

COLEÇÃO
HERMENÊUTICA, TEORIA DO
DIREITO E ARGUMENTAÇÃO

Coordenador: Lenio Luiz Streck

Fausto Santos de Moraes

Ponderação e Arbitrariedade: a Inadequada Recepção de Alexy pelo STF

4ª edição

Revista e atualizada

2026

 **EDITORIA**
*Jus*PODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

POSITIVISMO JURÍDICO VS. NEOCONSTITUCIONALISMO: PRELÚDIO À COMPREENSÃO DO DIREITO BRASILEIRO

Esta obra propõe determinadas reflexões a partir da Crítica Hermenêutica do Direito, procurando discutir a Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy como constructo teórico que influencia a qualidade da jurisdição constitucional num paradigma jurídico marcado pelo Constitucionalismo Contemporâneo.

Isso porque, a partir da concepção de jurisdição constitucional como instrumento capaz de tornar real as promessas dos projetos constitucionais das democracias pós-segunda guerra, obteve-se uma efetividade dos Direitos Fundamentais, que se deu em razão de uma extensa previsão de Direitos Fundamentais, aliado a instrumentos (ou garantias) jurídicos viabilizaram a concretização de tais direitos.

A Constituição Brasileira de 1988 foi o grande marco distintivo da ordem jurídica democrática brasileira, condicionando a legitimidade do Estado à concretização dos fins e objetivos de uma constituição qualificada como dirigente, o que gera a necessidade da Constituição Brasileira ser compreendida a partir da Teoria da Constituição Adequada aos Países de Modernidade Tardia tal como o Brasil¹.

Assumir essa concepção de Constituição não pode figurar como algo isolado do contexto em que a produção do sentido jurídico emerge. Quer dizer, um texto constitucional não vale por si só, independente de um processo de compreensão e aplicação concretizador da sua força normativa.

Para tanto, é fácil perceber que o Poder Judiciário e mais precisamente o Supremo Tribunal Federal, assumiu a condição de guardião dos Direitos Fundamentais presentes na Constituição. Nesse sentido, a sua atuação é marcada pela tentativa de dotar de eficácia os Direitos Fundamentais, dando-lhes o máximo de proteção possível.

1. STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

Esse agir estatal corresponde aos atos dos três poderes responsáveis por zelar pelos Direitos Fundamentais. Portanto, cabe ao Supremo Tribunal Federal dizer se o Legislativo, Executivo ou Judiciário atuam em conformidade com aquilo que deles se espera, a partir da noção de Direitos Fundamentais previstos na Constituição Brasileira.

Contudo, como essa missão não foi desempenhada a mesma plenitude pelo Supremo Tribunal Federal em tempos anteriores à atual ordem jurídica vigente, parece que lhe falta um suporte teórico apto para que as suas decisões gozem da devida legitimidade que se espera de um tribunal com a missão de proteger/concretizar os Direitos Fundamentais.

1.1. CARACTERIZANDO O POSITIVISMO JURÍDICO

Entre as diversas teorias que servem de pano de fundo a atuação do Supremo Tribunal Federal na realização dos direitos reclamados pelo Estado Democrático de Direito, identificam-se modelos denominados como Pospositivistas ou Neoconstitucionalistas que correram o mundo em virtude de suas propostas para superar os problemas que esgotaram a capacidade do Positivismo Jurídico.

Trata-se do Positivismo Jurídico e sua imprecisão semântica. Assim, podem ser identificados na tradição jurídica dois tipos de positivismos²: o exegético e o cientificista-normativista. Esse problema deve-se à existência de uma imprecisão conceitual sobre o assunto. Procurando enfrentar esse problema, pode-se definir o Positivismo Jurídico como um paradigma teórico-prático, fundado em alguns pressupostos que serão elencados em seguida.

O primeiro deles é que o Direito deveria ser reconhecido pela sua neutralidade axiológica, sendo traçada uma rígida divisão entre os elementos jurídicos e morais. Essa concepção sempre traz à discussão a investigação da possibilidade de um conhecimento social, teórico e prático, independente de qualquer tipo de valoração possível.

Outro traço característico desse paradigma estaria na exclusividade estatal na produção normativa. Isto é, somente o Estado seria responsável por produzir as normas jurídicas válidas, seja pelo seu aparato legislativo ou judiciário.

Ainda, não se pode deixar de mencionar que a doutrina do Positivismo Jurídico também demandaria a sua própria Teoria da Interpretação. Como

2. Faz-se aqui um recorte para discutir apenas essas duas concepções de Positivismo Jurídico. A escolha dessa limitação está no arbitramento quanto à influência que esses modelos ainda produzem nas discussões jurídicas brasileiras. Não se ignora a complexidade das discussões sobre o Positivismo Jurídico na Filosofia do Direito bem como as suas distintas concepções e adjetivações, como por exemplo os modelos: Exclusivista, Inclusivista, Normativista e Institucionalista.

o Estado é o único responsável pela criação das normas jurídicas, tem-se na figura do legislador a condição de protagonista. Assim, a sua função é expressar a vontade do povo, transformando-a na vontade do Estado, delimitando, por conseguinte, os limites interpretativos do Direito.

