

Perspectivas para a justiça constitucional em tempos de pós-positivismo: legitimidade, discricionariedade e papel dos princípios

Ana Paula Teixeira Delgado¹

Resumo

O objetivo deste trabalho é analisar a situação da interpretação constitucional em tempos de pós-positivismo, bem como a dificuldade de se romper com o paradigma positivista de outrora, neste momento da história em que há deslocamento do polo de tensão para o Judiciário, o qual tem sua atuação ampliada em virtude do constitucionalismo dirigente. Neste contexto, destaca-se o papel a ser exercido pela jurisdição constitucional na realização dos direitos fundamentais sociais colacionados na Constituição de 1988 sob a óptica das teorias substancialistas e procedimentalistas, cujo debate reputa-se de fundamental importância para definir o grau de dirigismo e da força normativa da Constituição nos dias atuais.

Palavras-chave: Pós-positivismo. Jurisdição constitucional. Teoria procedimentalista. Teoria substancialista.

Abstract

This study aims to analyze the situation of constitutional interpretation in post-positivism and the difficulty to break with the positivist paradigm of yore in a moment in history where there is a pole shift voltage for the Judiciary, which has the expanded its operations by virtue of constitutionalism leader. In this context, we highlight the role to be played by the constitutional court in the realization of fundamental social rights in the 1988 Constitution collated from the perspective of theories and substantialists proceduralists, whose reputation debate is crucial to define the degree of dirigisme and normative force of the present day.

Keywords: Post-positivism. Constitutional jurisdiction. Proceduralist theory. Substantialist theory.

¹ Doutoranda em Direito pela Universidade Estácio de Sá (UNESA); Mestre em Direito pela Universidade Gama Filho (UGF); Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ); professora da Universidade Estácio de Sá.

Introdução

O novo constitucionalismo, que emergiu após a segunda metade do século XX, transformou-se em campo fértil para o surgimento de diversas teorias, desde aquelas do discurso até a fenomenologia hermenêutica, passando pelas teorias realistas. Nos últimos 50 anos, tais teorias tiveram objetivos em comum: superar o modelo das regras, tentar resolver o problema de sua incompletude e solucionar os ‘casos difíceis’ (não abarcados pelas regras), bem como a (in)efetividade dos textos constitucionais (compromissórios e dirigentes).

Em face do esgotamento teórico dos modelos positivistas da teoria do direito, buscou-se construir novo paradigma com vistas a enfrentar problemas interpretativos próprios da razão prática, o qual passou a ser cunhado “pós-positivismo”, por pretender romper com os projetos positivistas de outrora, de modo a superar suas insuficiências.

Com a autonomização do direito, recebida mediante o advento das constituições dirigentes, tornou-se preciso superar os problemas da discricionariedade judicial – instrumentalizada de modo equivocado pelo uso indiscriminado de princípios –, das fontes sociais e da cisão entre direito/moral, entre razão teórica e razão prática, por meio da descontinuidade com o projeto positivista (tanto o exegético quanto o normativista). Diante dessa perspectiva, é essencial que se traga para o debate atual as indagações importantes no que concerne à definição do papel da justiça constitucional e da interpretação constitucional.

Nesse contexto, cabe ainda destacar até que ponto o pós-positivismo superou o discurso exegético-positivista, fundamentado no esquema sujeito-objeto e na discricionariedade/arbitrariedade judicial. Do mesmo modo, questiona-se a legitimidade da justiça constitucional, que passou a ter suas atribuições ampliadas na efetivação dos direitos fundamentais propiciados pelo constitucionalismo contemporâneo – dirigente e compromissório – sob a óptica das perspectivas substancialistas e procedimentalistas.

Emergência do pós-positivismo: novo paradigma ou repriminção de antigos modelos?

Modelo positivista e o problema da discricionariedade judicial

O direito passou por duas revoluções no século XX, que trouxeram consequências relevantes para a sua interpretação. A primeira foi a do novo constitucionalismo, em resposta à crise gerada pelos projetos positivistas. A partir da segunda metade do século XX, o constitucionalismo procurou romper com as insuficiências do paradigma vigente por meio de constituições sociais compromissórias e dirigentes com vistas à preservação da democracia e dos direitos fundamentais.

tênue fronteira com a arbitrariedade e a admissão da multiplicidade de respostas em direito.

