

# Neoconstitucionalismo: Uma Nova Teoria do Direito?

**Felipe Bizinoto Soares de Pádua**

*Mestrando em Direito, Justiça e Desenvolvimento pelo Instituto de Direito Público de São Paulo. Pós-graduado em Direito Constitucional e Processo Constitucional; em Direito Registral e Notarial; e em Direito Ambiental, Processo Ambiental e Sustentabilidade pelo Instituto de Direito Público de São Paulo/Escola de Direito do Brasil. Graduado em Direito pela Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo. Advogado.*

**RESUMO:** Com os traumas causados pela Segunda Guerra Mundial, críticas ao modelo positivista jurídico foram feitas, surgindo uma autodenominada corrente pós-positivista neoconstitucional. Tal corrente tem como principais bases uma nova compreensão da Constituição e a relação entre Direito e Moral nas decisões jurídicas. Apesar dessa nova perspectiva, o positivismo jurídico persiste com suas reformulações criadas a partir das críticas atribuídas à visão neoconstitucional. Este artigo visa a expor as fundações tanto do neoconstitucionalismo quanto do positivismo jurídico, tecer críticas a cada uma delas, bem como expor a abrangência da pretensão neoconstitucional em relação à Teoria Geral do Direito: se um paradigma ou se uma operação de acabamento sobre o edifício jurídico positivo.

**PALAVRAS-CHAVE:** Neoconstitucionalismo. Positivismo jurídico. Neopositivismo. Pós-positivismo. Teoria do Direito.

**NEOCONSTITUTIONALISM: A NEW THEORY OF LAW?**

**ABSTRACT:** With the traumas caused by World War II, criticisms of the juridical positivist model were made, arising a so-called neoconstitutional postpositivism current. This current has

as main bases a new understanding of the Constitution and the relation between Law and Moral in juridical decisions. Despite this new perspective, the juridical positivism persists with its reformulations created from the criticisms attributed to the neoconstitutional vision. This article aims at exposing the foundations of both neoconstitutionalism and juridical positivism, criticize each of them, as well as exposing the scope of the neoconstitutional claim in relation to the Theory of Law: whether a paradigm or a finishing operation on the positive juridical building.

**KEYWORDS:** Neoconstitutionalism. Juridical positivism. Neopositivism. Postpositivism. Theory of Law.

## 1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Em uma das suas obras mais conhecidas, Thomas S. Kuhn (2003, p. 57 e ss.) diferencia a ciência normal da ciência extraordinária, bem como ambas da revolução científica. A primeira categoria baseia-se em fundações ou paradigmas aceitos pela comunidade científica e volta-se para o desenvolvimento de respostas aos seus problemas, tendo o papel de resolver quebra-cabeças (*jigsaw puzzle*).

A ciência extraordinária está na faixa de transição de paradigmas, ou seja, determinada base principiológica não atende satisfatoriamente os problemas em razão, principalmente, das anomalias por ela não abrangidas, o que leva a comunidade de cientistas a se debruçar sobre tais anomalias, cujo estudo é feito pela ciência extraordinária, bem como a buscar um novo paradigma (KUHN, 2003, p. 93-124).

Os períodos de ciência extraordinária (= estudos das anomalias em um paradigma) geram as revoluções científicas, que compreendem a ideia muito utilizada nas ciências sociais – particularmente na política e no Direito – de ruptura com um modelo pretérito e a instauração de um novo, o que na visão kuhniana consiste no abandono de um paradigma e na adoção de um novo, o paradigma emergente, que se volta a responder o que o seu antecedente não pôde (KUHN, 2003, p. 125 e ss.).

Dentro do imenso universo científico, destaca-se a ciência jurídica, cuja comunidade científica, os juristas, reconhece a ascensão e queda de diversos paradigmas jurídicos. Possível essa análise panorâmica e histórica da ciência do Direito a partir das lições de Tércio Sampaio Ferraz Jr. (1980, p. 1-17) acerca da função social da dogmática jurídica, que se desdobra em duas abordagens: uma de cunho histórico, com o intuito de identificar os fundamentos das categorias jurídicas, outra de cunho sistematizador, voltada, sinteticamente dizendo, à compreensão e à orientação na aplicação da estrutura jurídica. Em relação à primeira abordagem, o autor explora as diversas culturas que influenciam os modelos contemporâneos, bem como destaca as rupturas com as buscas de paradigmas: da *iurisprudentia* romana à dogmática atual (FERRAZ JÚNIOR, 1980, p. 19-79).

