

PROPOSTA NEOCONSTITUCIONALISTA DE CENTRALIDADE DA CONSTITUIÇÃO E NORMATIVIDADE DOS PRINCÍPIOS

Flávio Maria Leite Pinheiro¹; Ebe Pimentel Gomes Luz²; José Clito Carneiro³;
Rildson Magalhães Martins⁴; Marcus Mauricius Holanda⁵ (orientador).

RESUMO

A proposta do texto é abordar aspectos das transformações na categoria do direito subjetivo, pelo contraste de dois momentos históricos. O primeiro corresponde à era de centralidade dos estatutos, em que as constituições, embora existissem, não eram propriamente consideradas normas jurídicas nos contextos europeu e brasileiro. Este cenário era ainda integrado pela concepção tradicional da hermenêutica, que privilegiava a subsunção e a ideia de encontrar-se, na norma positiva, um sentido que se acreditava nela inscrito. A categoria de direito subjetivo correspondente a este contexto é concebida em estreita ligação aos contornos delimitados no direito objetivo. O segundo momento corresponde à era de centralidade das constituições, a força normativa autônoma das quais é reconhecida. Permeado por normas de textura aberta, o ordenamento jurídico correspondente a este segundo momento implica transformação na maneira como direitos são atribuídos às pessoas, sobretudo no sentido de que os contornos dos direitos precisam ser interpretados e construídos argumentativamente, muitas vezes a partir de princípios. O texto propõe, ao final, o instrumental representado pelas categorias fundamentais de Wesley Hohfeld como adequado a uma reinterpretação do sentido que a expressão direito subjetivo passa a assumir neste segundo momento, mais aberto, e de maior indefinição.

Palavras-chave: Direito subjetivo. Hermenêutica. História do direito.

1 INTRODUÇÃO

O ofício de jurista, na tradição do *civil law*, envolve a articulação de direitos subjetivos a partir do direito objetivo. O padrão é remeter fatos do caso concreto a previsões do ordenamento jurídico, e este procedimento é a base para a afirmação da existência de direitos e deveres, ou para a sua negação. Por isso, a categoria de direito subjetivo ocupa importante posição no esquema conceitual dos juristas.

É relevante, porém, que a forma de articular direitos subjetivos não tenha permanecido a mesma ao longo do tempo. Este artigo propõe abordar os principais contornos de dois momentos,

¹ Professor da Universidade Estadual Vale do Acaraú (UVA), da Universidade Federal do Ceará (UFC), da Faculdade Luciano Feijão (FLF), da Academia Estadual de Segurança Pública (AESP). Especialista em Direito Empresarial pela Universidade Estadual do Ceará (UECE). Mestrando em Filosofia pela UECE. Procurador Federal.

² Professora da UVA. Especialista em Ciência da Educação (UVA). Mestra em Direito (Direito e Desenvolvimento) pela UFC. Doutoranda em Ciências Jurídico-Política na Universidade de Lisboa (Portugal). Advogada.

³ Professor da UVA. Especialista em Administração Financeira pela UECE. Mestre em Direito Público pela UFC. Advogado.

⁴ Professor da UVA. Advogado.

⁵ Professor da FLF. Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Faculdade Christus. Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Doutorando em Direito Constitucional pela UNIFOR. Advogado.

identificados como ‘era dos estatutos’ (ou dos códigos) e ‘era das constituições’. A partir da caracterização destes momentos, busca-se descrever as consequências para a maneira pela qual juristas, no *civil law*, afirmam a existência de direitos subjetivos.

O principal problema trabalhado é a transição de um cenário engessado, em que a construção dos direitos subjetivos era um problema de identificação “mecânica” de previsões no ordenamento jurídico, para um outro cenário, mais aberto e mais complexo. Hoje, o direito convive com a necessidade de se trabalhar com cláusulas gerais, de textura aberta, tais como princípios e conceitos jurídicos indeterminados. Ou seja, já não se trata de conceber direitos subjetivos apenas para os casos sobre os quais incida regulamentação específica. Mas como fazê-lo? Ao final, o artigo propõe resgatar as contribuições de Wesley Newcomb Hohfeld, como instrumentos úteis para trabalhar direitos subjetivos em cenários de indefinição dos conteúdos normativos.

Como se chegou ao cenário contemporâneo, que conta com normas de conteúdo indefinido? Como afirmar direitos subjetivos neste cenário? Estarão eles restritos às normas com regulamentação específica? Ou será possível exigir direitos e afirmar deveres a partir, por exemplo, de princípios e normas de textura aberta? Para compreender estes pontos, propõe-se adotar perspectiva histórica.