A despeito de o direito ter-se autonomizado a partir do paradigma que exsurgiu com o Estado Democrático de Direito forjado pós-1945 com o advento das constituições dirigentes, sociais e compromissórias, permanece arraigada a crença de que há cisão estrutural entre interpretação, aplicação e decisão, bem como sequer foi desenvolvida nova teoria das fontes sociais.

Observa-se que a interpretação dá-se dentro de uma moldura normativa, na qual a interpretação é concebida como “ato de vontade” e ocorre uma espécie de fatiamento da pré-compreensão, contrariando a concepção de Gadamer de que a interpretação deve ser atribuição de sentido – *Sinngebung*. Assim, é preciso compreender para interpretar, e a pré-compreensão ocorre no nível do *a priori*, de modo que o problema do sentido deve situar-se antes do problema do conhecimento.

A interpretação como ato de vontade do intérprete reflete a postura solipsista, que é capaz de rechaçar até mesmo a Constituição, mostrando-se própria do sujeito que se considera proprietário dos sentidos e que repristina a separação entre razão teórica e razão prática. Neste sentido, registra Lenio Streck:

“A discricionariedade que combato é a do *sub-jectum*, que *dis-põe* dos sentidos do direito, circunstância que a aproxima das teses pragmatistas em geral, em que o caso concreto-decidendo é transformado em alibi para voluntarismo e discricionariedades, a partir de um grau zero de significado”. (STRECK, 2011, p. 461)

Tal discricionariedade decorre do obsoleto esquema sujeito-objeto, da subjetividade assujeitadora que remete a decisionismos, nos quais o sujeito se apropria dos sentidos e se torna “dono” da Constituição, conferindo a interpretação que melhor lhe aprouver, o que reforça o seu caráter solipsista, conduzindo ao déficit democrático de muitas decisões.

Modelos pós-positivistas e o problema das mixagens teóricas

Diversas teorias pós-positivistas buscam enfrentar os problemas interpretativos de maneira diferente com base em orientações filosóficas diversas, a saber: o pós-positivismo de matriz analítica, que está presente na obra de Robert Alexy; o pós-positivismo discursivo-comunicacional, que se manifesta em Habermas; o pós-positivismo hermenêutico-fenomenológico, de Ronald Dworkin; e o pós-positivista de corte gadameriano, presente nas obras de Friedrich Muller.

A despeito do desenvolvimento dos referidos modelos pós-positivistas, cumpre indagar se estas teorias superaram de fato o positivismo jurídico. Para tanto, dentre outros fatores, é importante romper com o solipsismo do sujeito

Panprincipiologismo e tese da continuidade

É certo que a discricionariedade judicial representa a antítese do direito e da democracia além de não se coadunar com o Estado que exsurgiu no Brasil após a promulgação da Constituição de 1988. Tal discricionariedade é instrumentalizada hodiernamente pela utilização indiscriminada de princípios.

Através dos tempos nota-se que a discricionariedade constituiu prerrogativa tanto do monarca, quanto do legislativo e, mais recentemente, do Judiciário, com o deslocamento do polo de tensão em direção a este poder, o que conduziu a um grau de judicialização sem precedentes.

Observa-se que, no Antigo Regime, a discricionariedade situava-se na pessoa do monarca, o que foi transferido para o Poder Legislativo com o advento do Estado pós-revolucionário. O deslocamento da discricionariedade para o referido poder acabou por caracterizar um Estado essencialmente legislativo e autoritário, no qual a lei era potencialmente capaz de suprir toda a faticidade e o juiz assumia o papel de boca-da-lei, modelo já superado (STRECK, 2011, p. 514).

No entanto, com o desenvolvimento desse sistema de codificação, constatou-se que a lei não cobre toda a realidade fática, a qual apresenta problemas que não foram contemplados pelo legislador. Verifica-se que a faticidade não cabe dentro da lei, o que revela a insuficiência do sistema adotado.

