

## O CONSTITUCIONALISMO SOB O VIÉS DA PÓS-MODERNIDADE

### THE CONSTITUCIONALISM BY THE BIAS OF POST-MODERNITY

**FRANCISCO PIZZETTE NUNES**

*Doutorando do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (PPGD/UFSC).  
Professor e Coordenador do Curso de Graduação em Direito da Escola Superior de Criciúma (ESUCRI). Criciúma, SC,  
Brasil.*

[francisco.pizzette@gmail.com](mailto:francisco.pizzette@gmail.com)

**JOSÉ ISAAC PILATI**

*Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Professor Titular da Universidade Federal de  
Santa Catarina. Florianópolis, SC, Brasil.*

[jipilati@matrix.com.br](mailto:jipilati@matrix.com.br)

#### RESUMO

O artigo parte metodologicamente dos conceitos de paradigma, modernidade e de transição paradigmática à pós-modernidade; e com base nesse aporte procura confrontar neoconstitucionalismo e garantismo como propostas de superação do positivismo, contrapondo a ambas as teorias e ao constitucionalismo da modernidade em geral, uma nova perspectiva, pela via do resgate do coletivo, ou seja, por uma teoria pós-moderna do Direito; teoria inspirada na experiência romana de república com democracia direta, a qual parte da dimensão participativa da soberania, relativamente aos bens coletivos e à autocomposição dos conflitos coletivos. Conclui-se que a vertente do constitucionalismo da modernidade não tem solução para enfrentar adequadamente a complexidade dos conflitos pós-modernos.

**Palavras-chave:** Constitucionalismo; Garantismo; Modernidade; Neoconstitucionalismo; Pós-Modernidade Jurídica.

#### ABSTRACT

The research starts methodologically on the concepts of paradigm, modernity and paradigmatic transition to post-modernity; and, based on that premise, it intends to confront neoconstitutionalism and guaranteeism as proposals for overcoming the positivism, opposing both theories and the modernity constitutionalism in general, (is) a new perspective, which attempts to rescue the collective, that is, by a postmodern Law theory; such theory is inspired by the Roman Republic experience with direct democracy, which is based on the participatory dimension of sovereignty, concerning the collective legal interests and self-resolution of collective disputes. It concludes that the modern constitutionalism has no solution to properly handle the complexity of post-modern conflicts.

**Keywords:** Constitutionalism; Guaranteeism; Modernity; Neoconstitutionalism; Legal Post-Modernity.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO; 1 SOBRE O CONCEITO DE PARADIGMA; 2 MODERNIDADE E PÓS-MODERNIDADE; 3 DO PARADIGMA SIMPLIFICADOR AO PARADIGMA DA COMPLEXIDADE; 4 O CONSTITUCIONALISMO PRINCIPALISTA E O CONSTITUCIONALISMO GARANTISTA SOB O VIÉS DA PÓS-MODERNIDADE; CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS.

## INTRODUÇÃO

Muito se debate na seara jurídica a respeito das teorias constitucionalistas e de um paradigma positivista que elas buscariam superar. O positivismo é muito criticado e, justamente, muito se fala em “pós-positivismo” como proposta de superação do modelo centrado na lei, que ele representa.

No entanto, chama a atenção o fato de que há uma grande resistência do universo jurídico em trabalhar com as categorias da pós-modernidade, como instrumento teórico de superação das limitações da modernidade e de transição do positivismo para um novo ideário de transformação das práticas jurídicas.

As teorias constitucionalistas mais conhecidas em geral não se pautam pelo viés dos teóricos da pós-modernidade, ou ao menos não partem ou possuem como norte tal paradigma, mais abrangente e mais amplo, preferindo partir de categorias eminentemente jurídicas, portanto, mais restritas ao horizonte da modernidade.

O presente artigo se dispõe a um vislumbre do Garantismo e do Neoconstitucionalismo enquanto teorias constitucionalistas, porém, sob o viés de autores que partem do paradigma da pós-modernidade na dimensão da prática jurídica, tal qual se tem pesquisado no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Não se trata de uma audaciosa proposta de superação ou rejeição de teorias renomadas, mas simplesmente e conforme dito, de um vislumbre do Garantismo e do Neoconstitucionalismo a partir de uma categoria diferenciada e de autores que aceitam e partem de um novo paradigma denominado genericamente como pós-moderno. Para tanto, começa-se por uma categoria fundamental da teoria, que é a noção de paradigma.

## 1 SOBRE O CONCEITO DE PARADIGMA

De acordo com Thomas Kuhn<sup>1</sup>, paradigma seria um conjunto de crenças, valores e técnicas partilhadas pelos membros de uma comunidade específica, ao passo que comunidade científica seria um grupo de pessoas que compartilham paradigmas. Essa comunidade científica seria formada por praticantes de uma mesma linha de produção científica, os quais foram submetidos a uma iniciação acadêmica e profissional similares, compartilhando leituras e conceitos afins, os quais também acabam por delinear as fronteiras de cada uma dessas mesmas comunidades<sup>2</sup>.

Thomas Kuhn<sup>3</sup> também chamou atenção para a transição paradigmática: a existência de comunidades que abordam os objetos de estudo a partir de perspectivas incompatíveis; sendo comum que escolas disputem o domínio de um determinado campo de estudos durante um período e na via do pós-paradigmático. Tal fenômeno não é exclusivo das ciências naturais, também sendo observado no campo jurídico, no qual escolas com perspectivas diferenciadas tendem a disputar a preferência de seus interlocutores.

