

Neoconstitucionalismo ideológico

Neoconstitucionalismo ideológico

Ideological neoconstitutionalism

Neocostituzionalismo ideologico

Marcelo Lamy¹

Pós-Doutor, PPG em Direito da Saúde, Universidade Santa Cecília, Santos, SP, Brasil

RESUMO: **Contexto:** A teoria do direito hodierna, imbuída dos olhares neoconstitucionalistas, questiona os paradigmas ideológicos anteriores, especialmente do positivismo. **Problema:** Restam dúvidas, no entanto, se essa nova visão efetivamente estrutura uma nova base ideológica para o direito, para a teoria do direito. **Objetivo:** Esse texto visou demonstrar que o neoconstitucionalismo desvela a consolidação de uma nova ideologia para o direito. **Método:** Amparado em revisão narrativa, o presente trabalho percorre as bases teóricas da visão neoconstitucional do direito, estabelecendo contrapontos ao positivismo ideológico e ao constitucionalismo ideológico. **Resultado:** A teoria positivista do direito está ameaçada, há tempos, nos seus paradigmas de obediência cega ou de obediência *prima facie*, assim como o constitucionalismo em seu paradigma de obediência condicionada. **Considerações finais:** O neoconstitucionalismo, por sua vez, consolidou a obediência inteligente, verdadeira base ideológica para uma nova teoria do direito.

PALAVRAS-CHAVE: Constitucionalização; Obediência; Ideologia.

RESUMEN: **Contexto:** La teoría jurídica actual, imbuida de visiones neoconstitucionalistas, cuestiona paradigmas ideológicos anteriores, especialmente el positivismo. **Problema:** Existen dudas, sin embargo, sobre si esta nueva visión estructura efectivamente una nueva base ideológica para el Derecho, para la teoría del Derecho. **Objetivo:** Este texto pretende demostrar que el neoconstitucionalismo revela la consolidación de una nueva ideología para el Derecho. **Método:** Apoyado en una revisión narrativa, este trabajo explora las bases teóricas de la visión neoconstitucionalista del Derecho, estableciendo contrapuntos con el positivismo y el constitucionalismo ideológicos. **Resultado:** La teoría positivista del Derecho está amenazada desde hace tiempo, en sus paradigmas de obediencia ciega u obediencia *prima facie*, al igual que el constitucionalismo en su paradigma de obediencia condicional. **Consideraciones finales:** El

¹ Pós-doutor em Políticas Públicas em Saúde (FIOCRUZ/Brasília). Doutor em Direito Constitucional (PUC-SP). Mestre em Direito Administrativo (USP). Bacharel em Ciências Jurídicas (UFPR). Pós-doutorando no PPG em Jurisdição Constitucional e Novos Direitos da UFBA. Professor Permanente e Vice Coordenador do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu*, Mestrado em Direito da Saúde, e Professor da Faculdade de Direito da Universidade Santa Cecília (UNISANTA). Líder do Grupo de Pesquisa CNPq\UNISANTA "Direitos Humanos, Desenvolvimento Sustentável e Tutela Jurídica da Saúde". Diretor Geral do Observatório dos Direitos do Migrante (UNISANTA). Coordenador do Laboratório de Políticas Públicas (UNISANTA). Defensor dativo no Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo. Fundador do Centro de Pesquisa "Escola Superior de Direito Constitucional - ESDC". Editor da Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC e da Unisanta Law and Social Science. Advogado. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9347562683746206>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8519-2280>. E-mail: marcelolamy@unisanta.br. ResearcherID: H-5424-2015. Scopus Author ID: 57226132654.

neoconstitucionalismo, a su vez, ha consolidado la obediencia inteligente, la verdadera base ideológica para una nueva teoría del Derecho.

PALABRAS CLAVE: Constitucionalización; Obediencia; Ideología.

ABSTRACT: Context: Today's legal theory, imbued with neoconstitutionalist views, questions previous ideological paradigms, especially positivism. **Problem:** However, there are doubts as to whether this new vision effectively structures a new ideological basis for Law, for the theory of Law. **Objective:** This text aimed to demonstrate that neoconstitutionalism reveals the consolidation of a new ideology for Law. **Method:** Supported by a narrative review, this paper explores the theoretical bases of the neoconstitutional view of Law, establishing counterpoints to ideological positivism and ideological constitutionalism. **Result:** The positivist theory of Law has long been threatened by its paradigms of blind obedience or prima facie obedience, as has constitutionalism in its paradigm of conditional obedience. **Final considerations:** Neoconstitutionalism, in turn, has consolidated intelligent obedience, the true ideological basis for a new theory of Law.

KEYWORDS: Constitutionalization; Obedience; Ideology.

ABSTRACT: Contesto: La teoria giuridica odierna, intrisa di visioni neocostituzionaliste, mette in discussione i precedenti paradigmi ideologici, in particolare il positivismo. **Problema:** Ci sono tuttavia dubbi sul fatto che questa nuova visione strutturi effettivamente una nuova base ideologica per il Diritto, per la teoria del Diritto. **Obiettivo:** Questo testo si propone di dimostrare che il neocostituzionalismo rivela il consolidamento di una nuova ideologia del Diritto. **Metodo:** Supportato da una revisione narrativa, questo lavoro esplora le basi teoriche della visione neocostituzionale del diritto, stabilendo contrappunti al positivismo ideologico e al costituzionalismo ideologico. **Risultato:** La teoria positivista del Diritto è da tempo sotto minaccia, nei suoi paradigmi di obbedienza cieca o obbedienza prima facie, così come il costituzionalismo nel suo paradigma di obbedienza condizionale. **Considerazioni finali:** Il neocostituzionalismo, a sua volta, ha consolidato l'obbedienza intelligente, vera base ideologica per una nuova teoria del diritto.

PAROLE CHIAVE: Costituzionalizzazione; Obbedienza; Ideologia.

Introdução

Norberto Bobbio – um dos estudiosos do positivismo e do jusnaturalismo mais referenciado – afirmou (2022, pp. 155-158), e com razão, não haver um único positivismo nem um único jusnaturalismo e ser necessário, para estudar esses pensamentos com maior profundidade, distinguir três questões ou posturas: a científica ou metodológica (que estabelece o objeto da ciência jurídica: o que se considera direito), a ideológica ou ética (que estabelece a convicção de ser necessário obedecer ao direito) e a teórica (que molda um arcabouço articulado de teses e teorias que operacionalizam o direito).

Há quem afirme, no entanto, que a ideologia é o *locus* genuíno, inicial e conformador da doutrina positivista (García Figueroa, 2009, p. 198). O positivismo seria acima de tudo uma ideologia: a de se obedecer à lei porque é lei (positivismo clássico), ou a de se obedecer à lei porque convém à estabilidade social ou à segurança jurídica, porque convém à certeza do direito que será aplicado, porque convém à igualdade de tratamento de todos (positivismo

moderado). Dessa forma, o positivismo científico e o positivismo teórico não seriam mais do que consequências do positivismo ideológico.

