

Neoconstitucionalismo teórico

Neoconstitucionalismo teórico

Theoretical neoconstitutionalism

Neocostituzionalismo teorico

Marcelo Lamy¹

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

RESUMO: **Contexto:** A teoria do direito, desde meados do Século XX, questiona os paradigmas do positivismo. **Problema:** Restam dúvidas se essa nova visão efetivamente estrutura uma nova teoria para o direito, contraposta ao positivismo teórico. **Objetivo:** Esse texto visou demonstrar que o neoconstitucionalismo – derivado do fenômeno da constitucionalização e dos constitucionalismos modernos – desvela realmente a consolidação de uma nova teoria para o direito. **Método:** Amparado em revisão narrativa, o presente trabalho percorre as bases teóricas da visão neoconstitucional do Direito, estabelecendo contrapontos ao positivismo. **Resultado:** A teoria positivista do direito está ameaçada, nos tempos atuais, por uma série de reivindicações que abalam seus postulados: as teses da coatividade e da fonte de qualificação, as teorias da norma, do ordenamento e da interpretação. **Considerações finais:** O neoconstitucionalismo teórico amparado na coação internacionalizada, na preeminência dos direitos, em normas-princípio, em um *ius commune*, em um modelo de concretização progressiva, estabelece as bases teóricas para uma teoria constitucional do direito.

PALAVRAS-CHAVE: Coatividade; Fonte do Direito; Teoria da Norma Jurídica; Teoria do Ordenamento; Teoria da Interpretação.

RESUMEN: **Contexto:** La teoría del Derecho, desde mediados del siglo XX, ha cuestionado los paradigmas del positivismo. **Problema:** Existen dudas sobre si esta nueva visión estructura efectivamente una nueva teoría del Derecho, opuesta al positivismo teórico. **Objetivo:** Este texto tuvo como objetivo demostrar que el neoconstitucionalismo –derivado del fenómeno de la constitucionalización y de los constitucionalismos modernos– revela en realidad la consolidación de una nueva teoría del Derecho. **Método:** Apoyado en una revisión narrativa, este trabajo recorre las bases teóricas de la visión neoconstitucional del Derecho, estableciendo contrapuntos al positivismo. **Resultado:** La teoría positivista del Derecho se ve amenazada, en los tiempos actuales, por una serie de afirmaciones que minan sus postulados: las tesis de la coactividad y la fuente de

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.

calificación, las teorías de las normas, del ordenamiento y de la interpretación. **Consideraciones finales:** El neoconstitucionalismo teórico sustentado en la coerción internacionalizada, la preeminencia de los derechos, principios-normas, un *ius commune*, un modelo de implementación progresiva establece las bases teóricas para la Teoría Constitucional del Derecho.

PALABRAS CLAVE: Coactividad; Fuente del Derecho; Teoría de las Normas Jurídicas; Teoría del Ordenamiento; Teoría de la interpretación.

ABSTRACT: Context: Since the mid-20th century, legal theory has questioned the paradigms of positivism. **Problem:** There are doubts as to whether this new vision effectively structures a new theory for law, as opposed to theoretical positivism. **Objective:** This text aimed to demonstrate that neoconstitutionalism – derived from the phenomenon of constitutionalization and modern constitutionalisms – truly reveals the consolidation of a new theory for law. **Method:** Supported by a narrative review, this paper explores the theoretical bases of the neoconstitutional vision of law, establishing counterpoints to positivism. **Result:** The positivist theory of law is currently threatened by a series of claims that undermine its postulates: the thesis of coactivity and the source of qualification, the theories of norm, ordering and interpretation. **Final considerations:** Theoretical neoconstitutionalism, supported by internationalized coercion, the preeminence of rights, principle-norms, a *ius commune*, and a model of progressive concretization, establishes the theoretical bases for the Constitutional Theory of Law.

KEYWORDS: Coactivity; Source of Law; Theory of Legal Norms; Theory of Legal Ordering; Theory of Interpretation.

SOMMARIO: Contesto: La teoria del diritto, a partire dalla metà del XX secolo, ha messo in discussione i paradigmi del positivismo. **Problema:** ci sono dubbi sul fatto che questa nuova visione strutturi effettivamente una nuova teoria del diritto, opposta al positivismo teorico. **Obiettivo:** Questo testo mirava a dimostrare che il neocostituzionalismo – derivato dal fenomeno della costituzionalizzazione e dei costituzionalismi moderni – rivela in realtà il consolidamento di una nuova teoria del diritto. **Metodo:** Supportato da una revisione narrativa, questo lavoro copre le basi teoriche della visione neocostituzionale del diritto, stabilendo contrappunti al positivismo.

Risultato: La teoria positivista del diritto è minacciata, nell'epoca attuale, da una serie di affermazioni che ne minano i postulati: le tesi della coattività e della fonte della qualificazione, le teorie delle norme, dell'ordinamento e dell'interpretazione. **Considerazioni finali:** Il neocostituzionalismo teorico sostenuto dalla coercizione internazionalizzata, la preminenza dei diritti, le norme-principi, lo *ius commune*, un modello di attuazione progressiva, stabilisce le basi teoriche della teoria costituzionale del diritto.

PAROLE CHIAVE: Coattività; Fonte del diritto; Teoria degli standard giuridici; Teoria dell'Ordine; Teoria dell'interpretazione.

Introdução

O direito pode ser visto sobre uma pluralidade de perspectivas e cada uma delas conforma uma explicação pertinente e relevante.

Se a preocupação é responder “qual é o direito de determinado ordenamento”, a perspectiva do positivismo jurídico normativista de Hans Kelsen (Lamy, 2024a, p. 499) parece a mais adequada, pois explica, do ponto de vista interno, sua real produção (existência e validade interna: quem são os sujeitos e os processos habilitados a produzir as normas), seus concretos conteúdos prescritivos (obrigações e proibições que estabelece) e que técnicas garantem sua observância (sanção punitiva ou premial e nulidades).