Edgar Morin<sup>4</sup> ampliou a ideia, dizendo que o grande paradigma Ocidental é um núcleo de comando lógico de toda a atividade científica do Ocidente; que simplifica, sistematiza e exclui radicalmente qualquer proposta dissonante em relação aos seus valores e interesses; que reduz, assim, o espectro do real, enquadrando-o numa determinada direção, que nega a possibilidade de qualquer outro rumo. E visualizou a afirmação contra-hegemônica de outro paradigma: da Complexidade, que ao mesmo tempo, separe e associe; que conceba os níveis de emergência da realidade sem o reduzir às unidades elementares e às leis gerais.

Pode-se observar que o choque entre esses dois paradigmas passa a ganhar destaque no campo das teorias constitucionalistas, em especial entre os teóricos da perspectiva neoconstitucionalista e os da corrente garantista. Porém, a opção por uma teoria ou outra não se trava em procedimento estritamente lógico-dedutivo; como acontece, por exemplo, no campo das ciências exatas, em que uma das partes deve admitir seu erro perante a prova irrefutável da outra; e sim através de um processo lento e persuasivo<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> KUHN, Thomas S. *A Estrutura das Revoluções Científicas*. 10.ed. São Paulo: Perspectiva, 2011.

<sup>2</sup> Ibidem.

<sup>3</sup> Ibidem.

<sup>4</sup> MORIN, Edgar. *O método*. Tradução de Juremir Machado da Silva. Porto Alegre: Sulina, 1998, v.4.

<sup>5</sup> KUHN. Op. Cit.

No processo de persuasão os sujeitos observam a mesma situação, mas de maneira diversa; apesar de compartilharem o mesmo vocabulário para descrever e discutir, na verdade, utilizam de forma diferente as palavras ao justificar seus pontos de vista. Persuadir alguém consiste em convencer uma pessoa ou uma determinada comunidade de que outra maneira de ver ou de pensar é superior à dela e deve suplantar a sua perspectiva<sup>6</sup>.

Entretanto, não é mau nem negativo que os sujeitos envolvidos em um determinado embate teórico não comunguem de um entendimento ou não se deixem persuadir imediatamente. Caso em que só lhes resta reconhecerem-se uns aos outros como membros de diferentes comunidades e partirem para uma lógica de tradução das teorias do outro grupo para o ideário de sua própria perspectiva teórica. Ao possibilitar a ambos os grupos experimentarem os méritos e vícios recíprocos, a operação de tradução pode se transformar num instrumento potente de persuasão e conversão de uma teoria na direção da outra, pois na medida em que os sujeitos de cada grupo distinto se colocam no lugar do opositor, aquilo que parecia incoerente passa a se tornar razoável<sup>7</sup>.

Destaca-se, todavia, que o propósito aqui não é esse, de realizar uma tradução da teoria neoconstitucionalista pela perspectiva garantista ou vice-versa. A noção de teoria possui uma estrutura bem mais limitada em natureza e alcance do que o conceito de paradigma empregado por Thomas Kuhn e por Edgar Morin. Nesse viés, o que se propõe é um processo de tradução de alguns dos pressupostos destas conhecidas teorias normativas a partir de um novo paradigma denominado pós-moderno, o que torna necessário analisar inicialmente o processo de transição paradigmática da modernidade para a pós-modernidade antes de averiguar a categoria das teorias constitucionalistas.

## 2 MODERNIDADE E PÓS-MODERNIDADE

O termo “moderno” surge no século V, empregado para designar algo novo, o cristianismo, em oposição ao paganismo, e daí passa a sofrer releituras a cada novo período histórico, desde o Renascimento, até se consolidar como com o sentido de inovação perante algo, de avanço, de atualidade<sup>8</sup>.

<sup>6</sup> KUHN, Thomas S. *A Estrutura das Revoluções Científicas*. 10.ed. São Paulo: Perspectiva, 2011.

<sup>7</sup> *Ibidem*.

<sup>8</sup> BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *O Direito na Pós-Modernidade e Reflexões Frankfurtianas*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009.

Apesar de não haver um consenso quanto a um marco histórico que inauguraria a modernidade, os anseios de liberdade e a crença na razão já haviam sido plantados no ideário do medievo tardio, paulatinamente resultando na superação da fé religiosa por um processo de racionalização que buscou explicações lógicas para o desconhecido mundo em que se habitava e no qual a humanidade se sentia refém de caprichos e dogmas jusnaturalistas e/ou divinos. Tal fato, aliado a descoberta de novas terras nas Américas e ao contato com novas culturas; a introdução do pensamento filosófico pagão junto à ideologia cristã; ao retorno das matrizes gregas de inspiração nas artes e na ciência; a criação das primeiras universidades; e a ascensão de uma nova classe social que se afirmaria como burguesia mercantil, contribuiria para que mais tarde, pelos idos do século XVII, florescesse uma nova dimensão social e econômica na Europa que formaria o espírito da modernidade<sup>9</sup>.