Diversa não é a realidade do constitucionalismo. Porque se acreditou na Constituição – graças ao trabalho de autores como Konrad Hesse (1991), que falava em vontade de Constituição –, porque se acreditou que a Constituição possui comandos diversos das leis comuns – de um lado, por contar com matizes axiológicos (Dworkin, 2002); de outro, por contar com uma estrutura votada à otimização e não a mera aplicação (Alexy, 2002) –, moldou-se um novo tipo de obediência ao direito (*prima facie*, condicionada à constitucionalidade formal e material). Em consequência, nasceu uma nova ciência e uma nova teoria para o direito.

O mesmo raciocínio pode ser apontado ao neoconstitucionalismo. Porque o modelo constitucional deu certo nas mãos dos aplicadores (juízes), especialmente com relação aos direitos fundamentais, acreditou-se que seria possível dar mais um passo, obedecer ao direito de modo inteligente, ou seja, servir-se da lei e da Constituição para realizar, em cada caso, os direitos. Dessa nova postura dependem também as revisões científicas e teóricas produzidas pelo neoconstitucionalismo.

O presente trabalho visa explicitar como e em que medida as ideologias positivistas constitucionalistas e neoconstitucionalistas com relação ao direito se formaram se transformaram, criando as bases de novas ciências e novas teorias para o direito.

Partiu-se da leitura crítica de duas obras desenvolvidas por Norberto Bobbio sobre o positivismo e o direito natural – “O positivismo jurídico” e “Jusnaturalismo e positivismo jurídico” – e de três obras organizadas por Miguel Carbonell sobre o neoconstitucionalismo: “*Neoconstitucionalismo(s)*”; “*Teoría del neoconstitucionalismo*” e “*El canon neoconstitucional*”.

Ancorado nesse material, fez-se um segundo ciclo de leituras, dos autores referidos nessas obras como relevantes para a discussão e de autores considerados clássicos do Direito Constitucional (tais como Konrad Hesse, Peter Häberle, Friedrich Müller, Robert Alexy, Ronald Dworkin e Gustavo Zagrebelsky).

O presente texto, portanto, visa sintetizar aquilo que a revisão narrativa e crítica (Lamy, 2020, pp. 338-340) desses diversos textos trouxe de amadurecimento na percepção sobre a ideologia como braço estruturante da ciência e da teoria do direito de ontem e de hoje.

1. Olhares do Positivismo

Desde os gregos, o direito natural e o direito positivo eram considerados direitos de planos distintos, o natural era considerado geral, comum, de todos (universal) e o positivo um direito especial, de uma determinada *civitas* (particular). Para o jusnaturalismo cosmológico, que dominava o pensamento da época, o direito positivo era a realização contingente, particular e racional da ordem universal do cosmos, da natureza (Soares, 2024a, pp. 12-18). Não havia uma clara e certa hierarquia técnica entre eles (havia apenas uma hierarquia lógica), embora algumas obras do período clássico desvelem que eventual conflito implicava na preferência do direito positivo (drama relatado em *Antígona*, de Sófocles).

Foi no medievo, com o surgimento do jusnaturalismo teleológico, que uma relação hierárquica técnica se consolidou e o direito natural passou a ser visto como superior ao positivo (Soares, 2024a, pp. 18-20), ao se atribuir ao direito natural a marca de ser um direito ancorado na vontade de Deus (Bobbio, 2022, pp. 31-32). Esse olhar se manteve ao se moldar o jusnaturalismo de viés racionalista dos séculos XVII e XVIII, ancorado não mais na lei divina, mas na razão humana universal (Soares, 2022, pp. 20-23).

No século XIX, no entanto, nasceu um pensamento contrário e contraditório, surgiu o positivismo, que descartou a caracterização do direito natural como direito, que passou a enxergar que todo o direito é apenas o direito positivo. Como afirmou Bobbio: “*o positivismo jurídico é a doutrina segundo a qual não existe outro direito a não ser o positivo*” (2022, p. 33).

1.1 Origens e bases do positivismo

Importa conhecer os antecedentes que moldaram a proposta positivista.

A sociedade medieval (séc. V a XV) era constituída por uma pluralidade de grupos sociais organizados e cada um desses grupos tinha o seu próprio ordenamento positivo. O fenômeno da produção do direito era marcadamente social, não estatal, e não se estabelecia ainda a imperatividade ou a exclusividade do direito positivo. O juiz, desde esse período, quando fosse chamado para resolver as controvérsias, tinha, inclusive, uma ampla liberdade para escolher o fundamento do comando que iria estabelecer e aplicar ao caso: extraía as regras de solução das leis, ou dos costumes, ou das elaborações dos juristas, ou de critérios equitativos, ou de princípios da razão natural (Bobbio, 2022, pp. 33-35).

A ideia de descobrir livremente regras racionalmente fundadas (racionalidade) era a base do direito no medievo (476-1453) e permaneceu na idade moderna (1453-1789). E, porque o jusnaturalismo da época (na idade média, teológico; na segunda metade da idade moderna, racionalista); era arraigado da feição racional (divina ou humana universal), havia certa prevalência prática do direito natural.

Sob outro ângulo, foi perceptível o ressurgimento, no medievo, do direito romano como uma espécie de filtro natural e racional superior aos estamentos (direito posto de cada comunidade). A compilação promovida por Justiniano (fonte central do direito romano) passou a ser considerada, na idade média e moderna, e por muitos, como um conjunto de regras fundadas na natureza e na razão, como um direito comum, de todos (universal).

Os impérios se valeram dessa ideia (supremacia do direito comum) para submeter às organizações sociais menores. Os reinos e as *civitates*, no entanto, que alcançavam sua independência, estatuíam que o direito comum somente deveria ser utilizado na ausência do direito positivo próprio (Bobbio, 2022, pp. 37-40). Ou seja, apenas para completar a racionalidade, subsidiariamente. Teóricos como Thomas Hobbes (1588-1679) e Gottfried Leibniz (1646-1716) propugnaram essa ideia: que o direito natural fosse aplicado subsidiariamente ao direito posto (Bobbio, 2022, p. 52).

Codicismo

O fenômeno das codificações (final do século XVIII e início do século XIX) quase pôs fim ao dilema de existirem ou não esses dois direitos, pois os códigos (normas estatais,

direito positivo), na idade contemporânea, buscaram absorver em seus textos, parcimoniosamente, o direito comum e natural (Bobbio, 2022, p. 40).

O Código austríaco de 1811 seguiu exatamente esse caminho, estabeleceu que, se um caso não pudesse ser resolvido pela lei, nem pela analogia, dever-se-ia decidir segundo os princípios do direito natural (Bobbio, 2022, p. 53). A concepção de código de John Austin (1790-1859) era compatível com tal projeto de absorção, pois entendia que o código não precisava destruir o estabelecido (o direito comum): a codificação é uma roupagem ao direito que vigorava, é um instrumento apenas de progresso técnico (Bobbio, 2022, p. 130).

