Neoconstitucionalismo científico

Neoconstitucionalismo científico

Scientific neoconstitutionalism

Neocostituzionalismo scientifico

Marcelo Lamy[1]
Pós-Doutor, PPG em Direito da Saúde, Universidade Santa Cecília, Santos, SP, Brasil

RESUMO: **Contexto**: A teoria do Direito, desde o século XIX, é conduzida preponderantemente pelo positivismo jurídico. Mas, desde meados do Século XX, o surgimento da visão constitucional do Direito questiona seus paradigmas. **Problema**: Restam dúvidas se essa nova visão efetivamente estrutura uma nova teoria para o Direito, a começar, pelo viés científico. **Objetivos**: A pesquisa desenvolvida visou esclarecer exatamente isso, quais foram os novos paradigmas propostos por essa novel visão e se eles são suficientes para se enxergar um novo viés científico para a teoria do Direito. **Método**: Fez-se uma revisão narrativa de material bibliográfico, para que o pensamento positivista (traduzido de modo especial por Bobbio) fosse contraposto ao pensamento constitucionalista hodierno. **Resultados**: O positivismo propugnava uma ciência neutra, do ser; o constitucionalismo, uma ciência do dever-ser e o neoconstitucionalismo, uma ciência comprometida, do chegar a ser. **Considerações finais**: há um viés científico novo e maduro que sugere ser possível defender uma nova teoria do direito, uma teoria neoconstitucional.

PALAVRAS-CHAVE: Positivismo Metodológico; Constitucionalismo; Ciência.

RESUMEN: ***Contexto***: *La teoría del Derecho, desde el siglo XIX, ha estado impulsada predominantemente por el positivismo jurídico. Sin embargo, desde mediados del siglo XX, el surgimiento de la visión constitucional del Derecho ha cuestionado sus paradigmas.* ***Problema***: *Existen dudas sobre si esta nueva visión estructura efectivamente una nueva teoría del Derecho, partiendo de una perspectiva científica.* ***Objetivos***: *La investigación desarrollada tuvo como objetivo esclarecer exactamente cuáles fueron los nuevos paradigmas propuestos por esta nueva visión y si son suficientes para ver un nuevo sesgo científico para la teoría del Derecho.* ***Método***: *Se realizó una revisión narrativa de material bibliográfico, de modo que se contrastó el pensamiento positivista (especialmente traducido por Bobbio) con el pensamiento constitucionalista actual.* ***Resultados***: *El positivismo defendía una ciencia neutral del ser; el constitucionalismo, una ciencia del deber ser, y el neoconstitucionalismo, una ciencia comprometida, del devenir.* ***Consideraciones finales***: *existe un sesgo científico nuevo y maduro que sugiere que es posible defender una nueva teoría del derecho, una teoría neoconstitucional.*

PALABRAS CLAVE: *Positivismo Metodológico; Constitucionalismo; Ciencia.*

ABSTRACT: ***Context***: *Legal theory has been predominantly guided by legal positivism since the 19th century. However, since the mid-20th century, the emergence of the constitutional view of Law has questioned its paradigms.* ***Problem***: *There are still doubts as to whether this new view effectively structures a new theory for Law, starting with the scientific bias.* ***Objectives***: *The research developed aimed to clarify exactly this, which were the new paradigms proposed by this new vision and whether they are sufficient to see a new scientific bias for the theory of Law.* ***Method***: *A narrative review of bibliographic material was*

[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.

DOI: 10.5281/zenodo.14641275

carried out, so that positivist thought (translated in a special way by Bobbio) could be contrasted with current constitutionalist thought. ***Results****: Positivism advocated a neutral science of being; constitutionalism, a science of ought-to-be; and neoconstitutionalism, a committed science of becoming.* ***Final considerations****: there is a new and mature scientific bias that suggests it is possible to defend a new theory of Law, a neoconstitutional theory.*

KEYWORDS*: Methodological Positivism; Constitutionalism; Science.*

RIASSUNTO*:* ***Contesto****: La teoria del diritto, a partire dal XIX secolo, è stata prevalentemente guidata dal positivismo giuridico. Tuttavia, a partire dalla metà del XX secolo, l'emergere della visione costituzionale del diritto ne ha messo in discussione i paradigmi.* ***Problema****: Ci sono dubbi sul fatto che questa nuova visione strutturi effettivamente una nuova teoria del diritto, a partire da una prospettiva scientifica.* ***Obiettivi****: La ricerca sviluppata mirava a chiarire esattamente questo, quali fossero i nuovi paradigmi proposti da questa nuova visione e se siano sufficienti per vedere un nuovo pregiudizio scientifico per la teoria del diritto.* ***Metodo****: È stata effettuata una revisione narrativa del materiale bibliografico, in modo da contrapporre il pensiero positivista (tradotto appositamente da Bobbio) al pensiero costituzionalista corrente.* ***Risultati****: il positivismo sosteneva una scienza neutrale dell'essere; il costituzionalismo, scienza del dover essere, e il neocostituzionalismo, scienza impegnata, del divenire.* ***Considerazioni finali****: esiste un nuovo e maturo pregiudizio scientifico che suggerisce che sia possibile difendere una nuova teoria del diritto, una teoria neocostituzionale.*

PALORE CHIAVE*: Positivismo metodologico; Costituzionalismo; Scienza.*

Introdução

O presente texto apresenta parte dos resultados de um projeto de pesquisas que se debruçou sobre a existência e as características de uma teoria do direito que parece se desvelar em nossos tempos (finais do século XX e início do século XXI): a teoria constitucional do Direito.

