision of the methodology used for the analysis and understanding of the constitutional law how much of the concept of right properly said, task this historically pertaining to the General Theory of the Right. To reach its objectives, the article initiates covering the ways that leads to the neoconstitucionalism, being worried after that about its definition and distinctive characteristics to analyze the impact of this new form to say the constitutional law, as well as the right in general. Finally, the article looks for to evidence that only a more complex and including theory, as if it presents the theory of the right as integrity, of the American author Ronald Dworkin is capable to give account to surpass some of the tensions that cross the right in the threshold of century XXI.

* Professora dos Cursos de Graduação e Pós-graduação da UFSC. Ministra as disciplinas Teoria Constitucional e Filosofia do Direito (Graduação) e Fundamentos de Direito Constitucional e Teorias da Justiça e Democracia (Pós-graduação). Mestre e Doutora em Teoria e Filosofia do Direito.

Palavras-chaves: História Constitucional. Teoria Constitucional. Interpretação Constitucional. Crise de Racionalidade. Neoconstitucionalismo. Teoria Geral do Direito. Direito como Integridade. Ronald Dworkin. **Keywords:** Constitutional history. Constitutional theory. Constitutional interpretation. Crisis of Rationality. Neoconstitutionalism. General theory of the Right. Right as Integrity. Ronald Dworkin.

1 Teoria constitucional: formação histórica, conceito e principais matrizes epistemológicas

Comumente, são apontadas duas origens distintas para o constitucionalismo moderno. Por um lado, temos aqueles que defendem a idéia de que se trata de um produto de origem antiga, ligado às reflexões de Platão, Aristóteles e Cícero, sobre a melhor forma de organização política das cidades gregas e da república romana (FIORAVANTI, 2001; McILWAIN, 1991) e, por outro, temos aqueles que defendem a origem medieval, cujo aparecimento serviu como sustentáculo das transformações políticas operadas à época (MATTEUTTI, 1998)¹. Contudo, independentemente da opção teórica assumida, é possível verificar que não se trata de um fenômeno recente, mas, pelo contrário, tem origens longínquas, ainda que somente venha a adquirir vida e forma própria a partir da consolidação do Estado liberal e da necessidade de assegurar um regime de liberdades, através de mecanismos jurídicos.

Com efeito, a idéia iluminista de que, para garantir a liberdade é preciso uma estrutura que a assegure, coloca no centro do debate a Constituição, como mecanismo que, por excelência, vai possibilitar tal proteção. É assim que, depois da Revolução Francesa e da Declaração de Direitos do Homem de 1789, aquela deixa de ser um instrumento cuja função primeira é a de emancipação do indivíduo² para tornar-se uma ferramenta bastante poderosa de organização do liberalismo emergente. O maior exemplo dessa transformação encontra-se no artigo 16 da referida Declaração, segundo o qual todos os Estados que pretendessem assegurar a liberdade para seus cidadãos

¹ A origem medieval vincula diretamente a consolidação do constitucionalismo ao liberalismo incipiente dos séculos XVI e XVII, pois se mostra como um mecanismo eficaz aos interesses da burguesia da época, que visava ascender ao poder, porém mantê-lo limitado através de mecanismos jurídicos.

² Também é importante destacar que o modelo francês é apenas uma das vertentes de um movimento bastante amplo que se denomina, de forma genérica, constitucionalismo. Assim, tem-se ainda o constitucionalismo inglês e o americano. Contudo, como o que nos interessa neste momento é analisar o impacto que a nova forma de pensar o direito e o Estado causa com o seu aparecimento, devemos nos centrar onde esse fato se deu com maior pujança. Isso porque, tanto na Inglaterra quanto nos Estados Unidos, a idéia de Constituição é um elemento central e perfeitamente assimilado na formação histórica, diferentemente da França, onde o constitucionalismo é uma criação artificial de determinada classe política. Soma-se a isso o fato de que tal modelo será a principal influência no resto da Europa e no Brasil.

deveriam organizar o poder mediante uma Constituição escrita que garantisse os direitos individuais e a divisão de poderes, ambos voltados à contenção do poder político. Esse modelo de Lei Fundamental, apesar de histórica e politicamente situada, adquire conotações de neutralidade axiológica, basicamente a partir de sua positivação.

Assim, a Constituição passa a assumir o caráter de documento jurídico que visa a atender à reivindicação histórica do liberalismo, assegurando a consolidação da burguesia como classe dominante. Em termos mais precisos, é possível afirmar que a conjunção de dois elementos – a positivação da Lei Fundamental em carta de direitos, bem como a assunção da Constituição como instrumento de classe – descaracterizaram-na como realização de um projeto político fundado na liberdade³ e tornaram possível a Teoria Constitucional.⁴

Com efeito, as mudanças de sentido nas pretensões políticas vão provocar igualmente uma transformação na fala sobre a Constituição, cuja caracterização acaba sendo reduzida às condições de realidade histórica, exigindo, assim, o abandono das premissas que lhe deram origem⁵ O discurso passa a ser sobre a Constituição, com o intuito de descrevê-la e defini-la, adquirindo, desde então, o sentido de teoria, através da teoria do poder constituinte e do aparecimento das preocupações com os mecanismos de controle de constitucionalidade como forma de assegurar a superioridade hierárquica da Lei Fundamental.

O debate ganha contornos mais precisos na doutrina alemã no final do século XIX e início do século passado, quando são publicados os trabalhos de Jellinek e, principalmente, Kelsen, representante maior do positivismo constitucional e considerado o fundador da Teoria Formal da Constituição. Esta também conhecida por Teoria Processual, tem como principal característica o entendimento da Carta Magna apenas como norma escrita ou estatuto jurídico de garantia, não a reconhecendo como instrumento político de consecução dos interesses de uma classe em determinado período histórico. Para seus defensores, a Constituição deve apenas funcionar como estatuto do governo, traçando as regras do seu comportamento e

³ Essa mudança ocorre notadamente a partir da obra de Sieyès. Com efeito, o abade retoma o contratualismo oitocentista e o utiliza como forma de sustentar teórica e politicamente a precedência do Terceiro Estado sobre os outros poderes. Com base nisso, afirma que é a nação a titular do poder soberano dentro do Estado e, portanto, cabe a ela o direito de fazer a Constituição.

⁴ Inicialmente, pode-se afirmar que a Teoria Constitucional começou a delinear-se na metade do século XIX, sob a forma de uma reflexão crítico-dogmática sobre o conceito de Lei Fundamental. Tal reflexão buscava servir à cultura política do liberalismo. Com esse objetivo, vinculava a necessidade de limitação do poder político e de proteção do indivíduo à existência de instrumentos jurídicos, ou seja, à presença específica de uma Constituição escrita.

⁵ A Teoria Constitucional, que nasce nesse momento, aparece basicamente em oposição à Teoria Geral do Estado e, portanto, não se interessa por ele como uma categoria isolada e sim pelo estudo do Estado através de sua ordem constitucional.

limita-se unicamente a discutir a posição das normas no ordenamento e a forma de articulação e relacionamento com outras normas do sistema jurídico.