Mediante esta constatação, a discricionariedade foi deferida, pelo legislador ao juiz,³ à autorização legislativa para a análise discricionária no caso concreto, que é instrumentalizada através dos princípios, sucedâneos dos princípios gerais do direito. Neste contexto, os princípios passaram a ser concebidos como veículos introdutórios dos valores da sociedade no direito diante da ausência de leis apropriadas para cobrir a faticidade.

A instrumentalização da discricionariedade por princípios foi desenvolvida pela atividade judicialista do Tribunal Constitucional Alemão após a Segunda Guerra Mundial, que se incumbiu de legitimar a lei fundamental diante de casos concretos ocorridos sob a égide do direito nazista.

Observando-se o contexto de refundação do Estado alemão, vê-se que foi necessário realizar a ruptura com o regime anterior, o que demandava a tomada de decisões *extra legem* e – por que não dizer? – *contra legem* por meio de princípios axiológico-materiais, instrumentos que permitiam justificar a fundamentação das decisões, de maneira a adequá-las aos ideais da democracia e à fundação de novo Estado.

Pela óptica do Tribunal alemão, os princípios incorporariam a moral ao direito, inserindo valores aos textos constitucionais. A Constituição constituía uma

³ A autorização legislativa para a análise discricionária do juiz no caso concreto é cunhada por Lênio Streck de “discricionariedade de segundo nível, que acaba por se consubstanciar em uma política judiciária. Confere-se ao juiz a possibilidade de determinar a lei do caso, preenchendo as indeterminações criadas pelas autoridades legislativas” (STRECK, 2011, p. 514).

de forma a justificar uma decisão no interior da prática interpretativa que define o direito. No esteio deste entendimento, o princípio, longe de ser concebido como cláusula geral de abertura axiológica, realiza um fechamento hermenêutico, pois não autoriza o intérprete e o vincula desde fora.

A partir do momento em que os princípios são compreendidos como instituidores das condições de possibilidade da normatividade, abandona-se a visão privatista dos princípios gerais do direito de outrora, em favor da publicização do neoconstitucionalismo que emergiu no segundo pós-guerra.

A despeito de toda a importância que os princípios obtiveram no neoconstitucionalismo, constata-se a indeterminação de seu conceito, sobretudo a partir da análise de teorias pós-positivistas, como a de Robert Alexy.

Na obra *Teoria dos direitos fundamentais*, o jusfilósofo Alexy preconizou que as normas de direitos fundamentais podem ser regras ou princípios que apresentam entre si uma distinção estrutural. Enquanto as normas-regra são comandos de determinação, por traduzirem um dever-ser restrito; as normas principiológicas constituiriam mandados de otimização, de dever-ser alargado, de maneira que, ao entrarem em conflito, tal dirimir-se-ia por meio do procedimento da ponderação, ao passo que a regra, dado o seu baixo teor de abstração, seria aplicada por subsunção.

Caso se pretenda realmente operar a descontinuidade com o positivismo discricionário, que instrumentaliza a discricionariedade por meio da concepção privatista de princípio, será necessário abandonar a concepção de que o princípio é uma abertura axiológica do sistema (OLIVEIRA, 2008). A concepção dos princípios através de um critério semântico-sintático, tal qual o faz Alexy, aponta para a objetificação do próprio conceito e representa a cisão estrutural entre regra e princípio. Daí a construção da ponderação como procedimento para resolver o conflito de princípios, que permanece dentro da relação sujeito e objeto.⁵

Os casos difíceis que devem ser solucionados através de princípios na lógica de Robert Alexy nada mais representam que a moldura normativa de Hans Kelsen e a repristinação do semanticismo que é ínsito ao solipsismo. O posicionamento de Alexy opera assim, um “sequestro” no mundo prático, pois o princípio não se determina pelo grau de abstração ou generalidade, tampouco o princípio introduz pretensos valores, conforme aduzido anteriormente.⁶ Contrariamente à ideia de cláusula de abertura, os princípios constitucionais representam um fechamento hermenêutico, na medida em que realizam a *applicatio* na situação concreta a ser normatizada. Por tal razão, afirma Rafael Tomás:

⁵ Rafael Tomás de Oliveira (2008, p. 223) realça a inexistência de princípio para cada caso, bem como a inexistência de dois princípios em colisão, destacando que, uma vez compreendido e já interpretado, sempre aconteceram os princípios e não “o princípio”.