A concepção de código de Jeremy Bentham (1748-1832) era diversa, era mais compatível com a instauração de um novo direito que suplantasse inteiramente qualquer regramento anterior, pois o via como um instrumento para moldar – sob o influxo do iluminismo racionalista e revolucionário – uma nova ética, objetiva e universal (Bobbio, 2022, p. 111). Foi essa concepção de rompimento que, de alguma forma, preparou o terreno para brotar o olhar positivista.

O Código Napoleônico, quando moldado (texto original), permitia a integração do direito natural. No entanto, quando aprovado, acabou (em razão de um veto), segundo a leitura de seus intérpretes da época, consolidando o rompimento com o direito natural.

A França pré-revolucionária estava mergulhada em um emaranhado de normativas limitadas territorialmente e de matizes diversos. A região setentrional ancorava-se notadamente nos costumes locais, no direito costumeiro; a região meridional, especialmente no direito comum romano, no direito escrito (Bobbio, 2022, p. 80). Os juristas da revolução queriam eliminar esse emaranhado, estabelecendo um direito baseado na natureza e adaptado às exigências humanas universais (Bobbio, 2022, p. 81). Sieyès entendia, inclusive, que no dia que se realizasse a codificação, o Judiciário não precisaria mais se debruçar sobre qual seria a norma aplicável ao caso, poderia restringir-se a apenas julgar os fatos (Bobbio, 2022, p. 82).

A convicção iluminista revolucionária da necessidade de um direito positivo novo (completo, lógico e sistemático) implicou até mesmo no fato de a Constituição francesa de 1791 e a de 1793 abraçarem expressamente o “princípio da codificação”.

O Código Napoleônico de 1804 nasceu acompanhado pela lógica de compendiar o que dantes se cristalizou de modo esparsa no direito comum francês, de maneira sistemática, como dantes estabelecera o jurista Robert Joseph Pothier (Bobbio, 2022, p. 88). Ou seja, não nasceu propriamente ancorado na ideia de rompimento, mas na ideia de uma sistematização lógica, conceitual e doutrinária do que antes fora estabelecido.

O artigo 4º do Código Napoleônico estatuiu o dever de o juiz julgar, de o juiz não poder recusar qualquer caso sob o argumento de não haver regulação normativa sobre o caso. O artigo 9º previu, em complemento, que diante da falta da lei, os juízes deviam valer-se da equidade, das leis naturais e dos costumes.

Ocorre que o artigo 9º do Código Napoleônico foi vetado. Diante disso, os intérpretes do Código passaram a entender que o juiz – por não poder deixar de julgar, mas também por não poder suprir ao legislador no seu papel criador – devia buscar dentro do próprio sistema a solução para o caso, valendo-se da analogia ou de normas dedutíveis dos princípios gerais presentes no ordenamento jurídico (Bobbio, 2022, p. 90).

Escola da Exegese

A Escola da Exegese, sob esse olhar, acabou por consolidar essa ideia, a de que o juiz devia basear-se apenas na lei, no código, para resolver qualquer controvérsia (Bobbio, 2022, p. 103). Para tanto, nos casos em que a regra não brotasse imediatamente do próprio texto legislativo (obscuridade ou lacuna), o juiz poderia apenas buscar a vontade do próprio legislador: (a) a vontade real, se a situação está regulada, mas a solução ainda está obscura, valendo-se nesse caso da analogia; (b) a vontade suposta, se a situação nem mesmo está regulada, valendo-se dos princípios gerais do direito que estiverem positivados (Bobbio, 2022, p. 105).

O codicismo inaugurador de uma “nova” ordem e o entendimento que se firmou na Escola da Exegese foram os terrenos de desenvolvimento para o positivismo.

Escola Histórica

Nas terras germânicas, a Escola Histórica – paradoxalmente – também preparou o terreno para o positivismo, visto que estabeleceu uma crítica radical ao jusnaturalismo, destronando-o das mentes jurídicas (Bobbio, 2022, p. 56).

Pelo historicismo enraizou-se a percepção de não haver “o homem” com uma natureza sempre igual e imutável, de existirem, em verdade, muitos homens diferentes entre si. Para a Escola Histórica, a simples observação dos tempos desvelava profundas transformações na vida dos indivíduos e das comunidades, não uma realidade universal (Bobbio, 2022, p. 59); as diversidades locais, alegavam, não pareciam ter nada de natural (Bobbio, 2022, p. 72).

Em consequência, o historicismo propugnou não haver um único direito, igual em todos os tempos e lugares (ideia estruturante dos jusnaturalismos cosmológico, teológico e racionalista), mas o direito de cada tempo e de cada espaço (Bobbio, 2022, p. 63), que é desvelado não por uma razão universal, nem pelas leis artificialmente estabelecidas (razão pela qual se opunha ao codicismo), mas pelo gradativo reconhecimento daquilo que se moldou ao longo do tempo no âmbito social – razão do apego ao direito romano – e através dos costumes – razão do apego ao antigo direito germânico (Bobbio, 2022, p. 64).

No olhar historicista, genuíno seria apenas o direito que fosse expressão imediata da realidade histórica-social (Bobbio, 2022, p. 65).

De qualquer forma, o embate da Escola Histórica com o jusnaturalismo abriu espaço também para o positivismo, que não é propriamente historicista.

Escola Pandectista

De outro lado, ainda nas terras germânicas, Friedrich Carl von Savigny propôs um método para o desvelar do direito que moldou a Escola Pandectista, considerar a obra dos cientistas do direito (Bobbio, 2022, p. 75). Essa ideia também foi relevante para o positivismo.

Para o codicismo, o direito tinha de ser expressão da autoridade (para valer e ser eficaz, tinha de ser estatuído e posto em vigor pela autoridade, pelo Estado) e da razão (não advir do capricho da razão da autoridade do momento, mas das razões dos doutos, como

propôs Savigny). De outra forma, era uma expressão do absolutismo iluminado (Bobbio, 2002, p. 67).

Observe-se o quanto essas ideias permanecem.

Os códigos do século XX nasceram das mãos de juristas (comissões instituídas para esses fins) ou se ancoraram em grandes obras doutrinárias. Não foi somente o Código Napoleônico que teve estreita correspondência com o Tratado de Direito Civil de Pothier (Bobbio, 2022, p. 88). Em terras latino-americanas e brasileiras, é conhecida a influência projetada pelo código elaborado por Teixeira de Freitas e pelo código elaborado por Clóvis Bevilacqua.

Autoridade e Força Estatal

A formação do Estado moderno no continente europeu alterou ainda mais a realidade, pois o Estado concentrou em si todo o poder, inclusive o monopólio da produção do direito. O juiz, por sua vez, deixando de ser órgão da sociedade e passando a ser órgão do Estado, passou a ter de resolver as controvérsias ancorado somente nas normas produzidas ou reconhecidas pelo Estado (Bobbio, 2022, pp. 35-36).