Paulo Bonavides (1997, p. 148) define os constitucionalistas partidários dessa concepção como “positivistas”, e reconhece que seus teóricos em matéria constitucional são até certo ponto os abalizados mestres da preservação da juridicidade dos textos constitucionais. Sua última geração se compõe de formalistas rigorosos e ferrenhos. A tradição deles remonta a Laband e Jellinek e alcança o ponto mais alto com o normativismo de Kelsen. Considera, entretanto, que o principal problema dessa concepção está na redução teórica e política dos limites e possibilidades de uma Constituição, o que leva o positivismo a considerar a Carta Magna como mera organização jurídica do poder e exteriorização formal de direitos.

Podemos afirmar, portanto, que é a partir dos trabalhos de Hans Kelsen que a Teoria da Constituição Formal assume uma postura cientificista, cuja principal preocupação é a descrição dos fatos a partir do sujeito que conhece o objeto, de maneira eminentemente teórica (KELSEN, 1979, p. 19). Essa concepção, que chega às ciências sociais através de uma propugnada neutralidade axiológica, ocasionou uma separação entre o conhecimento e seus condicionantes, ou seja, através da contraposição entre ser e dever, de forma que esses autores (Kelsen e Bobbio) podem ser considerados neopositivistas, pois postulam uma ciência do direito alicerçada em proposições normativas que descrevem sistematicamente o objeto do direito.

Por outro lado, Kelsen elabora um sistema conceitual altamente lógico e coloca a Constituição como aquela norma que irá fundar essa organização no âmbito do direito positivo. Segundo ele, apesar das muitas transformações, a noção de Constituição conservou um núcleo permanente: a idéia de um princípio supremo que determina todo o ordenamento estatal e a essência da comunidade constituída por esse ordenamento. Não importa qual seja o modo como vem definida, a Constituição é sempre o fundamento do Estado, a base do ordenamento de que se quer tratar.

A noção restritiva, assumida por essa forma de constitucionalismo, sofreu duras críticas, especialmente durante a República de Weimar, a partir do momento em que foram formulados os alicerces de um movimento que se costuma chamar de Teoria Material da Constituição.⁶ Esse movimento propiciou uma maior abertura epistemológica para a compreensão do fenômeno constitucional, cuja característica unificadora formula-se a partir da recepção teórica da complexidade que permeia as relações entre a Constituição, o Estado e o poder político, inserindo as idéias de cultura e de concretização no interior do debate constitucional.

⁶ A Teoria Material da Constituição aparece com o objetivo de servir de instrumento regulador e concretizador do *welfare state* e dos direitos sociais. A Teoria Material pretende, pois, corrigir as pretensas desigualdades provocadas pelo liberalismo econômico, promovendo uma igualdade que deveria ir além da igualdade formal.

Além da transformação estrutural do objeto de reflexão, há outras causas para o aparecimento da vertente mais democrática: a crise do positivismo jurídico, que reinou soberano até o início do século XX, e a tentativa de dar vazão às reflexões sobre o conceito de Constituição como uma ciência cultural ligada a valores,⁷ a crise do Estado Liberal e o aparecimento dos Estados totalitários (que colocaram em pauta o significado e o valor de uma Constituição na consolidação do Estado democrático). São causas que tiveram sua importância, sobretudo na Alemanha do período entre guerras, e são elementos centrais para a compreensão da sua formação.

A Teoria Constitucional aparece então com preocupações que lhe são inerentes e caracterizam seu âmbito material⁸ conceito e significado de uma Constituição escrita; poder constituinte e reforma da Constituição; validade e eficácia das normas constitucionais; organização e limite do poder político; controle da constitucionalidade, da interpretação constitucional e, finalmente, conceito e função dos direitos fundamentais. É consenso geral entre os teóricos, porém, que o núcleo central de temas passa, obrigatoriamente, pelo estudo das contingências de tempo e espaço⁹ Essa conceitualização requer, portanto, compreendê-la, antes de qualquer coisa, como análise e reflexão sobre as relações entre a Constituição e o direito constitucional propriamente dito, mas, ao mesmo tempo, como análise das relações entre Constituição, Estado e poder político, sustentada, acima de tudo, na procura da consolidação de uma democracia constitucional¹⁰.

⁷ Segundo Pablo Lucas Verdú (1997, p. 39-41), a Teoria Constitucional, como ciência cultural ligada a valores, representa uma inovação em face das posturas positivistas passadas e presentes (basicamente as neopositivistas e as neoconstitucionalistas). Há que se constatar que a Constituição detém, necessariamente, uma dimensão axiológica, ligada à supremacia de valores como liberdade, justiça, igualdade, pluralismo político e, acima de tudo, a dignidade humana.

⁸ Esse âmbito material não se encontra previamente delimitado, como ocorre com o direito constitucional positivo, restrito à Constituição que procura analisar. Na Teoria Constitucional, esse âmbito varia de acordo com a abordagem que se pretende realizar, o momento histórico e, ainda, conforme o marco teórico que sirva de referência. Em consequência, selecionamos as categorias a serem aqui tratadas entre as mais constantes entre os autores estudados.

⁹ Ver, a esse respeito, os tratados de Teoria da Constituição de Lucas Verdú, Bonavides, Canotilho e Miranda, entre outros.

¹⁰ De forma mais específica, pode-se definir a Teoria da Constituição como sendo “o estatuto teórico da teoria crítica e normativa da Constituição. Isto num triplo sentido: (1) como instância crítica das soluções constituintes consagradas nas leis fundamentais e das propostas avançadas para a criação e revisão de uma Constituição nos momentos fundamentais; (2) como fonte de descoberta de decisões, princípios, regras e alternativas, acolhidas pelos vários modelos de Constituição; (3) como filtro de racionalização das pré-compreensões do intérprete das normas constitucionais”. (CANOTILHO, 1998, p. 1188). A esse ponto de vista apresentado pelo autor português, deve-se acrescentar a contribuição de Pablo Lucas Verdú (1997, p. 22), para quem a Teoria da Constituição foi concebida como “cultura euroatlântica, ideologicamente inspirada, justificada por valores, que iluminam, fundamentam e dinamizam mediante los derechos humanos, reconocidos y protegidos, mediante la

Tal como já havia sucedido, as mudanças de orientação política e teórica no entendimento da Constituição levaram a uma nova transformação do horizonte e das possibilidades de análise e compreensão do sistema constitucional, bem como a uma necessidade de revisão metodológica visando a abranger as novas posturas nele encontradas. Como corolário desse movimento, outros temas – tais como concretização constitucional, regras e princípios e ponderação – passaram a adquirir maior relevância, a ponto de serem identificados como elementos centrais da Teoria Constitucional contemporânea e a partir dos quais se pode postular o desenvolvimento de uma nova forma de conceber o constitucionalismo. Essas transformações merecem, pelas suas implicações, uma análise mais cuidadosa.