Ainda dentro desse universo jurídico em que se destacam o Direito Constitucional e a Teoria Geral do Direito (TGD) – duas matérias com autonomia acadêmica, mas que se enlaçam nas discussões que envolvem os paradigmas do Direito em sua amplitude – e passados os anos beligerantes que abalaram o globo terrestre (1910 a 1945), sobreveio um momento de reflexão mundial – em especial do Ocidente – sobre o papel do Estado, da sociedade e a centralidade do ser humano, com a retomada de ideias kantianas e com os neokantianos (WIEACKER, 2015, p. 679 e ss.; FERREIRA FILHO, 2017, p. 11-30). É a partir desse quadro histórico que surge o debate de um novo constitucionalismo, o neoconstitucionalismo, corrente pós-positivista que tem nomes importantes na literatura: Robert Alexy, Luís Roberto Barroso, Ana Paula de Barcellos, Riccardo Guastini, Paolo Comanducci, Luigi Ferrajoli, Miguel Carbonell, Susanna Pozzolo.

Seria o neoconstitucionalismo uma nova corrente com tendências a ser um novo paradigma jurídico? Trata-se de uma visão realmente pós-positivista? Será que o positivismo jurídico é um paradigma abandonado? Para se chegar a algum tipo de resposta sobre tais indagações, é necessário antes um novo qua-

dro de perguntas sobre o neoconstitucionalismo: quais são suas bases? Qual é a sua abrangência? Com o que rompe?

É com o intuito de trazer algum lume às questões acima que este artigo se desenvolverá sobre a corrente neoconstitucional, destacando a seara jurídica para a qual se volta – TGD ou Direito Constitucional – e suas bases, ao final comparando-se com a corrente que habitualmente é considerada antagonista, o positivismo jurídico.

## 2. TEORIA NEOCONSTITUCIONAL COM QUAIS BASES E PARA QUEM?

Segundo Robert Alexy (2008, p. 32 e ss.) e Paolo Comanducci (in CARBONELL, 2003, p. 75-87), o grande embate neoconstitucional é com o positivismo jurídico, escola que ganhou muita força com o desenvolvimento de Hans Kelsen, sendo que o desenrolar desse debate científico se deu no pós-Segunda Guerra Mundial. O mesmo período é considerado por Franz Wieacker (2015, p. 679), que se debruça sobre o histórico do Direito Privado ocidental moderno e destaca as fundações neokantianas, fundadas na busca por justiça. No cerne da busca por justiça no campo jurídico, é retomado um antigo debate sobre a separação ou união entre Direito e Moral.

De forma ilustrativa, Dimitri Dimoulis (2007, p. 7-87) expõe trecho da obra de Lon L. Fuller no qual este apresenta um caso imaginário em que um partido político chamado Camisas-Púrpuras ascendeu ao poder, não adotou medidas para revogar o sistema constitucional vigente, editou diversos atos legais e desenvolveu diversas interpretações perniciosas, especialmente em relação ao Código Penal, para manter a governança, determinando-se no regime político ditatorial camisa-purpurista a perseguição a diversas correntes consideradas de oposição. Dentro desse quadro é que surgem os denunciadores invejosos, pessoas que, por inveja, denunciavam seus inimigos ao partido ou às autoridades. O dilema tratado envolve a queda dos Camisas-Púrpuras, a instauração de uma Assembleia Nacional Constituinte e

a nomeação de um ministro da Justiça, que consulta cinco deputados sobre quais podem ser as medidas adotadas contra os denunciadores invejosos. Dimitri Dimoulis (2007, p. 52-87) inclui aos comentários existentes dos deputados outros cinco comentários, que são de três juristas homens e duas juristas mulheres.

O fundamental para este artigo em relação ao caso dos denunciadores invejosos envolve duas perspectivas. A primeira é histórica, visto que o caso imaginário tem como inspirações as providências dos Estados vencedores em relação aos agentes dos regimes fascistas que vigoraram até o fim da 2ª Guerra Mundial, em especial o alemão e o italiano, o que ficou claro com os diversos julgamentos proferidos pelo Tribunal de Nuremberg, assim como o julgamento ocorrido com a liderança japonesa ao tempo do Eixo, com os julgamentos proferidos pelo Tribunal Militar Internacional para o Extremo Oriente, mais conhecido como Tribunal de Tóquio. Apesar dos discursos internacionais que já vigoravam nos autodenominados governos justos e democráticos, críticas foram feitas às punições das Cortes de exceção.

A segunda perspectiva é cognitiva-comparativa, que diz respeito ao choque de um discurso em ascensão, o discurso positivista jurídico purista, com o discurso da (re)moralização jurídica. É dizer: a retomada dos debates da relação entre os sistemas jurídico e moral.

Consideram-se as duas perspectivas acima como ambientação e colocação do debate entre neoconstitucionalismo e positivismo jurídico. Mas, afinal, esse embate se dá em que setor jurídico? Melhor indagando, a pretensão (não em sua acepção técnico-jurídica) de tais correntes é de instituir ou nomear o paradigma de qual segmento jurídico? Tais indagações aqui serão nomeadas de problema topológico-jurídico, pois envolvem a identificação de qual setor – especificamente, o Direito Constitucional ou a TGD – as correntes em comento buscam fixar paradigma.