Nessa investigação, fez-se uma incursão panorâmica sobre o pano de fundo, o campo de batalha dessa nova proposta: estabelecer um contraponto à teoria positivista. Seguiu-se uma lógica simples: levando em conta as várias facetas do positivismo – como ciência, como ideologia e como teoria (Bobbio, 2022, pp. 155-158) –, apontaram-se os questionamentos e as reviravoltas constitucionalistas e neoconstitucionalistas que parecem moldar uma nova teoria para o direito.

O projeto partiu da modelagem teórica do positivismo construída por Norberto Bobbio (1996, 2022), que desvelou os paradigmas necessários para a construção da teoria positivista do direito.

Norberto Bobbio, de fato, dedicou anos a estudar o formalismo, o positivismo e o jusnaturalismo. Os artigos que publicou de 1958 a 1964 foram compendiados e deram origem a sua obra "Jusnaturalismo e Positivismo Jurídico", publicada em 1965 (Bobbio, 2016).

Nesse interim, no verão de 1960, Bobbio organizou seminário com a participação de Herbert Hart e Alf Ross. Ancorado nesse seminário, conforme ele mesmo relata (Bobbio, 2022, pp. 15-17), retirou a inspiração para ministrar curso sobre o positivismo jurídico no subsequente ano acadêmico de 1960-1961, na Universidade de Turim. Por causa desse curso, em 1961, apareceu, no formato de apostila, a obra "O positivismo jurídico". Bobbio fez breves correções, mas apenas formais nesse material em 1979 (o

DOI: 10.5281/zenodo.14641275

que desvela que seu pensamento continuava o mesmo). Em 1996, com a roupagem tipográfica, assumiu a forma de livro.

Ancorada nessas duas obras, a investigação assumiu, em primeiro plano, a tarefa recomendada por Ihering, no último volume de sua obra O espírito do direito romano, para a ciência jurídica, a tarefa de simplificar o material jurídico encontrado, valendo de simplificações quantitativas e qualitativas (Bobbio, 2022, p. 148-152), sem deixar de consultar as obras originais referidas por Bobbio.

Em segundo plano, a presente investigação buscou compendiar as propostas desenhadas por juristas que afirmam existir novos "ismos" a se considerar, o constitucionalismo e neoconstitucionalismo, e que implicam ser necessário uma nova teoria do direito. Por todos os que aparecerão nos tópicos seguintes desse texto, emprestam-se as palavras de Luis Prieto Sanchís: "no cabe la menor duda de que ese constitucionalismo [europeo de posguerra] ha propiciado el alumbramiento de una teoría del derecho en muchos aspectos distinta y hasta contradictoria con la teoría positivista" (Sanchís, 2007, p. 213).

O olhar neoconstitucional sobre o direito ancorou-se na renovação teórica patrocinada por Friedrich Müller (2000). Ademais, conjugaram-se os olhares de Robert Alexy (2002), Ronald Dworkin (1999, 2002) e José Joaquim Gomes Canotilho (2003).

Müller foi responsável talvez pela maior viragem conceitual hodierna do direito ao desvincular os direitos das amarras absolutas do texto normativo, ao desvendar que o texto sempre é e deve ser interpretado com os aportes contextuais. Alexy é o responsável pela propagação da ideia também revolucionária de colisão de direitos (não do conflito de normas) e da solução circunstanciada. Dworkin, foi o autor que fez a doutrina refletir, em todos os cantos, sobre a conotação moral das normas-princípio, sobre o direito ser acima de tudo uma atitude construtiva e comprometida (1999, p. 462). Canotilho, por sua vez, é o autor que serviu de estandarte para a doutrina brasileira acolher a ideia de um novo tipo de direito, um direito não terminado, em desenvolvimento, em razão das normas que são princípios.

Fez-se, então, uma revisão crítica e narrativa (Lamy, 2020a, pp. 338-340) do pensamento desses autores, conjugando outras obras referenciadas por eles, para estabelecer um entendimento sobre qual é o objeto da ciência do direito; ou, em outras palavras, o que é ou deve ser a ciência jurídica.

1. Modo positivista de aproximar-se do estudo do direito (ciência neutra, do ser)

Cattaneo, em 1962, segundo relata Bobbio (2016, p. 179), considerou relevante estudar o posicionamento positivista sobre três dimensões:

1ª. conhecimento do direito (obra do cientista),

2ª. aplicação do direito (obra do juiz),

3ª. produção do direito (obra do legislador).

DOI: 10.5281/zenodo.14641275

Bobbio sugeriu algo parecido, considerou relevante estudar o positivismo sobre três aspectos (2016, p. 130):

1º. como modo de aproximar-se do estudo do direito (positivismo científico),

2ª. como determinada teoria ou concepção do direito (positivismo teórico),

3ª. como certa ideologia de justiça (positivismo ideológico).

Quanto ao primeiro aspecto, ao modo positivista de aproximar-se do estudo do direito, para Bobbio, o que interessava, em síntese, era saber qual deveria ser ou qual era o objeto da investigação jurídica (2016, p. 130).

O positivismo filosófico, que rechaçava juízos de valor ou concepções finalistas sobre os fatos, que almejava a objetividade (abstenção de qualquer tomada de posição) e a neutralidade ética, fez nascer a convicção de que o único objeto possível para se estudar no direito é o direito real (o direito efetivamente vigente e efetivo em uma sociedade concreta) e não o direito ideal (Bobbio, 2016, pp. 132-133).