2 Interpretação constitucional: da subsunção à ponderação

Em que pese o fato de as transformações no âmbito material da Constituição terem sido em larga escala e atingido todos os seus conteúdos, uma delas marca, de forma mais profunda, a ruptura entre o constitucionalismo material pós-segunda guerra e seus modelos antecedentes. Trata-se da grande transformação por que passou a metódica da interpretação constitucional e as funções a si atribuídas, sendo possível afirmar que atualmente esta possui uma importância decisiva em qualquer sistema democrático, especialmente naqueles que contam com uma jurisdição constitucional. Isso porque não somente se verifica um deslocamento completo em seu sentido, mas basicamente porque através das suas transformações se operaram outras, que, inclusive, redefinem o próprio sentido do constitucionalismo contemporâneo.

Do que foi dito até aqui, é fácil identificar os momentos que antecederam a essa mudança. Assim, ainda sob a influência do constitucionalismo liberal, a interpretação foi tratada como mera operação de subsunção lógica que não distinguia entre problema material e problema formal, prendendo-se aos postulados kelsenianos, de modo que esse entendimento reduzia a metodologia interpretativa constitucional e o seu instrumento de viabilização (jurisdição constitucional) a um mero exame da noção da supremacia da norma constitucional dentro da ordem jurídica (VIEIRA, 1996, p. 37).

delimitación de los poderes públicos, a una organización estructural normatizada que se apoya en una estructura sociopolítica”. Trata-se de um enfoque fundamental da Teoria Constitucional, pois, somente assim, ela pode vir a ser entendida em sua plenitude, ou seja, correlacionada com as causas históricas e políticas que lhe deram origem e a delimitaram até que atingisse sua configuração atual, ou seja, como discurso que busca a superação dos limites estabelecidos pelo constitucionalismo liberal que a antecedeu. É também a única forma de buscar a realização de valores sócio-culturais, pautando-se, basicamente, pela idéia de dignidade humana.

Logo depois, o sentido da interpretação constitucional é redefinido no constitucionalismo de Weimar, através do debate entre Smend – a partir da idéia de unidade de cultura e de sistema de valores – e Heller – o mundo da vida que circunda a Constituição seria uma outra dimensão que interage com a Constituição jurídica, vivificando-a –, que acaba por condicionar, pela primeira vez na seara constitucional, intérprete e realidade circundante. Dessa forma, a atribuição de sentido à Constituição passa pela relação entre norma e fato, um interferindo no sentido do outro, de forma a não ser mais possível pensá-los separadamente.

Por fim, e com o desdobramento das idéias antecedentes, a configuração metodológica da Teoria Material da Constituição se completa com as proposições renovadoras de Hesse e Müller. Apesar de as diferenças epistemológicas que os separam, ambos têm em comum a rejeição aos métodos e fórmulas tradicionais¹¹ de interpretação, deslocando a questão para a concretização/realização constitucional, pois restringir-se às regras tradicionais de interpretação supõe-se desconhecer a finalidade da interpretação constitucional (HESSE, 1983, p. 42). Concretizar significa, então, compreender a Constituição como um campo aberto, indeterminado, onde as normas constituem apenas um ponto de partida e não, como considerariam os liberais, de chegada e, ainda, atentar para o fato de que a Carta Magna deve cumprir determinadas funções, especialmente, a de realização dos direitos fundamentais, como ação constitucionalmente orientada à realização das funções estatais¹².

A par disso, pode-se verificar que a necessidade de ampliar a dimensão de proteção dos preceitos constitucionais ganhou maior repercussão, no interior da Teoria Material da Constituição, a partir do reconhecimento das normas (em especial, das constitucionais) como gênero das quais regras e princípios representam subespécies dotadas de mesma eficácia normativa. Essa diferença, que foi inicialmente elaborada por Ronald Dworkin (1977), reconhece tanto nos princípios quanto nas regras a capacidade de impor obrigação legal, ganha maior impacto na doutrina alemã a partir da obra de Robert Alexy (1997) que, sob fundamentos bem

¹¹ Os métodos tradicionais de interpretação ou o chamado método hermenêutico clássico foi formulado por Savigny e parte do pressuposto de que interpretar uma lei é encontrar o seu sentido literal através dos cânones ou regras da hermenêutica tradicional que são a interpretação literal ou gramatical, lógica, histórica e teleológica.

¹² Para compreender o real alcance dessa diferenciação, é preciso perceber que, na opinião de Müller, a exigência de uma Constituição escrita não é uma propriedade inerente ao direito: é uma exigência da concretização de objetivos políticos, do Estado de direito e da democracia (1999, p. 46) e, portanto, não se deve extrair desse fato conseqüências que extrapolam o sentido e o alcance de um texto escrito. Tal como diz o autor, é preciso considerar que o “texto da norma não ‘contém’ a normatividade e a sua estrutura material concreta. Ela dirige e limita as possibilidades legítimas e legais da concretização materialmente determinada de direito no âmbito de seu quadro” (1999, p. 47).

distintos do autor americano, solidifica a distinção e a faz passagem obrigatória da compreensão do constitucionalismo contemporâneo.

Conforme Alexy, regras e princípios, em decorrência de sua normatividade, devem ser diferenciados a partir de sua estrutura deôntica e de suas possibilidades de aplicação. As regras, por encontrarem-se circunscritas em pressupostos de fato, concretizam-se através da lógica da subsunção. Já os princípios, em razão da impossibilidade de predeterminação dos fatos regulados, somente se concretizam após a realização de um procedimento prévio de determinação de seu alcance, denominado ponderação, através do qual o seu sentido será estabelecido tendo em vista a resolução do problema para o qual se dirige.

A ponderação é essencialmente um método para a solução de conflitos constitucionais, necessária quando temos pelo menos dois princípios com o mesmo valor *in these*¹³ aplicáveis ao mesmo caso. Ponderar é, então, buscar a melhor decisão quando na argumentação jurídica concorrem razões que justificam duas decisões de igual valor (SANCHÍS, 2003, p. 136). Entretanto, se em abstrato os princípios têm a mesma carga axiológica, quando da concretização é preciso estabelecer uma prioridade. Trata-se, assim, de uma escolha de caráter valorativo estabelecida pelo intérprete, que prioriza um princípio em detrimento de outro, ao que se denomina hierarquia móvel (MORESO, 2003, p. 103). Recebe esse nome porque, se num determinado caso há a prevalência de um princípio, em outro – até mesmo semelhante – pode haver a escolha do princípio anteriormente rejeitado sem que isso represente a invalidação de qualquer uma das normas conflitantes.

Aqui já é possível aferir que a ponderação encerra em si mesma uma atividade subjetiva por parte do intérprete, não controlável racionalmente (GUASTINI, 2003, p. 53-55), que diminui a segurança jurídica ao confundir a interpretação anterior – *in these* – com a posterior – *in concreto*. Evidentemente, sob essa última perspectiva sempre é possível encontrar uma justificação para determinada decisão, mas também é inegável que a incerteza do direito aumenta. Com efeito, a recepção pelo ordenamento jurídico das demandas da moral, sob a forma de direitos fundamentais, que dá ao direito uma forte carga axiológica e o afasta paulatinamente do positivismo estrito, levanta alguns paradoxos que precisam ser enfrentados.