O projeto da modernidade entrou em foco no século XVIII, consistindo num esforço intelectual dos iluministas para desenvolver uma ciência objetiva e uma moralidade e lei universais que romperiam com o *status quo*:

A ideia era usar o acúmulo de conhecimento gerado por muitas pessoas trabalhando livre e criativamente em busca da emancipação humana e do enriquecimento da vida diária. O domínio científico da natureza prometia liberdade da escassez, da necessidade e da arbitrariedade das calamidades naturais. O desenvolvimento de formas racionais de organização social e de modos racionais de pensamento prometia a libertação das irracionalidades do mito, da religião, da superstição, liberação do uso arbitrário do poder, bem como do lado sombrio da nossa própria natureza humana. Somente por meio de tal projeto poderiam as qualidades universais, eternas e imutáveis de toda humanidade ser reveladas<sup>10</sup>.

Embora a modernidade tenha promovido diversos avanços no campo das ciências e do Direito, resultando na extinção de antigas estratégias de dominação; promovidas pela eliminação das distinções outrora realizadas por uma sociedade estamental e pela laicização de um Estado antes sujeito ao império da religião; outras sutis formas de dominação tomaram o lugar das antigas e se perpetuaram ao decorrer da modernidade. Conforme David Harvey<sup>11</sup> (2012, p. 23-24), Adorno e Horkheimer já haviam levantado a tese de que o projeto do Iluminismo iria voltar-se contra si mesmo e transformar a busca pela libertação num sistema de dominação e opressão.

<sup>9</sup> BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **O Direito na Pós-Modernidade e Reflexões Frankfurtianas**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009.

<sup>10</sup> HARVEY, David. **Condição Pós-Moderna: uma pesquisa sobre as origens da mudança cultural**. São Paulo: Loyola 2012. p. 23

<sup>11</sup> Ibidem.

A partir da crise dos pressupostos modernos e da assunção de novas racionalidades que se propõem a superar os vícios da Modernidade podemos traçar as características de uma nova revolução paradigmática que aponta para uma Pós-Modernidade. Nesse viés, sem desmerecer os demais autores que tratam sobre a temática, destaca-se Edgar Morin como um dos teóricos a apresentar as circunstâncias reveladoras dessa nova etapa de transição paradigmática, a qual tende a afetar de maneira direta ou indireta as teorias normativas em análise.

De fato, a simplificação reducionista em que se fixou o paradigma da modernidade veio a colidir com a complexidade pós-moderna, a qual corresponde a uma realidade substancialmente muito mais rica, e que não se compadece da estreiteza das formas modernas de reprodução social, política e jurídica. É esse o embate que se procura desenvolver e desdobrar nas seções subsequentes. Utilizam-se as categorias paradigma, modernidade e pós-modernidade, portanto, como instrumentos de método para ultrapassar a segmentação característica da modernidade cartesiana, e poder projetar um novo momento do constitucionalismo nos tempos atuais, em foros de complexidade.

### 3 DO PARADIGMA SIMPLIFICADOR AO PARADIGMA DA COMPLEXIDADE

Edgar Morin<sup>12</sup> utiliza, conforme dito, a categoria “Paradigma do Ocidente” para ilustrar o conjunto de crenças compartilhadas pelo ideário moderno, que sabidamente se pauta pela matriz fragmentária do método cartesiano, marcado, por um lado, por uma concepção antropocêntrica, etnocêntrica e egocêntrica do ponto de vista do sujeito; e de outro, pela frieza com que observa as interações do sujeito com o objeto de análise. Para compreender o paradigma ocidental, Edgar Morin<sup>13</sup> aponta determinadas patologias que contaminam o pensamento contemporâneo: a) Hipersimplificação: que não permite ao interlocutor contemplar a complexidade do real; b) Idealismo: que apresenta os pressupostos modernos como a única realidade possível e admissível; c) Racionalização: que nega tudo que é tomado por irracional e se recusa a dialogar com o mesmo.

Tais patologias seriam decorrentes de três operações comumente instrumentalizadas pelo paradigma moderno: a) Disjunção: decorrente do *ego cogito* cartesiano, consiste na

<sup>12</sup> MORIN, Edgar. *Introdução ao Pensamento Complexo*. 4.ed. Porto Alegre: Sulina, 2011.

<sup>13</sup> *Ibidem*.

separação realizada entre sujeito e objeto, impossibilitando qualquer ciência de refletir sobre si mesma e isolando os campos do conhecimento uns dos outros; b) Redução: reduz a complexidade da vida ao simples, gerando uma hiperespecialização; c) Abstração: incapaz de conjugar o uno e o múltiplo (*unitas multiplex*), unificando abstratamente o que é diverso e apresentando a diversidade sem conceber a unidade<sup>14</sup>.

Em suma, o paradigma ocidental moderno separa o sujeito do objeto, e, ao separá-los, acaba gerando uma visão simplificadora da realidade que opera mediante a racionalização da realidade e da vida.

Para se contrapor, Edgar Morin apresenta um novo panorama, que designa como “Paradigma da Complexidade”. A complexidade não pode ser resumida a uma palavra-chave, visto que não se trata de uma solução, mas de uma provocação, de uma palavra-problema. Ela é, nas palavras do autor, “o tecido de acontecimentos, ações, interações, retroações, determinações e acasos que constituem nosso mundo fenomênico”<sup>15</sup>.