Numa primeira etapa, seria possível admitir que a operação interpretativa admitida pelo Positivismo Jurídico requereria exclusivamente a utilização da lógica aristotélica da subsunção. A interpretação jurídica, nesse sentido, seria o produto de silogismos, nos quais a premissa maior fornecida pela Lei poderia conformar todos os fatos relevantes da sociedade.

Assim, por exemplo, o pensamento jurídico passa a conceber o Direito como um sistema de regras, cuja principal característica estaria na sua condição unitária de validade, coerência e completude de suas ordens. São referência nessa condição, autores tradicionalmente considerados como positivistas – por defenderem em suas teorias os elementos e noções referidos: Hans Kelsen e Norberto Bobbio.

Apostando a necessidade de se reconhecerem diferentes formas de Positivismo Jurídico, Streck explica que, no Positivismo Jurídico *Exegético* ou *Primitivo* (identificado por Ferrajoli como *Primevo-Legalista*), o Direito deveria ser concebido separado da Moral, havendo a isomorfia entre o conceito de texto e norma. Para além, considerando o contexto político-jurídico do seu surgimento, os juízes não poderiam exercer qualquer atividade interpretativa³, sujeitando as dúvidas ou deficiências legais à referência do legislador⁴. Numa palavra: Direito não se interpretaria, e os juízes devem ser a “boca da lei”.

3. Pode-se assumir o fato do Positivismo Exegético ter sido o instrumento utilizado à época para conter os problemas com o abuso do poder estatal por mãos de juízes engajados com a ideologia político-jurídica do Rei e da Nobreza, derrotados pela Revolução Francesa. Caenegem refere que tanto a legislação como os códigos nacionais serviram para instrumentalizar o Direito nacional, em atenção a dois regimes políticos diferentes, quais sejam: os déspotas esclarecidos e a Revolução Francesa. Cf. CAENEGBEM, R. C. van. *Uma introdução histórica ao direito privado*. Trad. Carlos Eduardo Lima Machado. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 170. O autor refere a diferença, por exemplo, da relação entre o povo e o Direito na Alemanha e na França. Na primeira, o soberano produzia o Direito e as ações próprias para resguardá-lo ao povo, enquanto que na França, por decorrência da *volonté générale* o Direito era produto do povo. Cf. *Ibid.*, p. 176.
4. Segue o autor referindo que, no primeiro caso, o soberano utilizou-se da lei para impor modernizações políticas não aceitas pelo povo conservador, enquanto que, no caso da Revolução Francesa, a lei serviu ao povo revolucionário que não tolerava mais as imposições do *ancien régime*. Nesse sentido, houve a preocupação na França daquela época de instituir leis, processuais, que submetessem os problemas sociais ao cumprimento legal estrito, inclusive, positivando a proibição de interpretação judiciária do Direito. Serve para ilustrar esta situação a edição da Lei Revolucionária de 1790 que instituiu o *référé législatif*. Vale apresentar dois trechos da Lei Revolucionária que representa esta cultura legalista. O primeiro deles, em que se destitui ao Poder Judiciário a possibilidade de intervenção nos outros poderes, como se vê pelo Título II, artigo 10: “os tribunais judiciários não tomarão parte, direta ou indiretamente, no exercício do poder legislativo, nem impedirão ou suspenderão a execução das decisões do poder legislativo”. Inclusive, e aqui parece ficar evidente a preocupação com os limites da interpretação judicial, submetia o Poder Judiciário ao legislativo. Nesse sentido, o Título II, artigo 12, afirma que: “(os tribunais) reportar-se-ão ao corpo legislativo sempre que assim

Contudo, é importante esclarecer, que o Positivismo Jurídico pode também ser conhecido como *Cientificista ou Normativista* – estereotipado na imagem do jurista Hans Kelsen, conhecido pela qualidade figurativa de ter pensado um construto teórico que possibilitasse um estudo científico do Direito. O Direito como Ciência e nos moldes do pensamento do jurista exigiria o emprego da *Norma jurídica* como esquema interpretativo dessa Ciência.

Nessa empreitada, Kelsen acabou por teorizar sobre as características jurídicas do sistema jurídico a partir de um eixo central de validade que não poderia ser racionalmente conhecido e, portanto, deveria ser pressuposto. Assim, a norma hipotético-fundamental serviria ao autor na construção do sistema dedutivo de produção e execução normativa que validaria todo o sistema jurídico. É fácil relembra, portanto, que a norma hipotético-fundamental emprestaria o signo da validade à Constituição, e esta, por sua vez, mediante normas de competência, autorizaria a produção normativa. Por se fundar numa lógica silogística de encadeamento entre a norma superior e a inferior, o sistema pensado por Hans Kelsen poderia ser considerado como hábil aos reclames racionais da época.

