ISSN Impresso 1809-3280 | ISSN Eletrônico 2177-1758
www. esmarn.tjrn.jus.br/revistas

O PÓS-POSITIVISMO DO NEOCONSTITUCIONALISMO

THE POST-POSITIVISM OF NEOCONSTITUCIONALISM

Paulo Maycon Costa da Silva*

RESUMO: No cerne do neoconstitucionalismo, subsiste nova concepção referente à relação entre o direito e a moral, decorrente, entre outras razões, de uma proposta filosófica pós-positivista do direito. Se no passado, sobretudo antes da Segunda Guerra Mundial, prevalecia o imperialismo da lei, com toda a sua indiferença aos postulados morais e jusnaturais, sob o pretexto de a lei conter em seu âmago o esperado conteúdo ético, no presente a aplicação da lei (regra) pressupõe sua concatenação com os princípios e valores necessários à conservação da sua validade e constitucionalidade. O pós-positivismo reescreve as conexões entre o direito e a moral, de maneira a provocar uma nova ciência jurídica, preocupada, precipuamente, com a justiça e a ética, como valores universais.
Palavras-chave: Ciência jurídica. Neoconstitucionalismo. Pós-positivismo.

ABSTRACT: At the core of the neoconstitutionalism remains a new conception relative to the relationship between Law and Moral due to, among other reasons, a law's post-positivist philosophy proposal. If in the past, especially before the Second World War, prevailed imperialism law with all his indifference to moral and jusnaturalism postulates, under the pretext of law contains at its core the expected ethical content; currently, application of the law (rule) assumes its concatenation with the needed principles and values for maintaining its validity and constitutionality. The post-positivism rewrites the connections between Law and Morals, a way that causes a new legal science concerned, primarily, with justice and ethics as universal values.
Keywords: Legal science. Neoconstitutionalism. Post-positivism.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO; 2 CONSTITUCIONALISMO E NEOCONSTITUCIONALISMO; 3 O PÓS-POSITIVISMO COMO MARCO FILOSÓFICO DO NEOCONSTITUCIONALISMO; 4 (RE)ESCREVENDO A RELAÇÃO ENTRE O DIREITO E A MORAL; 5 CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS.

* Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Professor substituto da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte. Defensor público no estado do Rio Grande do Norte. Natal – Rio Grande do Norte – Brasil.

1 INTRODUÇÃO

O direito vive novos tempos, com desafios inerentes à sociedade multicêntrica, globalizada e multicultural, num mundo cujas questões sociais mostram-se cada vez mais complexas, circunstância que reclama do operador do direito mais criatividade e praticidade.

O ponto de partida e de chegada da experiência jurídica moderna é a Constituição, com uma jurisdição constitucional direcionada ao desenvolvimento de novos conceitos e soluções pertinentes aos problemas sociais contemporâneos. Basta, para tanto, mencionar que, há mais de cinco décadas, sequer era factível no ambiente jurisdicional discutir a união estável entre casais homossexuais, pesquisas sobre células-tronco, o nepotismo perene nas instituições, entre outros temas agora debatidos.

Para viabilizar a convivência social, subsistem sistemas de diretrizes comportamentais, ou melhor, sistemas normativos, podendo o direito, a moral, os costumes e a religião ser invocados como exemplos. É preciso, por oportuno, diferenciar direito e moral. No direito, caso descumpram-se as regras, haverá sanções impostas pelo Estado, por meio da coercibilidade. Aceite ou não, o indivíduo deve cumprir a norma jurídica, sob pena de coação, inclusive física, se for o caso. Na moral, sua inobservância não implica uma sanção coercível, estando mais no campo do assentimento. Tem valor, portanto, quando praticada de livre vontade e convicção. Aqui, pode haver uma intranquilidade interna (subjetiva), de consciência da violação da regra de natureza moral. Na hipótese dos soldados alemães que praticaram crimes por imposição do regime nazista, não haveria sanção sob o pretexto de cumprirem ordens do Reich, porém não resta dúvida de que os crimes perpetrados não condizem com uma postura moral de respeito à vida. Assim, enquanto o direito inocenta o soldado homicida, porquanto havia uma norma jurídica que obrigava o soldado alemão a matar, a moral, considerando sua esfera de consciência, condena-o.

