Cognitio Juris
ISSN 2236-3009

O PÓS-POSITIVISMO E A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO

POST-POSITIVISM AND THE CONSTITUTIONALIZATION OF LAW

Artigo submetido em 15 de agosto de 2026
Artigo aprovado em 19 de agosto de 2026
Artigo publicado em 21 de agosto de 2026

Cognitio Juris
Volume 16 – Número 59 – 2026
ISSN 2236-3009

.

Autor:
Roberto Mauricio Atalla Pietroluongo Oswald Vieira[1]

.

Resumo: O artigo analisa o fenômeno do pós-positivismo e sua influência na constitucionalização do direito, especialmente no contexto brasileiro inaugurado pela Constituição Federal de 1988. Inicialmente, examina a evolução histórica que conduziu à superação do positivismo jurídico tradicional, destacando os impactos das experiências totalitárias do século XX e a necessidade de um modelo jurídico comprometido com a dignidade da pessoa humana, os direitos fundamentais e a justiça material. Em seguida, apresenta os fundamentos filosóficos do pós-positivismo, demonstrando como essa corrente representa uma síntese crítica entre jusnaturalismo e positivismo, conferindo normatividade aos princípios constitucionais e aproximando direito e moral mediante critérios de

racionalidade jurídica. O trabalho também aborda as principais manifestações práticas desse paradigma, como a força normativa da Constituição, o fortalecimento da jurisdição constitucional, a valorização dos direitos fundamentais, a normatividade dos princípios, a evolução da jurisprudência como fonte do direito, o emprego de cláusulas gerais e o desenvolvimento das técnicas de proporcionalidade e razoabilidade. Conclui que o pós-positivismo promoveu profunda transformação na teoria e na prática jurídicas, consolidando a Constituição como centro do ordenamento e fortalecendo o papel do Poder Judiciário na concretização dos direitos fundamentais e dos valores democráticos.

Palavras-Chave: Pós-positivismo; Constitucionalização; Neoconstitucionalismo; Direitos Fundamentais; Constituição

Abstract: This article examines the phenomenon of post-positivism and its influence on the constitutionalization of law, particularly within the Brazilian legal system established by the 1988 Federal Constitution. It begins by analyzing the historical evolution that led to the overcoming of traditional legal positivism, emphasizing the impact of twentieth-century totalitarian regimes and the emergence of a legal model committed to human dignity, fundamental rights, and substantive justice. The study then explores the philosophical foundations of post-positivism, demonstrating how it represents a critical synthesis between natural law and legal positivism by recognizing the normative force of constitutional principles and promoting a rational dialogue between law and morality. The article further examines the practical manifestations of this paradigm, including the normative force of the Constitution, the strengthening of constitutional jurisdiction, the centrality of fundamental rights, the recognition of principles as binding legal norms, the growing importance of judicial precedents, the use of general clauses, and the development of proportionality and reasonableness as interpretative methods. It concludes that post-positivism has profoundly transformed legal theory and practice by consolidating the Constitution as the central normative framework of the legal system and reinforcing the role of the judiciary in safeguarding constitutional values and ensuring the effective protection of fundamental

rights.

Keywords: Post-Positivism; Constitutionalization; Neo-Constitutionalism; Fundamental Rights; Constitution

INTRODUÇÃO

Os anseios democráticos que emergiram no Brasil após o período da ditadura militar representaram mais do que uma demanda política; foram expressão de uma transformação cultural, social e jurídica que buscava reconstruir os alicerces do Estado com base em valores democráticos, participativos e inclusivos.

Esse movimento teve reflexos profundos no campo do direito, desafiando a rigidez da tradição positivista que, até então, predominava no pensamento jurídico nacional. A redemocratização brasileira impôs à teoria do direito a necessidade de repensar seus fundamentos, superando a visão legalista centrada exclusivamente na lei enquanto fonte do direito e reconhecendo o papel determinante da Constituição e dos direitos fundamentais na estrutura normativa do país.

Esse processo de reconstrução se insere em um contexto global de revisão das bases do positivismo jurídico, especialmente após as atrocidades vivenciadas na Segunda Guerra Mundial. O fracasso da legalidade em conter regimes autoritários e genocidas, que, embora amparados por normas formalmente válidas, violavam frontalmente a dignidade humana, acendeu um alerta internacional sobre as limitações de uma concepção meramente formalista do direito.

Dessa inquietação surgiu o pós-positivismo, movimento filosófico-jurídico que propôs uma superação crítica do positivismo tradicional, não no sentido de negá-lo integralmente, mas de reformulá-lo a partir de um compromisso ético com os valores constitucionais e com a justiça material.

O pós-positivismo marca, portanto, uma virada paradigmática no modo de se compreender o direito. Ele reconhece que o sistema jurídico não pode ser reduzido à legalidade estrita e que a interpretação das normas deve levar em consideração os princípios, os valores fundamentais e o contexto social no qual está inserido.

Essa corrente propõe ao direito um caráter não apenas normativo, mas também valorativo e argumentativo. Nesse cenário, os princípios constitucionais, como a dignidade da pessoa humana, a igualdade e a proporcionalidade, passam a ocupar uma função central na aplicação do direito, guiando a atuação dos intérpretes e preenchendo lacunas deixadas pela legislação infraconstitucional.

No Brasil, esse espírito pós-positivista encontrou respaldo normativo e institucional com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que representou uma ruptura com o modelo autoritário anterior e inaugurou uma nova fase do constitucionalismo nacional.

Mais do que um documento jurídico, a Carta de 1988 assumiu um papel simbólico e estruturante no processo de reconstrução democrática, estabelecendo os direitos fundamentais como núcleo do ordenamento jurídico e atribuindo à Constituição uma força normativa, não apenas política ou programática. Inspirada por uma doutrina jurídica moderna, a nova Constituição consolidou a supremacia dos valores constitucionais e instituiu a jurisdição constitucional como instrumento de concretização desses direitos.

Essa transformação deu origem ao chamado neoconstitucionalismo, fenômeno jurídico que se desenvolve em sintonia com o pós-positivismo, e que para alguns refere-se ao mesmo fenômeno, tem por objetivo conferir máxima efetividade às normas constitucionais. O neoconstitucionalismo se caracteriza por algumas marcas fundamentais: a centralidade da Constituição na ordem jurídica, a normatividade dos princípios, a valorização dos direitos fundamentais e o fortalecimento do papel do Poder Judiciário, em especial do Supremo Tribunal Federal, na proteção desses direitos.