Ainda sendo, para Kelsen, a função do cientista jurídico seria descrever o esquema de normas existente na ordem jurídica. Ao fazer isso de maneira teórica, Kelsen constatará que toda ordem jurídica – qualidade científica que poderia ser universalidade – envolveria dois esquemas normativos próprios, quais sejam: estático e dinâmico. Na condição estática, a norma hipotética fundamental seria o elo de validade de toda ordem jurídica. Para se identificar a validade normativa, deveria haver a verificação da dotação de poder por uma norma hierarquicamente inferior, até que essa inferência encontrasse a norma hipotético-fundamental. Noutra perspectiva, a condição dinâmica da ordem jurídica estaria na verificação da competência para alteração e criação normativa. Assim, toda norma seria válida se criada por agentes competentes, cuja autoridade decorreria de normas de competência. Considerando isso, tanto o legislador como o juiz teriam competência para criar normas. Esse é um dos motivos que reclama a apresentação do pensamento de Kelsen. Ou seja, que o juiz estaria autorizado e, portanto, competente para criar normas.

Esse autor entende que a noção de imputação jurídica tem papel primordial na Ciência Jurídica proposta por Kelsen. Isso porque é através da imputação jurídica que os atos jurídicos tornar-se-iam verificáveis empiricamente. Ou seja, a imputação seria, pelo conceito de Kelsen, o exercício de um ato de vontade impositivo de uma conduta, demarcando o que é proibido,

considerarem necessário, a fim de interpretar ou editar uma nova lei (...) as funções judiciárias são distintas e sempre permanecerão separadas das funções administrativas. Sob pena de perda de seus cargos, os juízes de nenhuma maneira interferirão com a administração pública, nem convocarão os administradores à prestação de contas com respeito ao exercício de suas funções.”

permitido ou competente⁵. Assim, todo o ato jurídico conhecido empiricamente poderia ser descrito e analisado estruturalmente de forma científica⁶.

O que se pretende por em evidência com a apresentação do pensamento de Kelsen é a tentativa de delimitação científica do Direito como Ciência. Isso não quer dizer que o Direito possa ser considerado imune à Política ou à Moral, mas que o conhecimento científico do Direito, empírico, parte da norma como seu objeto. E, assim, não centraliza como seu objeto de conhecimento os elementos pressupostos pela autoridade à imputação jurídica. Esses elementos, não poderiam ser objeto de conhecimento científico, pois envolveriam o exercício de um ato de vontade⁷. Seja no exercício da competência legislativa ou judiciária.

A separação do Direito da Moral ou da Política pode ser considerada o grande marco que qualifica Kelsen como positivista científico ou normativista. O problema é que, ao concentrar-se exclusivamente num conhecimento científico – ou na construção de uma *Teoria geral do Direito de acordo com os princípios da pureza metodológica do conhecimento científico-jurídico*⁸, Kelsen abdica da discussão do conteúdo do Direito⁹, fazendo com que o seu conceito científico de norma jurídica vaze por todo o conteúdo Moral (Político), atribuível a um ato de vontade.

Nesse sentido, por exemplo, Kelsen entendeu não ser possível desenvolver uma teoria da interpretação jurídica, relegando-a a um nível reflexivo que não atendia postulados da ciência moderna, quais sejam, a objetividade e a exatidão. Consequentemente, negou, com isso, a possibilidade de ciência sobre a interpretação. Ao fazer isso, paradoxalmente, acabou por dar força ao livre exercício das convicções morais e políticas no Direito, sustentado em normas de competência autorizadoras e no ato de vontade¹⁰.

5. KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 5. Em sua primeira nota de referência à obra citada, Kelsen afirma que “O conteúdo do dever-ser, ou seja, aquilo que uma moral positiva ou uma ordem jurídica positiva prescreve, é determinado através de um ato de vontade e, depois de assim determinado, conhecido.” Cf. p. 399.

6. Isto é, seria possível construir um aparato científico do Direito tão somente com vistas à norma como seu objeto de estudo, preenchendo o ideal científico da objetividade e exatidão. Cf. *Ibid.*, p. XI.

7. Cf. KELSEN, *Teoria Pura do Direito*, op. cit., p. 6: “Na verdade, a norma é um dever-ser e o ato de vontade de que ela constitui o sentido é um ser. Por isso, a situação fática perante a qual nos encontramos na hipótese de tal ato tem de ser descrita pelo enunciado seguinte: um indivíduo quer que o outro se comporte conduza de determinada maneira. A primeira parte refere-se a um ser, o ser fático do ato de vontade; a segunda parte refere-se a um dever-ser, a uma norma como sentido do ato.”