Com efeito, sob o ponto de vista jurídico-filosófico, o positivismo jurídico prevalece vigente desde o século XX. No positivismo, como corrente de pensamento, não há espaço para a metafísica. Por conseguinte, no

positivismo jurídico, o direito corresponde àquele sistema de regras que vigora, restringindo-se à consideração normativa[1]. Essa postura, por outro lado, concorre com a legalidade emprestada às atrocidades praticadas durante a Segunda Guerra Mundial. Agora, no século XXI, defende-se um novo positivismo jurídico pautado pela proximidade entre o direito e a moral, reintroduzindo os princípios da justiça, da dignidade da pessoa humana e da razoabilidade ou proporcionalidade no direito. O neoconstitucionalismo rediscute as premissas filosóficas da ciência jurídica, como a relação existente entre o direito e a moral. Propõe, por conseguinte, o pós-positivismo, no qual não prepondera sua completa separação, mas uma postura de convergência normativo-axiológica. No momento, os princípios constitucionais, na sua perspectiva axiológica e normativa, dão conta de uma nova ponte entre o direito e a moral.

Para Barroso (2009), o direito, mormente o constitucional contemporâneo, que dá suporte ao Estado Constitucional de Direito, passou por profundas transformações, que desembocaram em um novo direito constitucional ou neoconstitucionalismo. Aqui:

> A ciência do Direito assume um papel crítico e indutivo da atuação dos Poderes Públicos, e a jurisprudência passa a desempenhar novas tarefas, dentre as quais se inclui a competência ampla para invalidar atos legislativos ou administrativos e para interpretar criativamente as normas jurídicas à luz da Constituição (BARROSO, 2009, p. 245).

De maneira didática, Barroso (2009) enxerga três marcos que caracterizariam essa nova fase do direito constitucional moderno: o marco histórico, pautado pelo constitucionalismo do pós-guerra e pela redemocratização; o marco filosófico, no qual surgiu a construção do pós-positivismo; e o marco

1 "O positivismo jurídico foi a manifestação, dentro da ciência jurídica, do positivismo como corrente geral do pensamento. [...] O direito tem de se limitar à consideração normativa, estuda regras. Estas são reconhecíveis por uma característica formal, particularmente pelo elemento exterior da coerção ou coercibilidade" (ASCENSÃO, 2005, p. 166).

teórico, com a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e a reelaboração doutrinária da interpretação constitucional.

Este estudo examina o marco filosófico do neoconstitucionalismo proposto por Barroso (2009), o pós-positivismo, revelando uma interface entre a segurança jurídica das regras e a justiça esperada pela vida. É verdade que o positivismo jurídico, considerado um sistema de normas em que a validade e legitimidade da regra jurídica dependem tão somente da obediência ao processo legislativo, não se encontra superado. Contudo, a proposta pós-positivista seduz os que se preocupam com a justiça e a ideia de uma igualdade material mínima. Para começar, uma breve passagem pelo constitucionalismo, seguida de considerações sobre o neoconstitucionalismo.

2 CONSTITUCIONALISMO E NEOCONSTITUCIONALISMO

Os novos contornos do movimento constitucionalista contemporâneo, mormente protagonizado por pensadores como Alexy (2009) e Dworkin, surgem para contrapor premissas positivistas que deixavam em segundo plano considerações de natureza axiológica, entre as quais, os princípios constitucionais, outorgando à lei infraconstitucional um imperialismo tamanho a ponto de ignorar postulados morais.

Referindo-se à Constituição, escreve Sampaio (2007, p. 177) que a expressão, simbolizada por meio da palavra '*constitutio*' diz respeito a uma ideia de organização de poderes político-estatais limitada, entrelaçada a um plexo de direitos e garantias fundamentais, traduzidos por meio de um documento normativo "caracterizado pela supremacia sistêmica de seus enunciados de normas além da rigidez de cláusulas disciplinadoras do seu processo de mudanças". Já pela escrita de Neves (2009), o constitucionalismo, primeiramente, mostra-se como semântica política-jurídica que corresponde à pressão estrutural por diferenciação entre política e direito, no interior da emergente sociedade multicêntrica da modernidade.

Com efeito, veda-se a ausência da Constituição de qualquer ordem social. Seu conceito histórico-universal, por sua vez, revela-se na sua

compreensão em seu sentido material. Observa-se, ao seu modo, um caráter histórico-universal na sua concepção culturalista, seja quando define a Constituição do Estado como dialética da normalidade jurídica, seja quando a concebe como processo de integração, pois essa dialética e processo referidos são encontráveis em qualquer tipologia de Estado (NEVES, 2009).