Trata-se de uma nova forma de pensar o direito, em que o texto constitucional deixa de ser apenas uma carta de intenções para se tornar o centro irradiador de todo o sistema normativo, com força vinculante sobre os demais poderes e sobre as relações privadas.

Esse novo modelo jurídico também impõe uma reconfiguração da hermenêutica e da teoria da interpretação. O intérprete, especialmente o juiz, não pode mais se limitar a aplicar mecanicamente a letra da lei. Ele passa a assumir uma função ativa na construção do direito, utilizando a argumentação jurídica como instrumento para justificar suas decisões com base em valores constitucionais e no respeito aos direitos fundamentais.

A ponderação de princípios, a análise da razoabilidade e a busca por soluções que concretizem a justiça material tornam-se práticas recorrentes na atuação jurisdicional, conferindo ao direito uma dimensão mais aberta, dinâmica e responsiva à realidade social.

Dessa forma, o neoconstitucionalismo, sustentado pelo pós-positivismo, representa não apenas uma mudança no plano normativo, mas uma verdadeira revolução epistemológica no campo jurídico. Ele rompe com a rigidez do modelo tradicional, que via o direito como um sistema fechado e autossuficiente, e propõe uma concepção mais flexível, comprometida com a realização da justiça e com a centralidade do ser humano. No Brasil, esse processo ainda está em curso, enfrentando resistências e desafios, mas sua influência já é inegável na formação de juristas, nas decisões judiciais e na construção de uma cultura jurídica comprometida com os valores democráticos e constitucionais.

Neste cenário, o presente trabalho pretende analisar com profundidade o fenômeno do neoconstitucionalismo, compreendendo sua gênese histórica, seus fundamentos teóricos e suas repercussões na prática jurídica contemporânea. Busca-se evidenciar como essa corrente se articula com o pós-positivismo e de que maneira promove transformações nas fontes do direito, na interpretação das normas e na proteção dos direitos fundamentais, redefinindo, assim, o papel do direito na sociedade contemporânea.

1. PANORAMA HISTÓRICO

O desenvolvimento do pós-positivismo jurídico está intimamente ligado aos traumas e rupturas institucionais que marcaram o século XX, sobretudo no período posterior à Segunda Guerra Mundial. As experiências totalitárias vividas sob o nazismo na Alemanha e o fascismo na Itália revelaram os limites e, em muitos casos, a conivência do modelo jurídico positivista com regimes autoritários.

Isso porque o positivismo jurídico clássico, fundado na separação estrita entre direito e moral e na concepção de validade formal das normas, permitia que leis formalmente válidas, ainda que materialmente injustas, fossem aplicadas sem questionamentos éticos. A barbárie legalizada fez emergir, com urgência, a necessidade de repensar os fundamentos do direito, colocando os valores humanos, a dignidade da pessoa e os direitos fundamentais no centro da nova ordem jurídica.

A grande ironia do destino é o fato de o positivismo ter sido o mecanismo utilizado pela sociedade, na transação da idade média para a moderna, em meados do século XVIII, que reclamava limites ao poder concentrado e ilimitado do soberano. O instrumento utilizado para impor limites ao soberano, passa a ser utilizado como instrumento para materializar o totalitarismo e validar a violação a direitos das minorias[2].

É no cenário pós-guerra que surge o pós-positivismo, não como uma negação completa do positivismo, mas como sua superação crítica. Essa corrente propõe a incorporação de elementos valorativos ao discurso jurídico, recuperando a centralidade da moral e dos princípios constitucionais como vetores legítimos de fundamentação das normas[3]. O direito passa a ser visto não apenas como um conjunto de comandos normativos, mas como um sistema orientado por valores superiores e comprometido com a justiça material.

Essa mudança de paradigma se concretizou, em especial, na Europa, por meio da promulgação de constituições democráticas que buscavam não apenas organizar o Estado,

mas proteger a dignidade humana e limitar os abusos do poder público. A Lei Fundamental de Bonn, de 1949, na Alemanha Ocidental, foi um marco decisivo. Ela instituiu um modelo de Estado Constitucional que subordinava toda a atuação estatal à proteção dos direitos fundamentais e estabelecia o Tribunal Constitucional Federal como guardião da Constituição. Movimentos semelhantes ocorreram com a Constituição Italiana de 1947, a Constituição Portuguesa de 1976 e a Constituição Espanhola de 1978, todas estruturadas após períodos autoritários e comprometidas com a consolidação do Estado Democrático de Direito.

O que essas constituições tinham em comum era uma reação jurídica contundente à experiência do totalitarismo, buscando romper com o antigo modelo do Estado Legal de Direito, no qual bastava que a lei fosse obedecida formalmente e o direito não atribuía força normativa às constituições[4]. Estas eram vistas basicamente como programas políticos que deveriam inspirar a atuação do legislador, mas que não podiam ser invocados perante o Judiciário, na defesa de direitos[5].

No lugar dele, instituiu-se o Estado Constitucional de Direito, em que a Constituição passou a ocupar o vértice do ordenamento jurídico, não apenas como um símbolo político, mas como um instrumento normativo efetivo. A Constituição, nesse modelo, deixa de ser meramente organizacional e assume papel diretivo, com força vinculante sobre todas as esferas do poder público e privado.

Nessa transição, destaca-se a revalorização da hermenêutica jurídica. O intérprete do direito, especialmente o juiz constitucional, passa a desempenhar uma função ativa na concretização dos valores constitucionais, principalmente quando há omissão legislativa ou colisão entre princípios. Surge, assim, uma nova racionalidade jurídica baseada na ponderação, na razoabilidade e na proporcionalidade, onde os princípios são normas dotadas de peso e dimensão axiológica, e não simples diretrizes programáticas. Isso abriu espaço para o ativismo judicial, como mecanismo legítimo de defesa da Constituição e dos direitos fundamentais.

Esse movimento europeu influenciou diretamente o processo de redemocratização brasileira, especialmente com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que marcou o fim do regime militar e a inauguração de um novo ciclo institucional. A nova Carta, profundamente influenciada pelas constituições europeias contemporâneas, consolidou o modelo do Estado Democrático de Direito, fundado na dignidade da pessoa humana, nos direitos fundamentais e na supremacia constitucional. Inspirada pelos ideais garantistas e pelas doutrinas pós-positivistas, a Constituição de 1988 promoveu uma verdadeira transformação na cultura jurídica brasileira[6].