8. Cf. *Ibid.*, p. XVII.

9. Cf. *Ibid.*, p. XVIII.

10. Como afirma Kelsen: “Do ponto de vista do Direito positivo (Ciência do Direito) nada pode se dizer sobre a validade ou verificabilidade. Não resultam do Direito positivo. A produção do ato jurídico dentro da moldura da norma jurídica aplicanda é livre, isto é, realiza-se segundo a livre apreciação do órgão chamada a produzir o ato” Cf. *Ibid.*, p. 393. Assim, “A interpretação cognoscitiva (obtida por uma operação do conhecimento) do Direito a aplicar combina-se com um ato de vontade em que

Streck qualifica o poder de imputação por competência normativa, previsto por Kelsen, como indicativo do voluntarismo. A interpretação como ato de vontade (*Wille zur Macht*) seria o principal problema que o Positivismo Normativista teria legado ao paradigma Constitucional (ou neoconstitucional).

E aqui está o principal pressuposto crítico que assume o trabalho contra a discricionariedade originária do Positivismo Normativista refratário à filosofia da consciência. O modelo de aplicação do Direito como ato de vontade implica renunciar as contribuições da Filosofia *no* Direito, mais notadamente, da Filosofia Hermenêutica ou da Hermenêutica Filosófica. Assim, quando se resigna a interpretação do Direito como produto da política judiciária (ou como afirmou Kelsen: moral, política ou sociologia), está-se assumindo que o intérprete, como sujeito, assujeita o Direito como seu objeto, através da sua capacidade racional e transcendental de conhecer os valores jurídicos e determiná-los¹¹.

Isto é, na busca por uma revolução paradigmática, com o reconhecimento da cooriginariedade (qualificação, conexão) do Direito e da Moral, considerado como marca do esgotamento do paradigma positivista, cai-se na armadilha de delegação da criação normativa ao exercício de competências que acabam por legitimar a expressão da vontade de poder.

Como consequência disso, o Direito passa a ser produto da discricionariedade “valorativa” do intérprete. Essa seria a marca do positivismo jurídico: permitir ao agente competente, por vezes o legislador, agora o juiz, determinar os (seus) valores à sociedade. Principalmente, quando ignora a construção histórica intersubjetiva das instituições jurídicas.

Mesmo com essa influência do positivismo na cultura jurídica considerada constitucional, não se pode negar a existência de nova forma de compreender o Direito. Essa nova concepção, será apresentada como paradigma Constitucionalista.

1.2. DO PARADIGMA CONSTITUCIONALISTA

Atualmente, a Teoria do Direito tem procurado apresentar um novo marco teórico para lidar com o esgotamento das principais ideias do Positi-

o órgão aplicador do Direito efetua uma escolha entre as possibilidades reveladas através daquela mesma interpretação cognoscitiva. Com este ato, ou é produzida uma norma de escalão inferior, ou é executado um ato de coerção estatuído na norma jurídica aplicanda.” Cf. *Ibid.*, p. 394.

11. Algo que, como denuncia Streck apoiado em Stein, não suporte um minuto de filosofia diante do “paradoxo de Humboldt: a formação da cultura que traz, consigo, a constituição normativa-valorativa ligada a estruturação linguística do ser-aí. Cf. STRECK, Lenio Luiz. Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (org.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 63.

vismo, mais notadamente, a exclusividade da produção normativa Estado, a distinção rígida entre o Direito e a Moral, o reconhecimento da importância da Constituição (na sua condição rígida) pela previsão das normas fundamentais do Estado e dos Direitos Fundamentais, bem como pela existência de um órgão encarregado de dotar de força normativa a Constituição através dos mecanismos jurídicos disponibilizados pela ordem jurídica.

Essa nova forma de conceber o papel do Direito pode ser identificada como Constitucionalista. Apoiando-se em Zagrebelski, poder-se-ia formular Constitucionalismo como a passagem da concepção de um Estado de Direito (*Rechtsstaat*) para um Estado Constitucional. Isso permite percorrer dois séculos (XVIII-XX) fecundos de institucionalização político-jurídicas que reconhece a importância da realização democrática do Estado de Direito¹².

Canotilho, por sua vez, vai dizer que Constitucionalismo deve ser compreendido como “uma teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social da comunidade”¹³.

Isto é, de início, o Estado de Direito é marcado pela noção de legalidade. A Lei, produto do ato representativo da população através do legislador, seria a forma legítima de determinar as relações do Estado com seus cidadãos, e as próprias relações particulares. A legitimidade de determinada ordem jurídica estaria adstrita em observação à Lei. Pressupunha, à época, a equivalência entre Direito e Lei. A própria noção de Constituição era sinônima da Lei. Tem-se esse momento histórico como fruto das revoluções liberais. Portanto, a Constituição pleiteava o maior grau possível de autonomia individual do cidadão. Esse modelo é legado, por exemplo, pelo constitucionalismo francês.