Miranda (2000) anota que o constitucionalismo tenciona regular a ação dos governantes em relação aos governados, sujeitando as manifestações de soberania à lei, enquanto paralelamente declara os direitos dos cidadãos. Além de incorporar o conteúdo da Constituição em sentido institucional, o material engloba um conjunto de regras sobre a estrutura do Estado e da sociedade perante este. Esse Estado, para ser constitucional, reclama um constitucionalismo que prima pela liberdade, segurança e propriedade, numa estrutura de poder dividida. Numa palavra, a Constituição serve de garantia aos cidadãos, sendo a auto-organização de um povo, o ato pelo qual um povo obriga-se e obriga seus representantes, o ato mais elevado de exercício da soberania.

O novo constitucionalismo surgiu contemporaneamente às críticas de Dworkin ao positivismo da década de 1960. Enquanto o constitucionalismo, historicamente, ocupava-se da consolidação dos pilares do Estado de Direito, especialmente o modelo de organização política e a declaração de direitos, de maneira a prescrever, sobretudo, segurança jurídica, permanecia reservado às codificações o desiderato de regrar as relações sociais. Em outras palavras, competia mais aos códigos disciplinar as obrigações contraídas reciprocamente entre os indivíduos, enquanto a Carta Magna estava direcionada a regular as questões estruturais do Estado. Em contraponto, o neoconstitucionalismo pôs no centro da experiência jurídica a Constituição, como pressuposto *sine qua non* à efetividade e juridicidade do direito em toda a sua manifestação, quer no ambiente público, quer no ambiente privado.

De acordo com Comanducci (apud BARBERIS, 2003), o constitucionalismo é fundamentalmente uma ideologia, dirigida à limitação do poder e defesa de uma esfera de liberdades naturais ou de direitos fundamentais. Assim, não se revela importante como teoria do direito, esta marcada, a bem da verdade, pelo positivismo. Agra (2008, p. 31), de maneira sistemática,

propõe os seguintes traços marcantes do neoconstitucionalismo: "a) positivação e concretização de um catálogo de direitos fundamentais; b) onipresença dos princípios e das regras; c) inovações hermenêuticas; d) densificação da força normativa do Estado; e) desenvolvimento da justiça distributiva".

Um dos traços preponderantes do neoconstitucionalismo consiste em um novo paradigma filosófico. Nas palavras de Barroso (2009, p. 250), "o novo direito constitucional ou neoconstitucionalismo é produto do reencontro entre a ciência jurídica e a filosofia do direito". É sobre essa questão que o estudo sob enfoque passa a dissertar.

3 O PÓS-POSITIVISMO COMO MARCO FILOSÓFICO DO NEOCONSTITUCIONALISMO

Como proposta científica, Barroso (2009, p. 247) assevera que "o marco filosófico do novo direito constitucional é o pós-positivismo". Primeiramente, convém anotar que o positivismo legalista traduz a concepção segundo a qual se torna válida toda lei que resulta de um procedimento regular, tornando-a vinculativa, em que pese o respectivo conteúdo (ELLSCHEID, 2002, p. 211). Isso significa que não há qualquer relação entre o direito e a moral para o positivismo; portanto, uma completa separação.

Alexy (2009, p. 3), a propósito, registra que:

> Todas as teorias positivistas defendem a tese da separação. Esta determina que o conceito de direito deve ser definido de modo que não inclua elementos morais. A tese da separação postula que não existe nenhuma conexão conceitualmente necessária entre o direito e a moral, entre aquilo que o direito ordena e aquilo que a justiça exige, ou entre o direito como ele é e como ele deve ser. O grande positivista jurídico Hans Kelsen resumiu essa idéia na seguinte fórmula: 'Por isso, todo e qualquer conteúdo pode ser direito'.

Ellscheid (2002), a seu turno, destaca que o positivismo não representa uma teoria superada, mencionando, para tanto, a sociologia jurídica da

teoria dos sistemas de Luhmann. Contudo, para Faralli (2006), o positivismo entrou em crise desde os derradeiros momentos da década de 1960.

Quanto à crítica endereçada ao positivismo, preleciona Barroso (2009, p. 248):

> O positivismo, por sua vez, em busca de objetividade científica, equiparou o Direito à lei, afastou-se da filosofia e de discussões como legitimidade e justiça, e dominou o pensamento jurídico da primeira metade do século XX. Como assinalado, sua decadência é emblematicamente associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha, regimes que promoveram a barbárie sob a proteção da legalidade. Ao fim da Segunda Guerra, a ética e os valores começam a retornar ao Direito, inicialmente sob a forma de um ensaio de retorno ao Direito natural, depois na roupagem mais sofisticada do pós-positivismo.