Ao longo das décadas, essa transformação se consolidou. A Constituição de 1988 proporcionou o mais longo período de estabilidade institucional da história republicana brasileira, mesmo em face de graves crises políticas e escândalos[7]. Em nenhum desses episódios houve ruptura com a legalidade constitucional, demonstrando a força normativa e simbólica da Carta de 1988.

Nesse contexto, autores como Paulo Bonavides e Eros Roberto Grau desempenharam papel fundamental na difusão e consolidação do pensamento pós-positivista e neoconstitucional no Brasil. Por meio de seus estudos sobre a supremacia dos princípios, a função ativa do Judiciário e a centralidade da Constituição, contribuíram para a afirmação de uma nova cultura jurídica que rompe com o formalismo cego e se orienta pela justiça, equidade e realização concreta dos direitos fundamentais.

O pós-positivismo, portanto, não pode ser compreendido apenas como um marco teórico ou doutrinário, mas como uma resposta histórica às deficiências éticas e institucionais do positivismo tradicional. Ele nasce de uma necessidade concreta de evitar que o direito seja instrumentalizado para legitimar o autoritarismo. E é nessa necessidade que se firma sua maior virtude: a de garantir, por meio da Constituição, a dignidade da pessoa humana como valor supremo da ordem jurídica.

2. VERTENTE FILOSÓFICA

Não obstante os fundamentais percalços históricos que contribuíram para a consolidação de uma nova ordem constitucional no cenário jurídico contemporâneo, é imprescindível compreender que tal movimento não se deu de maneira abrupta ou isolada.

A ascensão do pós-positivismo – também identificado na doutrina como neoconstitucionalismo – representa, antes de tudo, uma síntese das correntes anteriores, especialmente o jusnaturalismo e o positivismo jurídico. Trata-se de um paradigma que, sem ignorar os avanços proporcionados por essas tradições, propõe uma superação dialética, fundando-se em uma concepção mais abrangente e humanista da ciência jurídica[8].

A derrocada do jusnaturalismo, por exemplo, não significou o completo abandono da ideia de justiça ou da vinculação entre direito e moral. Pelo contrário, o pós-positivismo resgata o conteúdo ético dos direitos humanos e a noção de princípios universais, mas o faz de maneira racionalizada e constitucionalmente estruturada[9].

A contribuição jusnaturalista foi essencial ao fornecer um substrato axiológico para a concepção de direitos fundamentais que, no pós-positivismo, se tornam normas jurídicas com força vinculante. Entretanto, ao contrário do jusnaturalismo clássico, que se ancorava em fundamentos metafísicos ou religiosos, o pós-positivismo busca fundamentar os princípios jurídicos em uma racionalidade democrática, construída no seio de uma sociedade plural[10].

Por outro lado, o positivismo jurídico, cuja principal característica foi a rigidez normativa e a centralidade da lei como única fonte legítima do direito, também deixou marcas indeléveis na estrutura jurídica moderna. A objetividade e a previsibilidade trazidas pelo positivismo foram importantes para a consolidação do Estado moderno e para a organização racional das normas jurídicas.

A partir desse contexto histórico e filosófico, o pós-positivismo propõe uma nova

compreensão do direito: não mais como um sistema puramente lógico-normativo, nem tampouco como um reflexo direto de princípios morais universais. O direito passa a ser visto como um campo de concretização de valores constitucionais, no qual normas e princípios convivem em um mesmo plano normativo, ainda que dotados de estruturas distintas.

A normatividade dos princípios, consagrada na doutrina e jurisprudência contemporâneas, revela essa mudança de paradigma: princípios jurídicos, como a dignidade da pessoa humana, igualdade e liberdade, não são apenas diretrizes abstratas, mas normas que vinculam legisladores, administradores e juízes, permitindo o controle e a crítica das decisões jurídicas com base em parâmetros valorativos.

Além disso, o pós-positivismo é marcado por um alargamento das fontes do direito e por uma valorização do papel da interpretação jurídica. A Constituição, nessa nova configuração, deixa de ser um simples documento político-programático para assumir a posição de norma fundamental e parâmetro máximo de validade de todo o ordenamento jurídico.

Nesse cenário, a atuação do Poder Judiciário ganha contornos proeminentes, especialmente por meio da jurisdição constitucional, da concretização dos direitos fundamentais e da aplicação de princípios como a proporcionalidade e a razoabilidade, que funcionam como técnicas de argumentação e solução de conflitos normativos.

Outro traço relevante do pós-positivismo é sua vocação para o diálogo entre direito e moral, mas sem incorrer em subjetivismos ou relativismos[11]. Ao contrário, o pós-positivismo reconhece a necessidade de fundamentação racional das decisões jurídicas, conforme propõe a teoria da argumentação de autores como Robert Alexy[12]. Trata-se de um modelo que exige dos operadores do direito a justificação pública de suas decisões com base em razões jurídicas e morais, tornando a aplicação do direito um processo discursivo, aberto ao contraditório e à deliberação racional.

Por fim, o pós-positivismo contribui para uma profunda transformação da dogmática jurídica

ao introduzir categorias como cláusulas gerais, princípios com força normativa, direitos fundamentais como normas diretamente aplicáveis e a supremacia constitucional como vetor de interpretação e aplicação de todo o ordenamento jurídico.

É, portanto, um modelo teórico que não apenas reflete as mudanças históricas do pós-guerra, mas também responde às exigências de um direito comprometido com a justiça, com a proteção da dignidade humana e com a efetivação dos direitos fundamentais em uma sociedade plural e democrática.

3. MATERIALIZAÇÃO TEÓRICA DO PÓS-POSITIVISMO

A abordagem filosófica acerca do estudo do pós-positivismo representa na prática uma série de novas mudanças que materializam esta nova etapa metodológica do direito, que se notabiliza por diversas transformações do pensamento jurídico, dentre as quais as já citadas: atribuição de normatividade aos princípios e à jurisprudência, utilização da técnica legislativa das cláusulas gerais, desenvolvimento das máximas da proporcionalidade e razoabilidade, reconhecimento da força normativa da constituição e desenvolvimento da jurisdição constitucional e da teoria dos direitos fundamentais.