⁶ É importante destacar que Lenio Streck (2011, p. 174) critica as posições ligadas à teoria da argumentação e seus diversos matizes, na medida em que concebemos princípios como regras ou protorregras em virtude de terem sido anulados por conceitualizações.

O papel a ser exercido pela jurisdição constitucional na realização dos direitos fundamentais sociais colacionados na Constituição de 1988 deve ser analisado através das teorias substancialistas e procedimentalistas, cujo debate é de fundamental importância para definir o grau de dirigismo e da força normativa da Constituição.

É preciso registrar que tanto os procedimentalistas quanto os substancialistas partem de idêntico pressuposto: estão tratando de modelos democráticos e pretendem superar a filosofia da consciência. O desdobramento constitui-se, de um lado, de uma concepção formal ou procedimental de democracia, e, de outro lado, da concepção material ou substancial.

Enquanto as teorias substancialistas sustentam uma atuação mais efetiva da justiça constitucional em face da omissão do Poder Legislativo e Executivo na execução de políticas públicas, os procedimentalistas, por seu turno, entendem que a maior intervenção do Poder Judiciário enfraqueceria a democracia por falta de legitimidade da justiça constitucional, o que, na acepção de Habermas, “colonizaria” o mundo da vida.

Para os adeptos do substancialismo, os valores a serem realizados devem ser apreendidos historicamente a partir da sociedade. Diferentemente, os procedimentalistas defendem a apreensão de valores que são forjados comunicativamente em situações ideais de fala, nas quais todos os indivíduos autônomos podem deliberar. Assim, nesta perspectiva, o problema da atribuição do sentido é deslocado para a situação ideal de fala, que ocorre no seio de uma democracia discursiva, cujo objetivo é superar a linguagem da tradição.

A teoria procedimentalista tem o seu corifeu em Habermas. O filósofo alemão, ligado à Escola de Frankfurt, centra sua tese nos processos de discussão pública, das formas dialógicas e dos procedimentos, dos mecanismos de debate que conferem maior legitimidade às decisões em sociedades pluralistas, complexas e fragmentadas.

Neste contexto, para Habermas, o direito e a democracia não poderiam se pautar em concepções substanciais que postulem, desde o início, uma materialidade irrecusável de origem suprapositiva (OLIVEIRA, 2010, p. 95). Habermas, nesta perspectiva, refuta a ideia de Constituição enquanto sede de programas governamentais e como totalização axiológica de toda uma sociedade, que imponha uma vertente axiológica única, à revelia de outras ideologias, conforme a arguta observação de Fabio Correa de Oliveira:

“Outrossim, com base na filosofia da linguagem, na relação entre sujeito e objeto, se opõe à visão da Constituição como uma fonte, a ser descoberta ou declarada, de postulados substanciais representativos da sociedade, como se já trouxesse, em si, a materialidade, carecendo apenas ser revelada.” (OLIVEIRA, 2010, p. 108)

a todos racionalmente, até aqueles que não fizeram parte do debate, conforme ressalta Fabio Correa de Oliveira:

“O destaque está em perceber a negação do quem cala consente, porque a atitude de não participar da conversação não é bastante para legitimar o que foi avençado, como se o sujeito que se mantesse fora da discussão tivesse que aceitar o seu produto, seja qual for em uma espécie de pena pela sua omissão: suportar o decidido por não ter estado presente no seu processo de formação”. (OLIVEIRA, 2010, p. 104)

Em contraposição ao relativismo ético, Habermas formula o princípio U, que desempenha papel de regra de argumentação no discurso, segundo o qual toda norma válida precisa satisfazer a condição de que suas consequências e efeitos colaterais, que possivelmente resultarem para a satisfação dos interesses de cada um dos indivíduos, do fato de ela ser universalmente seguida, possam ser aceitas por todos os concernidos.

Cabe ressaltar que, apesar de o diálogo ter sido forjado por sujeitos em condições ideais de discurso, ele continuará passível de discussão e poderá ser submetido a eventuais revisões, com o fito de aperfeiçoá-lo, já que aqueles que dialogam estão no mundo da vida e são constantemente influenciados pelo tempo e pelo espaço.