Numa palavra, a filosofia do direito passa a traçar outro caminho pós-Herbert Hart[2]. Entre outras considerações, Faralli (2006) mostra que, nos últimos 40 anos, não se viu mais sentido em teorizar distinções clássicas entre jusnaturalismo, juspositivismo e realismo jurídico.

Para Kaufmann (2002), a experiência histórica demonstra que não houve um completo êxito das doutrinas do direito natural ou do positivismo jurídico. De acordo com ele, "o direito natural, com o seu rígido sistema de normas, talvez possa funcionar em sociedades com uma estrutura muito simples, mas não basta à sociedade moderna, altamente complexa, com um sistema econômico muito sensível" (p. 124). Todavia, reconhece que o positivismo jurídico promoveu grandes construções legislativas ainda no século XIX, porque o legislador de então se movia pela sua consciência moral. Contudo, ressalta que, "nas ditaduras do nosso tempo, tal pressuposto já não é mais válido; leis vergonhosas já não se limitam a serem exemplos

2 Segundo Hart (apud ALEXY, 2009, p. 22-23), "o direito é um sistema de regras que pode ser identificado por meio de uma regra de recognição ou de reconhecimento (*rule of recognition*). A função dessa regra corresponde à da norma fundamental de Kelsen".

acadêmicos, tendo-se tornado realidade. O conceito de lei puramente formal falhou" (p. 124-125).

Na verdade, o debate hodierno questiona as teses em que se apoiava o positivismo jurídico[3], de maneira que passa a encontrar na abertura do direito ao mundo dos valores ético-morais um real sentido para o direito e sua filosofia, sendo uma maneira, portanto, de enfrentar a problemática intitulada por Alexy (2009) de injustiça legal. Dessa crítica ao positivismo, sobrevém o pós-positivismo, como proposta moral reintegradora do direito. Barroso (2009, p. 242), nesse sentido, disserta que:

> A superação histórica do *jusnaturalismo* e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do direito, sua função social e sua interpretação. O pós-positivismo é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem algumas idéias de justiça além da lei e de igualdade material mínima, advindas da teoria crítica, ao lado da teoria dos direitos fundamentais e da redefinição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica.

De acordo com Faralli (2006), o início do pós-positivismo ocorreu paralelamente às críticas de Ronald Dworkin à Herbert Hart, em *Taking rights seriously*, de 1977. Além de Dworkin, mostram-se relevantes as concepções de Alexy (2009), que propõe, por meio da distinção entre princípios e regras – ambos de caráter normativo –, uma reviravolta copernicana em relação ao positivismo, que passa a considerar a presença dos princípios no processo de aplicação e interpretação do direito.

O pós-positivismo busca entrelaçar, sob uma nova roupagem, jusnaturalismo e juspositivismo, em que o comando normativo não mais prepondera

3 A respeito, comenta Faralli (2006, p. 3) que, "em princípio, o juspositivismo encontra suporte na teorização dos cientistas sociais do final do século XIX, que sustentam a impossibilidade programática de valoração da ciência social e a impossibilidade estrutural de encontrar critérios de juízo de ordem moral para decidir em direito e em política. Mais tarde, na primeira metade do século XX, ele passa a se apoiar na filosofia analítica que, ao tratar dos valores, desenvolve um meta ética não-cognitivista, afirmando a impossibilidade de conhecê-los objetivamente".

dissociado de conteúdo moral externo. Em outras palavras, o positivismo desprezava meditações em derredor da legitimidade e da justiça, de maneira que equiparou a lei ao direito, a fim de emprestar maior funcionalidade e cientificidade a este. Ainda, o pós-positivismo, com o escopo de inserir o conteúdo moral na estrutura do direito, perdido no jusnaturalismo, em tese, desvinculante e abstrato, passa a ser reconhecido como uma terceira via entre as ideias positivistas e jusnaturalistas. Como explica Barroso (2009, p. 248), "não trata com desimportância as demandas do Direito por clareza, certeza e objetividade, mas não o concebe desconectado de uma filosofia moral e de uma filosofia política".