Para chegar a uma resposta ao problema topológico-jurídico, é necessário antes enfrentar outro problema, nomeado de fundacional, visto que envolve a identificação das bases neoconsti-

tucionais e positivistas jurídicas. Logo, valendo-se das categorias processuais judiciais, tem-se o problema prejudicial fundacional e o problema prejudicial topológico-jurídico.

A resposta ao problema precedente inspira-se na divisão utilizada por Norberto Bobbio (1972, p. 103-105; 1995, p. 131 e ss.), que tratou do positivismo jurídico, assim como inspirou a abordagem sobre a corrente neoconstitucional por Paolo Comanducci (*in* CARBONELL, 2003, p. 82): são os aspectos teórico, ideológico e metodológico.

Sob a óptica teórica, a base positivista se relaciona à visão estatalista, cuja essência é do Estado com monopólio da força, da definição de Direito em função da coação (BOBBIO, 1972, p. 107-110; BOBBIO, 1995, p. 147-159). Já o neoconstitucionalismo tem sua óptica teórica fundada na constitucionalização, que envolve uma Constituição “invasora”, no sentido de ser onipresente nos diversos segmentos constantes em um sistema jurídico (COMANDUCCI, *in* CARBONELL, 2003, p. 83). Ambos os aspectos teóricos são criticáveis.

Reconhecida por Norberto Bobbio (1972, p. 19-37), a corrente juspositivista funda-se na coação e no ordenamento jurídico estatais, proposições que sofrem em razão da hipercomplexidade social que o próprio pós-Segunda Guerra Mundial contrastou: fala-se em crise das fontes jurídicas, especialmente da lei, também do pluralismo jurídico, que envolve não apenas questões de origem, mas também de própria aplicação do Direito. Logo, há forte mitigação da estatalidade, mas deve ser reconhecido o papel do Estado não como fonte jurídica produtora e aplicadora, e sim como aquela fonte por excelência.

De outro lado, o aspecto teórico neoconstitucional parte de uma ideia muito branda de constitucionalização: Paolo Comanducci (*in* CARBONELL, 2003, p. 83-85 e p. 87-91) e Ricardo Guastini (*in* CARBONELL, 2003, p. 49-73) mencionam a constitucionalização sob a óptica interpretativa, como a compreensão e aplicação do Direito a partir das lentes constitucionais, e sob a óptica topológica, como a colocação da Constituição como centro

do ordenamento jurídico. Tais ópticas do aspecto teórico em comento ganham outras duas, conforme a visão trazida por Denise Auad (2011) e Luís Roberto Barroso (2015, p. 390 e ss.): a óptica judicial, que se liga ao chamado ativismo judicial e à ascensão da jurisdição constitucional, com destaque para a fiscalização de constitucionalidade, e a óptica valorativa jurídica, que diz respeito à dignidade humana como funcionalizador do sistema jurídico. Tais hipóteses de constitucionalização são as mais reiteradas na literatura e, portanto, não estão esgotadas, assim como são tratadas sobretudo em relação ao Direito Privado (RODRIGUES JÚNIOR, 2019, p. 171 e ss.).

Otávio Luiz Rodrigues Jr. (2019, p. 172-193) sintetiza as ópticas acima como hipóteses do que não é constitucionalização e disserta críticas a cada uma. Em relação à óptica interpretativa, inicia expondo que a supremacia da Constituição, portanto, a Constituição como diploma orientador da atividade interpretativa sempre foi objeto de consideração pela doutrina que se debruça sobre o Direito infraconstitucional, destacando nomes como Carlos Maximiliano, Clóvis Beviláqua, San Tiago Dantas e Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda como juristas que partiam do pressuposto da deferência hierárquica-hermenêutica constitucional. Logo, não enxergar o sistema jurídico com as lentes constitucionais não é uma conquista neoconstitucional, eis que há muito tal atividade é feita.

Em relação à óptica topológica, aplicam-se as críticas à óptica interpretativa, ainda mais diante do fato de que o grande estudioso do positivismo jurídico, Hans Kelsen (2003, p. 246-249), reconhecia o protagonismo da Carta Constitucional dentro do sistema, a concebendo como o diploma de hierarquia máxima dentro de um ordenamento jurídico (RODRIGUES JÚNIOR, 2019, p. 181-187). Apesar de o jurista de Viena não ter utilizado, ele é conhecido pela sua estruturação piramidal do Direito, o que, na verdade, deve ser atribuído mais ao seu grande discípulo, Adolf Julius Merkl. Tratar da Constituição como centro remete muito mais a uma figura bidimensional circular, mas o significa-

do utilizado pela 'Pirâmide de Kelsen' não varia, pois em ambas as ilustrações geométricas há consideração da Lei Fundamental como diploma jurídico de destaque e que constitui o sistema.