Se faz necessário mencionar à contribuição da doutrina do Direito constitucional norte-americano. Isso porque o modelo de força normativa da Constituição deve referendar a instância de controle do poder público, tendo como parametrização as normas constitucionais. Tem-se, assim, como paradigmática a decisão *Marbury v. Madison*, de 1803, em que a Suprema Corte impõe limites ao exercício dos poderes do executivo. Institui-se a Constituição como documento hábil que outorga poderes ao judiciário para conter atos ilegais (inconstitucionais) dos demais poderes. Doutrina essa que é conhecida como *checks and balances*.

Canotilho esclarece que “O Estado Constitucional é mais que o Estado de direito. O elemento democrático não foi apenas introduzido para travar

12. ZAGREBELSKI, Gustavo. *El derecho dúctil: Ley, derechos, justicia*. Trad. Marina Gascón. 8. ed. Editorial Trotta: Madrid, 2008, p. 21-45.

13. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003, p. 51.

o poder (*to check the power*); foi também reclamado pela necessidade de legitimação do mesmo poder (*to legitimize State Power*)¹⁴.

A noção de Constitucionalismo aprimorou-se para conjugar os ideais liberais da democracia representativa da vontade popular e a previsão institucional de instrumentos que garantam o exercício do poder dentro de determinadas limitações que protejam a esfera de liberdade do cidadão. Em outras palavras, é reconhecida a importância das decisões da maioria, garantindo, entretanto, o respeito dos direitos da minoria.

Campuzano afirma que ambos os modelos constitucionais referidos formam a base do Estado Constitucional, este, identificado com Constituições normativas, consagradoras de conteúdo substanciais e instrumentos jurídicos que deem garantia de efetividade dos direitos previstos¹⁵.

A noção de Constitucionalismo ou da força normativa da Constituição está atrelada ao reconhecimento de um documento jurídico que regulamente as relações entre o Estado e seus cidadãos, e entre os últimos reciprocamente, permitindo o reclame da intervenção do Estado em caso de violações. Contudo, a história mostrou que nem sempre o Direito nacional consegue resolver problemas que envolvem a identidade cultural de uma coletividade. Ou seja, em algumas situações os instrumentos estatais não dão conta da relação de poder existente no Estado, inclusive, acabam por falsear a identidade jurídica. É o caso de constituições simbólicas que não conseguem determinar as relações de poder, reduzindo-se a meras folhas de papel¹⁶.

Ter ou não uma Constituição é reconhecer o seu poder de modificação da realidade. A Constituição do Século XX tem sua concepção atrelada ao poder normativo que lhe fora conferido através da previsão de instrumentos jurídicos que lhe deem eficácia. Isso porque não adianta haver previsão constitucional de inúmeros direitos se eles não possuem eficácia.

Acredita-se assim, que o Constitucionalismo norte-americano deu prova do que significa ou deve significar Constituição ao dotá-la de força normativa garantida através do Poder Judiciário pela doutrina da revisão judicial dos atos de poder (*judicial review*)¹⁷.

Por sua vez, o modelo de controle de constitucionalidade continental passou a influenciar efetivamente grande parte das nações europeias pós-segunda

14. CANOTILHO, *Direito constitucional e teoria da constituição*, p. 100.

15. JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso de. *Constitucionalismo em tempo de globalização*. Tradução José Luis Bolzan de Moraes. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 22.

16. Cf. LASSALLE, Ferdinand. *O que é uma constituição?* Tradução Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Cultura Jurídica, 2002.

17. *Marbury v Madison*, 5 U.S. 137 (Cranch) – 1803. Tradução livre: “Se, pois, os tribunais têm por missão atender à Constituição e observá-la e se a Constituição é superior a qualquer resolução ordinária da legislatura, a constituição, e nunca essa resolução ordinária, governará o caso a que ambas se aplicam”.

guerra mundial – com exceção da França que institui o controle preventivo pelo Conselho Constitucional, o que veio a reforçar o poder normativo das constituições pós-guerra¹⁸. Assim, reconhecendo-se ao Poder Judiciário a condição de órgão garantidor da Constituição uma das consequências seria, especula-se, aproximar o modelo continental (*civil law*) da criação jurisprudencial de direitos (constitucionais) nos moldes do papel dos precedentes norte-americanos.

O Direito brasileiro, desde a Constituição de 1988, como boa parte da Teoria do Direito contemporânea, vem procurando formas de lidar com a previsão constitucional de uma série de Direitos Fundamentais, juntamente com um instrumental processual que permitisse a satisfação de tais direitos mediante garantias fundamentais.