Dworkin, ao questionar a tese hartiana da separação entre direito e moral[4], defende não ser possível diminuir os ordenamentos jurídicos a

4 Segundo Hart (1994, p. 222-223), as regras guardam em sua estrutura um mínimo ético, o que daria ao direito os pressupostos necessários à sua indiscutível aplicação: "Pode dizer-se que a distinção entre um bom sistema jurídico, que se conforma em certos pontos com a moral e a justiça, e um sistema jurídico que o não faz é falaciosa, isto porque é necessariamente realizado um mínimo de justiça sempre que o comportamento humano é controlado por regras gerais anunciadas publicamente e aplicadas por via judicial. Na verdade, já referimos, ao analisar a idéia de justiça, que a sua forma mais simples (a justiça na aplicação do direito) não consiste noutra coisa senão na tomada a sério da noção de que aquilo que deve aplicar-se a uma multiplicidade de pessoas diferentes é a mesma regra geral, sem desvios causados por preconceitos, interesses ou caprichos. Esta imparcialidade é aquilo que os padrões processuais, conhecidos por juristas ingleses e americanos como princípios de 'Justiça Natural', pretendem assegurar. Daí porque, embora as leis mais odiosas possam ser aplicadas de forma justa, tenhamos, na noção singela de aplicação de uma regra geral de direito, o germe, pelo menos, da justiça. Surgem aspectos ulteriores desta forma mínima de justiça que bem poderá ser designada como 'natural', se estudarmos aquilo que está de facto implicado em qualquer método de controlo social – regras de jogos e também direito – que consiste primariamente em padrões gerais de conduta comunicados a categorias de pessoas, das quais se espera então a compreensão e a conformação com as regras sem ulterior directiva oficial. Para que o controlo social deste tipo funcione, as regras devem satisfazer certas condições: devem ser inteligíveis e ao alcance da capacidade de obediência da maior parte das pessoas e, em geral, não devem ser retroactivas, embora excepcionalmente possam ser. Isto significa que, na maior parte dos casos, aqueles que vierem a ser eventualmente punidos pela violação das regras, terão tido a capacidade e a oportunidade de obedecer. Certamente que estes aspectos de controlo através das regras estão estreitamente relacionados com as exigências de justiça que os juristas designam como princípios de legalidade. Na verdade, um crítico do positivismo viu nestes aspectos de controlo através de regras algo que se traduzia numa conexão necessária entre o direito e a moral, e sugeriu que se lhes chamasse 'a moral interna do direito'. Mais uma vez, se isto for aquilo que a conexão necessária entre o direito e a moral significa, podemos aceitá-lo. É infelizmente compatível com iniquidades muito sérias".

meras estruturas normativas, estabelecendo que, ao lado das regras, existam os princípios, os quais transcendem o direito estatuído, pois consignam agendas relacionadas ao bem comum e aos valores. Com precisão, propondo essa transcendência, porém sem recorrer a parâmetros metafísicos, esclarece Barroso (2009, p. 250):

> A doutrina pós-positivista se inspira na revalorização da razão prática, na teoria da justiça e na legitimação democrática. Nesse contexto, busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral da Constituição e das leis, mas sem recorrer a categorias metafísicas. No conjunto de idéias ricas e heterogêneas que procuram abrigo nesse paradigma em construção, incluem-se a reentronização dos valores na interpretação jurídica, com o reconhecimento de normatividade aos princípios e de sua diferença qualitativa em relação às regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre a dignidade da pessoa humana. Nesse ambiente, promove-se uma reaproximação entre o direito e a ética.

Forte nas premissas de Dworkin, comenta Faralli (2006) que aqueles princípios representam um padrão que deve ser observado não por provocar ou manter uma situação desejada, porém em razão do primado da justiça ou de qualquer outro de natureza moral. Por conseguinte, um novo caminho para a filosofia do direito descortina-se com a derrubada da distinção entre direito e moral:

> A crise do positivismo jurídico levou à superação da rígida distinção entre direito e moral e à consequente abertura do debate filosófico-jurídico contemporâneo aos valores ético-políticos. Essa abertura teve vários resultados, dentre os quais os mais significativos parecem ser as chamadas teorias constitucionalistas ou neoconstitucionalistas e a nova teoria do direito natural (FARALLI, 2006, p. 11).