3.1. A força normativa da constituição

A consolidação da força normativa da Constituição representa um dos marcos mais expressivos do movimento pós-positivista na teoria e prática do direito contemporâneo. Se o positivismo jurídico conferia à lei infraconstitucional o ápice da normatividade, relegando a Constituição ao plano meramente político ou programático, o pós-positivismo rompe com essa hierarquia tradicional ao reposicionar a Constituição no topo do ordenamento jurídico, reconhecendo-a como um corpo normativo dotado de imperatividade, aplicabilidade direta e eficácia plena.

Historicamente, sob a égide do positivismo jurídico clássico, especialmente na tradição

kelseniana, a Constituição ocupava uma posição formal no topo da hierarquia normativa, mas era raramente provocada como fundamento direto de reivindicações jurídicas no âmbito judicial[13]. Seu conteúdo, em muitos casos, era interpretado como orientador das políticas públicas, mas não como parâmetro cogente de validade para os atos dos Poderes Executivo, Legislativo ou mesmo do próprio Judiciário.

A partir das constituições promulgadas no período do pós-guerra, especialmente na Europa ocidental, observa-se uma profunda mudança de paradigma. Tais textos constitucionais deixaram de ser meros enunciados programáticos e assumiram a condição de verdadeiros documentos normativos, impregnados de densidade axiológica e de comandos materiais.

Incluíram, além dos clássicos direitos civis e políticos, os direitos sociais e ampliaram significativamente seu campo de regulação, abrangendo temas antes alheios ao texto constitucional, como economia, relações de trabalho, família, saúde, meio ambiente e políticas públicas de inclusão social. Essa ampliação de conteúdo foi acompanhada por um novo papel do Poder Judiciário, que passou a interpretar extensivamente as normas constitucionais e aplicá-las diretamente, dando origem ao fenômeno da “constitucionalização do ordenamento jurídico”[14].

A concepção da Constituição como norma jurídica, dotada de coercitividade e imperatividade, encontra respaldo na obra do jurista alemão Konrad Hesse, que, em sua clássica formulação, afirma que a força normativa da Constituição depende não apenas da sua redação, mas da disposição das instituições e da sociedade em realizá-la concretamente.

Segundo Hesse, a Constituição torna-se força ativa quando se estabelece na consciência coletiva a “vontade de Constituição”, isto é, a disposição efetiva de orientar condutas individuais e institucionais segundo os valores e comandos constitucionais. Assim, a normatividade constitucional não é apenas uma questão de forma, mas também de compromisso político, institucional e social com a efetivação dos seus preceitos[15].

O Princípio da Força Normativa da Constituição, como não poderia ser diferente, atribuiu à constituição status de norma jurídica, com caráter vinculativo e obrigatório. Por este motivo, passou a ser dotada de coercitividade e imperatividade, cuja inobservância de suas normas deflagraria os mecanismos de coação e cumprimento forçado, intrínsecos às normas cogentes.

3.2. O desenvolvimento da jurisdição constitucional

A partir da década de 50, a Europa viu crescer, não só em quantidade, mas também em prerrogativas, o modelo de tribunais constitucionais. Inicialmente na Alemanha e Itália e posteriormente, Grécia, Espanha, Portugal, Chipre, Turquia, Bélgica, embarcando, por fim, já na década de 90, os países do leste europeu. Na Europa contemporânea, somente Inglaterra, Holanda e Luxemburgo, mantiveram o modelo common law de supremacia parlamentar, sem adoção de qualquer revisão de lei pelo judiciário.

No Brasil, por sua vez, o controle de constitucionalidade, no modelo incidental, existe desde a constituição republicana de 1981, já o controle concentrado foi introduzido pela emenda constitucional nº 16 de 1965, com o nome de Ação Genérica. Todavia, só a partir da Constituição de 1988 o controle de constitucionalidade passou a ser objeto de valorização e estudo.

Diante desta nova visão normatizada da constituição, a jurisdição constitucional se desenvolveu de maneira impressionante. A assembleia constituinte de 88 consagrou diversos novos remédios constitucionais, reforçou o papel do judiciário explicitando o princípio da inafastabilidade de jurisdição, ampliou o rol de legitimados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade[16].

Soma-se a isso o fato de o controle de constitucionalidade ter se generalizado ao extremo, se difundindo entre advogados e magistrados. O que antigamente era raríssimo de se assistir passou a ser comum, juízes declarando a inconstitucionalidade de determinada norma,

através do controle difuso. Ao passo que esta reformulação iniciada pela assembleia constituinte também facilitou amplamente o processo de judicialização da política, na medida atribuiu às organizações políticas (partidos, instituições, etc) a prerrogativa de poder provocar o Supremo Tribunal Federal.

Concomitantemente a isso, floresceu na doutrina a necessidade de aprofundar a matéria, surgindo uma variedade trabalhos e linhas de pesquisa sobre o tema e diversas questões de relevância nacional passaram a ser submetidas a corte constitucional. Cada vez mais os ramos do direito passaram a empregar valores constitucionais para revalorar os institutos que já existiam, polindo-os para se aproximarem da constituição e seus princípios e normas.

3.3. O novo viés da interpretação constitucional

O novo modelo constitucional impôs à doutrina e jurisprudência a desenvolver um conjunto de novos princípios de abordagem constitucional capazes de conferir efetividade as suas normas. Tais princípios configuraram, ao fim e ao cabo, verdadeiros pressupostos para análise da Constituição.

Elencados de maneira ordenada as circunstâncias do nosso direito, são eles: o da supremacia da Constituição, o da presunção de constitucionalidade das normas e atos do poder público, o da interpretação conforme a constituição, o da unidade, o da razoabilidade e o da efetividade.

Este novo modelo não pretende, em absoluto, extirpar o padrão de interpretação constitucional tradicional. Muito pelo contrário, os modelos se complementam e permitem uma análise mais profunda das normas constitucionais. Ocorre que, o padrão tradicional não estava preparado para a solução dos conflitos provenientes da nova vontade constitucional. Deflagrando na doutrina, por este motivo, uma série conceitos e categorias denominados de nova interpretação constitucional. Cabe, por oportuno, uma breve comparação.