Assim, o objeto da investigação jurídica (as regras de conduta), passou a ser apenas (1) as regras promulgadas por determinados órgãos seguindo determinados procedimentos (direito positivo) e (2) as regras habitualmente seguidas pelos cidadãos por certo período de tempo e habitualmente aplicadas pelos juízes (direito costumeiro).

Não se negava a existência de um direito ideal, apenas não se considerava esse objeto de interesse para a ciência jurídica (Bobbio, 2016, p. 134). Ou, em outras palavras, a "insuficiência do *approach* positivista, se de insuficiência se pode falar, é desejada" (Bobbio, 2016, p. 150).

O positivista sempre considerou oportuno e conveniente considerar apenas o direito real, o direito que é, o direito que é efetivamente seguido ou feito valer, o direito efetivo, independente do motivo de sua eficácia, pois importariam tanto as regras que se tornaram efetivas por consenso como as que o se tornaram efetivas pela força (Bobbio, 2016, p. 151).

Mas é preciso deixar mais explícito o que quer dizer, na prática, o objeto da ciência jurídica ser o direito real ou efetivo: o que o jurista positivista almejava para o seu labor é mais precisamente "dar qualificação normativa" (não valorativa) aos fatos do mundo físico ou humano (Bobbio, 2016, p. 113).

O que deve fazer o jurista positivista é uma construção absolutamente lógica (Bobbio, 2016, p. 114): Observa um fato, um ato, uma relação, um instituto com o fim de inseri-lo no sistema de conceitos jurídicos. Inserir um fato, um ato, uma relação, um instituto nesta ou naquela categoria jurídica, significa atribuir-lhe uma qualificação normativa (juízo mecânico de subsunção). Dada a qualificação normativa, é possível atribuir-lhe as consequências jurídicas previstas (juízo mecânico de aplicação).

O comportamento observado (ato/fato/relação/instituto) é reconduzido pelo jurista positivista à estrutura jurídica ao lhe atribuir uma qualificação normativa e ao lhe projetar a consequência estabelecida pelo direito (Bobbio, 2016, p. 115).

Esse modo de aproximar-se do estudo do direito tem suas raízes no embate entre o positivismo e o jusnaturalismo sobre o que é direito. Para o jusnaturalista o direito somente é direito se valiosa (justa), ou seja, se compatível com o direito natural, com valores acima do direito posto. Para o positivista (que se abstém de juízos de valor), o

DOI: 10.5281/zenodo.14641275

direito é direito se ele integra o ordenamento jurídico real, efetivamente existente em uma sociedade (Bobbio, 2022, p. 161).

Sem fazer juízo de valor – pois isso extrapolaria o objeto da ciência jurídica (Kelsen, 1985, p. 1; Kelsen, 1998, p. 8) –, o positivismo de Kelsen implica em considerar algo como justo, como válido, pelo simples motivo de integrar o sistema (Bobbio, 2022, p. 162; Kelsen, 1998, p. 58).

Para o positivismo de Alf Ross, são justas as normas que os juízes regularmente aplicam e vivenciam como obrigatórias (Ross, 1977, p. 37).

Para o positivismo de Hart, é justo o que passou pela regra de reconhecimento, pelo padrão que uma sociedade utiliza para identificar as normas autênticas (Hart, 2001, p. 111 e ss.).

O positivismo científico, em termos gerais, nasceu da preocupação em transformar o estudo do direito, o pensar do direito, em um estudo ou pensamento avalorativo, desvinculado de crenças e subjetividades, vinculado apenas à observação e à descrição objetiva da realidade concreta. Ancorou-se em juízos de fato, na tomada de conhecimento da realidade tal como se apresenta, com a finalidade descomprometida de apenas informar, explicar ou descrever, sem julgar ou se posicionar.

Em primeiro plano, é um posicionamento que se afasta dos juízos de valor (tomada de posição frente à realidade); mas acaba, em segundo plano, por influir sobre o que se pensa e como se posiciona sobre as coisas estabelecidas. Em outras palavras, afasta-se de julgar, mas adota um postulado que é um posicionamento (um julgamento), adota a obediência ao posto ou ao efetivo, enraizando-se (pela falta de discussão do justo) em uma ideologia de obediência "cega" ou *prima facie* (Lamy, 2024, pp. 186-189).

De qualquer forma, para percorrer a trilha avalorativa, o positivismo revestiu-se do formalismo jurídico, adotou como critério estudar o direito que é, que emanou de autoridade legitimada (em um determinado modo, o estabelecido pelo próprio ordenamento) e se impõe coativamente (esse, passa a ser tido como o direito real). Não quer estudar o direito que deveria ser (que seria, em contraponto, o direito ideal).

A lente de análise adotada pelo positivismo normativista (de Kelsen) prescinde do conteúdo, do "o que" se estabeleceu, concentrando-se no "como" se produziu. A trilha do pensar positivista direciona o foco ao Poder Legislativo. Dessa forma, o juízo de validade tornou-se um juízo de fato, o juízo da pertinência, o de fazer parte do ordenamento. A validade, em outras palavras, confundiu-se com a pertinência, tornou-se independente de sua correspondência com o direito ideal.

Por outro lado, sob a veste de certo realismo jurídico, o positivismo jurisprudencialista (de Ross) estudou o direito que é, de fato, na prática, imposto pelo Judiciário. Direito é o que é aplicado pelo Judiciário (Ross, 1977, p. 71). As normas que emanam do Legislativo, mas não são aplicadas pelo Judiciário são *flatus vocis* (pura emissão fonética, palavras esvaziadas de significado).