Relembremos que a tônica dominante no constitucionalismo moderno, anterior ao período pós-segunda guerra, foi o positivismo estrito, apenas matizado pelas críticas do constitucionalismo de Weimar. Somente durante as décadas de 60 e 70, na Europa, é que veremos aparecer, com grande pujança, o modelo de constitucionalismo material e, principalmente, seus mecanismos para consolidação (*vide supra*). É justamente

¹³ No sentido de *a priori* ou *in abstracto*, no momento anterior à decisão concretizadora. Caso não fosse assim, não seria necessário ponderar.

nesse momento que vamos ver também a tentativa de caracterizar os princípios constitucionais como normas providas de forte obrigatoriedade e a conseqüente transformação no horizonte das possibilidades de aplicação das Cartas de Direitos.

Os princípios constitucionais, em sua grande maioria, têm a função de albergar as demandas políticas e sociais que se fazem presentes dentro de determinado período. Trata-se, sem dúvida, de demandas de caráter moral que assumem a forma de direitos fundamentais positivados, mas indeterminados em seu sentido específico, tanto no seu conteúdo individual quanto na sua inserção no sistema constitucional. É justamente essa a grande novidade do constitucionalismo moderno: o reconhecimento da estreita relação que atualmente encontramos entre o direito e a moral e, principalmente, a impossibilidade de pensar em um desvinculado do outro. Tal constatação nos afasta definitivamente do positivismo do século XIX e nos coloca em areias movediças.

Vários motivos justificam tal constatação. O primeiro deles é a falta de uma moral comum ou objetiva que impede a determinação de um sentido unívoco ou universal para determinado princípio, deixando para as impressões subjetivas à determinação de seu conteúdo. O segundo, e talvez o mais relevante, aparece quando vislumbramos o novo papel que a jurisdição constitucional vem exercendo na contemporaneidade. O espectro extremamente alargado, onde um juiz ou uma corte são chamados a decidir sobre direitos que envolvem dilemas morais, potencializa o grau de discricionariedade, pois acabam por autorizar decisões que fazem uso de suas convicções pessoais. Assim, a segurança jurídica – pautada pela confiabilidade do sistema como um todo – ficaria confiada unicamente à consciência moral do juiz ou da corte constitucional.

Ocorre que esse novo papel que a jurisdição constitucional é chamada a exercer, não pode ser compreendido de forma isolada, como uma transformação na realidade fenomênica da própria Teoria Constitucional, mas é resultado de um conjunto de elementos que transcendem o seu objeto específico (a Constituição e a sua operatividade). E exigem, portanto, que ele seja repensado e redimensionado continuamente, inclusive no que diz respeito às suas funções intrínsecas.

A questão, portanto, desloca-se da problematização acerca da função a ser atribuída à Teoria da Constituição para a percepção dos fenômenos que se espelham na Constituição, e sobre que concepção de Estado pode ser formulada ante as profundas alterações face à dupla crise que vem atravessando o constitucionalismo contemporâneo: a crise da racionalidade e a da legitimidade. A crise de racionalidade decorre segundo Goyard-Fabre (1999, p. 296), de um choque entre imperativos de regulação inconciliáveis que exige um processo de contínua revisão dos seus próprios fundamentos. Por outro lado, a crise de legitimidade põe em cheque a própria identidade do sistema, visto que provém do fato de a opinião pública, abalada em

suas próprias bases, já não dar sua adesão às regulações que formalizam o direito constitucional e as leis positivas (GOYARD-FABRE, 1999, p. 297).

Com efeito, a dificuldade para formar, no plano político, um consenso relativo aos valores éticos, aos ideais políticos e até mesmo aos interesses sociais (GOYARD-FABRE, 1999, p. 299), impossibilita a compreensão global da Constituição, do sentido de suas normas e, principalmente, a tomada de decisão. Isso porque a falta de uma concepção de unidade em torno da cultura e de uma moral objetiva comum resulta na progressiva ideologização das Constituições, através das sentenças interpretativas proferidas pelas Cortes Constitucionais que, devido à sua abrangência e seu caráter definitivo, terminam por determinar o sentido da Lei Fundamental.

3 Neoconstitucionalismo: notas para a sua compreensão

Esta conjuntura envolvendo a transformação dos destinos e das funções da Constituição tem despertado inúmeras preocupações teóricas que se encontram aglutinadas sob um termo genérico denominado neoconstitucionalismo. Com efeito, esse termo foi incorporado ao vocabulário dos juristas há pouco tempo e, ainda que não possua um significado unívoco, conseguiu grande aceitação. Nas páginas seguintes, o termo será utilizado para indicar a perspectiva jusfilosófica que se caracteriza por ser constitucionalista (ou seja, por inserir-se numa corrente dedicada à formulação e imposição de limites jurídicos ao poder político) e antipositivista. O neoconstitucionalismo tem como objeto específico a análise dos modernos ordenamentos constitucionais e democráticos do ocidente (PAZZOLO, 2003, p. 188).

Paolo Comanducci (2003, p. 82-84) divide o neoconstitucionalismo em ideológico, metodológico e teórico. O neoconstitucionalismo ideológico contrasta com o constitucionalismo tradicional porque não se centra na limitação do poder, mas, contrariamente, propugna pela ampliação da intervenção do legislativo, do executivo e do judiciário na realização dos direitos e garantias fundamentais, bem como na ampliação da sua defesa e positivação. A segunda variante, o neoconstitucionalismo metodológico, sustenta uma conexão necessária entre o direito e a moral, consagrada em princípios que fundamentam axiologicamente o sistema jurídico. Como decorrência dessas duas possibilidades surge a terceira, a teórica, que tanto pela sua importância para o constitucionalismo contemporâneo quanto pela possibilidade de fundar uma nova teoria do direito, merece uma análise mais detalhada.

Considerado como teoria do direito, o neoconstitucionalismo representa uma contraposição ao positivismo tradicional, pois assume para si a carga axiológica que penetra na Constituição através dos direitos fundamentais. As transformações sofridas pelo objeto de investigação fazem que o positivismo não espelhe mais a situação

real dos sistemas jurídicos contemporâneos. Em particular, o modelo estatal liberal, a legalidade estrita e o formalismo interpretativista, três características destacadas do positivismo teórico do século XIX, hoje, não são mais sustentáveis (COMANDUCCI, 2003: 83). O modelo de neoconstitucionalismo exige assim uma transformação na forma de conhecer o direito, agora não mais como um modelo descritivo, mas através de um modelo axiológico, isto é, conhecer a Constituição é, acima de tudo, estabelecer seu valor e não o seu sentido.

Contudo, em que pese o inegável avanço, o que se vê é um grave problema de racionalidade, gerado pela tentativa de responder a questões práticas decorrentes do neoconstitucionalismo utilizando um instrumental teórico que não está apto a fazê-lo (pois vinculado ao positivismo liberal); isso incitou a criação de novas possibilidades interpretativas e argumentativas, tendo como força motriz a realização de direitos. Tentou-se, assim, responder à necessidade de obtenção de um método voltado para o direito constitucional, que, entretanto, não possui uma teoria que o sustente, abrindo as portas para uma atuação jurisdicional pragmática, ou seja, sem uma teoria dos direitos que lhe dê racionalidade.