O modelo tradicional se desenvolveu com base em duas grandes premissas: o papel da norma era oferecer, em sua abstração, solução para os conflitos existentes na sociedade e papel do juiz era identificar no ordenamento a norma aplicável ao caso concreto. Com a evolução do direito constitucional, as premissas ideológicas passaram a ter uma abordagem diferente: verificou-se que a norma, em seu texto abstrato, nem sempre trazia a solução para determinado conflito, dado que, em diversas hipóteses só seria possível produzir uma resposta constitucional ao problema. O papel do magistrado deixou de ser apenas conhecimento técnico, de aplicação objetiva, e passou a ser de construção do ordenamento complementando o papel do legislador.

As implicações destas transformações são facilmente percebidas na nova estrutura do ordenamento jurídico, materializadas pela força normativa dos princípios e da jurisprudência, pelo papel criativo do interprete, pela crescente evolução das cláusulas gerais e pelo desenvolvimento das máximas da razoabilidade e proporcionalidade, capazes de solucionar o conflito de normas e princípios.

3.4. A importância dos direitos fundamentais

As constituições europeias, passaram a incluir em seus textos, elementos normativos vinculados aos direitos fundamentais e ao desenvolvimento do princípio da dignidade da pessoa humana, reflexo, inclusive, da Declaração Universal dos Direitos Humanos adotada pela Organização das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948. No Brasil, os direitos fundamentais passaram a ser objeto de valorização a partir da década de 80, após a derrocada dos regimes militares, e foram materializados pela constituição de 1988[17].

A incorporação de valores às normas jurídicas levou a que se desenvolvesse uma dogmática capaz de atribuir eficácia a estes novos princípios e regras, e que estivesse preparada para enfrentar os conflitos constitucionais provenientes da impossibilidade de hierarquizá-los. Passou-se a estabelecer, portanto, direitos fundamentais, isto é, um conjunto de normas não

disponíveis que pudessem impor um padrão ético-valorativo mínimo ao direito de qualquer indivíduo, capazes de garantir elementos indispensáveis à sua esfera jurídica, fundamentais para o funcionamento de um Estado Democrático de Direito.

Nesta linha de raciocínio, some-se à teoria dos direitos fundamentais, a força normativa das constituições, que preveem em seus textos garantias mínimas aos indivíduos, o desenvolvimento impressionante da jurisdição constitucional nos tribunais, que atribui ao judiciário o relevante papel de guardar a constituição, e a nova interpretação constitucional e nós teremos o pilar da estrutura constitucional contemporânea do Estado Democrático de Direito.

3.5. A força normativa dos princípios

O pós-positivismo também procurou dar uma abordagem diferente às fontes do direito. Diferentemente do positivismo tradicional cujas fontes do direito privilegiavam o código e a lei formal, o neoconstitucionalismo consolida a constituição como o topo da estrutura legal do ordenamento, e atribui força normativa aos seus princípios dotados de elevada carga axiológica.

Neste ponto, o neoconstitucionalismo permite novamente o debate entre o direito e a moral, sobretudo quando se tem em mente a normatividade de princípios como a Dignidade da Pessoa Humana, o Devido Processo Legal, a igualdade, a função social da propriedade, aproximando-se, pois, do jusnaturalismo.

No entanto, para chegar ao caráter normativo que hoje possuem, os princípios tiveram que percorrer um longo caminho. Foram, num primeiro momento, conceituados como axiomas jurídicos cujo objetivo era atingir o conceito de bem. Superou-se esta conceituação pelo positivismo legalista, segundo o qual os princípios eram fontes do direito subsidiárias, esvaziando a sua função normativa e provocando a separação do direito e da moral. O pós-positivismo, por fim, liberta os princípios para que possam ter força normativa autônoma,

retomando a racionalidade prática ao direito[18].

A importância desta evolução a respeito da força normativa dos princípios reside no fato de que esta nova dogmática conferiu ao ordenamento elementos morais, padrões de justiça e valores. As regras e os princípios são base para a fundamentação das decisões jurisdicionais, favorecendo a valorização das jurisprudências, seguindo a trilha ditada pelo pós-positivismo.

Com efeito, somando-se a esta sistemática à teoria dos direitos fundamentais, estabelece-se modos de soluções de conflitos entre estes e limites às suas restrições, de forma a respeitar a aplicabilidade e efetividade máxima que os mesmos exigem na sua concretização. A normatividade dos princípios, nesse diapasão, possui um papel significativo, pois possibilita uma visão ampliada dos casos concretos, proporcionando uma solução mais adequada.

3.6. A força normativa da jurisprudência

Neste contexto de atribuição de caráter normativo aos princípios, surge com fundamental importância o papel criativo da jurisprudência, que por sua vez é elevado ao patamar de norma jurídica, incumbindo-lhe a tarefa de dar continuidade ao processo de construção do ordenamento jurídico e dar significado aos princípios ante ao caso concreto.

Dessa forma, este novo modelo supera a ideia positivista de que a figura do intérprete está atrelada a letra da lei e traz ao conhecimento da jurisdição novamente a possibilidade de envolver a moral e os padrões de racionalidade, atribuindo, pois, maior liberdade ao intérprete para dar sentido às leis, o que, por sua vez, abre margem para decisões judiciais emotivas, fugindo, muitas vezes, do pretendido pelo legislador.

Decerto que o neoconstitucionalismo deposita no poder judiciário a responsabilidade de efetivar e concretizar os ideais de valorização e defesa das normas constitucionais, e também de defesa dos direitos fundamentais. A partir deste novo significado das decisões judiciais, percebeu-se uma tendência para o estudo sobre teoria dos princípios, ponderação

de interesses, teorias da argumentação, proporcionalidade e razoabilidade, na medida em que o intérprete se viu obrigado a se utilizar cada vez mais de complexas teorias de argumentação e ponderação[19].

O papel da jurisprudência está intimamente ligado aos objetivos do pós-positivismo, de dar significado às normas conforme à constituição e promover a defesa de seus preceitos, em especial aos direitos fundamentais e, por este motivo, a ela é atribuído o caráter de norma jurídica.

3.7. As Cláusulas Gerais

Outra importante transformação proveniente do novo paradigma direito ocorreu no âmbito de atuação do poder legislativo, a partir de uma mudança gradual e continua na técnica legislativa de produção de leis, o qual passou adotar a sistemática das chamadas Cláusulas Gerais.