No entanto, não se pense que a complexidade importa na negação da simplicidade. A complexidade contempla os modos simplificadoros de pensar; ela apenas rejeita suas consequências mutiladoras e redutoras da realidade e da vida. Da mesma forma, também é um equívoco confundir a complexidade com uma suposta completude, pois toda a totalidade é uma não verdade, uma vez que, segundo o teorema da incompletude de Godel, nenhum sistema é capaz de se autoexplicar ou se autodemonstrar, logo a complexidade demanda a admissão de uma consciência de incompletude<sup>16</sup>.

Então, qual seria o propósito da complexidade? Como opera ela?

Diferente do paradigma ocidental moderno, a complexidade não se limita a um sistema fechado reducionista e unilinear que não possibilita nenhuma interação com aquilo que se encontra além de sua racionalidade. O paradigma da complexidade se propõe a operar mediante um sistema aberto cujo mérito não se reduz ao próprio sistema, mas também sua relação com o ambiente, com tudo aquilo que se situa em seu entorno e para além deste, e que passa a constituir parte do próprio sistema<sup>17</sup>.

A complexidade se propõe a aliar sujeito e objeto, categorias que foram separadas pela concepção positivista, a defender que o objeto, existindo independente do sujeito, poderia

<sup>14</sup> MORIN, Edgar. *Introdução ao Pensamento Complexo*. 4.ed. Porto Alegre: Sulina, 2011.

<sup>15</sup> *Ibid.* p. 13

<sup>16</sup> *Ibid.*

<sup>17</sup> *Ibid.*



ser observado e explicado por si mesmo. No paradigma da complexidade, sujeito e objeto são contrapartes de um mesmo processo, contemplam-se de maneira recíproca, pois, se entregues cada qual a si próprio, são insuficientes. Nas palavras de Edgar Morin<sup>18</sup>, “o objeto deve ser concebido em seu ecossistema e mais amplamente num mundo aberto onde sujeito e objeto possam integrar-se um ao outro”.

Ao propor uma aproximação entre sujeito e objeto através de um sistema aberto que interage com o a complexidade do ambiente que lhe circunda, o paradigma pós-moderno proposto por Morin também exige que não nos fechemos no contemporâneo, na crença em instituições sólidas, imutáveis e imunes aos tempos, pois a realidade é mutante e a inovação não tarda a surgir e afetar aquilo que lhe é pré-existente<sup>19</sup>. Trata-se de partir da perspectiva estática de programa, que contamina o pensamento moderno, para a visão dinâmica e pós-moderna de estratégia, a qual nos obriga à inovação e interação com a complexidade do real.

A palavra estratégia se opõe à programa. Para as sequências integradas a um meio ambiente estável, convém utilizar programas. O programa não nos obriga a estar vigilante. Ele não obriga a inovar. Assim, quando vamos para o trabalho no volante de nosso carro, parte de nossa conduta é programada. Se um engarrafamento inesperado surge, é preciso decidir se vai se mudar ou não de itinerário, infringir o regulamento: deve se fazer o uso de estratégia<sup>20</sup>.

Para remediar as patologias do paradigma ocidental moderno, Edgar Morin<sup>21</sup> indica três princípios interligados e aptos a instrumentalizar a complexidade pós-moderna. O princípio dialógico permite o diálogo entre conceitos que, embora antagônicos, são complementares, conjugando assim a dualidade no seio da unidade. O princípio da recursão organizacional indica que somos ao mesmo tempo produtos e produtores do paradigma hodierno. Por fim, o princípio hologramático possibilita que enxerguemos para além do reducionismo, que só vê as partes, e do holismo, que só observa o todo, na medida em que passamos a ter o conhecimento das partes pelo todo e do todo pelas partes, numa mesma dimensão produtora do conhecimento.

Em suma, a complexidade busca compreender toda a rede de interações complexas que perfazem o mundo da vida. Ela parte do acaso e contempla a incerteza, observa a ordem e a desordem como contrapartes de um mesmo processo, buscando integrar o sujeito e o objeto num mesmo processo que parta do todo para as partes e das partes para o todo.

<sup>18</sup> MORIN, Edgar. *Introdução ao Pensamento Complexo*. 4.ed. Porto Alegre: Sulina, 2011.p. 47

<sup>19</sup> Ibid.

<sup>20</sup> Ibid.p. 81

<sup>21</sup> Ibid.



Traduzindo tal concepção para o universo jurídico, a complexidade se contrapõe ao paradigma moderno, o qual contempla o Direito a partir de uma visão monista, eminentemente legalista, que reduz a riqueza das relações sociais a um conjunto de normas de conduta positivadas no ordenamento jurídico, racionalizando as relações jurídicas mediante um processo de subsunção que parte da razão técnica de um operador jurídico o qual se situa numa posição distante de seu objeto de análise.

No entanto, a complexidade não consiste na negação do positivismo jurídico ou do Estado, muito pelo contrário, ela apenas afirma que há uma dimensão muito mais ampla e rica a ser considerada diante da análise do caso concreto. Ela busca aproximar o objeto em análise dos sujeitos envolvidos na relação jurídica, mediante um sistema aberto de interpretação do fenômeno jurídico que leve em consideração não apenas a racionalidade jurídica, mas toda a gama de interações socioeconômico-culturais que escapam às categorias pré-definidas abstratamente pela norma.