De qualquer forma, em ambas as abordagens (normativista e jurisprudencialista), o direito é um fato, um fenômeno, um dado social e não um valor. A validade está atrelada à origem legitimada (Poder Legislativo) ou à imposição legitimada (Poder Judiciário), não ao seu conteúdo material, à matéria por esse regulada. A função da ciência jurídica se torna a descrição. O juízo de valor fica reservado para a política, não para a ciência.

DOI: 10.5281/zenodo.14641275

De outra forma, a compreensão jurídica positivista é factual, ontológica. Afasta-se da compreensão valorativa, que olha para o direito como instrumento para realizar determinados valores. A ausência de justiça (valor externo) não exclui a juridicidade, no máximo torna o direito imperfeito.

Ross observa que as leis são diretivas ou prescrições que existem para dirigir o comportamento dos homens (Ross, 1977, pp. 8-9); mas, do ponto de vista prático, estão voltadas para os juízes, para os tribunais se valerem delas (Ross, 1977, p. 33).

O direito vigente é um conjunto de ideias normativas que – porque são vividas em determinada sociedade – servem de interpretação para os fenômenos relevantes para o direito (Ross, 1977, p. 18), para os atos sociais (Ross, 1977, p. 29). Ocorre que a ciência do direito deve descrever o comando abstrato das diretivas que é efetivo (Ross, 1977, pp. 19-20).

Em Ross, o problema de saber qual é o direito de hoje envolve sempre o problema de saber o que ocorrerá amanhã. Por isso, o direito vigente não é apenas um fato social e histórico, senão um "cálculo em contemplação do futuro" (Ross, 1977, p. 22).

Nesse sentido, a validade de um sistema jurídico, para Ross, significa que ele pode servir, em razão de sua efetividade prospectiva, como esquema de interpretação (Ross, 1977, p. 29). É nos tribunais, na regular aplicação judicial do direito, que temos que buscar a efetividade que implica vigência (Ross, 1977, pp. 34-37). É vigente o direito que é aplicado e está acompanhado de razões que permitam supor que continuará a ser aplicado em futuras decisões (Ross, 1977, p. 40).

Ou, como asseverou Oliver Wendell Holmes, em 1897: "as profecias do que os tribunais farão de fato [...] é o que entendo por direito" (Ross, 1977, p. 71).

Vê-se que proposta positivista de Ross não estabelece um posicionamento tão radical e avesso às considerações morais, pois, os valores podem ser as razões que nos permitem entender a aplicação regular do direito feita pelos juízes.

Por isso, assevera: "las valoraciones morales son frecuentemente incorporadas al derecho a través de los llamados *standards* jurídicos. No hay razón para que un positivista niegue esta mutua dependencia o cualquier otra relación posible entre derecho y la moral (moral positiva, hechos morales)" (Ross, 2011, p. 11).

E, anda mais: "es perfectamente posible aceptar con complacencia una evolución hacia una teoría de la interpretación judicial más inteligente, guiada por valoraciones, sin unirse a quienes claman por un retorno al derecho natural" (Ross, 2001, p. 12).

De forma sintética, a ciência jurídica para Kelsen é:

(a) uma ciência normativa: devido a seu objeto – as normas – e a forma que se expressa – a linguagem normativa ou deôntica que apresenta proposições normativas – (Sastre Ariza, 1999, pp. 21-22);

(b) uma ciência descritiva: em razão de sua função restringir-se a isso, a descrever (conhecer e expor), abstendo-se de formular propostas ou valorações (Sastre Artiza, 1999, p. 22); embora, nesse labor de descrição, acabe por assumir outra função, a de fazer o sistema coerente (Sastre Ariza, 1999, p. 24).

DOI: 10.5281/zenodo.14641275

Em consequência, a ciência jurídica tem de adotar a interpretação gnoseológica ou descritiva:

> "la única manera de conseguir que la actividad interpretativa se convierta en un acto de conocimiento y no de voluntad, y que de esta forma tal actividad pueda presentarse como científica, es limitar su cometido a describir o enumerar las distintas interpretaciones que las normas permiten sin elegir o tomar partido por alguna de ellas en concreto." (Sastre Ariza, 1999, p. 29).

A ciência jurídica de Alf Ross, por sua vez, continua normativa porque seu objeto são as normas (mesmo sentido de Kelsen); mas não se expressa com comandos deônticos ou propositivos, se expressa por juízos meramente descritivos de dar notícia de um certo estado de coisas, de como os juízes aplicam e vivem como obrigatórias as normas (diverso de Kelsen).

Ademais, a ciência jurídica de Ross não é apenas descritiva, mas também preditiva de decisões futuras e, por isso, também explicativa (Sastre Ariza, 1999, pp. 50-55).

2. Modo constitucionalista de aproximar-se do estudo do direito (ciência do dever-ser)

No constitucionalismo, o pensar jurídico impregnado pela presença constitucional perturba a almejada neutralidade e objetividade positivista.

De um lado, porque cada Constituição integra em seu corpo um conjunto de valores que cada sociedade tem para si como o mais precioso. Muitas de suas disposições são mais ideais ou diretrizes, do que comandos prontos para a concretização. De diversas formas, a moral migra para o interior do ordenamento. O que foi reconhecido há tempo (em 1958) pelo Tribunal Constitucional alemão ao compreender que o rol de direitos fundamentais de uma Constituição é uma pauta ética constitucionalizada:

> BVERFGE 7, 198 (LÜTH-URTEIL): "a *Grundgesetz*, que não pretende ser um ordenamento neutro do ponto de vista axiológico [...] estabeleceu também, em seu capítulo dos direitos fundamentais, um ordenamento axiológico objetivo, e que, justamente em função deste, ocorre um aumento da força jurídica dos direitos fundamentais [...] Esse sistema de valores, que tem como ponto central a personalidade humana e sua dignidade, que se desenvolve livremente dentro da comunidade social, precisa valer enquanto decisão constitucional fundamental para todas as áreas do direito; Legislativo, Administração Pública e Judiciário recebem dele diretrizes e impulsos" (Martins, 2005, p. 837-838).