Sobre a óptica judicial, na afirmação de um modelo jurisdicional constitucional forte, fundado, particularmente, no controle de constitucionalidade, existem dificuldades de cunho histórico. Conforme leciona Otávio Luiz Rodrigues Jr. (2019, p. 187-193), desde o advento republicano brasileiro de 1889 há reconhecimento do papel do Judiciário como fiscal da compatibilidade dos atos estatais em relação aos ditames da Constituição: Ruy Barbosa de Oliveira era e ainda é um notável jurista brasileiro, sendo que introduziu o mecanismo de controle de constitucionalidade na Constituição de 1891, tendo como principal base o *judicial review* dos EUA, que, inclusive, ganhou maior contraste com o caso *Marbury vs. Madison* (1803), muito antes da doutrina neoconstitucional.

Em relação à óptica valorativa, existe certo contrassenso na fundação do neoconstitucionalismo quanto ao tema, porquanto não foram os constitucionalistas que retomaram o debate kantiano com a chamada corrente filosófica neokantista, e sim a civilística. Ao tratar do personalismo ético, Karl Larenz (1978, p. 44-56) levanta os debates sobre a colocação de um elemento ético-jurídico nos ordenamentos jurídicos, elemento este que é a dignidade humana. Todavia, tal inclusão não se iniciou com debates constitucionais, e sim no âmbito do próprio Direito Civil alemão, cujos fundamentos e resultados foram levados ao estrangeiro e inspiraram diversos Estados do globo terrestre.

Em relação às críticas acima, Carlos Bastide Horbach (2007) disserta que os fundamentos teóricos neoconstitucionais são, na verdade, uma nova roupa do Direito Constitucional, fazendo expressa referência ao conto *A Roupa Nova do Rei*, de Hans-Christian Andersen, isto é, as ideias julgadas inovadoras e pós-positivistas são, na verdade, novas modas fundadas em um arcabouço teórico já existente e que se liga a outras correntes do Direito, inclusive à positivista.

Com relação ao aspecto ideológico juspositivista, este tem como fundação a diferenciação entre juízos de fato e juízos de valor, entre o Ser e o Dever-Ser, cabendo à corrente em comento conceber o Direito como ele é, bem como entendendo que o valor justo ou injusto está de acordo com a emanção de autoridade dentro de uma cadeia de validade, ou seja, o fato de o Direito ser uma exteriorização da vontade de uma autoridade e que observe a norma hierarquicamente superior significa que aquele ato jurídico é justo (BOBBIO, 1972, p. 110; BOBBIO, 1995, p. 223-225).

Como destacam Norberto Bobbio (1995, p. 223-229) e Tércio Sampaio Ferraz Jr. (1980, p. 68-75), o fenômeno da positivação ganhou muita força no séc. XIX, especialmente na e por meio da lei, o que gerou a união com o estatualismo, que levou o Estado como monopólio da força e da produção jurídica, constituindo um sistema jurídico fechado e com pretensão de abrangência total, ou seja, a crença de que a lei consegue disciplinar todas as relações intersubjetivas relevantes para o Direito.

É dentro do panorama acima que surge a visão kelseniana, muito representativa do positivismo jurídico. Este tem como aspecto ideológico na visão de Hans Kelsen (2003, p. 75 e ss.) a separação ou, melhor dizendo, a depuração do Direito, sua análise não sob a óptica de outras áreas do conhecimento (Sociologia, Antropologia, Filosofia etc.), principalmente da Moral, e sim a concepção jurídica a partir do que ela é, chegando o autor austríaco delinear o objeto da ciência jurídica a norma (jurídica), que corresponde a um ato de vontade nascido de fontes do Direito e que estatuem para o mundo dos fatos um enunciado de dever-ser que serve para, principalmente, as autoridades conformarem a relação intersubjetiva ao desiderato normativo.

Com os fatos belicosos ocorridos entre as décadas de 1930 e 1940, reconheceu-se que a ideia estrutural ou formal trazida pelo positivismo jurídico não se compatibilizava, especialmente, com as reivindicações sociais por justiça, bem como a fundação estatista do aspecto ideológico padecia em razão do reconhecimento da força das relações internacionais, de que certos interesses

jurídicos transcendiam o território e, portanto, tornavam o próprio sistema jurídico estatal inefetivo (beirando a sua invalidade, de acordo com uma visão revisada pelo próprio Hans Kelsen). É dentro desse caldeirão que Norberto Bobbio (1995, p. 229-232) surge com uma reflexão sobre um positivismo jurídico ético, que se baseia não em questão de justiça, mas de ordem, ou seja, o Direito tem como valor final a ordem, que consiste no resultado da conformidade de um complexo de fatos a um certo ordenamento jurídico que seja o mais perfeito possível.

O aspecto ideológico neoconstitucional funda-se em lições trazidas, por exemplo, por Gustavo Zagrebelsky (2018), Susanna Pozzolo e Écio Oto Ramos Duarte (2010), e Luís Roberto Barroso (2015, p. 263 e ss.), que tratam da corrente em comento tendo como principal fundação ideológica a influência da Moral sobre o Direito. De forma expressa, Norberto Bobbio (1972, p. 21-23; 1995, p. 225) e Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2017, p. 27-30) mencionam que existe no aspecto ideológico neoconstitucional um retorno ao Direito Natural, ao reconhecimento de valores jurídicos que transcendem o posto e com os quais as autoridades devem deferência. O principal valor citado é a justiça, mesmo que sua concepção esteja na Filosofia, que mostra grande controvérsia na definição do justo e injusto.