Assim, tomando por base os pressupostos de Edgar Morin, o Direito deve se constituir como um sistema aberto que não baste por si mesmo, uma vez que somente poderá se tornar lógico na medida em que compreenda em si as interações que lhe são externas, que estão para além da norma. Ele não pode se concluir, se fechar, ser autossuficiente, pois a sua própria razão de ser se encontra na complexidade da realidade que lhe circunda.

A complexidade por transcender o plano estrito da lei, exige do Direito que se aproxime das relações sociais, das culturas e de realidades diferentes e divergentes. Busca uma aproximação do sujeito para com o objeto de direito, assim como do intérprete da norma para com a trama que lhe circunda e que lhe envolve em diversas direções alheias a um ambiente estritamente normativo.

Enfim, exige o traslado do plano da abstração normativa para o plano da ação estratégica, de uma racionalização que prende a realidade num sistema aparentemente perfeito e coerente para uma racionalidade autocrítica capaz de dialogar com o mundo empírico, com aquilo que lhe é tomado como irracional, com o novo, com o “outro”. Ou seja, não se deve observar o Direito como um mero programa de normas a serem aplicadas mediante subsunção. Na perspectiva do paradigma da complexidade as normas jurídicas devem ser contempladas enquanto estratégias aptas a lidar com a inovação e mutabilidade hodierna, operando de forma casuística, de modo que cada caso concreto possa ter uma solução apta para com as circunstâncias socioeconômico-culturais e para com o tempo e ambiente em que se situam.

Nesse sentido, a complexidade no mundo jurídico se aproxima do que Joaquín Herrera Flores<sup>22</sup> denomina de **riqueza humana**, a qual somente poderá ser alcançada mediante um processo democrático-participativo que visualize o Direito como um sistema de objetos (valores, normas, instituições) e ações (práticas sociais, institucionais ou não) que abrem e consolidam espaços de luta pela dignidade humana<sup>23</sup>.

#### 4 O CONSTITUCIONALISMO PRINCIPALISTA E O CONSTITUCIONALISMO GARANTISTA SOB O VIÉS DA PÓS-MODERNIDADE

Historicamente, o constitucionalismo surge como uma teoria de limitação do poder do Estado com fins garantísticos a partir das grandes revoluções burguesas do Século XVIII e da promulgação das primeiras cartas constitucionais (Estados Unidos e França), de matriz liberal e pautadas por direitos individuais inspirados no primado da liberdade. No entanto, assim como há muitas concepções diferentes de Constituição, também existem perspectivas divergentes a respeito do constitucionalismo, de modo que este pode ser observado de duas maneiras opostas: como superação do positivismo jurídico ou como sua expansão e complemento<sup>24</sup>.

Segundo Luigi Ferrajoli<sup>25</sup>, sumariamente o positivismo jurídico “reconhece como direito qualquer conjunto de normas postas ou produzidas por quem está autorizado a produzi-las, independente dos seus conteúdos e, portanto, de sua eventual injustiça”. Enquanto o constitucionalismo tende a adotar uma noção mais ampla, terminando muitas vezes por se converter numa categoria do léxico político ao invés do léxico jurídico; o positivismo jurídico costuma ser associado a uma noção mais restrita, sendo comumente identificado com o primado

<sup>22</sup> HERRERA FLORES, Joaquín. *A (Re)Invenção dos Direitos Humanos*. Florianópolis: Boiteux, 2009.

<sup>23</sup> Para ensinar sua concepção complexa e relacional dos direitos humanos, Joaquín Herrera Flores buscou uma figura que fosse simples e singela, mas que contemplasse todos os elementos que compõem a realidade dos direitos. Com seu diamante ético, Herrera Flores demonstra a interdependência entre os múltiplos componentes que definem o Direito contemporâneo. O diamante possui três camadas, cada uma delas com seus diferentes pontos de conexão mútua, uma imagem em três dimensões e que está sempre em movimento. Sua transparência permite que seus diferentes componentes, além de estarem inter-relacionados, sejam visíveis de todos os pontos de vista em que o observador se encontra. Através desse diamante, pode se observar que os direitos não são um constructo isolado e dado com antecedência, mas são construídos pela própria comunidade ou grupo afetado, estando em constante movimento e se consolidando de acordo com a dimensão em que são observados.

<sup>24</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Constitucionalismo Principalista y Constitucionalismo Garantista*. *Doxa: cuadernos de filosofía del derecho*. n. 34, 2011 p. 15-53

<sup>25</sup> *Ibid.* p. 16

da lei estatal, o que Luigi Ferrajoli<sup>26</sup> acaba chamando de “paleojuspositivismo”. O que distingue o Constitucionalismo deste assim chamado paleojuspositivismo, seria o fato de o primeiro resultar numa concepção de validade das leis que não está mais limitada apenas na sua conformidade com as normas procedimentais sobre a sua elaboração, mas, sobretudo na coerência dos seus conteúdos para com os princípios de justiça constitucionalmente estabelecidos.

Uma segunda distinção a ser feita consiste no que diz respeito às espécies de constitucionalismo. Luigi Ferrajoli aponta para duas categorias com concepções distintas sobre a matéria: constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista.