Em seus escritos, Barberis (2003) destaca as críticas de Giovanni Sartori e Nicolla Matteucci ao positivismo como precedentes significativos ao neoconstitucionalismo. Eram, porém, críticas amenas, pois, no entender daqueles autores, o positivismo estava, a bem da verdade, "*en su pleno esplendor teórico*" (p. 261). Sartori, depois de questionar a concepção juspositivista da Constituição, mediante a qual importa, tão só, o que está previsto nela (uma feição formal e concreta da Carta Magna), põe em relevo sua dimensão substancial (material), não ignorando o formalismo constitucionalista, mormente os problemas políticos do constitucionalismo, que trata como metajurídicos. Por sua vez, Matteucci critica a neutralidade da ciência jurídica de Norberto Bobbio, divisando-a como mero legalismo ético. Simpatizante do *judicial review*, advoga que o governo dos juízes equivale ao governo das leis, concepção, segundo Barberis (2003), não endossada por nenhum jurista contemporâneo de Matteucci (anos 1960), mas hodiernamente por expressivos neoconstitucionalistas.

A seguir, pretende-se mostrar que o pós-positivismo, premissa filosófica do neoconstitucionalismo, propugna um reencontro entre o direito e a moral, separados por Hans Kelsen[5], mas que, na quadra moderna, se revelam mais próximos do que nunca.

4 REESCREVENDO A RELAÇÃO ENTRE O DIREITO E A MORAL

Por muito tempo, permaneceu a concepção de que a moral inspirava não mais que a produção dos enunciados normativos. Na verdade, desde momentos históricos como a enunciação do *corpus iuris civilis*, tentou-se separar o direito da moral. Com a Idade Média, por direta influência da Igreja, o direito, a religião e a moral caminharam entrelaçados. Era necessário, porém, quebrar a relação entre o direito e a moral, pois do contrário não haveria base jurídica para sustentar o positivismo.

5 Ensina Nader (2003, p. 41) que, na visão kelseniana, "ao desvincular o direito da moral, Hans Kelsen concebeu os dois sistemas como esferas independentes. Para o famoso cientista do Direito, a norma é o único elemento essencial ao Direito, cuja validade não depende de conteúdos morais".

Iniciou-se com Cristiano de Tomásio, em 1705, com sua obra *Fundamenta juris naturae et gentium*, a construção de uma teoria que buscou reservar à consciência das pessoas (foro interno) o universo da moral, ao passo que coube ao direito (foro externo) estabelecer as bases das relações sociais (NADER, 2003). Deveras, no neoconstitucionalismo, não se vislumbra diferença entre o direito e a moral, quando incorporam princípios comuns. Daí surge a primeira problemática: os princípios emergem da Constituição ou como "*fundamentos del ordem jurídico*" (BARBERIS, 2003, p. 260)?

Pensa-se, em síntese, que os princípios que permeiam todo o ordenamento são oriundos tanto da Constituição quanto da concepção jusnaturalista dos princípios gerais do direito. No neoconstitucionalismo, o direito e a moral reencontram-se e não mais se separam. Faralli (2006), com o apoio em Alexy (2009) e Dreier, observa que no novo constitucionalismo a dimensão da correção da moral não pode ser restrita ao direito válido tão somente, como propõe o positivismo. Assim, defende-se a conexão entre direito e moral, fundada no processo de inserção de pressupostos morais no direito, "expressos nos princípios e nos direitos invioláveis dos indivíduos" (FARALLI, 2006, p. 12). Daí por que se justifica o desenvolvimento de uma hermenêutica constitucional com esteira em princípios. Enuncia Faralli (2006, p. 12), sobre esse ponto, que "a presença dos princípios se traduz na abertura do direito aos conteúdos morais e, paralelamente, determina o desenvolvimento de novas formas de decisões judiciais".

Para Niño (apud FARALLI, 2006), o direito positivo só pode ser considerado obrigatório se respaldado em princípios e razões morais. É certo que ele se inclui entre os neoconstitucionalistas, pois propõe o reencontro entre o direito e a moral; o que o diferencia dos demais diz respeito à maneira dessa conexão. Pode-se, pela óptica de Niño (apud BARBERIS, 2003), entender a normatividade não necessariamente conectada à moral, mas quando da justificação ou interpretação do direito. Limitando-se a observar essa conexão apenas no âmbito justificativo, em que a norma ou decisão jurídica é obrigatória quando permeada pela moral, o autor pergunta se poderia recorrer diretamente à moral, uma vez que o direito mostra-se, tendo em conta tal premissa, moralmente supérfluo. Enuncia Niño (apud BARBERIS, 2003, p.

265), assim, que somente o direito produzido "*por el legislador elegido democraticamente*" não pode ser indiferente do ponto de vista moral. Em outras palavras, só seria moralmente válido o direito produzido pelo Parlamento eleito democraticamente.