Lon Luvois Fuller (1969) e Ronald Dworkin (2010) dão bases à relação Direito-Moral ao tratarem da chamada interpretação moral da Constituição, não com base em uma moralidade específica de um ou alguns, e sim no que chamam de moralidade da sociedade, certos valores que dão liga aos indivíduos para que se comportem e se mantenham como membros de uma coletividade.

Além da moralização jurídica, outro fundamento trazido por Paolo Comanducci (*in* CARBONELL, 2003, p. 85-86) envolve um olhar histórico do constitucionalismo: anexa-se à tradicional visão da limitação ao poder a efetivação das posições jusfundamentais (direitos e garantias fundamentais). Essa inclusão que compõe a chamada base ideológica do neoconstitucionalismo

encontra uma constatação no que leciona Norberto Bobbio (2004, p. 15 e ss.), qual seja, a de que a contemporaneidade vive sob o signo da efetividade jurídica, não necessariamente do reconhecimento (visto que as posições jurídicas fundamentais ganham forte reconhecimento por meio das Cartas Constitucionais, Atos Internacionais etc.).

Crítica feita ao aspecto ideológico do denominado novo constitucionalismo diz respeito a uma das finalidades do próprio Direito, que é a segurança. As críticas filosóficas afetam a base da corrente jurídica ora tratada. José Castán Tobeñas (1968) traça os diversos conceitos de justiça que serviram ao Direito: o meio termo aristotélico, a concepção divina tomista, o imperativo categórico kantiano etc. De uma concepção para outra, há mudança do olhar jurídico e, portanto, da própria estrutura do Direito, o que, por sua vez, reflete no campo da aplicação das categorias ao caso. A crítica recebe mais força ainda se enxergar pelo martelo desestruturalista de Friedrich Nietzsche, que mostra a relatividade dos conceitos filosóficos, a relativização da Moral, premissas que afetaram e ainda afetam severamente a sociedade presente, que, inclusive, recebe como um dos seus muitos nomes a sociedade líquida, alcunha de Zygmunt Bauman. A crítica doutrinária é de que a instabilidade causada pela relativização na aceção de justiça torna inseguro o próprio Direito, o que causa contradição nas próprias pilastras jurídicas (BASTIDE, 2007; RAMOS, 2015, p. 37 e ss.; RODRIGUES JÚNIOR, 2019, p. 171 e ss.; BOBBIO, 1972, p. 163 e ss.).

O aspecto metodológico do juspositivismo se debruça sobre a depuração jurídica, mas sob a óptica de extrair do objeto observado uma compreensão sistematizada: tal compreensão envolve a avaliação do fenômeno jurídico em uma posição cujo cientista adote uma atitude avalorativa, objetivo e eticamente neutro, critérios que servem para reconhecer as normas jurídicas e não jurídicas (BOBBIO, 1972, p. 106; BOBBIO, 1995, p. 238; KELSEN, 1998, p. 67 e ss.; FERRAZ JÚNIOR, 1980, p. 68).

A tão cogitada neutralidade científica é de impossível alcance, uma vez que todas as abordagens são em si uma escolha do cientista. O porquê de adotar certa perspectiva teórica, e não outra, a interpretação jurídica ser de uma forma, e não de outra – todas as atividades de um cientista partem de uma atitude parcial no sentido de que o ser humano transcende o cientista e, portanto, resulta em abordagens valorativas (COMANDUCCI, *in* CARBONELL, 2003, p. 93). Adota-se uma perspectiva mais ampla que a ciência jurídica, pertencente à teoria geral desenvolvida por Thomas S. Khun (2003, p. 9-42, p. 107 e ss.), que expõe que a adoção de certo paradigma (= modelo que carrega um arcabouço de fundações de certo segmento científico) ocorre com considerável arbitrariedade, a qual está muito revestida por ideologias e opções que a própria comunidade carrega. Aplicando-se tais premissas ao Direito, evidente que o aspecto metodológico neutral do positivismo jurídico não é tão neutro, visto que o cientista não parte de um zero cognoscitivo, não se reveste de um manto da ignorância, e sim desenvolve suas premissas, talvez não partindo de fatores extrajurídicos, mas sob influência deles, por exemplo, a ideologia política, filosófica, religiosa, político-partidária etc.

De forma lapidar, Karl Engisch (2014, p. 115 e ss.) aduz que os juízos jurídicos são desenvolvidos por uma pessoa que carrega em si uma multiplicidade cultural e, conseqüentemente, carrega para todas as searas tal pluralismo, o que, por sua vez, resulta na criação de normas jurídicas com diversas significâncias, mas que muitas vezes partem de uma mesma fonte.