As leis, e o ordenamento jurídico de um modo geral, sempre foram produzidos com base na observação dos conflitos da sociedade, por meio do qual se analisava uma serie de casos e tentava dar a eles soluções objetivas. Esta técnica era chamada de casuística, e embora útil, não exauria com eficiência as situações do cotidiano.

Buscou-se agregar uma nova técnica legislativa que permitisse extrair de um mesmo texto normativo diversas normas que solucionasse de uma só vez diversos casos e conflitos distintos. A esta nova técnica deu-se o nome de Cláusula Geral, e é caracterizada pela vagueza semântica tanto na hipótese normativa como na consequência jurídica[20].

Na prática, significa dizer que uma cláusula geral possui conceitos vagos em sua hipótese normativa e consequência jurídica. Por exemplo, o art. 5º, LIV da Constituição Federal (“ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”) não prevê expressamente as hipóteses de privação de liberdade ou de patrimônio, nem explicita

o conceito de devido processo legal, ou seja, impõe ao interprete aplicar os conceitos indeterminados, neste caso com ajuda de construção doutrinária acerca do tema.

Com efeito, esta técnica passou a ser uma tendência no Brasil a partir da Constituição de 1988 – recheada com textos desta espécie -, que inspirou diversos diplomas legais que sobrevieram como, por exemplo, o Código Civil de 2002. Além disso, a sistemática das clausulas gerais compôs de maneira satisfatória com a tendência de valorização do papel do poder judiciário, como pretende o pós-positivismo, na medida em que permitiu ao intérprete uma maior liberdade interpretativa.

As cláusulas gerais dão muita variabilidade e mobilidade ao ordenamento e ao mesmo tempo muita insegurança, pois atribui ao juiz a obrigação de interpretar hipóteses e consequentes previstos nos textos normativos. Contribuem, assim, para o rompimento do grande paradigma, proposto pelo pós-positivismo, de que o juiz só aplica as normas, e que o legislador tudo sabe.

3.8. O desenvolvimento da proporcionalidade e razoabilidade

A ocorrência de uma série de colisões de normas constitucionais novas – seja as de princípios, regras, ou ainda as de direitos fundamentais -, até porque inevitáveis, foi a chave para o desenvolvimento das máximas da proporcionalidade e razoabilidade, capazes de agregar uma elevada carga de ponderação à aplicação do texto constitucional.

Quando a colisão de normas ocorre entre disposições constitucionais, os critérios tradicionais de solução de conflitos normativos (hierárquico, cronológico e especialização) não serão úteis, a subsunção, do mesmo modo, não será capaz de solucionar o conflito, pela impossibilidade de enquadrar o mesmo fato a normas contrapostas.

Neste contexto, o intérprete deve se valer de técnicas de ponderação[21], dentre as quais surgem como elemento chave a razoabilidade e a proporcionalidade, a fim de que possa

resolver os casos difíceis, os quais comportam mais de uma solução possível. O juiz buscará, portanto, fazer concessões recíprocas, a fim de preservar ao máximo os direitos das partes, escolhendo, ao final, o direito que prevalecerá, que deverá ser sempre aquele que mais se aproxime da vontade constitucional.

Num modelo proposto de valorização do poder judiciário, os postulados da proporcionalidade e razoabilidade servem como controle ético das interpretações, impondo limites a interpretação descompromissada, na medida em que a interpretação pode ser legal e formalmente correta, porém caso não seja razoável nem proporcional, não deverá ser admitida.

4. CONCLUSÃO

O pós-positivismo representa um marco de transição na evolução do pensamento jurídico moderno, especialmente no contexto brasileiro. Sua ascensão foi impulsionada pelos desafios impostos pelas tragédias do século XX, onde o positivismo possibilitou a legitimidade de regimes autoritários.

Essa reflexão crítica resultou em uma reformulação do entendimento jurídico, reconhecendo a centralidade da Constituição e dos direitos fundamentais como instrumentos irrenunciáveis na busca por justiça material. A Constituição de 1988, com sua ênfase na dignidade da pessoa humana, consolidou-se como a pedra angular desse novo paradigma, conferindo ao direito não apenas uma dimensão formal, mas profundamente valorativa e interligada com os anseios democráticos da sociedade.

O movimento pós-positivista não se configura como um abandono do positivismo, mas sim uma crítica e superação de seus limites, especialmente ao considerar a normatividade dos princípios constitucionais e a interpretação das normas a partir de uma perspectiva ética. A noção de que o direito deve ser compreendido como um conjunto de valores e princípios, e não apenas como um sistema normativo rígido e formal, levou à ampliação das fontes do

direito, promovendo uma nova dinâmica de interpretação que envolve a ponderação de princípios, a razoabilidade e a proporcionalidade.

Um dos pilares dessa transformação foi o fortalecimento da jurisdição constitucional, que permitiu ao Judiciário um papel ativo na concretização dos direitos fundamentais. A aplicação da Constituição, enquanto norma vinculante, passou a ser interpretada de maneira expansiva, promovendo o acesso à justiça e assegurando a efetividade dos direitos consagrados. Esse movimento encontrou ressonância no fortalecimento da figura do juiz como interpretador e aplicador da Constituição, sendo o responsável pela construção do direito em consonância com os valores da democracia e da justiça social.

A incorporação de princípios com força normativa, como a dignidade da pessoa humana, a igualdade e o devido processo legal, fortaleceu a ideia de que o direito é mais do que um conjunto de regras impessoais: ele deve ser orientado por uma moral pública, democrática e plural. Esses princípios, agora normativos, conferem ao direito uma dimensão ética e humanitária, estabelecendo limites para o exercício do poder e promovendo a proteção de direitos fundamentais, especialmente em um contexto em que os indivíduos se veem constantemente expostos a novas formas de vulnerabilidade e discriminação.

Nesse cenário, a interpretação constitucional adquiriu um novo viés, onde a letra da lei não se limita a resolver os conflitos, mas o intérprete assume a tarefa de reconstruir o ordenamento jurídico a partir de princípios que, muitas vezes, demandam soluções criativas e ponderadas. A utilização da técnica de cláusulas gerais também se apresenta como um reflexo dessa flexibilidade interpretativa, permitindo ao judiciário adaptar-se às complexidades da realidade social e política contemporânea, oferecendo soluções mais ajustadas às necessidades da sociedade.