Se a preocupação é responder “o que justifica o direito”, a perspectiva externa quase-avalorativa e finalística do positivismo moderado pode ser uma estratégia adequada para a resposta: estabelecer a ordem, a paz ou a segurança jurídica (Lamy, 2024b, p. 187).

Assim com a perspectiva externa axiológica dos jusnaturalismos: ser justa, segundo a ordem natural do jusnaturalismo cosmológico, a ordem divina do jusnaturalismo teológico ou a ordem racional do jusnaturalismo racional; ou legítima, naquilo que extrapola a ordem natural, divina e racional e ingressa na ordem convencional (Lamy, 2024b, pp. 176-177).

Se a preocupação é responder “como funciona, de fato, o direito”, a perspectiva externa, fática e empírica do realismo que moldou o positivismo jurisprudencialista de Alf Ross parece a mais adequada: como os juízes compreendem, na prática, os comandos jurídicos de conduta - as normas - e as consideram obrigatórias; tornando-as efetivas ou não (Lamy, 2024a, pp. 499-500).

Ocorre que o advento da teoria positivista de Herbert Hart (2001) – apresentada na sua obra *The concept of Law*, publicada em 1961 – incitou verdadeira perturbação nessas perspectivas estanques.

Hart defendeu a necessidade de considerar duas perspectivas (Hart, 2001, pp. 98-101; Sastre Ariza, 1999, pp. 69-123):

- as perspectivas externas, empíricas e fáticas do observador – que pode, com enunciados descritivos, explicitar a pertinência e a efetividade das normas, enquanto fenômeno social, pelas reações e regularidades das condutas; e
- as perspectivas internas e normativas do participante ou ‘aceitante’ – que pode, com enunciados prescritivos, julgar e aceitar a validade interna das normas, por serem guia ou ‘elemento de adequação’ a que se deve ajustar o comportamento dos indivíduos e ‘elemento crítico ou de justificação’ do próprio comportamento.

O elemento crítico de Hart diferencia o obediente (característica suficiente para o cidadão) do aceitante (característica imprescindível para os órgãos de aplicação), assim como aproxima o direito da moral, aspecto que é explorado pelo neoconstitucionalismo e constitui uma de suas marcas essenciais (Barberis, 2006, p. 22; Duarte; Pozzolo, 2006, p. 81).

Com os terrenos arados por Hart, brotou o constitucionalismo, que, mais do que propor a consideração de todos os pontos de vistas, desenhou uma relação circular entre os pontos de vista axiológico ou político externo, empírico ou fático externo e o ponto de vista jurídico e interno.

O constitucionalismo, pelas nomenclaturas de Ferrajoli (2003, p. 20), pode ser assim descrito, em uma primeira aproximação:

(a) as ‘razões do direito’ (justificativas externas, históricas e filosóficas do direito) foram incorporadas na Constituição pelos princípios e direitos fundamentais como ‘razões no direito’, tornando-se razões internas, tecnicamente jurídicas;

(b) as ‘razões no direito’ operacionalizam-se pela aceitação social e voluntária de tais razões, bem como através das garantias adotadas em apoio, que podem ser consideradas razões operacionais ou ‘razões de direito’.

A evolução vivenciada pelo direito nos Estados constitucionalizados, no século XX, desvelou, ademais, aspecto ainda mais impactante.

Atores e forças sociais emergentes fizeram novas razões aparecerem como imprescindíveis (novas ‘razões do direito’), assim como necessidades insurgentes fizeram emergir novas instâncias imprescindíveis de garantia (novas ‘razões de direito’).

Ocorre que essas novas razões encontraram uma teoria ‘constitucional’ do direito (Ferrajoli, 2023, p. 21) que se reconheceu imperfeita e transformável (Pisarello; Manrique, 2009, p. 26), não mais preocupada em amarrar todas as ‘razões de direito’, mas, apenas, em possibilitar o ‘resultado prático equivalente’ para os direitos, uma forma de verdadeira preeminência dos direitos (Prieto Sanchís, 2007, p. 213).

Assim como encontraram uma ciência ‘neoconstitucional’ do direito criativa e não mais meramente contemplativa (Carbonell, 2010, p. 157; Lamy, 2024a, pp. 502-506)).

Nesse terreno fértil, apto a incorporação gradativa de novas razões, as novas ‘razões do direito’ tornaram-se naturalmente novas ‘razões no direito’ e as novas ‘razões de direito’ foram acolhidas naturalmente como necessárias.

Todas essas visões ou perspectivas sobre o direito – o juspositivismo normativista de Kelsen, jurisprudencialista de Ross ou inclusivo de Hart, o jusnaturalismo cosmológico, teológico ou racional, o constitucionalismo e o neoconstitucionalismo – moldam:

- (a) as respostas consideradas razoáveis ou irrazoáveis sobre a obediência ou aceitação do direito, ou seja, a perspectiva ideológica discutida em “Neoconstitucionalismo ideológico” (Lamy, 2024b);
- (b) as cosmovisões sobre o que deve ou não deve ser objeto da ciência jurídica, ou seja, a perspectiva científica discutida em “Neoconstitucionalismo científico” (Lamy, 2024a);
- (c) as explicações sobre como funciona ou deve funcionar o direito, ou seja, a perspectiva propriamente teórica sobre o direito, objeto do presente trabalho.

Esse texto visa explicitar o embate estabelecido pelos olhares constitucionalistas e neoconstitucionalistas com relação às teorias positivistas do direito ou ao positivismo teórico – na acepção de Norberto Bobbio (2022, pp. 155-158; 2016, pp. 145-148): um arcabouço articulado de teses e teorias que operacionalizam o direito.