De outro lado há o aspecto metodológico neoconstitucional, que envolve, segundo Paolo Comanducci (*in* CARBONELL, 2003, p. 93-98) e Luís Roberto Barroso (2015, p. 343 e ss.), a interpretação da Constituição de forma a relacionar aproximação entre Direito e Moral, tecendo críticas aos chamados métodos tradicionais de interpretação e constituindo mecanismos que chamam de nova interpretação constitucional, com particular ênfase à inclusão dos princípios como espécie normativa jurídica, em vista de que o jus-

positivismo contemplava apenas regras como normas jurídicas. Em suma, o principal fundamento do aspecto metódico do novo constitucionalismo envolve o uso dos princípios como veículos jurídicos condensadores de valores morais.

Apesar de adotar uma visão crítica ao positivismo de até então, Herbert Lionel Adolphus Hart (2009, p. 334-346) mostra que as fundações juspositivas não são totalmente conflitantes com a ideia de princípio como espécie normativa. Na mesma entoadada, Elival da Silva Ramos (2015, p. 56-66), baseado no citado positivismo ético de Norberto Bobbio, fala de juspositivismo reflexivo e integral, fundado no desenvolvimento do posto por meio de uma compreensão macro, através de investigações pelas ciências zetéticas, para que o Direito posto seja conforme a compreensão do que lhe é externo, mas que o influencia.

Apesar desse novo marco compreensivo, o fato de os princípios serem compreendidos como ponte entre Direito e Moral não é exclusivo do neoconstitucionalismo, e sim tem referências, como citado anteriormente, ao jusnaturalismo. Apesar de o instrumento ser distinto, a referência metodológica que fazia ponte entre a ciência jurídica e outros sistemas sociais constou, por exemplo, na escola do realismo jurídico, que tem como figuras habitualmente referenciadas Oliver Wendell Holmes Jr. (realismo jurídico dos EUA) e Alf Ross (realismo jurídico escandinavo).

O quadro acima suscita as origens do que foi tratado em um sentido amplo como marco teórico. Interessante destacar que tanto o neoconstitucionalismo quanto o positivismo jurídico têm seu berço de nascimento no Direito Público: o primeiro na seara do Direito Constitucional, enquanto o segundo na teoria geral, no Direito Público mesmo. Ainda sobre a segunda corrente, Tércio Sampaio Ferraz Jr. (1980, p. 77-78) informa que o juspositivismo normativista de Hans Kelsen foi bem absorvido na seara juspublicista, enquanto no setor jusprivatista houve certa ressalva em razão da tradição romano-germânica, que se funda no que chamou de situações vitais, não conceituais. A pretensão que ambos os marcos teóricos têm é de saírem das respectivas

searas jurídicas e serem reconhecidos como paradigmas para o Direito, servindo, inclusive, como desenvolvedor do arcabouço científico utilizado pela Teoria Geral do Direito. Ocorre que, nessa disputa, a vertente positiva tem vantagem pelo fato de que suas abstrações são historicamente desenvolvidas ao ponto de se aplicarem a todo o sistema jurídico, enquanto a vertente neoconstitucional, por ser um fenômeno recente, ainda desenvolve ideias que pouco extrapolam o Direito Constitucional, chegando a contribuir para a TGD.

Apesar do nascimento recente e das críticas despendidas, o neoconstitucionalismo é ao menos uma forma de refletir e de provocar o debate de que há algo de diferente no Direito contemporâneo. Mauro Barberis (*in* CARBONELL, 2003, p. 259-278), Pietro Perlingieri (2002), Susanna Pozzolo (DUARTE; POZZOLO, 2010, p. 77 e ss.) e Denise Auad (2011) mostram que há algo de diferente, em especial com o advento do discurso democrático pelos Estados, isto é, o discurso neoconstitucional tem como ponto de partida ou pressuposto o Estado Democrático, visto que nele, julgam os doutrinadores referenciados, é possível limitar o poder e garantir as posições jurídicas fundamentais.

Na mesma ideia do parágrafo acima, insinua Peter Häberle (1997) que ares novos surgem para o fenômeno jurídico no que diz respeito à compreensão da Lei Fundamental em si e na sua relação com os demais atos jurídicos, havendo uma nova construção teórica que afeta o sistema jurídico em sua totalidade, não apenas em uma ou algumas de suas searas.

Os discursos centrais para combater o positivismo jurídico que teve sua ascensão entre os sécs. XIX e XX, o chamado positivismo legal, são no sentido de que inexiste a dita neutralidade científica, assim como Moral e Direito implicam-se mutuamente, sendo que no segundo ingressam certos juízos de valores por meio da norma-princípio, reconhecidamente uma espécie de norma jurídica (DUARTE; POZZOLO, 2010, p. 77 e ss; BARROSO, 2015, p. 345-357). Só que a principal crítica neoconstitucional envolve o campo hermenêutico, à forma como os enunciados eram

concretizados, porquanto o método concebido, a subsunção, envolvia uma atividade que reconhecia ao aplicador do Direito a incumbência de reproduzir a norma constante no sistema mediante aplicação silogística. Ao contrário da fértil e ampla teoria da argumentação atual, o intérprete positivista era de identificar as premissas maior e menor através de um raciocínio neutro e que declarava o que algo maior, no caso, a lei, dizia para o caso (RAMOS, 2015, p. 47-56). Em suma, o calcanhar de Aquiles do positivismo estava na hermenêutica, visto que o aplicador era mero reproduzidor do sistema, um declarador cujo papel não era considerado ativo no sentido de conceber a norma jurídica, e sim de meramente externá-la para o caso.