O positivismo jurídico europeu continental do século XIX esteve associado à tendência de codificação do Direito. Contrapondo-se a formulações jusnaturalistas até então correntes, o juspositivismo elaborou definição de Direito que dispensava critérios subjetivos para o reconhecimento das normas jurídicas. Em síntese, seria jurídica a norma feita ou reconhecida pela autoridade social, normalmente identificada como o Estado. A descrição objetiva das normas jurídicas foi acompanhada da restrição à liberdade decisória do poder judiciário, que passou a estar vinculado à norma positiva, em contraposição à prática jusnaturalista de embasar decisões em concepções subjetivas de moralidade ou mesmo de religiosidade. Julgar passou a ser aplicar o enunciado normativo (positivo) ao caso concreto.

2 METODOLOGIA

Trata-se de pesquisa básica e exploratória que objetiva proporcionar conhecimentos novos e úteis para o avanço para a ciência jurídica em torno de problemáticas ocasionadas pela concepção de direito subjetivo, essencialmente atrelada a contornos de antemão colocados pelo direito objetivo. Do ponto de vista da abordagem, trata-se de uma pesquisa descritiva e qualitativa, haja vista que há uma relação dinâmica entre o mundo real e o sujeito, isto é, um vínculo indissociável entre o mundo objetivo e a subjetividade do sujeito que não pode ser traduzido em números e, que se utiliza da técnica bibliográfica para alcançar seu escopo.

3 RESULTADOS E PROBLEMATIZAÇÃO

Neste contexto de direito codificado, os estatutos – o direito codificado – davam o tom das categorias utilizadas na Teoria Geral do Direito. Dentre elas, a de direito subjetivo. Esta categoria foi construída de maneira vinculada ao direito objetivo. Pretensões judiciais deveriam fundar-se em posições juridicamente protegidas pelo direito objetivo. Por posição juridicamente protegida, dever-se-ia entender aquela prevista pelo (e suficientemente detalhada no) direito objetivo: qual é o conteúdo do direito? Quem é seu titular? Sobre quem recai a obrigação correspondente? Tinha-se como necessário que o direito codificado apresentasse respostas a essas questões para que se pudesse conceber o direito subjetivo em casos concretos. Ou seja: para que se pudesse atribuir a alguém um direito a partir do ordenamento jurídico. Este período será referido, neste texto, como *era dos estatutos* ou *era dos códigos*.

Com a Segunda Guerra Mundial e a constatação das consequências da concepção do Direito apartada de critérios referentes a elementos morais, fortaleceu-se o processo de valorização da necessidade de correteza das normas e decisões, de normatividade dos princípios – dentre os quais se destaca a dignidade humana – e do reconhecimento de novo papel para as constituições. No contexto europeu e brasileiro, as constituições vinham, até então, sendo encaradas como documentos de natureza essencialmente política, a definir guias de ação para o Estado. Entendia-se que, para que seu conteúdo atingisse a sociedade e se tornasse judicializável, seria indispensável a elaboração de norma infraconstitucional regulamentadora. Com o pós-positivismo, dá-se o reconhecimento da normatividade autônoma das constituições, de sua incidência direta. Se esta característica (corolário da supremacia constitucional) já era atribuída à Constituição norte-americana desde a decisão de *Marbury v. Madison*, em 1803, a afirmação não reflete o tratamento europeu e brasileiro do lugar da constituição no ordenamento jurídico ao longo do século XIX e da maior parte do século XX. O modelo continental europeu era de normatividade constitucional condicionada ao intermédio da lei.

De toda forma, a normatividade *autônoma* das constituições ressignifica o funcionamento do ordenamento jurídico. Para além da supremacia constitucional e o controle de validade das normas infraconstitucionais nela implicado, as constituições, agora como normas, incluem princípios, caracterizados por sua textura aberta (mas não só). Seu significado não é imediatamente apreensível a partir da mera enunciação de seu nome no texto constitucional. Os princípios, agora elevados ao status de normas em si – para além da função interpretativa subsidiária a que antes eram confinados segundo a formulação positivista refletida, por exemplo, no art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – passam a incidir sobre casos concretos e não apenas sobre a aplicação de normas preexistentes. Essa incidência pode assumir caráter negativo, paralisando a eficácia de regras

contrárias ao princípio; ou direto, caso em que o próprio princípio é invocado como a norma adequada à construção da solução jurídica para o caso concreto.