Para melhor vislumbrar tal proposta, cita-se o caso das medidas provisórias no Brasil. Produzidas de maneira autônoma pelo Poder Executivo, passam a vigorar cabendo ao Parlamento sua análise posterior. Nesse caso, o magistrado deve recorrer primeiramente à moral ao examinar questão pertinente à aplicação de regras contidas em medidas provisórias, enquanto estas esperam o pronunciamento do Poder Legislativo. Com efeito, Niño (apud BARBERIS, 2003) crê que as normas editadas pela autoridade democrática são derivadas de princípios válidos. A discussão democrática revela-se como único procedimento próprio a estabelecer princípios morais, sendo a democracia um processo de discussão com limite temporal.

De toda sorte, neste ponto, convém estabelecer que a moral, sob o ângulo do neoconstitucionalismo, exerce um papel preponderante no campo da hermenêutica constitucional. Isso significa que compreender o direito supõe o exame dos conteúdos de natureza moral, do contrário o direito poderá não corresponder aos parâmetros modernos que não o vislumbram sem a nota valorativa da justiça.

Nader (2003, p. 33) leciona que direito e moral, embora distintos em seus conceitos, "se completam e mutuamente se influenciam". Forte, a propósito, na enunciação de Giorgio del Vecchio, consigna que "são conceitos que se distinguem, mas que não se separam" (p. 33). Entender a moral reclama um pré-conhecimento sobre a ética. Estudá-la pressupõe relacioná-la à noção de bem, pois, sem esse valor, não há que se falar em ética. Ainda de acordo com o autor, "bem" traduz tudo o que promove o homem de maneira integral e integrada – é integral quando o homem plenamente se realiza e é integrada quando se estende essa realização equivalente ao próximo. Assim, aduz Nader (2003) que tanto a resignação quanto o prazer corresponderão a um bem, desde que não comprometam a realização do homem e os interesses equivalentes dos membros da sociedade.

Segue o mestre mineiro anotando que subsistem duas morais: a moral natural e a moral positiva. A moral natural remete à ideia do bem obtida diretamente da natureza, o que "há de permanente no gênero humano" sobre bem, vale dizer, um bem sem um tempo delimitador. A moral positiva, por sua vez, embora também considere a vida humana e os objetos naturais, revela-se na medida da interpretação histórica e regional do bem, ou seja, dentro de um determinado lugar e época (NADER, 2003, p. 34). Em relação a ela, consoante os escritos de Henkel (apud NADER, 2003), subsistem a moral autônoma, a ética superior dos sistemas religiosos e a moral social. A propósito, convém destacar que a moral social abrange um conjunto predominante de princípios e critérios que, em cada sociedade e em cada época, orientam a conduta dos indivíduos.

Importa sustentar que a ética aqui defendida não se resume à teoria do mínimo ético sistematizada por Jeremy Bentham e Georg Jellinek, mas a ética como nota caracterizadora essencial da moral, encontrada em sua maior extensão possível no direito, aproximando-se da concepção de Niño. No entendimento deste artigo, moral e direito são distintos, porém devem coincidir quando da eficácia da norma jurídica.

5 CONCLUSÃO

Essa nova relação entre o direito e a moral escoa do marco filosófico do novo direito constitucional, a saber, o pós-positivismo. Como consequência, compete ao operador do direito, quando da interpretação e resolução das controvérsias, ponderar sempre se aquela possível resposta coaduna-se com os princípios constitucionais, com os direitos fundamentais e com os valores universais da ética, do bom senso e da justiça.

Ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132, de relatoria do Ministro Ayres Britto, o Supremo Tribunal Federal (STF) invocou o princípio da não discriminação para assentar que o art. 1.723 do Código Civil, que cuida normativamente da união estável entre homem e mulher, não pode ser interpretado no sentido de impedir essa mesma configuração social aos

casais homoafetivos. Com isso, decidiu-se que esses casais podem constituir união estável, como típica espécie de entidade familiar, numa interpretação extensiva do *caput* do art. 226 da Carta Fundamental de 1988.

Pode-se sustentar que essa decisão da Corte Suprema representa uma hipótese exitosa do modelo neoconstitucional de solução jurisdicional das questões normativas, pois, malgrado o art. 1.723 prescreva que "é reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher" (BRASIL, 2002), optou-se por uma interpretação moral inclusiva da regra jurídica. Isso porque, pensada sob o ângulo dos princípios da dignidade da pessoa humana e da não discriminação, a regra contida no referido dispositivo codificado desagua numa norma constitucional que permite às pessoas de mesmo gênero constituir família e reclamar seus direitos, semelhantes aos dos casais heteroafetivos. Assim, o STF firmou sua competência em manter, por meio da interpretação constitucional, "seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas", nos dizeres do Ministro Ayres Britto (STF, 2011a).