Neoconstitucional ou não, coincidentemente ou não, o discurso pós-positivista tem como uma das suas principais marcas um arcabouço teórico voltado à hermenêutica, particularmente para as decisões judiciais. Tudo indica que o paradigma juspositivo tinha como uma das suas grandes insuficiências a intermediação (= interpretação jurídica) entre a abstração jurídica e a concretude fáctica.

Por mais que haja inovação e a citada sensação de que há mudanças, as críticas ao positivismo jurídico não o destroem, e sim geram reformulações nos seus traços, mas sem que seja perdido o seu cerne. A tão criticada legalidade ainda persiste, tanto é que os próprios neoconstitucionalistas partem de um texto posto por uma autoridade, a Constituição, para desenvolverem todo o arcabouço que dizem demonstrar a superação do modelo juspositivo (RAMOS, 2015, p. 47-48).

Quanto ao corte epistêmico feito por Hans Kelsen, com a visão do novo constitucionalismo, houve o desenvolvimento de duas correntes positivistas, que são expostas por Écio Oto Ramos Duarte (DUARTE; POZZOLO, 2010, p. 42-52): o positivismo jurídico exclusivo, que sustenta que a existência e conteúdo do fenômeno jurídico são determinados com independência de considerações e argumentos morais; e o positivismo inclusivo, que sustenta a moral ingressa no mundo jurídico como determinante

da existência e do conteúdo das categorias do Direito se a regra de reconhecimento socialmente convencionada a incluir como critério de juridicidade.

No que diz respeito ao calcanhar de Aquiles do positivismo jurídico, adota-se a visão de um juspositivismo reflexivo e integral de Elival da Silva Ramos (2015, p. 56-66), que considera reflexiva a necessidade de abertura sistêmica a partir da Dogmática Jurídica, destacadamente pelo Direito Constitucional, e que a identificação de tal abertura se daria por meio das matérias zetéticas, enquanto considera integral a adesão à tríplice estrutura trazida por Miguel Reale, (fato, valor e norma) na nomogênese. Sobre essa última qualidade que o autor ingressa na teoria hermenêutica, tecendo críticas à visão positivista legal e reconhecendo que deve ser atribuído ao aplicador do Direito o reconhecido papel ativo no desenvolvimento da norma jurídica, eis que os textos hodiernos contemplam não apenas fortes cargas valorativas, mas deixam ao aplicador margem ampla de atuação dentro da moldura textual, o que não é totalmente incompatível com a base positivista (RAMOS, 2015, p. 67-140).

Uma das principais consequências da reformulação da hermenêutica jurídica positiva é o reconhecimento dos princípios jurídicos como espécie normativa, o que foi objeto de expressa consideração por Herbert Lionel Adolphus Hart (2009, p. 329-340) em pós-escrito de uma das suas obras mais famosas, sendo caracterizada a espécie principiológica como não conclusiva, pois sua aplicação envolve a contribuição argumentativa na e para a decisão.

Apesar de Elival da Silva Ramos (2015) e Carlos Horbach Bastide (2007) terem uma visão de que o neoconstitucionalismo consiste em uma nova roupa do Direito Constitucional, fato é que tais vestes ao menos resultaram na proposição de mudanças ao juspositivismo, especialmente em relação à separação que faz entre Direito e Moral e ao seu arcabouço interpretativo. A própria proposta do primeiro autor em trazer caráter reflexivo e integral significa que as bases jurídicas científicas positivas mos-

travam certas incompatibilidades com o plano social e até com os demais sistemas sociais.

Apesar de ser uma teoria desenvolvida no e pelo Direito Constitucional, o neoconstitucionalismo mostra mais uma feição neopositivista do que pós-positivista ou antipositivista, visto que as propostas nem tão novas neoconstitucionais mostram mais um reforço a uma perspectiva nova do positivismo jurídico do que propriamente uma ruptura teórica, ou seja, de acordo com o vocábulo kuhniano, mais consiste em uma reformulação das operações de acabamento do que propriamente a constituição de um novo paradigma.

### 3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A deflagração das Guerras Mundiais mostrou ao mundo a aptidão humana destrutiva, sendo que no período belicoso entre 1939-1945, houve demonstração do quão indigno o ser humano pôde ser consigo ao instituir não só a morte generalizada, mas também a criação de campos de concentração, soluções finais, o discurso de superioridade racial, *gulags* e muitas outras formas de inferiorização humana.