Mas essa eticização não rompe completamente com o positivismo, pois é possível continuar a se evitar a intervenção de juízos de valor com base em ideias ou ideais não positivados. Os valores positivados pertencem ao direito que é, que deve ser e não ao direito que deveria ser. Seria possível, do ponto de vista lógico, o cientista continuar a ser neutro, pois os valores em jogo seriam apenas os positivados. A conexão entre o direito e a moral, sob esse ângulo, seria apenas a contingente e não a universal.

De outro lado, a incorporação de conteúdos materiais éticos à Constituição e a possibilidade de incluir, excluir ou adaptar o restante do ordenamento jurídico por esses conteúdos (como faz a técnica da interpretação conforme à Constituição) implica

DOI: 10.5281/zenodo.14641275

certamente em uma ciência jurídica integrada à certa dimensão política, mas não a toda política, que ainda tem seu âmbito de especialidade preservado em separado.

A moral integrada ao texto constitucional (pelos valores declarados ou pelos princípios expressos de incindível conteúdo axiológico) e a política inerente a diversos comandos constitucionais (em diretrizes que permitem conduzir atividades legislativas ou executivas consequentes), fez o direito aproximar-se da moral e da política.

Ocorre que a moral e a política que se imiscuíram no direito, na visão de uma série de constitucionalistas, estavam, em alguma medida, até meados do século XX, presos ou limitados pelo texto constitucional normativo. Sob essa ótica (a ótica que ainda acreditava nessa prisão), nasceu o que poderíamos intitular um "constitucionalismo positivista" (Pisarello; Manrique, 2009, p. 25), um constitucionalismo que não rompia propriamente com o positivismo.

Até mesmo a prática de verificar a constitucionalidade material, naquele momento era vista como se fosse apenas mais um requisito do direito que é. Antes, era necessário a autoridade legítima e o procedimento legítimo (constitucionalidade formal), agora é necessário também não contradizer o comando material (constitucionalidade material).

A partir dos anos 1970, no entanto, os constitucionalistas vivenciaram o surgimento de Constituições densamente rematerializadas (Prieto Sanchís, 2007, p. 234) que fizeram nascer a ideia de constitucionalização do direito (Lamy, 2024, pp. 183-184) e despertaram o neoconstitucionalismo.

3. Modo neoconstitucionalista de aproximar-se do estudo do direito (ciência comprometida, chegar a ser)

O pensar "a partir da Constituição" incitou o pensamento jurídico neoconstitucionalista do "deve chegar a ser", do "deve vir-a-ser".

Mais do que pensar no que "é" e no que "deve ser" (estabelecido em suas disposições textuais) e abandonando o juízo externo do "deveria ser", o neoconstitucionalismo abriu uma nova porta lógica: passou-se a pensar nas disposições constitucionais como "ser", "dever ser" e "deve chegar a ser" ou "deve vir-a-ser".

Sob esse novo paradigma, abrindo-se os olhos para o âmbito normativo – para as circunstâncias históricas, sociais, econômicas e culturais que tem de ser integradas ao texto normativo, na acepção de Friedrich Müller (2000, pp. 61-63), e que permitem integrar significados ao texto –, enxergou-se o juízo interno do "deve chegar a ser".

Nesse sentido, são precisas as palavras de García Figueroa: "lo que interesa es, más allá del ser y el deber ser de Derecho, estudiar qué puede llegar a ser el Derecho argumentativamente en los actuales Estados constitucionales" (2003, p. 186).

Ainda mais, no seu aspecto estrutural e funcional, as Constituições abraçaram princípios e por isso abraçaram a comandos que "apelan necessariamente a um ideal modulado por las concretas condiciones jurídicas y materiales" (Garcia Figueroa, 2003, pp. 175-176).

Assim como as palavras de Pozzolo: "A constituição então não exige só respeito, não é só vínculo negativo para o legislador, ela impõe o próprio progresso e a própria declinação positiva" (Pozzolo, 2006, p. 235).

DOI: 10.5281/zenodo.14641275

Abriram-se os olhos para a compreensão de até que ponto é possível agora e amanhã desenvolver, ampliar os ideais positivados.

O ponto concreto de desenvolvimento possível é certamente um juízo que parte do posto, que depende inicialmente do posto (Müller, 2000, p. 75), mas que se amplia para possibilidades não postas de maneira explícita. Por isso nos referimos a uma nova porta lógica, a da otimização continuada.

A nossa própria realidade e grande parte das realidades que nos circundam precisam ser estudadas pelo que "são" e pelo que "devem vir-a-ser", pois essas possibilidades quase-impositivas (não são meras potências, mas uma forma de dever-ser) constituem facetas intrínsecas da própria realidade: "Se devemos conhecê-las, precisamos avaliá-las pelo que são e pelo que estão chamadas a ser" (López Quintás, 2005, p. 10).

É preciso, portanto, aprender a observar atentamente a realidade, em toda a sua complexidade.

Dworkin (2002, p. 5 e ss.), nesse sentido, é enfático ao apontar que é preciso que nos desvencilhemos (incorporada em nosso olhar por hábito ou convicção) da teoria meramente analítica do direito, afeita apenas a esmiuçar e desmembrar o que está posto. Precisamos resgatar a teoria ética do direito, voltada a um novo olhar: ao que deve ser o direito.