Na Inglaterra, o *common law* (direito comum ou consuetudinário, que surgiu diretamente das relações sociais, mas se tornou um direito de elaboração judiciária) sempre prevaleceu diante do *statute law*, do direito positivo instituído pelo poder soberano (Bobbio, 2022, pp. 40-41). Jaime I e Carlos I tentaram impor a preeminência e exclusividade do direito estatutário, mas não venceram a firme oposição de diversos juristas, notadamente de Edward Coke (Bobbio, 2022, p. 42).

Ocorre que foi a crítica dirigida a Edward Coke por Thomas Hobbes que deu origem ao substrato teórico para se considerar direito apenas ao direito posto pelo Estado. Hobbes talvez tenha enxergado essa como a única solução para enfrentar a anarquia que se encontrava a Inglaterra e a Europa, especialmente em função da guerra das religiões. Para combater as lutas internas, que destruíam a ordem e a paz, Hobbes enxergou e teorizou a necessidade de um único poder soberano (Bobbio, 2022, p. 45).

O Estado, como foi visto por Hobbes, possui o poder de estatuir normas reguladoras das relações sociais, porque ele surgiu para esse fim (Bobbio, 2022, p. 42). Mais ainda, as normas estatuídas pelo Estado são as únicas efetivamente jurídicas, porque são as únicas que estabelecem um comando, que podem ser impostas (Bobbio, 2022, p. 42).

Em Hobbes, vê-se, portanto, as bases formalistas do positivismo (direito é aquilo que formalmente tenha sido estabelecido pela autoridade, segundo um procedimento estabelecido, não importa o conteúdo), assim como as bases imperativistas (o direito é um comando, uma ordem ou uma proibição), propugnadas também por Austin (Bobbio, 2022, p. 126).

A monopolização da produção do direito pelo legislador era uma necessidade da concepção absolutista de Thomas Hobbes, mas também era – curiosamente – uma decorrência da concepção liberal. De um lado, porque a eliminação dos poderes normativos intermediários e o estabelecimento de um poder normativo para todos protegia contra as arbitrariedades de tais poderes intermediários, representava até mesmo uma barreira ao arbítrio do poder judiciário (Bobbio, 2022, p. 47). De outro lado, porque o estabelecimento

de um poder normativo diverso do príncipe (teoria da separação dos poderes de Montesquieu) freava as arbitrariedades também do soberano (Bobbio, 2022, p. 47). Ademais, com a concepção liberal-democrática atrelada a ideia da representatividade, a lei tendia a ser para o bem do povo, não para as arbitrariedades do soberano (Bobbio, 2022, p. 47).

Na visão de Montesquieu, a decisão do juiz é uma reprodução da lei, não uma fantasia pessoal, o que impede arbitrariedades (Bobbio, 2022, p. 48).

Na visão de Cesare Beccaria, a lei parlamentar é a que estabelece a segurança do direito também contra as arbitrariedades, de modo que o cidadão saiba previamente se o seu comportamento está conforme ou não com a lei; para que não haja crime, nem haja pena sem prévia lei (Bobbio, 2022, p. 49).

Os antecedentes históricos e doutrinários remotos permitem-nos perceber melhor a ampla ideia positivista (que se firmou efetivamente no século XIX e XX) de que não há outro direito que o direito positivo, o direito socialmente (não naturalmente) estabelecido por um soberano concreto (chefe do Estado ou o parlamento, nos estados modernos) mediante leis (normas gerais e abstratas) imperativas. Ideia que implicou – com o auxílio das codificações, que suplantaram o caos normativo anterior e se estabeleceram com a marca da completude – a lei tornar-se a fonte predominante do direito; mais ainda, o próprio objeto do direito.

2. Olhares do constitucionalismo

Dois modelos paradigmáticos inauguraram o constitucionalismo do Estado moderno. Pelas mãos dos fundadores norte-americanos, o modelo de um Direito subordinado e que presta vassalagem aos direitos individuais e, em consequência, à Constituição, no qual o legislador encontra seu limite; que instituiu a supremacia da Constituição, inclusive com os mecanismos de controle dessa hierarquia. Pelas mãos dos revolucionários franceses, o modelo de um Direito condicionado e comprometido, no qual o legislador recebe os fins e os objetivos fundamentais que deve assegurar no âmbito do exercício das liberdades políticas. O que significava, notadamente, evitar turbacões.

Seja pela pauta negativa norte-americana (o que não se pode fazer: caminhar contra os direitos individuais), seja pela pauta positiva francesa (o que se tem de fazer: garantir o exercício das liberdades contra turbacões), desde então, essas formas de se estruturar o arcabouço normativo alastraram-se pelos Estados soberanos, modificando de diversas maneiras o idealismo e o voluntarismo que pautavam as teorias do Direito de até então.

Romperam com o idealismo puro, porque as escolhas fundamentais passaram a ser consolidadas historicamente pelos participantes (constituintes) e deixaram o mundo abstrato das ideias. O pensamento jurídico aliou-se a um idealismo mitigado, porque permaneceu a ideia de que as escolhas fundamentais continuam a conduzir o direito, mas essas passaram a ser vistas como concretas, ou seja, as escolhas materializadas nas normas postas. Romperam com o voluntarismo normativo irrestrito, porque o legislador passou a ter uma vontade subordinada e direcionada. O pensamento jurídico aliou-se a um voluntarismo moderado, porque continuava rejeitando a subordinação da vontade constituinte à dinâmica supraestatal.

De qualquer forma, o constitucionalismo constituiu-se fundamentalmente, até meados do século XX, como uma ideologia dirigida à limitação negativa ou à conformação positiva do poder, dirigida à defesa ou a evitar entraves para o desenvolvimento dos direitos fundamentais individuais ou políticos.

O constitucionalismo não chegou a ser, no seu alvorecer, relevante como teoria do direito. A teoria dominante do século XIX e da primeira metade do século XX foi, sem dúvida, uma só: a positivista.

O constitucionalismo do final do século XX – imbuído da ideia da constitucionalização, ou dependente de uma Constituição densamente rematerializada (Prieto Sanchís, 2007, p. 234) – e constitucionalismo de princípios do século XXI, já na sua versão nova (neoconstitucionalismo), difere, no entanto, do constitucionalismo anterior.

2.1. Fenômeno da constitucionalização

Segundo Miguel Carbonell (2010, p. 159), por constitucionalização há que se entender o fenômeno da impregnação do sistema jurídico pelas normas constitucionais, que são tão invasivas e intrometidas que são capazes de condicionar toda a legislação, toda a jurisprudência e até mesmo a ciência do Direito. Ou, como afirmou Riccardo Guastini (2003, p. 49), capaz de condicionar a legislação, a jurisprudência, o estilo doutrinal, a ação dos poderes políticos e até mesmo as relações sociais.