Com efeito, os neoconstitucionalistas, por seu turno, tal como se pode depreender, vêem na atuação dos tribunais constitucionais o caminho para a superação das perplexidades apontadas, proclamando a suplantação de uma Teoria Constitucional doutrinária em favor de uma Teoria Constitucional pragmática, legitimada a partir de uma adequada ponderação entre interesses conflitantes perante a práxis da jurisdição constitucional. Trata-se de uma idéia que reflete a aproximação crescente entre a jurisprudência da Suprema Corte Americana e dos Tribunais Constitucionais dos países da Europa continental e outros, inclusive, o do Brasil.

A formulação teórica de que se valem os neoconstitucionalistas resulta da observação do papel da Constituição e da Emenda XIV na construção jurisprudencial norte-americana e apresenta-se como aplicável à realidade europeia mediante a atuação jurisdicional dos Tribunais Constitucionais europeus. A contradição (ou o problema) encontra-se no fato de que esses tribunais, em sua grande maioria, têm seu trabalho regulado por Cartas formuladas no século pretérito sob a influência do Estado Social e que vincula intérprete e carta de direito, diferentemente do constitucionalismo estadunidense, que permanece vinculado ao Estado liberal que lhe deu origem, onde a liberdade do juiz sempre foi a marca da atuação.

O direito constitucional americano, devido à dificuldade de modificação da Constituição – o chamado *amending power* – e do papel da Suprema Corte como produtora do direito, acabou por destituir de relevância o texto escrito no qual se encontra assentada a Constituição. Por isso mesmo, o direito constitucional há muito deixou de ser a interpretação da Constituição, posto que se tornou bastante difícil sustentar determinadas decisões tomando-se como referência a Constituição escrita.

Dessa maneira, pode-se afirmar que o direito constitucional é, praticamente, o produto do exercício do poder de revisão judicial das leis. Existe uma opinião compartilhada pelos membros da Suprema Corte e numerosos estudiosos sobre a essencial irrelevância da Constituição para o direito constitucional (ACOSTA SANCHEZ, 1998, p. 59)¹⁴.

Não obstante, as diferentes matrizes epistemológicas que perpassam o direito americano e o europeu, desde a década de 70 já se lançavam críticas contra os desenvolvimentos da Teoria Material que propugnavam a interpretação aberta da Constituição a partir da inserção de diferentes pressupostos compreensivos. Lucas Verdú (1994, p. 72-78), com bastante argúcia, questiona o perigo dessa concepção jurisprudencial, em face do irracionalismo que pode engendrar, uma vez que os argumentos levantados em favor da permanência da função integradora e cogente da constituição concorrem para o suicídio da liberdade, em face da inexistência de mecanismos que garantam a salvaguarda e o controle das decisões decorrentes dos Tribunais Constituintes¹⁵.

Com efeito, a ausência de um método que dê conta das profundas transformações sofridas pelo direito constitucional leva a dar ênfase à linguagem pragmática, conduzindo-o a procurar uma teoria com as mesmas propriedades. A pragmática sempre foi a marca teórica dos sistemas constitucionais inglês e americano, pautando-se por uma postura bem mais aberta, permeada pelo contexto no qual está inserida. Esta postura é, sem dúvida, conflitante com o positivismo reinante até o momento, que se preocupava em definir o direito basicamente a partir de elementos verificáveis em todos os sistemas jurídicos contemporâneos.

¹⁴ O debate americano é marcado por uma diferença profunda entre interpretativistas e não-interpretativistas, o que no fundo é um debate sobre divisão de poderes, regra da maioria e democracia. Os interpretativistas, que sustentam a *original understandig* ou *framers intent* e tentam reconstruir a obra dos *founding fathers* (que por sua vez deveria levar ao restabelecimento da regra da maioria como instância democrática), atribuem à Constituição o papel de limitar o poder político estatal, afirmam a superioridade do legislativo e atribuem a possibilidade de fiscalização pelo judiciário somente em casos excepcionais, ou seja, quando exista uma afronta clara à Constituição, cuja única função é procedimental, pois se constitui basicamente num instrumento do governo. O mais conhecido representante dessa postura é John Hart Ely. Já os não-interpretativistas (ou liberais), cujo discurso é dominante na atualidade, atribuem à Constituição um significado que vai além do texto. A Constituição se lhes apresenta como um projeto que deve valer-se de valores materiais, tais como a liberdade, a igualdade e a justiça, sendo que interpretar a Constituição é sempre uma questão política que deve estar pautada por princípios morais, concretizados pelo juiz. O representante mais conhecido e que mais tem contribuído para oferecer a racionalidade teórica necessária entre os liberais é Ronald Dworkin, cujas contribuições serão estudadas a seguir. Antes, contudo, é necessário efetuar algumas considerações importantes.

¹⁵ Recebem esse nome porque, ao dizer o que a Constituição afirma, acabam por produzir normas com alcance e sentido constitucional, função esta reservada unicamente ao poder constituinte originário e/ou derivado, mas nunca, até o presente momento, ao judiciário.

A Teoria Constitucional encontra-se, portanto, numa encruzilhada política e num momento de esgotamento teórico ocasionado pela falência dos pressupostos que a constituíram e, principalmente, pelo fato de jamais ter conseguido cumprir seus compromissos democráticos. Busca-se, assim, apresentar uma opção original de aproximação e superação dos modelos existentes. Sem romper com o liberalismo, deseja-se, no entanto, que essa opção represente uma possibilidade mais aberta, permeável à necessária atualização, de modo a atender às demandas atuais e possibilitar o resgate da “vontade da Constituição”.

A partir daqui, pode-se iniciar o caminho para a conclusão deste artigo. Trata-se de perceber que a prática constitucional é notoriamente marcada pela ineficiência/deficiência em torno da aplicação da Constituição. Essa carência é, antes de mais nada, uma carência da teoria que sustenta a prática. Assim, mesmo que não se desconheça a dimensão essencialmente pragmática de alguns dilemas que o constitucionalismo atravessa, não se pode deixar de reconhecer que o caminho para solucionar a maioria desses impasses passa por uma elaboração mais sistemática, de cunho interdisciplinar.

4 Neoconstitucionalismo e aceitabilidade racional no limiar do século XXI: qual teoria do direito?

A procura por uma teoria do direito que esteja apta em complexidade epistemológica e ao mesmo tempo encontre-se comprometida com a consolidação do Estado Democrático requer que se analise, ainda que de forma rápida e não exaustiva, os dois modelos teóricos que até o momento ofereceram sustentação à prática jurídica e constitucional. O primeiro é o de Hans Kelsen (1979)¹⁶ e o segundo, não muito propagado no Brasil, mas de grande importância para se compreender o debate atual, é o proposto por Herbert Hart (1971). Ambos têm matriz positivista, embora este último encontre-se vinculado ao positivismo inglês, notadamente mais aberto e democrático. Porém, é a partir das críticas a esse autor que Dworkin desenvolve a teoria da resposta certa e do direito como integridade e abre as portas para pensar a racionalidade jurídica em tempos de neoconstitucionalismo.