O neoconstitucionalismo que impregna os juristas atuais dirige seus olhares a um tipo de dimensão ideal diversa da idealidade escolástica e mais próxima da dimensão ideal dos gregos, do *aretê*: a dimensão do ótimo. Trata-se de um lugar diverso da realidade observada, mas também diverso da realidade idealizada. Poder-se-ia dizer que é uma realidade em potência, na visão aristotélica, matizada pelo senso de possibilidade. É o mais próximo do ideal que, em cada tempo, é possível se obter, é o ótimo.

Torna-se imprecisa a divisão entre ser, dever ser e chegar a ser, entre simplesmente descrever e passar a prescrever o possível. A neutralidade e a função descritiva ficam perturbadas com um modo de pensar comprometido.

O direito não é e nunca foi um produto social terminado, não é um dado físico atemporal, desvinculado da história de cada povo, senão um incessante fazer-se. Mas, para o positivismo o fazer-se do Direito é político, é simplesmente observado pelo jurista, pois o ser e o dever ser são dois mundos diversos.

No constitucionalismo, havia uma conexão contingente entre o ser e o dever ser, entre direito e moral, entre direito e política, nos comandos positivos de conteúdo axiológico e nas diretrizes políticas que exigiam um fazer do Estado. No neoconstitucionalismo, o jurista passa a integrar a equipe do fazer. O jurista deixa de apenas observar aos legisladores ou aos magistrados e torna-se legitimado para apontar logicamente ou pelos argumentos o que é possível desenvolver ou ampliar, hoje e amanhã, do e com o direito posto. O que não deixa de ser uma consequência do neoconstitucionalismo ideológico – do servir-se da lei (Lamy, 2024, p. 189) –, da interpretação a partir da Constituição (integrada pela vontade constitucional).

Garcia Figueroa, nesse sentido, aponta não apenas a necessidade de se enxergar o chegar a ser, mas também o caminho para se construir, em cada caso, o chegar a ser, para o que é preciso:

> "conferir relevancia a lo que el Derecho puede llegar a ser, más que a lo que actualmente se considera que *es*, es una forma de afirmar que el Derecho es un objeto cultural que sólo podemos comprender atendiendo a su dimensión

DOI: 10.5281/zenodo.14641275

> hermenéutica y práctica. Esta dimensión nos lleva a preocuparnos no sólo por las propiedades que efectivamente tienen las cosas, sino por las que podrían llegar a tener interpretativamente, argumentativamente." (García Figueroa, 2009, p. 240).

Segundo Miguel Carbonell (2010, pp. 154-158), o neoconstitucionalismo nasceu do desenvolvimento que se deu a três características:

(1) da maciça presença nas Constituições moldadas a partir de 1970 de normas materiais ou substantivas que condicionavam com objetivos e fins a atuação do Estado e de normas que detalhavam o catálogo dos direitos;

(2) da consciência de que aos juízes cabe o papel e até mesmo o dever de fazer as Constituições serem aplicadas em todos os casos concretos, valendo-se, inclusive, de novas formas de interpretação extensiva;

(3) do reconhecimento de que "la ciencia jurídica no tiene una función meramente contemplativa de su objeto de estudio, sino que contribuye de forma decisiva a crearlo y, en este sentido, se constituye en una especie de meta-garantía" (Carbonell, 2010, p. 157).

E esse papel da ciência é decorrência do que são, no olhar atual, as Constituições:

> "toda Constitución incorpora un ingrediente utópico que sirve de marco de referencia de lo que una sociedad entiende como deseable para sí misma en el futuro, de aquello que se comprende como metas que se tienen que ir logrando a partir de una nueva organización jurídico-política y también como un parámetro de legitimación del poder público" (Carbonell, 2010, p. 163).

O Estado constitucional e as próprias constituições desde 1970 só podem ser entendidas dentro das coordenadas axiológicas da liberdade e da igualdade por se construir. Por isso, a teoria do direito não pode se apresentar como neutra. O objeto da ciência jurídica está carregado de valores, não é neutro; assim, a teoria aplicável a esse objeto tão pouco pode ser neutra (Carbonell, 2010, p. 164).

Nessa toada, a conexão entre o direito e a moral deixa parcialmente de ser contingente (delimitada pelo posto) e passa a ganhar feições necessárias. Por isso, é possível encontrar tal afirmação: "A constituição representa o ponto de conexão entre a esfera jurídica e a esfera moral veiculando uma concepção da justiça que avança pretensões universais" (Pozzolo, 2006, p. 235).

A crítica ao positivismo de Austin empreendida por juristas sociológicos apontava há muito que

> "a lei não é uma estrutura estática, mas um corpo dinâmico e em desenvolvimento de doutrina, e muitos de seus desenvolvimentos são produzidos por juízes que, consciente ou subconscientemente, formulam decisões na base do que pensam que a lei deva ser. Portanto, o jurista científico não pode ignorar o fato de que **estão embutidas na lei as sementes de seu próprio desenvolvimento**" (sem destaques no original) (Lloyd, 1998, p. 131).

Os positivistas são coerentes ao afirmar que não é possível encontrar, pela via da demonstração, paradigma superior ao ordenamento, e que desconsiderar isso traria grande

DOI: 10.5281/zenodo.14641275

risco ao Estado de Direito, mas isso não impediria as tentativas de corrigir o posto ou adaptar o posto ao que se quer: "se uma comunidade acredita que os seus valores são os mais elevados que se podem atingir, então julgará claramente a lei existente de acordo com esses valores e tentará corrigi-la ou adaptá-la se ela ficar aquém desse objetivo supremo" (Lloyd, 1998, p. 137).