O constitucionalismo principialista, também denominado pós-positivista ou neoconstitucionalismo, observa grande parte das normas constitucionais como princípios ético-políticos, e faz uma distinção estrutural e qualitativa acerca das regras e princípios. Os princípios seriam normas a serem respeitadas em maior ou menor grau e operacionalizadas mediante um processo de ponderação<sup>27</sup>.

Por conta desse mesmo procedimento de ponderação, o constitucionalismo principialista também acaba por cindir com um dos maiores dogmas do positivismo jurídico, o qual consiste na separação entre direito e moral, em outros termos, entre validade e justiça<sup>28</sup>.

Tal concepção é defendida por juristas renomados como Robert Alexy, o qual afirma que, por possuírem a estrutura de princípios, os direitos fundamentais devem ser interpretados como mandamentos de otimização a serem cumpridos em graus diferentes e instrumentalizados mediante um processo de ponderação que leve em consideração três máximas: necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito<sup>29</sup>.

Segundo os teóricos desta vertente constitucionalista, diferente de um conflito entre regras, que é resolvido mediante uma cláusula de exceção ou declarando uma delas como inválida, a colisão entre princípios não resulta na invalidade de um deles, mas sim em declarar a precedência de um deles sobre o outro, respeitando-se as circunstâncias de fato<sup>30</sup>.

<sup>26</sup> FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo Principialista y Constitucionalismo Garantista. *Doxa: cuadernos de filosofía del derecho*. n. 34, 2011 p. 15-53

<sup>27</sup> Ibid.

<sup>28</sup> Ibid.

<sup>29</sup> CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; PINHEIRO, Denise. Liberdade de Expressão no Contexto do Neoconstitucionalismo e Garantismo: uma reflexão crítica. In: Pasold, Cesar Luiz (Org.). *Reflexões sobre Teoria da Constituição e Estado*. Florianópolis: Insular, 2013.

<sup>30</sup> ALEXY, Robert. On the Structure of Legal Principles. *Ratio Juris*. V. 13. n. 03. Set. 2000, p. 294-304.

Tendo em vista tal panorama normativo, Luigi Ferrajoli<sup>31</sup> indica que as características desse constitucionalismo de matriz jusnaturalista seriam: a) a rejeição ao positivismo jurídico e conseqüentemente à tese de separação entre direito e moral; b) a distinção entre regras e princípios e associação dos direitos constitucionalmente estabelecidos na categoria normativa de princípios; c) pela afirmação do direito como uma prática jurídica confiada à atividade dos magistrados, o que acaba por submeter a validade do direito ao que dizem os tribunais e resulta numa fenomenologia do “direito como fato” ao invés do “direito como norma”. De tais características poderiam se retirar os seguintes riscos decorrentes do constitucionalismo principialista: a) a possibilidade de um dogmatismo moral; b) o enfraquecimento do papel normativo das constituições; e c) o ativismo judicial e enfraquecimento da submissão dos juízes à lei.

A segunda corrente constitucionalista apontada e defendida por Luigi Ferrajoli consiste no constitucionalismo garantista, ou constitucionalismo rígido, conforme apontado inúmeras vezes pelo referido autor. O constitucionalismo garantista caracteriza-se por uma normatividade forte, se autodenominando como um complemento ao positivismo jurídico, porém, diferente do “paleopositivismo”, busca regular não apenas as formas, mas o conteúdo das normas, condicionando a validade das normas infraconstitucionais ao respeito às normas constitucionais. A visão garantista de Luigi Ferrajoli parte da premissa de que a maior parte dos princípios constitucionais comporta-se como regras (inclusive os direitos fundamentais), separando o direito da moral, uma vez que tal distinção é um dos corolários do princípio da legalidade, responsável por submeter os juízes somente ao império da lei, e por impedir que estes identifiquem o direito válido com aquele que julgam como justos<sup>32</sup>.

Habermas também critica a teoria principialista de Robert Alexy na medida em que, ao retirar dos direitos fundamentais sua estrutura deontológica e lhes atribuir um sentido teleológico, a atividade de ponderação operacionalizada pelo magistrado correria o risco de se mostrar arbitrária ou irrefletida, o que é imediatamente refutado por Robert Alexy ao alegar que as análises jurídicas não devem se intimidar perante estruturas mais complexas<sup>33</sup>.

<sup>31</sup> FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo Principialista y Constitucionalismo Garantista. *Doxa: cuadernos de filosofia del derecho*. n. 34, 2011 p. 15-53

<sup>32</sup> Ibid.

<sup>33</sup> CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; PINHEIRO, Denise. Liberdade de Expressão no Contexto do Neoconstitucionalismo e Garantismo: uma reflexão crítica. In: Pasold, Cesar Luiz (Org.). *Reflexões sobre Teoria da Constituição e Estado*. Florianópolis: Insular, 2013.

Conforme Thomas Kuhn<sup>34</sup> salienta, um mesmo valor tende a ser compartilhado por comunidades científicas que divergem quanto a sua forma de aplicação, a qual pode ser afetada pelos traços da personalidade individual e pela biografia dos membros do grupo. Tal máxima pode ser claramente observada no que tange aos teóricos do constitucionalismo, os quais compartilham pressupostos básicos que possuem como matriz o Estado Democrático de Direito, mas divergem quanto a sua forma de efetivação e de apreciação dos direitos fundamentais.

Mas dentre tais perspectivas, qual atenderia com mais propriedade um novo paradigma insurgente marcado pela complexidade de seus sistemas e interfaces?