Decorre de uma soma de ideias e ideais dantes consolidados:

- (a) da opção pela rigidez da Constituição, que garante sua supremacia e estabilidade;
- (b) da consolidação de diversos mecanismos judiciais de exclusão do inconstitucional;
- (c) da ideia de que todas as normas são plenamente aplicáveis (independentemente de sua estrutura ou conteúdo) e obrigatórias (como afirmava Hesse);
- (d) de ser adequada uma interpretação extensiva, diante da sociedade aberta dos intérpretes (como defendeu Häberle) e do dever de realizar a constituição ou da proclamada vontade de Constituição (expressão de Hesse);
- (e) da convicção de que todo o ordenamento pode ser interpretado à luz da Constituição (interpretação conforme a Constituição);
- (f) da convicção de que todos os espaços do fazer estatal estão sujeitos a parâmetros constitucionais, inclusive as políticas públicas.

2.1.1. Constitucionalização de INSTITUTOS

Constitucionalização é um termo que pode significar o fato de algo, algum assunto, algum instituto, ingressar formalmente no corpo da Constituição.

A constitucionalização de qualquer instituto ou comando normativo (mesmo que vetusto), de fato, não pode ser visto como um fenômeno banal. Pelo contrário, é algo que deve ser observado e analisado com muita diligência, pois a inserção de qualquer comando normativo ou instituto na Constituição traz incontáveis aportes novos, pois lhes confere o vigor das normas constitucionais:

- (a) Traz o instituto ou comando normativo para o rol dos fundamentos do ordenamento jurídico, o que certamente altera reflexamente sua hierarquia no sistema jurídico infraconstitucional, sua relevância na própria normativa que anteriormente já o previa;
- (b) Revela a proximidade do comando ou instituto com os anseios mais básicos da nação, o que juridicamente exige identificar sua conexão com os princípios fundantes das Constituições modernas: igualdade, democracia, dignidade, segurança jurídica; com a doutrina dos direitos humanos e fundamentais;
- (c) Estabelece novo conteúdo significativo ao comando ou instituto (pela interligação com os princípios fundantes ou pelos termos em que é previsto constitucionalmente), inalterável pela legislação infraconstitucional e em alguns casos até por emenda constitucional.
- (d) O regime constitucional brasileiro aponta ainda uma consequência peculiar (art. 246): se a constitucionalização se deu por emenda constitucional, no período de 01/01/1995 a 11/09/2001, o comando ou instituto fica imune a eventual regulamentação pela via da medida provisória.

Há que se destacar, em especial, o aporte do novo conteúdo significativo (terceiro item), o efeito mais profundo da constitucionalização. Exemplificamos com a constitucionalização operada no Brasil do instituto da fundamentação das decisões judiciais (Marinoni, 2006), previsto em nosso ordenamento muito antes da Constituição de 1988.

Do ponto de vista infraconstitucional, a fundamentação das decisões judiciais sempre apresentou a finalidade “endoprocessual” de “convencer as partes” (estrutura-se a partir da análise das questões de fato e de direito apresentadas pelas mesmas) “sobre a justiça da decisão” (porque determinados fatos e argumentos de direito sobrepõem-se aos demais e fundam o ato decisório), “determinando o alcance da decisão” (que pretensões e defesas foram acolhidas e rejeitadas).

Do ponto de vista constitucional (art. 93, IX e X da CF/1988), verificada suas conexões com os princípios fundantes da igualdade e da democracia – e seus desdobramentos, como são o contraditório e a publicidade, passa a apresentar a finalidade “extraprocessual” de “convencer a sociedade” (revelando-se publicamente os fatos tidos por provados e relevantes, por não provados ou irrelevantes) “sobre a justiça da decisão” (revelando-se o que o direito e seus princípios postulam como solução mais adequada), “determinando o alcance da norma jurídica construída diante do caso” (que servirá, em função da igualdade para casos futuros semelhantes).

2.1.2. Constitucionalização DO DIREITO

O termo constitucionalização é utilizado para desvelar o que sucede com “o Direito” em Estados que adotaram o paradigma da Constituição. Desvela, portanto, o impacto, o resultado da presença constitucional. Em outras palavras, a transformação, a impregnação do Direito pela Constituição.

Fenômeno que pode ser constatado por diversas notas:

- (a) A Constituição ou as Leis constitucionais tornam-se resistentes à legislação ordinária; ou seja, se uma nova lei dispuser algo em contradição com a Constituição, esta continua inalterada e prevalece (rigidez e supremacia);
- (b) O sistema jurídico passa a contar com mecanismos de controle da compatibilidade ou da adequação do estabelecido pelos atos normativos ou administrativos de qualquer dos Poderes e o estabelecido pela Constituição (controle de constitucionalidade);
- (c) A Constituição passa a ser utilizada como norma, como comando imperativo que exige desenvolvimento, não como simples declaração política ou de conveniência (força normativa da Constituição);
- (d) Alguns dos comandos constitucionais passam a ser enquadrados como premissa lógica do qual todas as demais ilações jurídicas são derivadas; passam a ser compreendidos como princípios estruturantes – não como os vetustos princípios jurídicos que desempenhavam função supletiva, mas como um renovado tipo de princípio, um princípio que se aproxima de uma orientação onipresente (ubiquidade constitucional);
- (e) Todas os comandos do sistema, ou mesmo de subsistemas, passam a ter que ser interpretados conforme a Constituição, na forma pré-moldada da Constituição (interpretação conforme à Constituição).

Os efeitos da constitucionalização do Direito são muito profundos, implicam a alteração dos postulados, das premissas de todos os subsistemas jurídicos de um Estado constitucionalizado.

Veja-se, por exemplo, o efeito no âmbito dos postulados clássicos do Direito Administrativo (Binebojm, 2006):

- (a) A supremacia do interesse público tem de ser substituída pela prevalência a priori desses, visto que eventual embate com direitos fundamentais pode exigir juízos de ponderação;
- (b) A legalidade tem de ser conjugada com a juridicidade, pois admite-se a pluralidade de fontes normativas;
- (c) A intangibilidade do mérito administrativo tem de ser suplantada pelos graus de vinculação, exigidos pelo caminho formal da legitimação democrática e pela senda da compatibilidade material com os princípios constitucionais.;
- (d) O postulado do Poder Executivo Unitário, ancorado nas relações de subordinação hierárquica, tem de ser revisto em função do nascimento da Administração policêntrica – decorrente da criação das Agências Nacionais (necessária aos Estados comprometidos com a realização dos direitos) e em função da internacionalização do Direito – que internaliza no sistema agentes e compromissos internacionais (necessária também diante da constatação fática de que há direitos que somente podem ser realizados pela via da cooperação internacional).

Os efeitos destacados da constitucionalização dos institutos e da constitucionalização do Direito não deixam de ser consequências de a Constituição assumir, de fato e integralmente, o papel de fundamento.

3. Olhares do Neoconstitucionalismo

Segundo Barberis (2006, p. 19), o termo neoconstitucionalismo talvez tenha surgido e se alastrado depois de uma comunicação de Suzana Pozzolo (que ocorreu no XVIII Congresso Mundial de Filosofia Jurídica y Social, em Buenos Aires, em 1997), em que a autora utilizou o termo para abraçar uma série de teses intermediárias ao jusnaturalismo e ao positivismo jurídico.