A discussão posta é acentuada com a tentativa de transição entre paradigmas que marcam a teoria do Direito, desde o paradigma positivista até o pós-positivista¹⁹ ou neoconstitucionalista²⁰. Isso porque a constante busca

-
18. Cf. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Juízo de ponderação na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 39: “Depois da 2ª Guerra, a fórmula kelseniana da jurisdição foi adotada na Europa continental, afora a França, atendo-se à necessidade do controle de constitucionalidade, sem suscitar imediato temor de um “governo dos juízes”. Pensava-se que assim se viabilizava a defesa da Constituição, sem arrebatar a generalidade dos juízes para o prosaíco político. A Justiça constitucional, nos moldes de Kelsen, se alastrou pelo velho continente, à medida que os seus países emergiram de dificuldades históricas extraordinárias, a partir do término da 2ª Guerra Mundial. Diplomas constitucionais de 1948 e de 1949 preveem cortes com jurisdição constitucional na Itália e na Alemanha. No auge da crise argelina, a Constituição francesa de 1958 também adota um sistema de controle peculiar, por meio do Conselho Constitucional. A jurisdição constitucional é acolhida, na década de 1970, em Portugal, na Espanha e na Grécia. Com a queda do comunismo, a partir de 1989, espalha-se pelas antigas ditaduras do Leste Europeu.
 19. A expressão pós-positivista é utilizada para marcar uma diferenciação entre o positivismo jurídico como uma isomorfia entre lei e Direito, condição em que o Direito não atribui importância às discussões do limite do Direito positivo como, por exemplo, a sua indeterminação e a sua relação com a moral. A condição pós-positivista ou neoconstitucionalista não procura refutar a validade do Direito positivo, mas pretende ir além dele, discutindo questões que não eram consideradas importantes. Cf. CALSAMIGLIA, Albert. Postpositivismo. In: *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*. n. 22. Alicante, 1998, p. 209. Robert Alexy pode ser considerado como um pós-positivista eis que procura desenvolver questões não problematizadas pelo positivismo jurídico exegético como: a indeterminação do Direito e relação dele com a moral. Melhor dizendo, procura ultrapassar o limite de um Direito meramente formal, com a construção de uma pretensão de correção. Cf. BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Princípios, regras e a fórmula de ponderação de Alexy: um modelo funcional para a argumentação jurídica? In: BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do direito e decisão racional*: temas da teoria da argumentação jurídica. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 329. Contudo, não se pode esquecer o problema legado pelo positivismo jurídico: o espaço de discricionariedade. Assim, mesmo que se adote postura pós-positivista, constitucionalista, não positivista ou neoconstitucionalista, o problema do positivismo jurídico continua latente. Qual seja: reconhecer um âmbito de discricionariedade. Considerando isso, embora as teses de Alexy apontem para a superação do positivismo exegético, o autor acaba esbarrando no espaço discricionário em que o julgador pode decidir sem quaisquer limitações. É nesse sentido que Streck afirma que é impossível “desvencilhar o positivismo da discricionariedade (e vice-versa)” Cf. STRECK, Lenio Luiz. Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (org.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo*: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 82.
 20. A utilização da expressão “neoconstitucionalista” ou “neoconstitucionalismo” quer colocar em evidência a tentativa de superação do modelo positivista exegético, mas, contudo, acaba esbarrando

de concretização dos Direitos Fundamentais constitucionalmente previstos implica novas concepções de índole teórica, ideológica e metódica,²¹ determinadas pelos problemas que o positivismo jurídico não conseguiu enfrentar e que, culminaram nas guerras do século vinte.

Teoricamente, foi possível perceber um movimento que passou a caracterizar a Constituição como uma norma de estrutura e função diferenciada. Essa norma descreveria as regras fundamentais e superiores do ordenamento jurídico, cujo conteúdo axiológico apresentaria um valor especial.²² Ideologicamente, a Constituição procurou garantir a concretização dos Direitos Fundamentais que se configurada como seu principal objetivo, servindo de direção para as atividades legislativas, executivas e judiciárias, além de assegurar mecanismos de tutela para tanto.²³

Na sua perspectiva metodológica, o neoconstitucionalismo sustenta a existência de uma conexão necessária entre Direito e Moral, ponte que seria feita pelos princípios constitucionais e pelos Direitos Fundamentais²⁴.