Para responder tal pergunta não devemos partir de uma lógica cartesiana e reducionista do problema, chegando ao ponto de indicar que uma das perspectivas deve se sobrepor a outra, conseqüentemente deslegitimando a primeira para que a segunda possa prevalecer e dominar o ideário da comunidade científica. Tal lógica pertence a um paradigma moderno e simplificador da realidade. A complexidade admite a convivência de perspectivas distintas, desordenadas e incertas, pois tem como premissa uma consciência de incompletude. Desse modo, ambos os modelos de constitucionalismo, principialista e garantista, encontram guarida no paradigma da complexidade como correntes que, embora divergentes, se complementam.

A teoria garantista de Ferrajoli possui o mérito de se propor a superar aquilo que denomina como um “paleopositivismo”, visão outrora defendida por teóricos do calibre de Kelsen e Bobbio, puramente formalista e que identifica a validade das normas com a sua mera existência<sup>35</sup>. O constitucionalismo garantista separa o ato normativo da norma, distingue os requisitos formais do primeiro dos requisitos substanciais da segunda. Ou seja, faz distinção entre validade formal e validade substancial, sendo que esta última se configura quando o ato normativo obedece a um mínimo de coerência para com todas as normas que lhes são superiores<sup>36</sup>.

Ao propor um novo modelo positivista que sujeita a validade das normas a critérios de natureza não apenas formal, mas, sobretudo material, o constitucionalismo garantista se distancia da lógica reducionista e hipersimplificadora características do paradigma ocidental. Como já dito anteriormente, a complexidade não consiste na negação do positivismo jurídico,

<sup>34</sup> KUHN, Thomas S. *A Estrutura das Revoluções Científicas*. 10.ed. São Paulo: Perspectiva, 2011.

<sup>35</sup> FERRAJOLI, Luigi; MANERO, Juan Ruiz. *Dos Modelos de Constitucionalismo: uma conversación*. Madrid: Trotta, 2012.

<sup>36</sup> Ibid.

mas na exigência de que este supere suas amarras formais e tenha como norte a substância da norma, suas interações com o núcleo do ordenamento jurídico e com as relações socioeconômico-culturais que lhe dão fundamento.

Por outro lado, a teoria garantista flerta com o paradigma ocidental ao se valer de uma operação de disjunção que prima pela separação entre direito e moral, atribuindo aos direitos fundamentais a estrutura de regras a serem aplicadas mediante subsunção, seguindo uma lógica de programa. Neste ponto, ao dissociar qualitativamente regras de princípios e admitir uma aproximação entre direito e moral, o constitucionalismo principialista tem o mérito de aproximar os sujeitos envolvidos na relação jurídica do objeto da demanda, mediante uma estratégia de ponderação que possibilita ao magistrado interagir com a complexidade do mundo da vida e se aproximar de uma solução justa.

Mas como impedir que o constitucionalismo principialista resulte num dogmatismo moral e num ativismo judicial em que os juízes operem acima da normatividade?

Segundo Zygmunt Bauman<sup>37</sup>, a justiça se assemelha a um movimento, sendo esse movimento o fato da justiça sempre querer mais de si mesma, de modo que sua auto-satisfação acaba por se mostrar sua maior ameaça. Por outro lado, o autor aponta a moralidade como a escola da justiça, de modo que é importante destacar que as massas não comungam de uma noção abstrata de justiça, pois lhes é muito mais palatável o sentido de justiça como aquilo que se opõe à injustiça, sendo esta um elemento que lhes é conhecido na experiência<sup>38</sup>.

Assim, o conceito de justiça não pode ser tido como algo estático e abstrato. A justiça deve ser dinâmica e se opor às condições (ou falta de condições) que levam a caracterizar determinadas situações como injustas, sendo um conceito que está para além da noção de validade formal. Portanto, ao realizar uma estratégia de ponderação, o magistrado deverá se ater antes de tudo a validade substancial da norma a ser aplicada, pois assim o fazendo não estará se posicionando acima da lei e não incidirá num ativismo despropositado.

O grande dilema do constitucionalismo principialista estaria em dissociar a moral pessoal do magistrado da moralidade coletiva que instrui o direito e está plasmada nas constituições. Caso a primeira espécie tenda a prevalecer diante da análise do caso concreto, corre-se o risco de um grave prejuízo à força normativa das constituições, e, conseqüentemente, de um retorno aos juízos morais que fundamentavam grande parte dos julgamentos pré-modernos.

<sup>37</sup> BAUMAN, Zygmunt. *O Mal-Estar da Pós-Modernidade*. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.

<sup>38</sup> Ibidem.



Diante do exposto, fica claro que nenhuma das teorias constitucionalistas ora expostas atende em sua integralidade ao ideal de uma complexidade pós-moderna. Ambas trazem em seu bojo tanto contribuições como vícios a serem superados, sobretudo no que diz respeito às demandas que versem sobre direitos de natureza coletiva. Nesse último caso, a própria classificação dualista de bens (públicos e privados) e sujeitos de direito (Estado e indivíduo), compartilhada por ambas as correntes, se demonstra totalmente inadequada para o objeto da demanda, de natureza muito mais complexa.