Barberis, mais crítico, valeu-se do termo para um único significado, para o posicionamento teórico que defende haver um vínculo necessário e contingente do Direito e da Moral, em todos os Estados que adotaram uma Constituição: “O neoconstitucionalismo, efetivamente, gira em torno da tese da conexão necessária entre direito e moral no Estado constitucional” (Barberis, 2006, p. 22).

Desde os estudos de Guastini, segundo relata Barberis (2006, p. 20), neoconstitucionalismo poderia indicar o processo que leva à completude do direito ancorada nos princípios e nos valores constitucionais.

O que é exatamente o neoconstitucionalismo é tão difícil de se estabelecer quanto foi e continuará a ser o dizer o que é o positivismo ou o jusnaturalismo. Pois, todos esses pensamentos são compostos de uma miríade de facetas e cada autor que se debruça sobre esses pensamentos, apresenta explicações diversas. Por isso, optamos por falar em olhares.

De qualquer forma, o olhar do neoconstitucionalismo colocou a limitação dos Poderes e a defesa dos direitos em segundo plano (mudança de ênfase que pode ser compreendida sociologicamente: diante da propagação de sociedades que momentaneamente se democratizaram e lançaram na memória – retirando da *psykhé* – o fantasma do absolutismo). Ao passo que alçou ao primeiro plano um ajustamento diferenciado dos Poderes (não somente do Legislativo), uma realização peculiar dos direitos (não meramente normativa).

O foco do neoconstitucionalismo passa a ter acuidades diferenciadas. Não basta garantir, assegurar os direitos ou as liberdades previstas na Constituição contra turbacões, é preciso realizar os direitos e mais ainda, sempre que possível, desenvolvê-los, ampliá-los de todas as formas possíveis. A atenção que se dá aos Poderes não tem mais a marca da inimizade (do Estado contra o *status libertatis*), mas da aliança (Estado comprometido com o *status libertatis*), razão pela qual o neoconstitucionalismo convocou todos os Poderes à vigília de atualizar gradativa e progressivamente, sempre que possível, novas concretizações dos direitos.

Esse constitucionalismo renovado, o neoconstitucionalismo – amparado por uma teoria, uma ideologia e um posicionamento científico que adquiriram densidade –, parece atingir a adesão de tantos autores (observe-se, nesse sentido, as coletâneas organizadas por Miguel Carbonell) que poderia ser reconhecido como uma proposta concorrente com a positivista.

Como vem apontou Ricardo Maurício Freire Soares, o constitucionalismo até a metade do século XX não foi capaz de desenvolver uma teoria robusta para invalidar o positivismo, por diversas razões, em especial porque o positivismo ainda estava fortalecido. O neoconstitucionalismo, ao contrário, apresenta-se explicitamente como um novo modelo de compreensão e aplicação do direito (Soares, 2024b, p. 232).

4. Ideologias positivistas, constitucionalistas e neoconstitucionalistas

As concepções científicas (o que se considera direito) e as teóricas (ideias que operacionalizam o direito) sobre o direito decorrem de um pressuposto ideológico, de qual é o direito a que se deve prestar obediência ou de que tipo de obediência é admissível.

Pozzolo (2006, p. 78) afirma que a concepção sobre o que é a Constituição estabelecida na consciência determina a própria percepção da realidade, direciona a prática do jurista e acaba por reconfigurar a própria realidade.

Vamos mais além, a ideologia estabelecida de obediência ao direito condiciona a ciência do direito e as teorias do direito.

4.1. Positivismo Ideológico clássico (obediência cega)

Para o positivismo extremado (ancorável em pensamentos radicais anteriores como os de Jean Bodin e de Thomas Hobbes), dever-se-ia obedecer à lei simplesmente porque é a lei. De maneira absoluta e incondicional, pois a lei é a única fonte qualificadora do direito, porque o direito estatal e legislativo é o único legitimado a ordenar. Não importa se as leis são justas, importa se são leis. Para essa posição radical, se são leis são justas.

A ambição do positivismo sempre foi a de assumir uma atitude neutra frente ao direito, para estudar o direito que é, não o direito que deveria ser. Ou seja, ser uma teoria (expressão de uma atitude cognoscitiva diante da realidade) e não uma ideologia (expressão de uma atitude valorativa diante da realidade). Ocorre que, na realidade, de certo modo não atingiu esse desidério, pois, mesmo que implicitamente, acaba por ser também um modo de querer o direito; portanto, uma ideologia (Bobbio, 2022, p. 262).

A ideologia presente no positivismo jurídico é uma doutrina ética, a do “dever absoluto ou incondicionado de obedecer à lei enquanto tal” (Bobbio, 2022, p. 264), que se faz compreensível nos contextos histórico e cultural que o circundavam.

Do ponto de vista histórico, naquele momento, se reconhecia existir um único sistema regulador da conduta humana, o ordenamento jurídico estatal-legislativo. Porque não se reconhecia outra fonte para ditar o comportamento devido, a que existia tornava-se inquestionável.

Do ponto de vista cultural (moldado especialmente pela Escola Histórica do direito), a justiça passou a ser vista como aquilo que os homens estabeleciam, convencionavam. Porque o justo é o posto, a obediência à lei (ao posto, enquanto tal) é a postura consequente.

4.2. Positivismo Ideológico moderado (obediência *prima facie*)

Para o positivismo moderado (compatível com o constitucionalismo francês), a lei teria um valor enquanto tal, independentemente de seu conteúdo, mas não porque seja sempre por si justa, mas porque esse é o meio necessário para realizar a ordem. Preferir-se-ia a ordem à anarquia. A avaliação da justiça não competiria ao operador do direito, apenas à esfera política.

Independente do argumento de justiça, o positivismo desenvolveu apreço a obediência ao direito posto porque ele foi visto como um instrumento adequado (valor instrumental) para realizar a ordem, com igualdade e com certeza. Igualdade, porque a lei, em regra, tem a marca da generalidade; ou seja, não é dirigida a uma pessoa particular, mas a todas as pessoas. Certeza, porque a lei, em regra, tem a marca da abstração; ou seja, não é dirigida a uma ação particular, mas a uma categoria de ações, o que traz previsibilidade (Bobbio, 2022, p. 271). Se queremos esses bens, devemos obedecer à lei.

O apreço pela ordem, igualdade e certeza e, por consequência, pela obediência à lei não foram criações do positivismo, apenas acompanharam os positivistas moderados. Esses postulados foram forjados antes pela doutrina liberal do século XVIII, como freio aos arbítrios do poder (Bobbio, 1996, p. 144). Em épocas de confiança na bondade das leis (em paralelo, na bondade dos legisladores), de crenças na lei ser efetivamente um instrumento de garantia contra o poder (não um instrumento do poder) parece natural obedecer à lei, enquanto tal, mas por esses motivos (Bobbio, 1996, p. 145).

Esses posicionamentos parecem deslocados dos tempos atuais – desde os julgamentos de Nuremberg, em que a justiça foi resgata para o interior do pensamento jurídico –, mas tiveram um papel muito importante para a consolidação, na história dos povos, do governo das leis e não de homens; para a consolidação do Estado de Direito.