Além disso, o pós-positivismo trouxe uma nova visão sobre a aplicação de normas, promovendo uma hermenêutica constitucional que valoriza a supremacia da Constituição, o

papel dos princípios e a necessidade de uma interpretação que respeite os direitos fundamentais. O desenvolvimento das técnicas de ponderação, como a proporcionalidade e a razoabilidade, transformou a maneira de se abordar os conflitos normativos, exigindo do operador jurídico uma reflexão profunda e uma análise crítica dos valores em jogo.

A efetividade dos direitos fundamentais, especialmente no Brasil, foi impulsionada pela Constituição de 1988, que, ao garantir um catálogo extenso de direitos sociais, civis e políticos, passou a exigir um compromisso constante com a sua concretização. O pós-positivismo, ao fortalecer a norma constitucional e os direitos fundamentais, assegura que o direito não se limite à aplicação fria e técnica das normas, mas seja também um instrumento para a realização da justiça social.

Por fim, o pós-positivismo representa não apenas uma mudança na teoria do direito, mas uma verdadeira revolução no modo de pensar a Constituição e a aplicação do direito. Ele afirma a importância do papel ativo do Judiciário, da centralidade dos direitos fundamentais e da interpretação das normas com base em valores superiores, promovendo um direito mais humanizado, democrático e comprometido com a construção de uma sociedade justa e igualitária

5. BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. Teoría de la argumentación jurídica. Tradução de Manuel Atienza e Isabel Espejo. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008a.

BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. Revista EMERJ. Revista 33.

CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo. Processo e constituição – estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. Revista 17.

CUNHA, José Ricardo. Sistema aberto e princípios na ordem jurídica e na metódica

constitucional. Os princípios da Constituição de 1988. 2. ed. rev. amp. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006.

ENGISCH, Karl. Introdução ao pensamento jurídico. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1968.

ENTERRÍA, Eduardo García de. La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional. 3. ed. Madrid: Civitas, 1985.

FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; BICALHO, Guilherme Pereira Dolabella. Do positivismo ao pós-positivismo jurídico O atual paradigma jusfilosófico constitucional. Revista da Informação Legislativa. Brasília a. 48 n. 189 jan./mar. 2011.

HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais, Belo Horizonte, v. 3 n. 9, p. 95-131, jan./mar. 2009.

ZAGREBELSKY, Gustavo. Il Diritto Mite. Torino: Einaudi, 1992.

---

[1] Bacharel em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Mestrando em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Advogado em São Paulo. As opiniões contidas neste artigo são de exclusiva responsabilidade do autor.

[2] FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; BICALHO, Guilherme Pereira Dolabella. Do positivismo ao pós-positivismo jurídico O atual paradigma jusfilosófico constitucional. Revista da Informação Legislativa. Brasília a. 48 n. 189 jan./mar. 2011. P. 106

[3] SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais, Belo Horizonte, v. 3 n. 9, p. 95-131, jan./mar. 2009.

[4] ZAGREBELSKY, Gustavo. Il Diritto Mite. Torino: Einaudi, 1992. p. 57-96.

[5] ENTERRÍA, Eduardo García de. La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional. 3. ed. Madrid: Civitas, 1985. p. 41.

[6] CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo. Processo e constituição – estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia 17.indd 3

[7] "(...) a Carta de 1988 tem propiciado o mais longo período de estabilidade institucional da história republicana do país. E não foram tempos banais. Ao longo da sua vigência, destituiu-se por impeachment um Presidente da República, houve um grave escândalo envolvendo a Comissão de Orçamento da Câmara dos Deputados, foram afastados Senadores importantes no esquema de poder da República, foi eleito um Presidente de oposição e do Partido dos Trabalhadores, surgiram denúncias estridentes envolvendo esquemas de financiamento eleitoral e de vantagens para parlamentares, em meio a outros episódios. Em nenhum desses eventos houve a cogitação de qualquer solução que não fosse o respeito à legalidade constitucional." (BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. Revista EMERJ. Revista 33. p. 4)

[8] FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; BICALHO, Guilherme Pereira Dolabella. Do positivismo ao pós-positivismo jurídico O atual paradigma jusfilosófico constitucional. Revista da Informação Legislativa. Brasília a. 48 n. 189 jan./mar. 2011. P. 111

[9] BARROSO, Luis Roberto**. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito**. Revista da EMERJ, v. 9, nº 33, 2006. p. 4

[10] FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; BICALHO, Guilherme Pereira Dolabella. Do

positivismo ao pós-positivismo jurídico O atual paradigma jusfilosófico constitucional. Revista da Informação Legislativa. Brasília a. 48 n. 189 jan./mar. 2011. P. 119

[11] SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais, Belo Horizonte, v. 3 n. 9, p. 95-131, jan./mar. 2009.

[12] ALEXY, Robert. Teoría de la argumentación jurídica. Tradução de Manuel Atienza e Isabel Espejo. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008a.

[13] "Se começarmos levando em conta apenas a ordem jurídica estadual, a Constituição representa o escalão de Direito positivo mais elevado. A Constituição é aqui entendida num sentido material, quer dizer: com esta palavra significa-se a norma positiva ou as normas positivas através das quais é regulada a produção das normas jurídicas gerais. Esta Constituição pode ser produzida por via consuetudinária ou através de um ato de um ou vários indivíduos a tal fim dirigido, isto é, através de um ato legislativo. Como, neste segundo caso, ela é sempre condensada num documento, falase de uma Constituição "escrita", para a distinguir de uma Constituição não escrita, criada por via consuetudinária. A Constituição material pode consistir, em parte, de normas escritas, noutra parte, de normas não escritas, de Direito criado consuetudinariamente. As normas não escritas da Constituição, criadas consuetudinariamente, podem ser codificadas; e, então, quando esta codificação é realizada por um órgão legislativo e, portanto, tem caráter vinculante, elas transformam-se em Constituição escrita." (KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Martins Fontes, 2009. P. 155)

[14] "As constituições européias do 2º pós-guerra não são cartas procedimentais, que quase tudo deixam para as decisões das maiorias legislativas, mas sim documentos repletos de normas impregnadas de elevado teor axiológico, que contêm importantes decisões substantivas e se debruçam sobre uma ampla variedade de temas que outrora não eram tratados pelas constituições, como a economia, as relações de trabalho e a família. Muitas

delas, ao lado dos tradicionais direitos individuais e políticos, incluem também direitos sociais de natureza prestacional. Uma interpretação extensiva e abrangente das normas constitucionais pelo Poder Judiciário deu origem ao fenômeno de constitucionalização da ordem jurídica, que ampliou a influência das constituições sobre todo o ordenamento, levando à adoção de novas leituras de normas e institutos nos mais variados ramos do Direito." (SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais, Belo Horizonte, v. 3 n. 9, p. 95-131, jan./mar. 2009.)