¹⁶ Modelo seguido por Norberto Bobbio. Segundo o conceito traçado pelo autor italiano, o direito corresponde ao chamado “ordenamento jurídico”. Este se constitui num conjunto de normas jurídicas que se relacionam entre si e têm por fundamento último de validade a “norma fundamental”. Trata-se, também, de um sistema jurídico na medida em que não possui antinomias (normas que se contradizem entre si, no mesmo âmbito de validade) e lacunas (comportamentos não previstos por normas jurídicas, tornando o sistema jurídico incompleto).

Sem o objetivo de esgotar as possibilidades de análise da teoria elaborada por Kelsen, apenas de desnudar alguns pressupostos epistemológicos fundamentais, podemos afirmar que o autor insere-se naquele movimento no qual se encontram vários representantes dos mais diversos ramos do saber que, reconhecendo o componente ideológico e político das suas atividades científicas, propõem-se a finalidade excluí-las e assim construir um saber neutro, livre de toda carga valorativa.

A teoria elaborada por Kelsen pretende ser uma teoria geral sobre o direito positivo, sem atentar para as ordens jurídicas particulares, e pretende, ainda, libertar a ciência jurídica de todas as influências extrajurídicas. Isso quer dizer que ela pretende liberar a ciência de todos os elementos que lhe são estranhos (KELSEN, 1979, p. 17). Esse é o seu princípio metodológico fundamental. Propõe-se, ainda, a analisar o direito na sua forma, como este aparece nas diversas ordens jurídicas nacionais, porém desconhece o seu conteúdo material, não se importando com o que o direito regula, mas como ele regula. Conceituar e explicar o direito corresponderia, então, a descrever o sentido e alcance de uma norma jurídica ou o lugar de cada uma no ordenamento jurídico e as relações que se estabelecem entre elas. O sistema jurídico constituir-se-ia numa ordem gradual, na qual a norma superior é fundamento de validade da norma inferior e o fundamento de validade de uma norma pode ser apenas a validade de uma norma. Uma norma que representa o fundamento de validade de uma outra norma é figurativamente designada como norma superior, por confronto com uma norma que é, em relação a ela, a norma inferior (KELSEN, 1979, p. 267). Kelsen considera a Constituição a fonte de validade de todas as normas inferiores, pois elas devem ser criadas seguindo os pressupostos constitucionais, onde se encontram os pressupostos formais que regulam o processo legislativo, estabelecendo as condições de validade das normas jurídicas.

Nesse ponto, é importante ressaltar que a Constituição, para o jurista, pode ser compreendida de duas formas: através dos seus sentidos material e formal¹⁷. Este último constitui-se num documento solene, composto por um conjunto de normas jurídicas, rígido quase ao extremo, que pode ser modificado apenas com a observância rigorosa de prescrições especiais cujo propósito é tornar mais difícil a modificação das referidas normas. Trata-se, segundo o autor, do sentido próprio da Constituição (KELSEN, 1988, p. 115). Já a Constituição material, cuja idéia diverge do constitucionalismo tradicional, representa para Kelsen (1997, p. 182) exclusivamente

¹⁷ Apesar de efetuar essa distinção, Kelsen faz a seguinte observação: “através de las múltiples transformaciones sufridas, la noción de Constitución há conservado un núcleo permanente: la idea de un principio supremo que determina el orden estatal en su totalidad y la esencia de la comunidad constituida por este orden. Se define de una u outra forma, la Constitución es siempre el fundamento del Estado, la base del ordenamiento jurídico de que se trate” (1988, p. 114).

um conjunto de regras que regulam a criação das normas jurídicas gerais e, em particular, a criação de estatutos.

Nenhum legislador, porém, pode proceder à elaboração dessas normas sem maiores cuidados, sem ter presente o que Kelsen chama de regularidade, que é a relação de correspondência entre um nível inferior e um nível superior do ordenamento jurídico. Se for a Constituição que contém os procedimentos para a aplicação do direito, ela deve estar revestida de uma forma especial que dificulte a sua revisão, através de requisitos diferenciados que lhe garantam a superioridade. O controle da regularidade na aplicação e concretização das normas constitucionais sobre as infraconstitucionais tem, ainda, um caráter bem delimitado e encontra-se restrito ao controle formal da constitucionalidade, pois, para Kelsen (1981, p. 43), se o direito positivo não diferencia essas duas formas, não tem cabimento estabelecer limites ao conteúdo das leis, o que se faz unicamente por motivos políticos.

O Tribunal Constitucional deve exercer, portanto, uma atividade puramente formal e não atinge, no entender de Kelsen, o caso concreto, pois o controle formal não encerra em si uma função judicial, mas apenas uma atividade lógica: uma atividade judicial só se configura quando da aplicação da norma a um caso concreto. Dessa forma, o autor acredita que seria possível evitar que o Tribunal Constitucional penetrasse em questões de fato, envolvendo-se com problemas de índole valorativa e imiscuindo-se, assim, na função parlamentar.

Três questões encontram-se correlacionadas e são fundamentais para perceber o motivo pelo qual a teoria kelseniana não pode mais cumprir o papel que exercia em outros tempos. Com efeito, ao buscar construir um conhecimento jurídico neutro, livre de qualquer elemento que lhe seja estanho – tal como a moral¹⁸, considerar a Constituição unicamente como norma; o controle de constitucionalidade apenas como controle formal e a interpretação constitucional como atividade lógica, Kelsen evita oferecer qualquer critério de racionalidade que permita o controle das decisões em sede de ponderação que estariam, portanto, fora do âmbito da ciência jurídica.

Finalmente, é importante ressaltar que o autor austríaco, como decorrência natural da sua teoria, não se coloca o problema da discricionariedade do juiz, pois esta somente se faz problemática no momento em que se considera que há um campo aberto para a decisão. E esse não é o caso de Kelsen que, vinculado a um positivismo estrito, deixa de fora do direito qualquer problema dessa natureza. No seu entender, decisões morais ou de qualquer caráter material estão fora dos limites de conhecimento científico e, portanto, impossíveis de serem controladas teoricamente, pois não há racionalidade possível em sede de escolhas subjetivas.

¹⁸ Ver o capítulo 2 da **Teoria Pura do Direito**.

Partindo dos mesmos objetivos kelsenianos – quais sejam, construir uma teoria geral do direito e possibilitar que esta tenha um caráter descritivo –, Herbert Hart, em sua obra capital “O Conceito de Direito” (1971), não abandona por definitivo o positivismo, pois realiza um exame do direito centrado na noção de norma e de obrigação jurídica, sendo que um ordenamento seria, então, um sistema composto de regras primárias e secundárias (HART, 1971, p. 89-91). As regras primárias seriam aquelas que impõem obrigações aos indivíduos e as secundárias seriam aquelas que outorgam faculdades aos poderes públicos de elaborar normas jurídicas. No exercício de suas atividades por parte dos juízes e legisladores, através do uso das regras secundárias – regras de adjudicação – são criadas as regras primárias.