Certamente sempre foram inviáveis em terras norte-americanas, que admitiram em tenra idade mecanismos de inaplicação judicial de normas inconstitucionais, que contrariassem os direitos que antecedem à Constituição. Mas sobreviveu por longo espaço de tempo em terras europeias, especialmente nas terras francesas marcadas pela soberania popular parlamentar, pois a lei era vista como fruto do exercício dos direitos ou liberdades políticas. Embora, desde Kelsen (um dos mais importantes positivistas clássicos, ao lado de Alf Ross e Herbert Hart), o direito europeu tenha matizado a obediência à lei (tornando-a obediência *prima facie*) quando reconhecida pelo tribunal constitucional como inconstitucional.

A obediência *prima facie* não uma obediência irrestrita. Na verdade, como afirma García Figueroa, a obediência *prima facie* implica em reconhecer que não é todo o Direito do Legislador que deve ser obedecido (2003, p. 171), que a obediência ao Direito é uma obediência debilitada, imperfeita, limitada (2003, p. 172).

É preciso fazer a ressalva de que a investigação sobre o que leva o sujeito à obediência não foi o foco de Kelsen (Sastre Ariza, 199, p. 19), nem de Hart. Kelsen descarta a possibilidade de afirmar que o direito, como ordem coercitiva, seja eficiente ou não para gerar o comportamento lícito (Kelsen, 1998, pp. 33-34). Hart fala que essa questão é complexa e não pode ser resolvida pela ideia de que a obediência advém da coercibilidade natural do sistema (Hart, 2001, pp. 60-70).

Somente Alf Ross – considerando os três maiores positivistas: Kelsen, Ross e Hart – colocou a obediência no eixo de sua discussão; pois, para ele, a vigência da ordem jurídica depende de ela ser efetivamente obedecida, de suas normas serem vividas como socialmente obrigatórias (Ross, 1963, p. 34). Embora, Ross tenha estabelecido uma guinada, ao afirmar, logo na sequência, que o que importa, efetivamente, é aquilo que os tribunais consideram obrigatório, aquilo que os tribunais impõem ao aplicar o direito caso a caso, regularmente (Ross, 1963, pp. 34-38).

Verdross já havia criticado ao positivismo pelo que ele chamou de obediência estúpida, incondicional e absoluta. Alf Ross, no entanto, há tempos apontou que a obediência do positivismo que o empirismo propunha (e ele mesmo) não era incondicionada, estava condicionada à verificação fática (empírica) do direito aplicável regularmente pelos juízes e da consciência jurídica dominante derivada dessa regularidade (Ross, 1977, p. 71), em outras palavras, à aceitação histórica (Ross, 2001, p. 22). Nas palavras de Hart, usadas por Ross: “a la manera como los tribunales identifican lo que debe ser considerado derecho, y a la aceptación general o aquiescencia respecto de estas identificaciones” (Ross, 2001, p. 29).

4.3. Constitucionalismo Ideológico (obediência condicionada)

No constitucionalismo (especialmente o norte-americano), se admite naturalmente que nem todo direito legislado deve ser obedecido. Propugna-se a obediência ao direito, mais do que à lei. A lei conta apenas com uma obediência limitada, condicionada à compatibilidade com a Constituição (embora essa nova lógica não fosse absoluta ou aberta a todos, pois sempre se exigiu a intervenção judicial justificadora da desobediência).

Em verdade, no momento em que o sistema adota uma regra de conhecimento que reivindica além dos elementos formais (legitimidade do poder de fazer leis), elementos materiais (compatibilidade ou adequação de conteúdo), torna-se impossível uma versão estrita do positivismo ideológico. Sob o olhar constitucionalista, portanto, não é mais possível obedecer à lei somente porque é uma lei, é possível sustentar apenas uma obediência condicionada à constitucionalidade.

Pisarello e Manrique (2009, p. 19), ao apresentar o pensamento de Ferrajoli, explicam: o constitucionalismo supõe modificar o discurso tradicional (só descritivo) para convertê-lo em um discurso crítico, porque a tarefa de descrição do direito inclui também a constatação do direito que constitucionalmente deve ser. Mais ainda: a conexão entre a moral e o direito se estabelece, pela Constituição, de maneira contingente, esgotando as exigências ético-políticas de sua época (Pisarello; Manrique, 2009, p. 25). Ou, como disse Garcia Figueroa, a Constituição o léxico moral no seu texto e funda a dimensão moral do direito positivo (2009, p.95).

No mesmo sentido, afirma Soares (2024b, p. 237): “a internacionalização dos valores consubstanciados pelos princípios jurídicos, revela-se favorável à ideia de uma aceitação moral do direito”.

Com esse constitucionalismo positivista (expressão de Pisarello e Manrique), a obediência adquire esse condicionamento, a compatibilidade com a constituição, com o direito que deve ser.

É nesse contexto que se admitiu o Judiciário ser legislador positivo: “Quando o juiz declara a inconstitucionalidade de uma norma infraconstitucional, opera efetivamente atividade declarativa (reconhece sua impossibilidade de produzir efeitos para o caso – no controle difuso, ou para todos – no controle concentrado) ou constitutiva negativa (desconstitui sua eficácia para o caso ou para todos). Em suma, desempenha a função de legislador negativo” (Lamy, 2010, p. 216).

4.4. Neoconstitucionalismo Ideológico (obediência inteligente)

Sob o olhar neoconstitucionalista, vai-se além da obediência condicionada.

É preciso servir à lei adequada à Constituição, mas também servir-se da lei, pois ela pode ser utilizada como instrumento poderoso de realizar no mundo dos fatos os propósitos constitucionais (notadamente os direitos humanos), adaptando-se sempre aos novos tempos (Soares, 2019, 73), a visão atualizada de justiça (Soares, 2019, p. 76)

Abrem-se as portas para a obediência inteligente, interessada.

Serve-se da lei, mesmo que para isso utilizem-se técnicas que extravasem os limites estritos de seu texto, pois o neoconstitucionalismo, no plano conceitual, rejeita o direito como um sistema de normas determinado, fechado e estático (Garcia Figueroa, 2009, p. 257).

Essa concepção que permitiu Friedrich Müller afirmar que a norma jurídica não está pronta e acabada, não está substancialmente concluída pelo texto (Müller, 2000, p. 62), que o texto da norma apenas demarca as fronteiras extremas (Müller, 2000, p. 75) que a norma tem intrínseca dependência do âmbito e do caso jurídico a ser regulado (Müller, 2000, p. 63).

Não apenas se interpreta tecnicamente a lei extraíndo como jurídicos apenas os significados compatíveis com a Constituição, faz-se leitura que permita a lei se tornar adequada (técnica da interpretação conforme a Constituição).