A perspectiva teórica do positivismo ou a teoria positivista do direito ancorava-se, segundo Bobbio (2022), em teses ou teorias menores²:

- (1) na tese da coatividade que define o direito em função da coação, da força;
- (2) na tese de a legislação ser a fonte de qualificação do direito;

² Hipótese é uma explicação imaginada como possível e razoável para algo, mas que precisa ainda ser testada. Tese é uma explicação que foi demonstrada, testada, provada, seja de forma empírica ou de forma lógica. Antítese é uma tese que contradiz outra tese. Pressuposto ou postulado é uma afirmação da qual se parte sem que se demonstre sua veracidade. Teoria é uma tese ou um conjunto de teses que explicam cabalmente uma realidade, em todos os aspectos necessários para a compreender. Quando falamos em uma teoria, há que se ter em conta, portanto, que se trata de uma explicação cabal, seja ela ancorada em teses ou em teorias menos abrangentes.

- (3) na teoria da norma que abraça o imperativismo do direito e a norma como comando hipotético;
- (4) na teoria do ordenamento jurídico que propugna sua unidade, coerência e completude;
- (5) na teoria da interpretação subsuntiva, lógica ou mecanicista.

Fez-se uma revisão narrativa e crítica (Lamy, 2020, pp. 338-340), que se valeu da técnica da leitura sintópica (Lamy, 2020, pp. 143-145), visando mapear e comparar as respostas que os textos consultados ofertam sobre as teses e teorias referidas.

Consultaram-se duas obras de Norberto Bobbio sobre o positivismo jurídico (por ele ser o autor que todos reconhecem ser um dos melhores intérpretes do positivismo), as três obras centrais dos positivistas Hans Kelsen, Alf Ross e Herbert Hart (por eles terem sido e representado as três famílias do positivismo jurídico), textos e obras de constitucionalistas de referência do final do século XX que integraram as três obras organizadas por Miguel Carbonell sobre o neoconstitucionalismo. A leitura dessas oito obras exigiu, no entanto, a consulta de outros textos e obras referenciados por elas. O leitor desse texto encontrará essas referências aqui elencadas.

1. Tese da coatividade

1.1. Coatividade positivista (estabelecida na lei)

Foram vários os pensadores clássicos que definiram o direito em função da coação, que enxergaram a coação como elemento essencial do direito, como meio imprescindível de fazer valer o direito.

Bobbio (2022, pp. 174-177) relata que Hugo Grotius (na obra *De Iuri belli ac pacis*, de 1625) apontava como *perfectum* apenas ao direito que continha uma dupla imposição: estabelecia um dever a um sujeito e, ao mesmo tempo, a outro, uma faculdade ou um poder de exigir com a força o seu cumprimento. Ainda, relata que Christian Thomasius (na obra *Fundamenta iuris naturae et gentium*, de 1705) afirmava ser necessário reservar o termo direito apenas para esse *jus perfectum*.

Kant, em 1797, diferenciava o direito da moral justamente pela identificação absoluta do direito com a coerção, pois o direito está associado à faculdade de coagir:

“o direito não deveria ser concebido como constituído por dois elementos, a saber, uma obrigação de acordo com a lei e uma competência de quem, por meio de sua escolha, submete outrem à obrigação para coagi-lo a cumpri-la. Ao contrário, pode-se localizar o conceito do direito diretamente na possibilidade de vincular coerção recíproca [...] Direito e competência de empregar coerção, portanto, significam uma e única coisa” (Kant, 2003, p. 78).

Austin definia o direito como comando e o comando como uma realidade atrelada à característica da sanção (Bobbio, 2022, p. 179), a semelhança do que afirmou Kelsen posteriormente: “as regras de Direito são comando apenas se consideramos o indivíduo a ela obrigado como sujeito à regra” (Kelsen, 1998, p. 51).

Rudolf Ihering (2002, pp. 218-224) apontava, em 1877, que somente as normas providas de coação (subjugação da vontade alheia) são normas de direito. De outra forma, que o direito, como garantia das condições vitais da sociedade, baseia-se no poder coercitivo (Bobbio, 2022, p. 180).

Até então (teoria clássica da coação), pode-se dizer que a coerção era vista como um meio para se aplicar as normas jurídicas.

Hans Kelsen e Alf Ross (modeladores da teoria moderna da coação), ingressando no século XX, foram mais além: tornaram a coerção o próprio objeto das normas jurídicas. Para Kelsen, jurídica é uma norma que tem o elemento estruturante sanção. Para Kelsen e Ross, a coação é o propósito do próprio direito. Neles, na prática, o direito passa a ser visto como um conjunto de normas que regulam o uso da força coercitiva.

Em Kelsen, o objeto de estudo do Direito torna-se a norma e a coerção e a coerção torna-se elemento essencial da estrutura da norma. Assim, o direito é definido por Kelsen como uma “ordem coercitiva ou coativa” (1998, p. 27; 1985, p. 36), como “a técnica social que consiste em obter a conduta social desejada dos homens através da ameaça de uma medida de coerção” (1998, p. 27), que pode ser, na prática, alguma forma de privação de vida, saúde, liberdade ou propriedade (1998, p. 26). Pelo direito ser uma ordem coativa, estatui atos de coação (1985, p. 37) e as condições ou pressupostos de sua aplicação (1985, p. 40). É essa característica – ser dotada de sanção – que o distingue das outras ordens sociais (1998, pp. 36-37; 1985, p. 58). A sanção é a consequência propriamente jurídica para um ilícito (1985, p. 42) ou para uma situação fática não desejada (1985, p. 45).

De outra parte, Kelsen somente considera uma norma como jurídica, se ela estatui um ato de coação: “uma regra é uma regra jurídica porque ela prevê uma sanção” (Kelsen, 1998, p. 41). Em outras palavras: “apenas deve ser considerada como juridicamente prescrita [...] uma certa conduta, quando a conduta oposta for normada como pressuposto de um ato coercitivo” (Kelsen, 1895, p. 54). Ainda mais: “a ordem jurídica proíbe uma determinada conduta pelo fato mesmo de ligar a esta conduta a uma sanção, ou prescreve uma determinada conduta enquanto liga uma sanção à conduta oposta” (1985, p. 59).