[15] "A força normativa da Constituição não reside, tão-somente, na adaptação inteligente a uma dada realidade. A Constituição jurídica logra converter-se, ela mesma, em força ativa, que se assenta na natureza singular do presente. Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem. Concluindo; pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem-se presentes na consciência geral — particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional —, não só a vontade de poder, mas também a vontade de Constituição." (HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.)

[16] BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. Revista EMERJ. Revista 33.

[17] "Os direitos fundamentais valiam apenas na medida em que fossem protegidos pelas leis, e não envolviam, em geral, garantias contra o arbítrio ou descaso das maiorias políticas instaladas nos parlamentos. Aliás, durante a maior parte do tempo, as maiorias parlamentares nem mesmo representavam todo o povo, já que o sufrágio universal só foi

conquistado no curso do século XX. Depois da Segunda Guerra, na Alemanha e na Itália, e algumas décadas mais tarde, após o fim de ditaduras de direita, na Espanha e em Portugal, assistiu-se a uma mudança significativa deste quadro. A percepção de que as maiorias políticas podem perpetrar ou acumpliciar-se com a barbárie, como ocorrera no nazismo alemão, levou as novas constituições a criarem ou fortalecerem a jurisdição constitucional, instituindo mecanismos potentes de proteção dos direitos fundamentais mesmo em face do legislador." (SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais, Belo Horizonte, v. 3 n. 9, p. 95-131, jan./mar. 2009.)

[18] "A grande virtude, pois, dos princípios é esta capacidade de condensar numa unidade operacional os aspectos axiológicos e deontológicos da normatividade jurídica, revelando que o dever ser das imperatividades do direito não pode ser dissociado de um núcleo ontológico que resguarde uma eticidade necessária à consecução dos fins do direito. Assim, o comando (dever ser) não pode ser separado do valor que lhe justifica, impedindo que o direito seja reduzido à pura força ou violência institucional, muito embora não prescinda dela. Dessa forma, os princípios jurídicos parecem ter uma extraordinária capacidade de aglutinar as dimensões constitutivas da própria teoria do direito: dever ser (deontologia), valor (axiologia) e finalidade (teleologia) se reúnem numa tecitura ontológica que forma identidade e validade do direito." (CUNHA, José Ricardo. Sistema aberto e princípios na ordem jurídica e na metódica constitucional. Os princípios da Constituição de 1988. 2. ed. rev. amp. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006. P. 34)

[19] "As decisões que envolvem a atividade criativa do juiz potencializam o dever de fundamentação, por não estarem inteiramente legitimadas pela lógica da separação de Poderes – por esta última, o juiz limita-se a aplicar, no caso concreto, a decisão abstrata tomada pelo legislador. Para assegurar a legitimidade e a racionalidade de sua interpretação nessas situações, o intérprete deverá, em meio a outras considerações: (i) reconduzi-la sempre ao sistema jurídico, a uma norma constitucional ou legal que lhe sirva de fundamento

– a legitimidade de uma decisão judicial decorre de sua vinculação a uma deliberação majoritária, seja do constituinte ou do legislador; (ii) utilizar-se de um fundamento jurídico que possa ser generalizado aos casos equiparáveis, que tenha pretensão de universalidade: decisões judiciais não devem ser casuísticas; (iii) levar em conta as conseqüências práticas que sua decisão produzirá no mundo dos fatos." (BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. Revista EMERJ. Revista 33.)

[20] "Os conceitos indeterminados contrapõem-se aos conceitos determinados, os conceitos normativos contrapõem-se aos descritivos e os espaços ou âmbitos de livre discrição contrapõem-se às vinculações aos critérios objectivos do justo. Se o conceito multissignificativo de "cláusula geral", que não raramente vemos confundido com um dos conceitos acima mencionados, há- de ter uma significação própria, então faremos bem em olhá-lo como conceito que se contrapõe a uma elaboração "casuística" das hipóteses legais. "Casuística" é aquela configuração da hipótese legal (enquanto somatório dos pressupostos que condicionam a estatuição) que circunscreve particulares grupos de casos na sua especificidade própria. Uma hipótese legal casuística é, por exemplo, a do §224 do Código Penal: Se uma ofensa corporal voluntária "tem como consequência para a vítima a perda dum membro importante do corpo, da visão de um ou de ambos os olhos, da audição ou da capacidade de procriar, ou se a mesma vítima fica duradoira e consideravelmente desfigurada ou cai na invalidez, na paralisia ou na loucura", deve o agente ser condenado a prisão de 1 a 5 anos. Em confronto com este texto da lei seria de considerar como "cláusula geral" a primeira parte do §260 do Projecto de 1930, que lhe corresponde: "Se a vítima é gravemente prejudicada no seu corpo ou na sua saúde…". Deste modo, havemos de entender por cláusula geral uma formulação da hipótese legal que, em termos de grande generalidade abrange e submete a tratamento jurídico todo um domínio de casos." (ENGISCH, Karl. Introdução ao pensamento jurídico. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1968. P. 233)

[21] "Constituições modernas são documentos dialéticos, que consagram bens jurídicos que

se contrapõem. Há choques potenciais entre a promoção do desenvolvimento e a proteção ambiental, entre a livre-iniciativa e a proteção do consumidor. No plano dos direitos fundamentais, a liberdade religiosa de um indivíduo pode conflitar-se com a de outro, o direito de privacidade e a liberdade de expressão vivem em tensão contínua, a liberdade de reunião de alguns pode interferir com o direito de ir e vir dos demais. Quando duas normas de igual hierarquia colidem em abstrato, é intuitivo que não possam fornecer, pelo seu relato, a solução do problema. Nestes casos, a atuação do intérprete criará o Direito aplicável ao caso concreto. A existência de colisões de normas constitucionais leva à necessidade de ponderação.” (BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. Revista EMERJ. Revista 33.)