Com fundamentos na filosofia kantiana, a civilística alemã debruçou-se sobre o lineamento do que é o principal preceito ético-jurídico, a saber, a dignidade da pessoa humana, que é um dos fundamentos do próprio Estado. Juntamente com esse discurso da dignidade é que se desenvolveu, especialmente a partir das lições de Robert Alexy e Ronald Dworkin, a perspectiva ou, como se autodenomina, a corrente neoconstitucional, com o intuito de romper com o positivismo jurídico (destacadamente o legalista) e moralizar o Direito (ou juridicizar a Moral).

Dos aspectos teórico, ideológico e metodológico, a escola do novo constitucionalismo mostrou ser mais A Roupas Nova do Rei, ou, melhor dizendo, a roupa nova do Direito Constitucional, do que uma inovação disruptiva em relação à escola positiva jurídica, que teve no legalismo forte adesão e, conseqüentemente, adesão entre os sécs. XIX e XX. O que há de mais forte na pre-

tensão neoconstitucional é o seu aspecto ideológico – que muito beira um jusnaturalismo reformulado –, visto que suas críticas levaram o positivismo a reformular suas bases, criando-se, inclusive, uma espécie inclusiva, que permite a moralização jurídica se a Moral ingressar no Direito por meio da norma de reconhecimento, que seria na visão contemporânea a plêiade de normas (regras e princípios) da Constituição que dizem respeito ao que é ou não do mundo jurídico.

Tudo indica que o neoconstitucionalismo é uma corrente ideológica jurídica que contribui para o desenvolvimento da escola juspositiva, não uma teoria rompedora, uma vez que os aspectos citados (teórico, ideológico e metodológico) mais servem para uma reformulação da positividade, não servindo de paradigma, mas como operação de acabamento, de acordo com os vocábulos kuhnianos.

Um positivismo jurídico integral, reflexivo e – mesmo que implicitamente – inclusivo é o prédio erigido pela doutrina neoconstitucional, que demonstrou que o Direito Constitucional é a principal forma de abertura sistêmica, sendo necessária a aliança entre Jurídica e Zetética Jurídica para identificar os dados extrajurídicos que influenciam o Direito, sendo a Constituição o instrumento de aliança entre os diversos sistemas sociais para a construção de um sistema jurídico socialmente idealizado como perfeito (= em conformidade com as ordens social interna e externa). A real contribuição do novo constitucionalismo é ser uma corrente neopositivista, ainda mais pelo fato de que todo o seu arcabouço estrutural e hermenêutico envolve um texto posto por uma autoridade, a Constituição, suscitando nas alas positivas reformulações estruturais (com uma aproximação entre Direito e Moral) e hermenêuticas (atribuindo ou reconhecendo o papel criativo nas normas jurídicas ao intérprete aplicador). ❖

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

AUAD, Denise. A perspectiva dinâmica do constitucionalismo. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo, v. 77, p. 41-61, Out.-Dez./2011.

BARBERIS, Mauro. **Neoconstitucionalismo, democracia y imperialismo de la moral**. In CARBONELL, Miguel; et. al. **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BASTIDE, Carlos Horbach. A nova roupa do Direito Constitucional: neo-constitucionalismo, pós-positivismo e outros modismos. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 859, Mai./2007, p. 81-91, 2007.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOBBIO, Norberto. **Giusnaturalismo e positivismo giuridico**. Milano: Comunità, 1972.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do Direito**. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

COMANDUCCI, Paolo. **Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico**. In CARBONELL, Miguel; et. al. **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003.

DIMOULIS, Dimitri. **O caso dos denunciantes invejosos: introdução prática às relações entre Direito, Moral e Justiça**. Com tradução de texto de Lon L. Fuller, parte da obra **The Morality of Law**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. Tradução de Fernando Santos. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Tradução de João Baptista Machado. 14. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Função social da dogmática jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Lições de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2017.

FULLER, Lon Luvois. **The Morality of Law**. New Haven: Yale University Press, 1969.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997.

HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de Direito**. Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. 6. ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2003.

KUHN, Thomas Samuel. **A estrutura das revoluções científicas**. 8. ed. Trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 2003.

LARENZ, Karl. **Derecho Civil: parte general**. Traducción y notas de Miguel Izquierdo y Macías-Picavea. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1978.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil: introdução ao Direito Civil Constitucional**. 2. ed. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

POZZOLO, Susanna; DUARTE, Écio Oto Ramos. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da Teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição**. 2. ed. São Paulo: Landy, 2010.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. **Direito Civil contemporâneo: estatuto epistemológico, Constituição e direitos fundamentais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

TOBEÑAS, José Castan. **La justicia (su trayectoria doctrinal y la problemática de sus contenidos)**. Madrid: Reus, 1968.

WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado moderno**. 5. ed. Tradução de António Manuel Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2015.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El Derecho dúctil: Ley, derechos, justicia**. Madrid: Trotta, 2018.