Em Ross (2001), a força não está propriamente na norma, mas no sistema; o sistema jurídico foi identificado como um sistema de normas que se referem ao exercício da força e a regulam. O direito tornou-se o conjunto de normas que regulam o uso da força, definindo os legitimados a exercerem-na (quem), em que hipóteses (quando), utilizando-se de determinados procedimentos (como) e identificando seus instrumentos (quais) e medidas (quanto). Nas suas palavras: “un orden jurídico nacional es un cuerpo de reglas concernientes al ejercicio de la fuerza” (Ross, 1977, p. 51). E mais: “la relación entre las normas jurídicas y la fuerza consiste en el hecho de que ellas se refieren a la aplicación de estas y no en el hecho de que están respaldadas por la fuerza” (Ross, 1977, p. 52).

Hart, em primeiro plano, reconhece que sempre que há um sistema jurídico, há um conjunto de “ordens gerais baseadas em ameaças”, que são geralmente obedecidas porque a crença nas ameaças se estabelece (Hart, 2001, p. 31). Mas, em segundo plano (Hart, 2001, p. 59 e ss.), questiona essa explicação, indicando novos aportes.

Sastre Ariza explica essa virada de Hart com maestria: as normas são juridicamente obrigatórias porque o participante (ponto de vista interno) torna-se aceitante (Sastre Ariza, 1999, p. 87), ao vê-las como elementos de adequação das condutas de todos ou elementos críticos ou de justificação da própria conduta (Sastre Ariza, 1999, pp. 93-94). E, continua: onde há normas, as condutas deixam de estar livres, estão sujeitas à coação (Sastre Ariza, 1999, p. 105). Mas, observe-se: o direito não é um instrumento de poder sem o respaldo social, sem a aceitação, que é diversa da simples obediência (Sastre Ariza, 1999, p. 108-109), pois tem laços com a moral (Sastre Ariza, 1999, p. 114).

1.2. Coatividade constitucionalista (construída pelo Judiciário)

A ausência de sanção expressa na norma constitucional (em uma visão conduzida por Kelsen) retiraria a normatividade ou a juridicidade de diversos dispositivos constitucionais. Mas os dispositivos constitucionais contam com a coatividade, com a coercibilidade de outras paragens.

Foi Konrad Hesse que nos alertou para a necessidade de enxergarmos a questão de outra forma, para enxergarmos o fato de que “a Constituição contém, ainda de que forma limitada, uma força própria, motivadora e ordenadora da vida do Estado” (1991, p. 11).

A Constituição adquire força normativa na medida em que logra se realizar (Hesse, 1991, p. 16), na medida em que se encontra com o “germe material de sua força vital” que é a situação histórica concreta e os parâmetros da razão que reivindicam seu desenvolvimento (Hesse, 1991, pp. 16-17); Em outras palavras “com as tendências dominantes de seu tempo” (Hesse, 1991, p. 18), com o “estado espiritual de seu tempo” (Hesse, 1991, p. 20).

Seria o mesmo que dizer que nas normas constitucionais estão embutidas as sementes de seu próprio desenvolvimento (Lloyd, 1998, p. 131).

E essa força normativa da Constituição de viés adaptativo às circunstâncias não exclui sua força ativa e transformadora, que advém de os responsáveis pela ordem estarem imbuídos da vontade de concretizar a Constituição ou, de modo mais simples, da vontade de Constituição (Hesse, 1991, p. 19, que advém da convicção de sua inviolabilidade (Hesse, 1991, p. 24). A força normativa ativa depende, portanto, não do conteúdo da Constituição, mas de sua *práxis* (Hesse, 1991, p. 21). A primeira forma, a força adaptativa, está condicionada pela realidade, mas a segunda forma, a ativa, ordena e conforma a realidade.

É esse contexto apresentado por Hesse que nos permite entender com maior profundidade porque ele indica a necessidade da interpretação construtivista, a que “consegue concretizar de forma excelente, o sentido (*Sinn*) da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação” (Hesse, 1991, pp. 22-23). Ideia que, posteriormente, será apropriada pela proposta da realização do comando normativo pela otimização (não pela aplicação) e pela proposta de Dworkin (1999) relacionada à integridade.

Na senda aberta por Hesse, a coatividade constitucional passou a ser vista com uma coatividade atrelada a uma nova lógica.

Não é apenas na norma posta ou no ordenamento que se busca a coercibilidade, mas também na obrigação genérica e estatal de realizar o direito (típica do Estado social de direito), na garantia da tutela judicial efetiva.

As normas constitucionais desprovidas de previsão expressa de sanção podem ter sua coercibilidade construída pelo Judiciário em cada caso (exceto nos campos que não se afastam da tipicidade estrita, ou seja, no campo do direito punitivo).

A coercibilidade migra de fonte legitimadora, em alguns casos, da norma posta para a decisão judicial realizadora da norma.

Ao Judiciário foi atribuído, nos tempos constitucionais, o poder de utilizar-se de todos e quaisquer meios necessários para impor o cumprimento, para realizar concretamente o direito constitucionalizado, mesmo que a norma posta não tenha apontado os meios coercitivos.

Tal posicionamento, de início, foi naturalmente rejeitado por muitos. Mas sua presença e aceitabilidade alçou espaços tão significativos que legislações modernas acolheram essa ideia explicitamente. No direito brasileiro, por exemplo, essa ideia viu-se plasmada na alteração do Código de Processo Civil, que saiu das listas taxativas de formas executórias, para adotar a possibilidade de quaisquer medidas que atinjam o resultado prático equivalente (vide artigos 497 e 536 do CPC/2015).

1.3. Coatividade neoconstitucionalista (internacionalizada)

A coercibilidade do neoconstitucionalismo não está somente na norma posta (positivismo normativista, Kelsen) ou nas decisões postas (positivismo jurisprudencialista, Alf Ross), nem somente na norma de decisão judicial (constitucionalismo), está também internacionalizada.

Amparado na ideologia irradiante dos direitos humanos (responsável também por fazer nascer a obediência inteligente), na metodologia do chegar a ser (fundante da teoria do diálogo das fontes), o neoconstitucionalismo abre o sistema para a coercibilidade dos mecanismos internacionais de proteção dos direitos humanos, pois a globalização criou com que uma soberania nova “supraestatal, difusa e policêntrica” que relativiza o papel do Estado e revaloriza o papel do Direito (García Figueroa, 2009, pp. 33-34).