A mais importante, contudo, das regras secundárias é a chamada regra de reconhecimento (HART, 1971, p. 111). Da mesma forma que para o autor anterior e consoante com o positivismo que sustenta a teoria hartiana, a regra de reconhecimento teria a função de dar validade às normas de determinado sistema, sendo seu último escalão e, ainda, permitir que se reconheçam as regras pertencentes a um determinado ordenamento. Porém, distintamente de Kelsen, para Hart não há nada acima da regra de reconhecimento; sua validade seria fática e sua existência, uma questão de fato.

A partir daqui é preciso identificar uma segunda distinção que Hart efetua em sua teoria, entre ponto de vista interno e ponto de vista externo. Essa distinção serviria para diferenciar a motivação das condutas e, a partir daí, distinguir entre direitos e obrigações. As regras jurídicas, como forma de regras sociais, podem ser vistas desde uma perspectiva externa, assim como uma perspectiva interna. A primeira pode ser assumida por um observador interessado em conhecer os hábitos de conduta de uma determinada sociedade. O ponto de vista interno destaca a dimensão normativa das regras e permite diferenciar direitos e obrigações, estar obrigados “a” e ter a obrigação “de”. Fundamentalmente, o que diferencia uma da outra possibilidade é a dimensão normativa do primeiro, o que leva à aceitação das regras vigentes como forma de pautar seu comportamento.

Com relação a tal concepção de direito, ainda que avance consideravelmente em relação ao positivismo estrito kelseniano, pois aceita diversos modelos de regras e insere elementos fáticos em sua teoria, há algumas questões que merecem ser explicitadas para percebermos os limites do trabalho do jurista inglês. O primeiro deles resulta do fato de que ainda se trata de um modelo normativo, ou seja, que tem sua análise centrada na norma jurídica. É essa categoria que se constitui no epicentro gravitacional do sistema hartiano. O segundo problema decorre do primeiro e diz respeito aos limites do positivismo propriamente dito, de que Hart não consegue escapar.

Com efeito, embora reconheça um vínculo estreito entre direito e moral (HART, 1971, p. 201), ele não condiciona a validade do direito à moral, nem a existência de

determinados conteúdos morais específicos dentro do ordenamento jurídico. Limita-se apenas a afirmar que um sistema jurídico deve mostrar alguma conformidade específica com a moral ou a justiça, ou deve repousar sobre uma convicção amplamente difundida de que há uma obrigação moral de obedecer ao direito (HART, 1971, p. 201). Portanto, ao admitir o vínculo direito e moral – em termos de estabilidade e sustentabilidade do sistema¹⁹ –, mas não se preocupar com ele de forma racional, pois o considera como um elemento externo ao direito, acaba por não fundamentar ou não justificar determinados fins morais a partir de uma teoria geral do direito.

Contudo, é diante dos chamados casos difíceis que o problema aparece. Casos difíceis seriam aqueles que não encontram solução mediante a aplicação pura e simples de uma regra jurídica, mas que demandam uma escolha por parte do juiz (HART, 1971, p. 220-221). Para esses casos, Hart defende que os juízes devem atuar com virtudes judiciais (HART, 1971, p. 221), que seriam a imparcialidade e a neutralidade ao examinar as alternativas morais envolvidas no conflito. Porém, adverte o autor que, diante de uma pluralidade de princípios, não pode ser demonstrado que a decisão escolhida é a única correta.

É aqui então que se abre o espaço para a discricionariedade, pois onde não existem regras jurídicas que respondam satisfatoriamente ao problema em questão e as regras morais, por seu turno, estão excluídas do âmbito de uma teoria do direito descritivo, o juiz pode, e terá liberdade para decidir da forma como as suas convicções pessoais, políticas e religiosas determinarem. Assim, ao admitir essa certa discricionariedade na atuação judicial por vincular direito e moral, Hart localiza-se num ponto intermediário entre o positivismo estrito e a irracionalidade que marca as decisões judiciais em tempos de Constituições autônomas.

Aparece, então, a necessidade de pensar que teoria do direito estaria apta a oferecer algumas pautas de racionalidade para as decisões judiciais que resultam do novo modelo de tratar o direito e, especialmente, a Constituição. Assim, algumas questões teóricas devem ser reformuladas para dar conta dessas demandas. É preciso uma nova ciência jurídica que supere os dilemas criados pela vinculação inexorável entre direito e moral, não somente reconhecendo a presença desta no sistema jurídico, mas oferecendo uma possibilidade de trato racional em sede de princípios.

5 Ronald Dworkin e a teoria do direito

Pode-se afirmar, portanto, que a melhor teoria do direito em tempos de neoconstitucionalismo será aquela capaz de reduzir a incerteza e a insegurança que

¹⁹ Não seria a palavra correta, mas poderíamos dizer que a “legitimidade” de um determinado ordenamento jurídico viria através de sua conformidade mínima com a moral.

provoca. Sem prejuízo de outras contribuições relevantes, talvez seja Ronald Dworkin (2002) quem melhor oferece respostas para essas questões. Ao elaborar uma teoria que tem como eixo central a crítica ao positivismo e a redução que este faz do direito e da ciência jurídica, reconstrói em bases bem mais abertas e eficazes a teoria do direito, a partir de uma “teoria dos direitos” (DWORKIN, 2002).

Com efeito, Dworkin inicia seus trabalhos a partir da constatação dos estreitos limites do positivismo jurídico. Segundo ele, a primeira falha dessa teoria, que tem dominado o debate no século XX, nos remete a uma teoria do poder discricionário que não leva a lugar algum e nada nos diz. De fato, a representação do direito como um sistema de regras tem exercido um forte poder sobre nossa imaginação, talvez graças à sua própria simplicidade. Se nos livrarmos desse sistema de regras, podemos ser capazes de construir um modelo mais fiel à complexidade e sofisticação de nossas práticas (DWORKIN, 2002, p. 72). Assim, o primeiro passo para a sua superação é apresentar uma forma de direito composto de regras, princípios e políticas, distintamente daquele que se centra unicamente nas primeiras.

Para Dworkin, regras são aquelas que se aplicam na forma do tudo ou nada; princípios aplicam-se numa dimensão de peso e importância; e políticas são aquelas que fixam objetivos a serem alcançados, visando melhorias políticas e sociais. Diferenciam-se dos princípios, pois estes devem promover às exigências de justiça ou de equidade. Assim, ele vai defender a co-existência de direitos morais ao lado de direitos legais, sendo que estes não têm necessariamente primazia sobre os primeiros. A moralidade, por seu turno, encontra-se albergada nos princípios, porém ele alerta que a relação entre direito e moral é bastante problemática e necessita de critérios claros para seu uso.

Assim, diante do abandono do modelo pautado exclusivamente em regras e cético do ponto de vista moral, emerge a terceira oposição ao positivismo, isto é, a rejeição da discricionariedade judicial, pois não haveria justificativas para a utilização desse recurso, tendo em vista que sempre o juiz poderia recorrer a princípios para alcançar uma boa resposta para a demanda (CARDOSO, 2004, p. 28).

