

NEOCONSTITUCIONALISMO VERSUS POSITIVISMO: EM BUSCA DA CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS.

Clarissa Tassinari (UNIBIC), Lenio Luiz Streck (orientador) - Programa de Pós-Graduação em Direito/PPGD/Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS
UNISINOS - clatassinari@gmail.com

Após um período caracterizado pela tradição liberal-individualista, em que o Estado se revestia de uma faceta ordenadora e vigilante das relações sociais, inaugura-se a fase do Estado Social de Direito, marcada pela afirmação de direitos sociais, o que, no Brasil, não passou de um simulacro. Tendo em vista o fracasso da política do Welfare State, o Estado Democrático de Direito agrega à sua estrutura o papel transformador do direito, sendo que os textos constitucionais passam a explicitar as possibilidades para o resgate de promessas que não foram cumpridas na modernidade. Essa mudança faz com que se supere o constitucionalismo tradicional, que era, sobretudo, uma teoria meramente normativa, abrindo clareira para o surgimento do neoconstitucionalismo. Esse novo constitucionalismo, social e democrático, apresenta incompatibilidades com o positivismo, pois o positivismo, ao se preocupar apenas com um discurso de "fundamentação" * feito através de regras que serão "conceitualizadas" pela dogmática jurídica, escondendo os fatos no "interior dos conceitos" *, deixa a cargo dos juízes o discurso da aplicação, abrindo, inexoravelmente, espaço para decisionismos e arbitrariedades. Dessa forma, a sobrevivência do positivismo é considerada uma barreira ao desenvolvimento do Estado Democrático de Direito, na medida em que busca por uma espécie de vontade geral perdida. O presente trabalho tem o objetivo de superar o modo dominante de produção de direito sustentado pelo paradigma positivista, construindo condições para uma compreensão adequada da concretização dos direitos sócio-fundamentados e da jurisdição constitucional, sob a perspectiva do neoconstitucionalismo. Para tanto, será utilizado o método fenomenológico-hermenêutico, entendido, a partir da ontologia fundamental (e, portanto, da Nova Crítica do Direito), como interpretação ou hermenêutica universal, isto é, como revisão crítica dos temas centrais transmitidos pela tradição jurídico-filosófica através da linguagem, numa imediata aproximação com a práxis humana e social, como existência e faticidade, onde a linguagem é analisada no plano da historicidade.

Palavras-chave: Neoconstitucionalismo, Positivismo, Concretização de direitos