Compromissos assumidos, mesmo que em instrumentos classicamente enxergados como não vinculantes (assim vistos em função das vetustas influências do voluntarismo e da soberania), passam a ser tidos como obrigatórios; seja em função de muitos comportamentos almejados passarem a configurar princípios de direito internacional, ou costumes internacionais, ou até *ius cogens* (Lamy, 2014), seja em função da boa-fé estatal – como reconheceu a mais alta corte argentina:

“Em virtude do princípio da boa-fé, foi reconhecido pela Corte Suprema de Justiça da Nação Argentina (C. 568. XLIV, 6 de agosto de 2013, considerando 3) que um Estado que subscreve e ratifica um tratado internacional, especialmente se se trata de direitos humanos, tem a obrigação de realizar seus melhores esforços para aplicar as recomendações do órgão de proteção”.

(Oliveira; Souza, Lamy, 2016, p. 299-300)

Se esses compromissos internacionais são descumpridos, torna-se possível a caracterização de danos e a responsabilização, ou seja, uma nova forma de coercibilidade. As Comissões e Cortes Internacionais da ONU e da OEA, em tempos de neoconstitucionalismo, tornaram-se fontes legítimas de fixação dessas novas coercibilidades.

A coercibilidade, a imperatividade do direito neoconstitucional migrou efetivamente para novas paragens, novos instrumentos:

“O modelo desenvolvido e continuamente aperfeiçoado pelos Comitês da ONU e pela OEA dos relatórios estatais periódicos confirmam que a imperatividade do direito internacional não pode ser estudada somente pelo vetusto modelo da sanção punitiva. Precisa ser estudado sob novas perspectivas, não só de que sua base se encontra no interesse comum da humanidade e não necessariamente nos interesses estatais, como também de que a prioridade é encontrar o caminho do cumprimento (voluntário ou coercitivo) e não o da imposição de sanções pelo descumprimento. O direito internacional dos direitos humanos está voltado e mais preocupado com a célere mudança da realidade do que com a punição (embora ela seja muitas vezes necessária, notadamente diante dos crimes contra a humanidade), por isso dedica-se mais à conformidade geral das condutas públicas, das políticas públicas. E, pelos relatórios, encontrou sua imperatividade” (Lamy, 2016, p. 47).

2. Tese da fonte de qualificação do Direito

2.1. Fonte de qualificação positivista (preeminência da lei)

O positivismo jurídico normativista de Kelsen, ciente da complexidade dos ordenamentos jurídicos (existência de diversas fontes do direito), coloca a lei em posição hierárquica superior – por ser esta a manifestação direta do poder soberano do Estado (Bobbio, 2022, p. 193) – e como única fonte de qualificação (Bobbio, 2022, p. 195).

Todas as demais fontes (notadamente os costumes, as normas negociais, os regulamentos e as decisões judiciais) são fontes de conhecimento da solução jurídica, mas ganham a qualificação jurídica pelas mãos das leis que as reconhecem (caso do costume e das normas negociais) ou que a elas delegam seu poder (caso dos regulamentos e das decisões judiciais).

Na Teoria pura do direito, afirma-se: as leis são juridicamente vinculantes, as demais fontes “não o são enquanto uma norma jurídica positiva não as delegue como de Direito, isto é, as torne vinculante” (Kelsen, 1985, p. 251).

Na lei de aplicação do código civil francês de 1805 (art. 7º) e no código civil italiano de 1865 (art. 48), os costumes tornam-se juridicamente relevantes se integrados materialmente na lei (legalizados), se constituem confirmação do que a lei estabelece (*secundum legem*), ou se a lei permitiu-lhes suprir seus vazios (*praeter legem*). E, nesse último caso, se adotados pelo Judiciário; senão, não passam de meras regras de moralidade.

Como aponta Bobbio (2022, p. 197), o costume – segundo Austin e Lambert – torna-se jurídico somente quando faz-se valer pelo Judiciário; em outras palavras, quando aplicado pelo Judiciário, quando existam tribunais que os apliquem.

Poucas vezes o costume efetivamente ganhou autonomia da lei.

No âmbito internacional, por não existir competição (de fato, não há propriamente lei internacional, por isso o costume internacional acabou assumindo papel de fonte primária).

No âmbito da *common law*, porque impingia-se ao poder real (inclusive ao normativo) o limite dos costumes do reino (Bobbio, 2022, p. 199).

Do ponto de vista doutrinário, somente a Escola histórica defendeu, no passado, o costume como fonte independente. Isto porque essa forma de pensamento via todo o direito como um produto das tradições (Bobbio, 2022, p.198), da consciência jurídica popular revelada na história e na vida de uma nação (Ross, 1977, p. 104).

Raríssima é a experiência de costumes abrogativos, superiores à lei.

Somente no direito canônico e em uma forma revestida de excepcionalidade isso é admitido. É o que estabelece o cânone 26 do código canônico, que para aceitar o costume abrogativo exige que a prática se dê de forma contínua por trinta anos completos. E se uma norma canônica voltar a proibir certo costume, somente pode prevalecer uma prática contrária que se torne centenária (Bobbio, 2022, pp. 199-200).

Da mesma forma que o costume, as normas negociais tornam-se jurídicas, para o positivismo, porque o legislador as convalida ou reconhece como válidas em um segundo momento (quando chegam ao Judiciário) ou porque o legislador delegou uma esfera de conformação à liberdade privada, à autonomia.

Do mesmo modo, os regulamentos são direito apenas na medida em que são autorizados pela lei como meio de seu desenvolvimento.

O mesmo se pode dizer da decisão judicial que, na visão positivista normativista, tem o papel de aplicar a lei geral ao caso concreto, ou, no máximo, construir a norma concreta para o caso, mas derivada da geral. O Poder Judiciário, na cosmovisão positivista normativista, encontra-se subordinado ao Poder Legislativo, vê-se encarregado de aplicar fielmente (e até mecanicamente) as normas estabelecidas por este, utilizando-se, para tanto, do mecanismo da subsunção.