Ao negar a tese da discricionariedade, Dworkin deseja negar a possibilidade de o juiz criar direitos e aplicá-los retroativamente. Para o autor americano, a função do juiz é unicamente a de garantir direitos dados pelo legislador. Na ausência de regras que regulem determinado caso, os juízes devem valer-se dos princípios. A discricionariedade é incompatível com o Estado Democrático de Direito, uma vez que a função do juiz não é legislar. Além de ferir a divisão dos poderes, a discricionariedade impede que os direitos sejam levados a sério, posto que eles ficariam na mão dos juízes legisladores.

Para a garantia dos princípios e o afastamento da discricionariedade, Dworkin propõe o que ele denomina “leitura moral da Constituição”, a qual supõe, em primeiro

lugar, que os direitos fundamentais nela estabelecidos devem ser interpretados como princípios morais que decorrem da justiça e da equidade e que ficam inscritos no sistema de direitos constitucionais. Estes são provenientes de um ideal político e jurídico, segundo o qual todos os cidadãos devem ser tratados com igual respeito e consideração. Em segundo lugar, a leitura moral se faz necessária seja porque os direitos fundamentais são quase sempre estabelecidos em linguagem abstrata, carente de interpretação, seja porque é a única capaz de solucionar corretamente conflitos entre direitos (CITTADINO, 1999, p. 193).

Uma leitura moral da Constituição pressupõe o afastamento do ceticismo moral típico do liberalismo tradicional, bem como a idéia da recusa da existência de indivíduos descomprometidos e totalmente livres no mundo. Para tanto, Dworkin encontra-se obrigado a estabelecer o imperativo da moralidade, como exigência da justiça e da igualdade e propõe a chamada estratégia da continuidade, ou seja, a idéia de que existe um ideal moral comum a todos os membros de uma determinada república que se o governo – incluindo, aqui, principalmente os juízes – deve respeitar se quiserem tratar seus membros com igual consideração e respeito. Assim, nos casos difíceis, os juízes atuam com base em princípios que fundamentam direitos.

Finalmente, é preciso ressaltar que, ao propor a estratégia da continuidade, Dworkin deseja, essencialmente, sustentar sua teoria do “direito como integridade”. Para o autor, a integridade pressupõe a decisão judicial como uma atividade norteadas por uma virtude presente nas culturas jurídicas e morais. Nesse sentido, é certo que o direito como integridade situa sua legitimidade na idéia de reciprocidade, porque ainda que apartado por planos, interesses ou convicções, os integrantes das democracias “partilham, uma compreensão de justiça segundo a qual todos os cidadãos devem ser tratados com igual respeito” (CITTADINO, 1999, p. 154). Assim, ao incluir nesse ideal de integridade as decisões judiciais e exigir do Estado que este atue com coerência e compatibilidade, Dworkin apresenta uma importante contribuição para a superação dos dilemas do chamado neoconstitucionalismo.

Considerações finais

Este artigo buscou levantar algumas questões referentes à história e consolidação do constitucionalismo moderno, bem como à crise que atravessa na atualidade. Para tanto, demonstrou como a transformação na idéia de interpretação constitucional foi decisiva para abrir as portas a uma nova forma de configurar e dizer o direito constitucional. Essas transformações receberam o nome genérico de neoconstitucionalismo e partem da idéia de Constituição como um sistema aberto de regras e princípios. Estes últimos, especialmente, por abrigarem a moralidade de

uma determinada comunidade, podem ser interpretados de diversas formas, inclusive, incompatíveis entre si, o que acarreta um forte prejuízo para a democracia constitucional.

Por outro lado, procurou-se demonstrar que sem abrir mão de uma concepção mais aberta de teoria e de Constituição, Dworkin, através de chamado direito como integridade apresenta uma forma de tratar a decisão judicial que permite ao mesmo tempo resolver os problemas de racionalidade do positivismo jurídico e de democracia.

Referências

BOBBIO, Norberto. **Dicionário de Política**. 10. ed. Brasília: UnB, 1997. vol. 2.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6. edição revista (reimpressão). Coimbra: Livraria Almedina, 1995.

CARDOSO, Ana Márcia. **O Liberalismo em Ronald Dworkin**. Dissertação defendida no Curso de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, março de 2004.

CHUEIRI, Vera Karam. **Filosofia do Direito e Modernidade: Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos**. Curitiba: JM, 1995.

CICERÓN, Marco Tulio. **La Republica y las Leyes**. Edición de Juan María Núñez González. Madrid: AKAL Clásica, 1989.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

COMANDUCCI, Paolo. *In*: CARBONELL, Miguel (org). **Neoconstitucionalismos**. Madrid: Trotta, 2003.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **Uma Questão de Princípio**. Trad. Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución de la Antigüedad a nuestros Días**. Trad. Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 2001.

GOYARD-FABRE, Simone. **Os Princípios Filosóficos do Direito Político Moderno**. Trad. Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

- GUASTINI, Riccardo. *In*: CARBONELL, Miguel (org). **Neoconstitucionalismos**. Madrid: Trotta, 2003.
- HART, Hebert. **O Conceito de Direito**. Trad. de Maria Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1971.
- KELSEN, Hans. **¿Quién Debe ser el Defensor de la Constitución?**. Trad. Roberto J. Brie. Madrid: Tecnos, 1995.
- _____. **Escritos sobre la Democracia y el Socialismo**. Traducción de Juan Ruiz Manero. Madrid: Editorial Debate, 1988. p. 109-155.
- _____. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. 3. edição. São Paulo: Martins Fontes, 1998 (1945). (Ensino superior).
- _____. **Teoria Pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 5. edição. Coimbra: Armênio Amado – editor, sucessor, 1979 (1960). (Coleção Studium – temas filosóficos, jurídicos e sociais).
- LUCAS VERDU, Pablo. **La Constitución en la Encrusijada: palingenesia jus politici**. Discurso de ingreso en la Academia de Ciencias Morales y Políticas de España. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 1994.
- _____. **Teoría de la Constitución como Ciencia Cultural**. Madrid: Dykinson, 1997.
- MATTEUTTI, Nicola. **Organización del Poder y Libertad**. Madrid: Trotta, 1998.
- McILWAIN, Charles Howard. **Constitucionalismo Antiguo y Moderno**. Trad. Juan J. S. Echavarría. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- MORESO, José Juan. *In* CARBONELL, Miguel (org). **Neoconstitucionalismos**. Madrid: Trotta, 2003.
- PAZZOLO, Suzana. *In* CARBONELL, Miguel (org). **Neoconstitucionalismos**. Madrid: Trotta, 2003.
- RAWLS, John. **Liberalismo Político**. Trad. Sergio René Madero Báez. México: Fondo de Cultura Económica, 1996.
- SALDANHA, Nelson. **Formação da Teoria Constitucional**. 2. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- SÁNCHEZ, José Acosta. Transformación de la Constitución en el siglo XX. *In*: **Revista de Estudios Políticos**. Madrid: Nueva Epoca, Abril-Junio 1998, nº 100. p. 57-100.
- SANCHÍS, Luis Pietro. *In*: CARBONELL, Miguel (org). **Neoconstitucionalismos**. Madrid: Trotta, 2003.
- VIEIRA, Oscar Vilhena. **A Constituição e sua Reserva de Justiça: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma**. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.