Esse exemplo serve para mostrar o quanto se avançou no campo da ciência jurídica e da filosofia do direito. O positivismo jurídico permanece presente e fortemente, diga-se de passagem, mas cede um necessário e oportuno espaço para uma abertura filosófica pautada pela moral, em que devem preponderar os princípios e os direitos fundamentais, primordiais à compreensão da sociedade multicêntrica e pluralista como categoria sociopolítica e cultural da nação.

A propósito da moral, convém recordar decisão histórica do STF, que mais uma vez endossou nova postura hermenêutica, preocupada em reaproximar o direito da moral quando da interpretação dos princípios constitucionais. Quando vedou a prática do nepotismo, por meio do Recurso Extraordinário nº 579.951, relatado pelo Ministro Ricardo Lewandowski, suscitou o princípio da moralidade administrativa, de modo a proclamar que a ilicitude do nepotismo prescindia de diploma normativo específico, ou seja, de lei em sentido estrito, porquanto decorre dos princípios lastreados no art. 37, *caput*, da Constituição de 1988. Nesse ponto, verifica-se que o valor moral da não prevalência do vínculo familiar diante do impessoal acesso

ao cargo público e a aplicação do princípio constitucional positivado da moralidade administrativa consagram ideias comuns pertinentes à igualdade de oportunidades, de acordo, portanto, com a proposta de Niño, no sentido de que, embora distintos, moral e direito incorporam princípios comuns quando da sua aplicação.

Essa face neopositivista do novo direito constitucional ocupa espaço de suma importância na ciência jurídica moderna. Desce-se do Olimpo positivista para a arena do cotidiano normativo, na qual os problemas são reais e vivenciados pela pessoa humana, cuja complexidade das relações sociais horizontais e verticais reclama maior esforço hermenêutico para o encontro das soluções necessárias ao desate das questões, nem sempre encontradas de maneira normativamente positivada[6].

À guisa de possível conclusão, convém sustentar a necessidade de propor a incidência da regra jurídica podada pelo corte da moral, dentro, portanto, de uma proposta pós-positivista, de modo que se permita suavizar a regra jurídica hermética, para a abertura dos valores factíveis e coerentes com a sociedade moderna.

REFERÊNCIAS

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

ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. Tradução de Gercélia Mendes. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Introdução à ciência do direito**. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

6 Como nota Marinoni (2008, p. 42), "a ideia de lei genérica e abstrata, fundada pelo Estado legislativo, supunha uma sociedade homogênea, composta por homens livres e iguais e dotados das mesmas necessidades. É claro que essa pretensão foi rapidamente negada pela dimensão concreta da vida em sociedade, inexoravelmente formada por pessoas e classes sociais diferentes e com necessidades e aspirações completamente distintas".

BARBERIS, Mauro. Neoconstitucionalismo, democracia e imperialismo de la moral. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003.

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

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

_____. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 11 jan. 2002.

ELLSCHEID, Günter. In: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (Org.). **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. Tradução de Marcos Keel. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

FARALLI, Carla. **A filosofia contemporânea do direito**: temas e desafios. Tradução de Candice Premaor Gullo. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. Tradução de Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (Org.). **Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas**. Tradução de: Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Coimbra: Coimbra, 2000. t. 2.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

SAMPAIO, José Adércio Leite. Mito e história da Constituição: prenúncios sobre a constitucionalização do direito. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Org.). **A constitucionalização do direito**: fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). Recurso Extraordinário n. 579.951. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 23 out. 2008.

_____. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4277. Relator: Ministro Ayres Britto. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 13 out. 2011a.

_____. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132. Relator: Ministro Ayres Britto. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 13 out. 2011b.

Correspondência | Correspondence:

Paulo Maycon Costa da Silva
Defensoria Pública no Estado do Rio Grande do Norte, Av. Duque de Caxias, 102, Ribeira, CEP 59.012-200. Natal, RN, Brasil.
Fone: (84) 3232-9758.
Email: pmaycon@hotmail.com

Recebido: 29/08/2013.
Aprovado: 27/03/2014.

Nota referencial:

SILVA, Paulo Maycon Costa da. O pós-positivismo do neoconstitucionalismo. **Revista Direito e Liberdade**, Natal, v. 16, n. 1, p. 171-189, jan./abr. 2014. Quadrimestral.