Somente ao pronunciar juízos de equidade é que o juiz poderia agir livremente, decidindo segundo sua consciência ou sentido de justiça. Mas, os sistemas jurídicos modernos estabeleceram que isto ocorreria (1º) apenas se não houvesse lei para aplicar ou se a lei fosse imperfeita para o caso e (2º) se as partes aceitassem o juízo como árbitro daquilo que é disponível e (3º) se alguma disposição legal autoriza expressamente a hipótese. Vê-se, portanto, que a equidade é uma fonte delegada e não de uma fonte de qualificação autônoma (Bobbio, 2002, p. 201).

No Brasil, a última condição está expressa no parágrafo único do artigo 140 do Código de Processo Civil de 2015: “O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei”.

Alf Ross, em sua obra *On Law and Justice*, fornece um olhar um pouco diferente. Embora reconheça a legislação ser a única fonte que está acompanhada da ideologia da força obrigatória (Ross, 1977, p. 76), isto só se mantém se for possível “dicer con certeza que será aplicada por los tribunales en el futuro” (Ross, 1977, p. 100) e se for compreendido que o juiz, ao aplicar a lei, molda o seu significado (Ross, 1977, p.96).

De outro lado, para Alf Ross o precedente torna-se verdadeira fonte se ele for considerado obrigatório para o juiz. Ocorre que o juiz, na visão e no momento da obra do Ross, tinha uma grande liberdade para interpretar a *ratio decidendi* e para configurar distinções (Ross, 1977, pp. 85-86).

Algo semelhante se dá com o costume: é “tarea propia del juez (y del legislador) decidir qué costumbres han de ser transformadas en derecho y cuáles no” (Ross, 1977, p. 93). Embora seja possível defender que o costume pode ser imposto ao juiz se: desvela a longo tempo, de modo certo, contínuo e pacífico e é razoável e acompanha a *opinio necessitatis sive obligationis* (Ross, 1977, p.94).

2.2. Fonte de qualificação constitucionalista (preeminência da Constituição)

O paradigma constitucional não parece ser “de princípio” incompatível com a proposta positivista da preeminência da lei; pois apenas a adaptaria, substituiria a preeminência da lei pela preeminência da Constituição. Mas a realidade não é tão simples.

A presença da Constituição e dos seus mecanismos de garantia da constitucionalidade material, perturbam o fio condutor do positivismo: considerar a lei a fonte de qualificação independente de seu conteúdo material.

García Figueroa explica: “se la regla de reconocimiento del sistema presenta (o puede presentar) contenidos materiales, entonces es inviable una concepción positivista estricta del Derecho” (2003, p. 162).

De outro lado, no que diz respeito a fonte subordinada da jurisprudência, o constitucionalismo estabelece uma significativa alteração, ao rejeitar o mecanicismo judicial.

Ao poder de julgar agrega-se a faculdade e o dever judicial de desenvolver a Constituição, não apenas de garantir o posto, mas de “expandir” as amplas ideias que na Constituição se apontam. Não se trata apenas de um desenvolvimento do que está indicado implicitamente. Significa um desenvolvimento de feição criativa, pois pode ir além do que o constituinte imaginou e plasmou. Torna-se possível – notadamente na visão neoconstitucionalista da ciência jurídica, que nasceu ainda no período do constitucionalismo (Lamy, 2024a, pp. 502-506) – criar novos conteúdos que “amplifiquem” a ideia jurídica original de direitos humanos constitucionalizados.

A doutrina reconheceu há tempos que o legislador ordinário, por um lado, “deveria” elaborar normas infraconstitucionais de integração de normas constitucionais que necessitam de complemento para atingirem sua eficácia; por outro, “poderia” elaborar normas infraconstitucionais de reforço que ampliassem o conteúdo ou a operacionalidade de normas constitucionais – das normas constitucionais que não precisam de complemento para produzir os efeitos almejados (Bastos; Brito, 1982, *passim*).

Ocorre que o enraizamento cultural do constitucionalismo permitiu ir muito mais além: o próprio Judiciário pode assumir esse duplice papel. O primeiro (de elaborar normas de integração), especialmente quando provocado pelos instrumentais do mandado de injunção ou da ação indireta de inconstitucionalidade por omissão. O segundo (de elaborar normas de reforço), quando, no caso concreto, identificar a necessidade de assegurar novas e progressivas concretizações para os direitos fundamentais.

Outrora afirmamos:

“a revolução operada no Direito não se trata de mera substituição da lei pela Constituição (o que implicaria na aceitação da continuidade do vetusto princípio da legalidade), pois ao Judiciário cabe o papel de realizar a Constituição (consequência do princípio da efetividade da tutela - art. 5º, XXXV) e, portanto, o papel de criar a norma que efetive o comando constitucional, mesmo que se defronte com a omissão legal, ou com termos constitucionais vagos” (Lamy, 2010, 218-219).

Assim se estabelece, na prática, a preeminência da Constituição.

2.3. Fonte de qualificação neoconstitucionalista (preeminência dos direitos)

O Judiciário, quando o neoconstitucionalismo se estabeleceu, passou a poder ir muito mais além. Isto porque abriu-se a senda da preeminência dos direitos.

Torna-se possível ao juiz libertar-se, em alguns momentos, do próprio sistema, quando por esta via consegue criar para o caso soluções de concretização de direitos humanos que ainda não são reconhecidos expressamente pelo sistema.

Nosso sistema constitucional possui cláusula (art. 5º, §2º) que não impede ao juiz agregar ao rol de direitos fundamentais outros direitos compatíveis com o regime, com os princípios da Constituição ou decorrentes de tratados que o Brasil faça parte (observe-se que o dispositivo constitucional não fala de tratados que o Brasil ratifique, mas que faça parte – bastaria a simples assinatura).

A preeminência dos direitos passou a ser a nova pauta.