É esse contexto que admitiu o Judiciário ser legislador positivo: “No entanto, quando destaca o significado compatível com a Constituição (usando a técnica da interpretação conforme a Constituição) ou quando afasta apenas os significados incompatíveis (declaração parcial de inconstitucionalidade, sem redução do texto), desenvolve verdadeira atividade produtiva, pois concretiza (torna ato) uma nova norma jurídica antes apenas em potência. Momento em que desempenha verdadeira função de legislador positivo” (Lamy, 2010, p. 216-217).

No neoconstitucionalismo, a incompletude ou incerteza das normas constitucionais deixa de ser um problema para converter-se em instrumento estrutural e funcional de que se serve o direito para ser operativo na hora de resolver os casos (Garcia Figueroa, 2009, p. 262).

Por outro lado, interpreta-se criativamente a lei. Projetando-se a luz Constitucional sobre as leis, extraem-se delas o que não fora pensado pelos legisladores e nem está propriamente expresso nelas, mas o que a vontade da norma constitucional (nova soberana) almejava que fosse a lei. A lei integrada pela vontade constitucional alça novos significados (interpretação a partir da Constituição).

O neoconstitucionalismo, em termos práticos, não somente se abre a outras paragens, mas também muda de foco.

Enquanto as teorias do direito tradicionais eram focadas na convicção sobre o que é ou o que deve ser o direito, a teoria do direito neoconstitucionalista se concentra na prática, em algo menor embora mais útil, no que é possível ser feito para realizar os direitos constitucionalizados (Garcia Figueroa, 2009, p. 221). Em outras palavras, desloca-se da teorização essencialista sobre o sistema jurídico para a teorização pragmática sobre a argumentação jurídica, atual instrumento de concretização dos direitos (Garcia Figueroa, 2009, p. 222). Ou, como afirma Zagrebelsky (1997, p. 122), desloca-se da validade lógica para a validade prática.

Ou, como aponta Ricardo Maurício Freire Soares, descola-se do pensamento sistemático e agrega-se ao pensamento problemático: “Uma das mais importantes transformações paradigmáticas resultantes da emergência do pós-positivismo jurídico consiste na transição do pensamento sistemático de base lógico-dedutiva para um pensamento problemático, ancorado na ideia da realização da justiça à luz das singularidades do caso concreto” (Soares, 2024a, p. 86)

Considerações Finais

Há diversas razões históricas e teóricas que levaram o positivismo a se consolidar como modelo teórico adequado para o Direito dos séculos XIX e XX. Sua ideia de uma obediência incondicional (cega) foi relevante no momento em que se consolidavam os Estados democráticos de direito. Da mesma forma, sua ideia de obediência *prima facie* também foi relevante para que fossem moldados os direitos, em todos os cantos; para que fossem repelidas as reivindicações do poder do momento sem suporte na lei.

O constitucionalismo impingiu outras marcas para o direito e suas influências já exigiam uma revisão profunda da teoria positivista na pauta da obediência condicionada.

O neoconstitucionalismo, por sua vez, vai além, propugna não uma obediência cega, nem uma obediência condicionada, mas uma obediência inteligente e diligente, que serve à lei e serve-se da lei.

Todos esses aspectos, parecem exigir que se perceba o seguinte: já está escrito e admitido um esboço avançado de uma nova ideologia para uma nova ciência e uma nova teoria do direito.

Referências

- ALEXYY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. 2ª ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.
- BARBERIS, Mauro Giuseppe. Neoconstitucionalismo. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, v. 7, n. 1, p. 18–30, 2006. DOI: 10.62530/rbdcv7n1p018.
- BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- BOBBIO, Norberto. *Jusnaturalismo e positivismo jurídico*. Trad. Jaime A. Clasen. São Paulo: Editora Unesp; Instituto Norbert Bobbio, 2016.
- BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Trad. Luiz Sérgio Henriques. São Paulo: Edipro, 2022.
- PRIETO SANCHÍS, Luis. *El constitucionalismo de los derechos*. In: CARBONELL, Miguel (org.). *Teoría del neoconstitucionalismo*. Madrid: Trotta, 2007.
- CARBONELL, Miguel. *El neoconstitucionalismo: significado y niveles de análisis*. In: CARBONELL, Miguel; GARCÍA JARAMILLO, Leonardo (org.). *El canon neoconstitucional*. Madrid: Trotta, 2010.
- DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico*. As faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da Constituição. São Paulo: Landy Editora, 2006.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. *La teoría del derecho en tiempos de constitucionalismo*. In: CARBONELL, Miguel (org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003.
- GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. *Criaturas de la moralidad: una aproximación neoconstitucionalista al derecho a través de los derechos*. Madrid: Trotta, 2009.
- GUASTINI, Riccardo. *La «constitucionalización» del ordenamiento jurídico: el caso italiano*. In: CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2003.
- HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional*. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.
- HART, Herbert L. A. *O conceito de Direito*. Trad. A. Ribeiro Mendes. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: SAFE, 1991.
- KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Trad. Luís Carlos Borges. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- LAMY, Marcelo. As funções jurisdicionais e a criação de direitos. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, [S. l.], v. 15, p. 211–244, 2010. DOI: 10.62530/rbdcv15p211. Disponível em: <https://esdc.com.br/ojs/index.php/revista/article/view/266>. Acesso em: 8 jan. 2025.
- LAMY, Marcelo. *Metodologia da Pesquisa: técnicas de investigação, argumentação e redação*. 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Matrioska Editora, 2020.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil, volume 1 - teoria geral do processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2066.

MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do Direito Constitucional**. 2ª ed. rev. Trad. Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad, 2000.

PISARELLO, Gerardo; MANRIQUE, Ricardo G. *Ferrajoli y las tareas del garantismo: claves de una pasión razonada*. In: FERRAJOLI, Luigi; MORESO, José Juan; ATIENZA, Manuel. **La teoría del derecho en el paradigma constitucional**. México: Editora Cajica, 2009.

ROSS, Alf. **El concepto de validez y otros ensayos**. Trad. Genraro R. Carrió, Osvaldo Paschero, Eugenio Bulygin, Ernesto Garzón Valdés, Eduardo A. Vázquez. México: Centro Editor de América Latina, 2001.

ROSS, Alf. **Sobre el derecho y la justicia**. 4ª ed. Trad. Genaro Carrió. Buenos Aires: eitorial Universitária de Buenos Aires, 1977.

SASTRE ARIZA, Santiago. **Ciencia jurídica positivista y neoconstitucionalismo**. Madrid: Civitas, 1999.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Hermenêutica e interpretação jurídica**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. 2ª ed. São Paulo: SaraivaJur, 2024a.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Teoria geral do direito**. 6ª ed. São Paulo: SaraivaJur, 2024b.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Leys, derechos, justicia*. 2ª ed. Trad. Marina Gascón. Madrid: Trotta, 1997.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

LAMY, Marcelo. Neoconstitucionalismo ideológico. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, Vol. 24, N. 1 (jan./jun. 2024), pp. 174-192. São Paulo: ESDC, 2024. ISSN: 1983-2303 (eletrônica).

Recebido em 20/08/2024. Aprovado em 27/09/2024.



<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt-br>