Mas, nesse novo contexto, é possível pensar que ainda restam métodos ou caminhos que asseguram novas formas neutralidade, que impedem novas formas de despotismo. De um lado, insiste-se na fundamentação lógica, na precisão argumentativa. De outro, há que se ter em conta os efeitos diretivos do sistema internacional de direitos humanos.

O que se coloca na pauta atual dos direitos individuais e sociais, os desafios de ampliação desses direitos são, cada vez mais, compromissos nacionais assumidos em esferas internacionais (seja em conferências internacionais, seja em assembleias de organizações internacionais), sejam esses compromissos diretamente vinculantes ou não, pois são muitos os compromissos assumidos em declarações ou em recomendações internacionais que mediatamente tornam-se também vinculantes (Lamy, 2014). E esses compromissos soem possuir um conteúdo delimitado com muita parcimônia. Desenha-se internacionalmente o que deve ser considerado essencial para a construção futura dos direitos em discussão.

O positivismo sempre se arraigou no Estado soberano, no isolacionismo estatal e legislativo, bem como no voluntarismo, mesmo que nascido do consenso.

O constitucionalismo inseriu no pensamento jurídico a avaliação do posto, seja pela clave da justiça ainda formal (conflito com normas de produção legislativa), seja pela clave dos princípios (abertos às notas axiológicas).

O neoconstitucionalismo abre o sistema para considerações argumentativas e supranacionais, para os compromissos firmados em declarações internacionais (como os advindos das diversas conferências internacionais sobre os direitos da mulher, da criança e do idoso, sobre os direitos à moradia, à sadia qualidade de vida etc.), para os compromissos com o desenvolvimento humano (delimitados em especial pelos Objetivos do Desenvolvimento Sustentável).

Desperta-se, no neoconstitucionalismo científico ou metodológico, o diálogo das fontes (expressão cunhada por Erik Jayme, professor da Universidade de Heidelberg) e o controle da convencionalidade como um segundo juízo de validade para o ordenamento infraconstitucional (o primeiro seria o da constitucionalidade).

As Constituições e os direitos nacionais tornaram-se integrados e permeáveis à parte do direito internacional. Surgiram mecanismos de inclusão das convenções internacionais de direitos humanos nos textos constitucionais. Admitiu-se que julgamentos de cortes internacionais avaliassem a normatividade nacional, recomendando medidas nacionais diversas, sem que se pense na exclusão de uma norma pela outra.

O que possibilita o diálogo das fontes é a coordenação, a coexistência de regras nacionais e internacionais, mesmo que em certa contradição, para se alcançar o melhor direito no caso concreto, o direito que proteja melhor o ser humano no caso concreto. O que não deixa de ser, sob outro ângulo, mais uma forma de ciência comprometida, mais uma forma de buscar o "deve chegar a ser".

DOI: 10.5281/zenodo.14641275

Essa percepção resta explicada também pela propugnada admissão da "paraconstitucionalidade": "A norma convencional não está acima nem abaixo da constitucional pátria, pois com ela convive, paralelamente. Casuisticamente, deve prevalecer sempre a mais benéfica para a pessoa humana" (Lamy; Oliveira, 2020b, p. 438).

Sintetiza essa discussão, com muita argúcia, Ricardo Maurício Freire Soares, no seguinte trecho:

> "O modelo de ciência jurídica que exige o neoconstitucinalismo contrasta também com aquele defendido pelo positivismo jurídico. Rejeitam-se, assim, as noções de distanciamento, neutralidade valorativa e função descritiva da ciência jurídica, para incorporar-se às ideias de compromisso, intervenção axiológica, prioridade prática e caráter político do conhecimento científico do direito" (Soares, 2019, p. 156).

A ciência do direito neoconstitucional é compatível, enfim, com uma espécie de reconstrução racional da ordem jurídica posta, através dos seus princípios estruturantes, perseguindo novas realizações possíveis para os direitos. Não é mais uma cognição passiva, mas uma legítima e parametrizada invenção (Soares, 2024, p. 101).

Ademais, desde o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, consolidou-se entendimento internacional de que é imprescindível enxergar aos direitos humanos sociais como direitos dependentes da marca da realização progressiva (Oliveira; Souza; Lamy, 2016, p. 307), como direitos com um conteúdo evolutivo (Oliveira; Souza; Lamy, 2016, p. 298). Esses direitos precisam ser concretizados, pelas autoridades, em cada tempo, na medida das possibilidades, especialmente as possibilidades econômicas e técnicas (Oliveira; Souza; Lamy, 2016, p. 315). Olhar que permite compreender também a natural judicialidade dos direitos sociais (Lamy; Roldan; Han, 2018, p. 59)

O neoconstitucionalismo é o "constitucionalismo dos direitos", expressão de Prieto Sanchís (2007, pp. 213-235), é um pensamento comprometido com a realização da Constituição, em especial, com a realização dos direitos humanos e fundamentais.

E, nesse labor por enxergar que os direitos humanos também são a pauta ética para a realização, ganha destaque o pensamento de Ricardo Maurício Freire Soares (2024) que apontou a necessidade de se admitir que a dignidade da pessoa humana é o eixo da axiologia neoconstitucional do chegar-a-ser.