O novo cenário conta, portanto, com a Constituição como documento ao mesmo tempo central e superior ao restante das normas do ordenamento jurídico do Estado. Este documento, por sua vez, tem como partes de sua normatividade elementos de textura e linguagem abertas, passíveis de construção argumentativa, e em relação aos quais a lógica da subsunção já não é mais adequada. O Direito já não mais se concebe somente como pronto na norma codificada, mas como construído no momento da aplicação: passível de construção pela interpretação. Julgar passa a ser, inclusive, construir a solução normativa mais adequada às especificidades do caso concreto. Em outros termos, as soluções judiciais passam a poder ser construídas para além do texto estritamente existente no enunciado normativo codificado.

A aplicação – judicial e extrajudicial – de Direito de textura aberta implica que posições que se pretendam protegidas por princípios não contem com especificações detalhadas de quem é o titular de direitos, de quem é o devedor, e de quais são os contornos de determinado direito. Tais elementos passam a ser passíveis de construção. Alcança-se, aqui, o ponto de delineamento do problema do presente artigo: a incidência de elementos normativos de textura aberta, tais quais os princípios e conceitos indeterminados (espécies do gênero cláusula geral) em casos concretos, faz com que existam *posições vagamente protegidas*, sem contornos especificamente delimitados, mas que ainda assim estão sob a incidência normativa. A proteção desse tipo de posição, relacionada à incidência de princípios, assume caráter dinâmico: não mais é condição que haja a prévia associação, no texto codificado, entre direitos e deveres. Nem é requisito essencial ao reconhecimento de a posição é juridicamente protegida a necessidade de prévia e detalhada delimitação do conteúdo de certo direito.

Se posições podem ser protegidas também a partir de elementos normativos abertos, e não só a partir de regras detalhadas, já não parece mais ser possível explicar a categoria dos direitos subjetivos a partir de uma vinculação necessária ao direito objetivo que previamente lhe dê contornos precisos, delimitados, em que todos os seus elementos precisem estar identificados para que haja exigibilidade. Este é o cenário que neste ensaio se desenvolve como consequência da era das constituições ou da centralidade das constituições.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A proposta contida neste artigo pode ser condensada da seguinte maneira: a compreensão das diferentes posições no mundo concreto com base nas categorias hohfeldianas – de *liberdade*, *pretensão*, *imunidade* e *competência* – é instrumental para conceber diferentes possibilidades

decisórias (interpretativo-constitutivas) a partir de enunciados abertos, vagos, existentes no ordenamento jurídico, sobretudo em normas como princípios. Esta abordagem inverte o procedimento de raciocínio até então associado à concepção de *direito subjetivo*, essencialmente atrelada a contornos de antemão colocados pelo *direito objetivo*, e passa a trabalhar com um cenário de construção de conteúdos e de identificação de sujeitos devedores.

Colocado de outra maneira, instrumentaliza-se a afirmação de direitos em um cenário normativo vago, o que seria incompatível com a concepção tradicional de *direito subjetivo*, originada na *era dos códigos* e influenciada pela hermenêutica tradicional. A proposta do uso deste instrumental é adequada à proposta neoconstitucionalista de centralidade da constituição e normatividade dos princípios, que trouxeram para o universo jurídico a necessidade de se trabalhar mais frequentemente com cláusulas gerais, de textura aberta, tais quais princípios e conceitos jurídicos indeterminados.

Dado que, sob o marco teórico do neoconstitucionalismo e da doutrina da efetividade da constituição, esta é dotada de força normativa autônoma, devendo-se buscar a sua máxima incidência concreta, já não é mais possível conceber *direitos subjetivos* unicamente nas hipóteses de regulamentação específica, visto que dizê-lo seria negar a incidência direta dos princípios constitucionais. Estes aspectos contribuíram para atribuir novo sentido à categoria de direito subjetivo na era da centralidade das constituições: especificamente, o de que é possível elaborar, construir um direito subjetivo a partir de uma referência normativa vaga, por meio de uma interpretação que já não busca revelar *um* sentido que se espera contido no texto normativo, mas que se propõe a construir sentidos segundo os variados contextos jurídicos, as diferentes posições existentes no mundo concreto, e sobre as quais estas normas vagas incidem.

REFERÊNCIAS

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

_____. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: BARROSO, Luís Roberto (org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 1-48.

FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del estado de derecho. In: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. [S./l.] Editorial Trotta, 2003. p. 13-29.