Observando-se a teoria de Habermas, infere-se que o modo ideal de operar a democracia reside no procedimento. As decisões cedem lugar aos procedimentos, que se tornam garantia das decisões que terão legitimidade. No esteio deste entendimento, a Constituição passaria a prever apenas os procedimentos que estabelecessem meios e garantias para a adoção de decisões coletivas, enquanto ao Poder Judiciário caberia tão somente zelar pelo respeito aos procedimentos democráticos para a formação de opinião e da vontade política, razão pela qual Habermas refuta uma jurisdição constitucional interventiva, pois carecedora de legitimidade.

A ideia de procedimentalização da Constituição contrapõe-se à concepção material, a qual reforça a Constituição como norma que evidencia o seu conteúdo compromissório por meio de direitos sociais que devem ser efetivados por meio de um Judiciário mais atuante. Aqui, o juiz assume o papel de intérprete do direito produzido democraticamente, respeitando-se a coerência, a tradição e a integridade do direito.

Teoria procedimentalista e realidade brasileira

Algumas críticas são formuladas com relação à teoria procedimentalista. A primeira objeção refere-se à verificação de que Habermas formulou sua teoria para países de capitalismo avançado, como a Alemanha, portanto seu auditório não seria composto pela África, Ásia e América Latina. Entretanto, como aduz Fabio

constitucionalismo dirigente que exsurge no pós-guerra, pelo qual o Judiciário precisa assumir o papel de intérprete do direito produzido democraticamente, notadamente, em países periféricos como o Brasil.

Conclusão

Dentre as teorias aventadas para superar o antigo paradigma, destaca-se o pós-positivismo de matriz analítica de Robert Alexy, que propõe a diferença estrutural entre regras e princípios, bem como a solução de casos difíceis através de princípios, que passam a ser vistos como “capas hermenêuticas”.

Neste cenário, a utilização equivocada de princípios enfraquece a autonomização do direito e repristina o modelo positivista de outrora, tendo em vista que constitui instrumento de decisionismos e/ou de ativismos judiciais. Ao contrário, longe de constituírem uma reserva hermenêutica para a resolução de casos difíceis, os princípios, nessa proposta, possuem um conteúdo deontológico e instituem as condições de possibilidade da normatividade, realizando a reconciliação entre a teoria e a prática, esquecida pelo positivismo.

Constata-se assim, que a viragem linguístico-ontológica operada por Heidegger não foi recepcionada pelos juristas da atualidade, na medida em que a interpretação continua sendo concebida como ato de vontade do intérprete, o que reflete uma postura solipsista, capaz de rechaçar até mesmo a Constituição. Da mesma forma, continua-se operando a cisão entre interpretação e aplicação, direito e moral; tampouco foram superadas as fontes sociais, próprias do positivismo jurídico.

Nesse cenário, o discurso exegético-positivista que ainda domina a dogmática jurídica praticada cotidianamente constitui um retrocesso, pois, de um lado, sustenta discursos objetivistas, identificando texto e norma (sentido do texto) e, de outro, busca nas teorias subjetivistas submeter o texto à subjetividade do intérprete, ou seja, efetiva a subsunção do fato à norma, como se fato e direito fossem cindíveis e o texto fosse mero enunciado linguístico.

Diante do novo paradigma construído no pós-guerra, fundado no constitucionalismo dirigente e compromissório, a jurisdição constitucional passou a exercer importante papel na arena democrática. Para definir o papel da jurisdição constitucional nesse contexto, foram abordadas as teorias substancialistas e procedimentalistas. De acordo com os argumentos substancialistas do direito, deve ser atribuído papel intervencionista e atuante ao Poder Judiciário a partir de dois pontos: o Estado Democrático de Direito, como novo paradigma de Estado; os valores e os princípios inerentes aos direitos humanos fundamentais positivados em nível constitucional.

Para os defensores das teorias procedimentalistas, a preocupação primeira é proteger, antes de tudo, as condições do procedimento democrático, bem como a lógica da divisão dos poderes. Assim, não aceita a atuação do Judiciário que possa extrapolar suas atribuições mais tradicionais.