Seria possível identificar por Barroso, por exemplo, que as posições denominadas neoconstitucionalistas, imprimiriam três mudanças paradigmáticas pela constitucionalização do Direito, sendo elas: o reconhecimento da força normativa da Constituição, deixando de ser uma simples declaração de intenções para assumir um poder deontológico ou imperatividade;²⁵ a expansão da jurisdição constitucional, que marca a ideia de supremacia da Constituição como limite a qualquer processo deliberatório, delegando ao poder judiciário a condição de guardião desses limites;²⁶ e, para dar conta dessa nova realidade, a reelaboração da interpretação constitucional, havendo agora a necessidade de uma metodologia que desse conta da pluralidade de

na armadilha da tese sobre a interpretação do Direito como ato de vontade. Assim, reconhecendo a existência de correntes que utilizam a mesma expressão, mas que postulam uma forma própria de conceber o Direito, a expressão será utilizada como sinônimo da consideração da Constituição como fonte de validade da ordem jurídica e proteção dos Direitos Fundamentais através do Poder Judiciário. Importa destacar a crítica de Streck ao afirmar que "neconstitucionalismo" em *terrae brasiliis* teve a patologia de contribuir para corromper o próprio texto constitucional, visto que não conseguiu se livrar da influência da interpretação do Direito como um ato de vontade. Assim, o neoconstitucionalismo brasileiro tem a característica de estar filiado às posturas voluntaristas. Cf. STRECK, Lenio Luiz. Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (org.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 62.

21. COMANDUCCI, Formas de (neo)constitucionalismo: um análise metateórico, op. cit., *Isonómia*. n. 16. 2002.

22. Ibid., p. 98.

23. Ibid., p. 100.

24. Ibid., p. 101.

25. BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 262.

26. BARROSO, *Curso de direito constitucional contemporâneo*, p. 263.

visões, valores e interesses consagrados nos Direitos Fundamentais, principalmente, mediante a ponderação como técnica de decisão e reabilitação da razão prática.²⁷

Streck reconhece que o Constitucionalismo Contemporâneo – nomenclatura preferida pelo autor em virtude da imprecisão semântica que o uso do pós-positivismo ou neoconstitucionalismo tem provocado – implica o rompimento de três barreiras para a sua plenitude, quais sejam: a revisão da teoria das fontes para que se reconheça o deslocamento da lei como fonte única do Direito à Constituição; alteração na teoria das normas, buscando compreender o papel dos princípios como normas jurídicas, principalmente, aqueles contemplados constitucionalmente; e, como terceiro elemento, o reconhecimento da importância de uma teoria da interpretação²⁸.

Os dois autores supracitados apresentam determinada convergência no seu pensamento quando reconhecem a ruptura proporcionada pelo Constitucionalismo Contemporâneo. Ambos fincam as suas esperanças no reconhecimento da Constituição como a principal fonte do Direito, da qual, a jurisdição constitucional assume a função de dar-lhe efetividade.

Tem-se, assim, que Constitucionalismo Contemporâneo reconhece a importância do Poder Judiciário como órgão autônomo que consegue garantir ao cidadão a realização dos seus Direitos Fundamentais, independentemente da existência de acordos políticos consensuais. Garante-se, assim, direitos mínimos aos cidadãos, oferecendo-lhes a proteção necessária que um Estado deve lhes dar.

Acredita-se, portanto, que um dos fundamentos do Constitucionalismo Contemporâneo pode ser identificado na previsão de instrumentos que fazem da Jurisdição Constitucional um instituto de garantia e concretização dos Direitos Fundamentais. Ou seja, todo ato de poder somente estará legitimado ao se adequar aos ditames materiais da Constituição, que proporciona a devida proteção aos Direitos Fundamentais.

Essa tensão entre o agir estatal e a proteção aos Direitos Fundamentais²⁹ parece estar refletida na discussão metodológica que se inaugurou contemporaneamente, a consagração dos Direitos Fundamentais. Nesta nova

27. Ibid., p. 266.

28. STRECK, Lenio Luiz. A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo. In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel (Orgs.). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 159.

29. Assume-se aqui a tese da vinculação à Constituição. Melhor dizendo, que os atos do Estado devem guardar a devida referência e vinculação às normas constitucionais, tese esta, notoriamente advogada por Canotilho no seu modelo de Constituição Dirigente. Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. 2. ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2001.

configuração o controle de validade dos atos do Estado deve necessariamente passar pelo crivo constitucional. Sendo assim, o modelo metodológico do Direito vinculado ao positivismo jurídico não basta para dar conta do novo modelo de racionalidade.

A doutrina alemã é paradigmática no constructo teórico sobre a proteção aos Direitos Fundamentais. Defende ela que o Estado tem a obrigação jurídica de fazer o possível para proteger os Direitos Fundamentais como bens jurídicos que devem ser preservados contra violações e ameaças antijurídicas.³⁰

O que aqui pode ser chamado de doutrina da proteção não se restringe tão somente aos tradicionais direitos liberais negativos de proibição de intervenção (*Eingriffsverbote*), mas assume a condição ambivalente de um postulado de proteção (*Schutzgebote*).