Assim, direitos reconhecidos internacionalmente e ainda não reconhecidos nacionalmente – como o direito humano ao desenvolvimento, o direito humano à paz, o direito humano à cidade etc. – podem ser invocados; seja porque o Brasil assinou o tratado ainda não incorporado, seja porque se admita a paraconstitucionalidade (Lamy; Oliveira, 2020, pp.427-431).

De outra forma: no neoconstitucionalismo, os direitos humanos tornam-se o novo critério de qualificação do que é direito.

Realiza-se, nesse olhar, o que fora reivindicado por Zagrebelsky em sua obra *O direito dúctil* (1977): se nossas sociedades são plurais e cambiantes, não podemos ser regidos por um ordenamento monolítico e rígido, senão plural e flexível, que permita qualquer juízo realizar os direitos fundamentais (criaturas da nova moralidade) procedimentalmente, nos casos concretos.

Tenha-se em conta que a criação do Direito pelo juiz não é algo patológico, senão fisiológico do direito constitucionalizado, pois, nesse direito, o labor de produção jurídica se reparte entre o legislador e a jurisdição (Garcia Figueroa, 2009, p. 50).

O que não significa impulsionar as sendas do ativismo: o juiz, no direito constitucionalizado, tem um papel mais importante, mas isso não significa que ele esteja menos vinculado ao direito (Garcia Figueroa, 2009, p. 51).

O que o “legislador constituinte quis” – de maneira geral e abstrata (ancorado na legitimidade democrática), mas sem descrever, efetivamente (porque impossível), todas as hipóteses de concretização ou de derrotabilidade (exceções à regra) –, o “juiz deve” consumir, aplicar ou realizar em cada e em todo caso, com os instrumentos operacionais do diálogo e da argumentação, que lhe dão a legitimidade técnica e argumentativa (Garcia Figueroa, 2009, p. 55).

Essa reconfiguração de papéis, decorrente de uma preocupação com o direito dinâmico, com o direito operacional, mantém a norma posta e o legislador no centro do sistema e coloca o juiz e as razões argumentativas em torno dos casos (foco na aplicação e na justificação) ao seu lado.

Concordamos com García Figueroa (2009, p. 89) que afirma ser essa, talvez, a modificação mais relevante da teoria do direito dos últimos tempos.

3. Teoria da norma

3.1. Teoria da Norma no Positivismo

O direito é um instrumento criado pelo homem que pretende, em essência, prescrever imperativamente o comportamento devido (conduta) ou a forma mediante a qual algo deve ser feito (organização), que busca conformar as atividades do homem mediante ordens cogentes (indisponíveis) ou dispositivas (afastáveis nos campos regidos pela autonomia da vontade), de feição preceptiva (que exigem \fazer), proibitiva (que interdita \não-fazer) ou permissiva (que facultam \poder-fazer).

O instrumental utilizado pelo direito para esse mister, segundo o positivismo, é a norma: um comando “imperativo” e “hipotético”.

Comando IMPERATIVO

Tomás de Aquino (na *Suma Theologica*) estabeleceu a diferença entre

- “conselho ético ou moral” – dado por quem tem respeitabilidade, que gera uma faculdade ao receptor, que o acolhe julgando seu valor substancial, pois interessa ou não a si mesmo, segundo queira ou não suportar por si mesmo as consequências positivas ou negativas – e o
- “comando jurídico” (ou preceito) – dado por alguém investido de autoridade, que gera uma obrigação ao receptor, que o tem de acolher simplesmente porque é um comando, não importando seu valor substancial, pois responde ao interesse

de quem ordena, isentando ou beneficiando o receptor das consequências pelo cumprimento ou impingindo externamente uma consequência prevista – sanção – pelo inadimplemento.

A diferença: o conselho está sujeito à livre escolha, o preceito à necessidade (Bobbio, 2022, p. 213).

Em Hobbes, vê-se que ser imperativo significa um pouco mais do que ser devido, significa que o receptor não pode se opor, não é possível a resistência (Hobbes, De cive, p. 265; cap. XXV do Leviatã).

Em Thomasius, o direito positivo incorpora comandos verdadeiros; comandos em que se estabelece um sujeito ativo revestido de autoridade, um sujeito passivo em posição de obrigação, uma obediência em função do valor formal da ordem (não de seu valor substancial), a proteção do interesse do comando, uma consequência para a inobservância (Bobbio, 2022, pp. 214-216).

E, destaque-se, no contexto positivista da obediência cega ou *prima facie* (Lamy, 2024b, pp. 186-188) a justiça substantiva não é pauta de preocupação, não é considerada para justificar a imperatividade.

De outro lado, todas as espécies de normas são imperativas.

As normas permissivas podem ser consideradas imperativas, pois ao estabelecerem faculdades, em verdade, querem “limitar ou negar um imperativo precedente estabelecido que proíbe ou ordena ter aquele mesmo comportamento” (Bobbio, 2022, p. 218).

As normas atributivas (que conferem poderes), porque “tal poder relativamente a um sujeito comporta, sempre e necessariamente, um dever relativamente a outro sujeito” (Bobbio, 2022, p. 219).

Comando HIPOTÉTICO

Kant (na Fundamentação à Metafísica dos Costumes) desvelou que o comando jurídico é hipotético (não é bom em si mesmo, mas condicionalmente, isto é, para atingir dado fim) e não categórico (incondicional, bom em si mesmo). O comando categórico pode ser assim fundado: não deves mentir, porque não mentir é uma ação boa. O comando hipotético tem de ser formulado com alguma referência: se queres que algo aconteça, deve fazer ou não fazer isso (Bobbio, 2022, p. 223).