Do mesmo modo, Danilo de Oliveira, que apontou a necessidade de se compreender que, no momento atual, o direito ao desenvolvimento assume o papel de *auriga virtutum* (Oliveira, 2024) e exige uma interpretação construtiva conforme o desenvolvimento (Oliveira, 2023).

Considerações finais

O presente texto desvelou os resultados relacionados ao viés científico: o positivismo propugnava uma ciência neutra, do ser; enquanto o constitucionalismo, uma ciência do dever-ser e o neoconstitucionalismo, uma ciência comprometida, do chegar a ser.

DOI: 10.5281/zenodo.14641275

O constitucionalismo impingiu diversas marcas para o direito hodierno. Do ponto de vista material, incorporou filtros de justiça para o direito e exigências morais contingentes sob a forma de direitos fundamentais.

Ocorre que o neoconstitucionalismo, não enxerga apenas o dever-ser dos valores no interior da Constituição formal, mas a obrigação estatal do chegar a ser, do ótimo, que se encontra em uma Constituição material (formada pelo diálogo das fontes, inclusive pelos compromissos internacionais de direitos humanos). Esse aspecto, parece exigir que se perceba o seguinte: já está escrito um esboço de um novo viés científico para a teoria do direito.

Referências

ALEXY, Robert. ***Teoría de los Derechos Fundamentales***. 2ª ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002

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.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª edição. Lisboa: Almedina, 2003.

CARBONELL, Miguel. *El neoconstitucionalismo: significado y niveles de análisis*. In: CARBONELL, Miguel; GARCÍA JARAMILLO, Leonardo (org.). ***El canon neocontitucional***. Madrid: Trotta, 2010.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. ***Criaturas de la moralidad****: una aproximación neoconstitucionalista al derecho a través de los derechos*. Madrid: Trotta, 2009.

GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. *La teoría del derecho en tiempos de constitucionalismo*. In: CARBONELL, Miguel (org.). ***Neoconstitucionalismo(s)***. Madrid: Trotta, 2003.

HART, Herbert L. A. **O conceito de Direito**. Trad. A. Ribeiro Mendes. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Trad. Luís Carlos Borges. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1985.

LAMY, Marcelo. **Metodologia da Pesquisa**: técnicas de investigação, argumentação e redação. 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Matrioska Editora, 2020a.

LAMY, Marcelo. Neoconstitucionalismo ideológico. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, vol. 24, n. 1, pp. 174-192, jan./jun. 2024. São Paulo: ESDC, 2024. ISSN: 1983-2303 (eletrônica). DOI: https://doi.org/10.62530/rbdcv24n01p174.

LAMY, Marcelo. Valor jurídico das resoluções, declarações e recomendações internacionais. **Caderno de Relações Internacionais**, vol. 5, nº 9, jul-dez. 2014, p. 35-67.

LAMY, Marcelo; OLIVEIRA, Danilo de. Incorporação e estatura hierárquica dos tratados internacionais no Brasil. **Caderno De Relações Internacionais**, v. 11, n. 21, 2020b. Doi: https://doi.org/10.22293/2179-1376.v11i21.1348.

DOI: 10.5281/zenodo.14641275

LAMY, Marcelo; ROLDAN, Rosilma Menezes; HAHN, Milton Marcelo. O direito à saúde como direito humano e fundamental. **Revista Em Tempo**, [S.l.], v. 17, n. 01, p. 37 - 60, nov. 2018. ISSN 1984-7858. doi: https://doi.org/10.26729/et.v17i01.2679.

LLOYD, Dennis. **A Ideia de Lei**. Trad. Álvaro Cabral. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LÓPEZ QUINTÁS, Alfonso. **Descobrir a Grandeza da Vida**. Introdução à Pedagogia do Encontro. Trad. Gabriel Perissé. São Paulo: ESDC, 2005.

MARTINS, Leonardo (org.). **Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Coletânea Original: Jürgen Schwabeu. Organização e introdução: Leonardo Martins. Tradução: Beatriz Hennig, Leonardo Martins, Mariana Bigelli de Carvalho, Tereza Maria de Castro, Vivianne Geraldes Ferreira. Uruguai: Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay, 2005.

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.

OLIVEIRA, Danilo de. **Direito ao desenvolvimento**: conteúdo, natureza jurídica, vinculações estatais e efetividade. 2ª. ed. São Paulo: ESDC, 2024.

OLIVEIRA, Danilo de. **Hermenêutica do desenvolvimento**. São Paulo: Matrioska, 2023.

OLIVEIRA, Danilo de; SOUZA, Luciano Pereira de; LAMY, Marcelo. Violação das obrigações estatais na área da saúde: a diferença entre as obrigações mínimas e as esperadas. **Caderno de Relações Internacionais**, v. 7, n. 13, 2016. doi: https://doi.org/10.22293/2179-1376.v7i13.416.

POZZOLO, Susanna. Neoconstitucionalismo: um modelo constitucional ou uma concepção da Constituição? **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, v. 7, n. 1, p. 231–253, 2006. DOI: 10.62530/rbdcv7n1p231.

PRIETO SANCHÍS, Luis. El constitucionalismo de los derechos. In: CARBONELL, Miguel (org.). Teoría del neoconstitucialismo. Madrid: Trotta, 2007.

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, 2024.

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

LAMY, Marcelo. Neoconstitucionalismo científico. **UNISANTA Law and Social Science**, Vol. 13, N. 2 (jul./dez. 2024), pp. 495-508. ISSN: 2317-1308. DOI: 10.5281/zenodo.14641275

Recebido em 20/10/2024
Aprovado em 20/12/2024

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

DOI: 10.5281/zenodo.14641275