Isto é, o Estado deve desenvolver meios para proteger os Direitos Fundamentais de tal forma que atos públicos e particulares sofram uma filtragem constitucional, garantindo a declaração de sua nulidade sempre que contrariem os seus comandos. Nessa condição, institui-se tanto a proibição do excesso (*Übermaßverbot*) como a proibição de omissão (*Untermaßverbot*)³¹.

Complementa Mendes que o dever de proteção envolveria: dever de proibição (*Verbotspflicht*) de uma determinada conduta; dever de segurança (*Sicherheitspflicht*), protegendo os direitos do cidadão mediante instrumentos que coíbam atos de terceiros; dever de evitar riscos (*Risikopflicht*) protegendo o cidadão por medidas preventivas quanto ao desenvolvimento tecnológico³².

No alerta de Streck, seria uma característica própria do Estado Democrático de Direito a consideração dos Direitos Fundamentais como normas constitucionais, pelas quais, a moral institucionaliza-se no Direito, indicando ideais de vida boa, garantidos mediante um aparato de instrumentos processuais próprios a favorecer a sua concretização através da jurisdição constitucional, caracterizando um *plus* normativo.³³ Assim, verificada violação aos Direitos Fundamentais, seja por ação ou omissão do Estado numa relação direta com os cidadãos ou indiretamente,³⁴ ao protegê-los nas

30. HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federativa da Alemanha*. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 278.

31. MENDES, Gilmar. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000 p. 209.

32. *Ibid.*, p. 210.

33. STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas: Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 3. ed. rev. amp. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2009. p. 172.

34. Com base na jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão, a construção doutrinária possui um imperativo de tutela de proteger os Direitos Fundamentais do cidadão nas suas relações privadas. Sinteticamente, proteger um cidadão do outro. Cf. CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e direito privado*. Tradução Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Edições Almedina,

suas relações privadas, nasce a pretensão do cidadão de ter o seu direito de proteção efetivado.

Nesse contexto, a atuação ou omissão do Estado – aqui considerado nos seus mais diversos órgãos – seja por atos de seus próprios agentes ou de cidadãos, implica a assunção de efetivar o dever de proteção (*Schutzpflicht*), que nada mais é do que reconhecer a condição compromissória e dirigente da Constituição. Assumiu-se um compromisso com os Direitos Fundamentais, inclusive, dotando o sistema jurídico de instrumentos processuais apropriados que garantam essa concretização através do poder judiciário, tomando-os como compromissos que dirigem o Estado e a Sociedade.

Na condição de balanço sobre o que envolveria a noção neoconstitucionalista, que parcialmente converge com a noção de Constitucionalismo Contemporâneo, é possível apresentar os elementos que, para Duarte, caracterizariam o neoconstitucionalismo. Entende o autor que as teses que circundam o paradigma neoconstitucionalista seriam: a) o pragmatismo (Direito implicaria um conhecimento fundido na política); b) ecletismo metodológico (interconexão entre metodologias jurídicas); c) principialismo (a ordem jurídica envolveria regras e princípios, entendidos a partir de argumentos de correção e de combate à injustiça); d) estatalismo garantista (previsão de instrumentos institucionais que tutelem os Direitos Fundamentais); e) judicialismo ético-político (reconhecimento da conexão entre Direito e Moral); f) interpretativismo moral-constitucional (exigindo a leitura moral dos valores constitucionais); g) Pós-positivismo (compromisso com o caráter prático e não meramente descritivo da Ciência Jurídica); h) Juízo de Ponderação (as questões jurídicas difíceis exigiriam a discussão sobre os Princípios Jurídicos envolvidos); i) Especificidade Interpretativa (influência da Constituição nas demais normas jurídicas); j) Ampliação do conteúdo da Grundnorm para o qual o conteúdo moral da Constituição figuraria como eixo de validade da ordem jurídica) e; l) o Conceito não-positivista de Direito (a noção de Direito Positivo deveria ser conjugada com a retitude material da norma, aproximando o Direito de um ideal de validade material)³⁵.

2006, p. 58 e sgs. O efeito horizontal dos Direitos Fundamentais já foi reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário n. 201.819/RJ, podendo ser identificado como um marco da irradiação das normas constitucionais ao direito privado como do dever de proteção que elas demandam mesmo nas relações privadas entre os cidadãos.

35. DUARTE, Écio Otto Ramos; POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição*. São Paulo: Landy Editora, 2006, p. 64-73. Interessa destacar o diálogo proposto por Streck à proposta neoconstitucional dos autores. Para tanto, Streck vai indicar problemas dessa nova caracterização do paradigma jurídico. Delimitando-se aos fins do presente trabalho, a oitava característica apontada como caracterizadora do neoconstitucionalismo, qual seja: o juízo de ponderação e a sua filiação ao esquema sujeito-objeto e dependência à discricionariedade. Cf. STRECK, Lenio Luiz. Posfácio. In: DUARTE, Écio Otto Ramos;