No entanto, existem novas teorias desenhadas a partir do espectro da pós-modernidade e que buscam preencher os espaços esvaziados pelo paradigma ocidental moderno, basicamente no caso daqueles bens e daqueles conflitos que extrapolam a esfera individual, como o caso do ambiente<sup>39</sup>. O paradigma da complexidade de que fala Edgar Morin desencadeia-se, no campo do Direito, na dimensão dos bens coletivos, cujos conflitos já não se decidem na esfera autocrática do juiz puramente, mas pela autocomposição.

A questão assoma e avulta-se a partir da soberania do parágrafo único do art. 1º da Constituição da República Federativa do Brasil, naqueles casos em que ela não é exercida, nos termos da Lei Maior, por *representantes*, mas diretamente pela titularidade coletiva da Sociedade. Nesse prisma desponta o processo judicial participativo, cujo instrumento principal é a audiência pública<sup>40</sup>. Ou seja, há conflitos de tal ordem de complexidade nos dias atuais, que simplesmente exigem uma transformação paradigmática, que o neoconstitucionalismo acima referido, em todas as suas correntes, ainda não alcançou.

Por isso se discute no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina a construção de uma teoria pós-moderna do Direito, inspirada no retorno às fontes romanas da *res publica*. Um juiz que em determinadas causas, de dimensão coletiva, mais ordena e coordena do que condena; e um processo em que a Sociedade, o Estado com suas autoridades e juiz deliberam e constroem, no conflito, o direito aplicável ao caso concreto.

Evidentemente que isso não desautoriza e não afasta as questões neoconstitucionalistas acima referidas e discutidas; mas as esferas de aplicação são diversas. Lá a dimensão individual dos direitos fundamentais; e aqui dimensão coletiva dos direitos sociais fundamentais. Na complexidade, uma não vive sem a outra. Portanto, a crítica principal ao neoconstitucionalismo, em todas as suas vertentes, é não admitir o fato de que as questões

<sup>39</sup> PILATI, José Isaac. *Audiência Pública na Justiça do Trabalho*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

<sup>40</sup> Ibid.



jurídicas não se esgotam no plano dos indivíduos; pois que a dimensão coletiva dos direitos não pode ser desamparada e muito menos anulada pelo público estritamente estatal da Modernidade.

## CONCLUSÃO

Cotejadas as teorias que dentro do constitucionalismo moderno preconizam a superação ou a expansão do positivismo jurídico, seja sob o neoconstitucionalismo, seja pelo garantismo, comprova-se a sua incapacidade para fazer frente à complexidade dos conflitos hodiernos, haja vista que a sua (delas) preocupação está circunscrita ao plano individualista, que, aliás, caracteriza o paradigma da Modernidade legalista.

Para tanto, o artigo serviu-se metodologicamente dos conceitos de paradigma e pós-modernidade, apontando para outra dimensão constitucional, que aquelas teorias não contemplam: a fatia de exercício direto da soberania pela Sociedade, com seu objeto próprio que são os bens coletivos, e os instrumentos adequados de autocomposição dos conflitos coletivos.

Enfim, não é o caso de negar a pertinência das teorias comentadas, as quais em seu contexto, que é o individual frente ao Estado, merecem atenção sempre e sem dúvida. O que se flagra é a sua incapacidade para acompanhar o texto constitucional, que já não se restringe ao individualismo moderno puro. Falta-lhes, sobretudo, a via instrumental adequada para concretizar na prática o que em teoria elas preconizam. Já estamos sob a égide de um novo paradigma, e esse é o verdadeiro problema.

## REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. On the Structure of Legal Principles. *Ratio Juris*. V. 13. n. 03. Set. 2000, p. 294-304.
- BAUMAN, Zygmunt. *O Mal-Estar da Pós-Modernidade*. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.
- BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *O Direito na Pós-Modernidade e Reflexões Frankfurtianas*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009.

---

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; PINHEIRO, Denise. Liberdade de Expressão no Contexto do Neoconstitucionalismo e Garantismo: uma reflexão crítica. In: Pasold, Cesar Luiz (Org.). **Reflexões sobre Teoria da Constituição e Estado**. Florianópolis: Insular, 2013.

FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo Principialista y Constitucionalismo Garantista. **Doxa: cuadernos de filosofia del derecho**. n. 34, 2011 p. 15-53.

FERRAJOLI, Luigi; MANERO, Juan Ruiz. **Dos Modelos de Constitucionalismo: uma conversación**. Madrid: Trotta, 2012.

HARVEY, David. **Condição Pós-Moderna: uma pesquisa sobre as origens da mudança cultural**. São Paulo: Loyola 2012.

HERRERA FLORES, Joaquín. **A (Re)Invenção dos Direitos Humanos**. Florianópolis: Boiteux, 2009.

KUHN, Thomas S. **A Estrutura das Revoluções Científicas**. 10.ed. São Paulo: Perspectiva, 2011.

MORIN, Edgar. **O método**. Tradução de Juremir Machado da Silva. Porto Alegre: Sulina, 1998, v.4.

\_\_\_\_\_. **Introdução ao Pensamento Complexo**. 4.ed. Porto Alegre: Sulina, 2011.

PILATI, José Isaac. **Audiência Pública na Justiça do Trabalho**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

Recebido em: 20/09/2016 / Revisões requeridas em: 25/10/2016 / Aprovado em: 09/11/2016