Em Kelsen, o imperativo hipotético ganha outros contornos, por ele diferenciar o comando hipotético que está presente nas normas em duas formulações lógicas. A primeira formulação (dirigida aos cidadãos, é expressa assim: “Se queres A, deves B”. Em outras palavras: se queres evitar algo como a sanção negativa, deve fazer ou não fazer isso. A segunda formulação (dirigida aos juízes) é expressa assim: “Se A é, B deve ser”. Em outras palavras: ocorrido o ilícito, o juiz deve aplicar a sanção (Bobbio, 2022, pp. 226-227), que não é uma relação de causalidade, pois depende da imputação (Kelsen, 1985, pp. 91-92) realizada pelo mecanismo coercitivo do direito (Kelsen, 1998, p. 117).

De outro lado, Kelsen inverte a terminologia usada antes por Austin e moldou o pensamento jurídico do seu tempo (Bobbio, 2022, p. 216). Em Austin, a descrição da conduta

era intitulada como dever primário e a sanção como dever secundário. Em Kelsen, o comando dirigido ao juiz, o que prevê a aplicação da sanção é considerado comando primário; enquanto que o comando dirigido ao cidadão, o que descreve somente o comportamento, é considerado comando secundário, pois sua validade está condicionada pelo comando primário (Bobbio, 2022, pp. 226-227).

Nas suas palavras: “Se o dever primário deve sua existência inteiramente ao dever secundário ou sancionador, parece mais correto chamar o primeiro de ‘secundário’ e o segundo de ‘primário’, e falar de comandos primários e secundários em vez de deveres primários e secundários” (Kelsen, 1998, p. 91).

O enunciado de dever ser depende, para alcançar a imperatividade, do enunciado do dever aplicar a sanção; de forma que o comando imperativo genuíno ou primário tem de ser o enunciado do dever aplicar a sanção (Kelsen, 1998, p. 86)³.

Como a ciência jurídica positiva está imbuída de uma ideologia de obediência (Lamy, 2024b, pp. 186-188) e de uma cientificidade de não valoração (Lamy, 2024a, pp. 498-501), tornou-se natural enxergar a norma como um mecanismo.

Enraizou-se, portanto, a seguinte estrutura lógica da norma hipotética:

- hipótese abstrata e
- sanção abstrata.

Enraizou-se, também, a seguinte estrutura operacional da norma imperativa hipotética:

- juízo de subsunção – hipótese abstrata a ver-se realizada pelos comportamentos fáticos;
- juízo de aplicação – sanção abstrata a ver-se imposta aos subsumidos.

3.2. Teoria da Norma no Constitucionalismo

É muito difícil utilizar-se do arcabouço lógico e operacional positivista para o direito constitucionalizado.

Em primeiro plano, porque o constitucionalismo inseriu na cotidianidade o julgamento do valor substancial das normas infraconstitucionais, retirando a pretensa imperatividade de normas que contraditem os propósitos constitucionais. As normas infraconstitucionais incompatíveis ou até inadequadas ao modelo constitucional tem sua imperatividade afastada ou, pelo menos, mitigada.

Em segundo plano, porque muitas das normas constitucionais revestem-se de uma estrutura próxima dos comandos categóricos ou de outro tipo de comandos hipotéticos, de comando hipotéticos que só podem ser compreendidos segundo alguma razão não expressa claramente, mesmo que seja o espírito da Constituição.

³ Uma ressalva se faz necessária: Essa inversão de nomenclaturas foi revista na obra póstuma de Kelsen, na Teoria Geral das Normas (1986).

Kelsen enfrentou essa questão, mas sua opção não foi a de reconhecer esse tipo de normas, foi a de dizer que todas as normas gerais de uma ordem social empírica “apenas podem prescrever uma determinada conduta sob condições ou pressupostos bem determinados” (Kelsen, 1985, p. 113).

Para Luigi Ferrajoli, a característica distintiva do paradigma constitucional é a de submeter a lei à Constituição em relação a seus conteúdos materiais, a sua compatibilidade com os princípios éticos e políticos (tais como: democracia, representação política, separação de poderes, igualdade, direitos fundamentais, devido processo), que se tornaram, nos textos constitucionais, fonte de legitimação jurídica e interna (Ferrajoli, 2009, p. 51).

Esses princípios, uma vez constitucionalizados, deixam de ser princípios axiológicos externos e se convertem em princípios jurídicos e internos que desempenham um papel normativo peculiar, indicam o dever ser do próprio ordenamento (Ferrajoli, 2009, pp. 56-57).

De outra parte, como aponta Atienza (2009, p. 112), o positivismo crítico que defendeu Ferrajoli supõe uma mudança fundamental na maneira de entender o direito, a ciência e a jurisdição. O direito não consiste mais em um sistema unitário de fontes, dada a possibilidade de normas formalmente válidas e substancialmente inválidas. A ciência jurídica não pode ser puramente descritiva, mas também crítica e prospectiva, para corrigir as lacunas e contradições. A jurisdição, ao aplicar as leis em conformidade com a Constituição, tornam-se pragmáticas e responsáveis.

O constitucionalismo fez nascer um novo tipo de norma, com outra estrutura lógica (mais próxima da norma categórica: uma razão que alimenta), com outra estrutura operacional imperativa (otimização continuada e mandados estruturantes): as normas-princípio.

A percepção da necessidade de se repensar o olhar sobre a normatividade se deu pelas mãos de dois pensadores em especial: Ronald Dworkin (em sua obra *Taking Rights Seriously*, de 1977) e Robert Alexy (em sua obra *Theorie der Grundrechte*, de 1985). Neles, encontramos a diferenciação de duas espécies de normas: as normas-regra e as normas-princípio.

Em Dworkin, na obra “Levando os Direitos à Sério”, identifica-se que o princípio (enquanto norma) não estabelece condições que tornem sua aplicação necessária (hipótese abstrata), apenas enuncia uma razão – outra estrutura lógica – que conduzirá o argumento em certa direção, seu desdobramento concreto dependerá de uma decisão particular – outra estrutura operacional (Dworkin, 2002, p. 41). Mesmo aqueles dispositivos constitucionais que se assemelham às regras (ao dar as condições de sua presença, a hipótese abstrata), não costumam apresentar as consequências de sua apresentação, a sanção (Dworkin, 2002, p. 40).

Em Alexy (2002, p. 86), na obra “Teoria dos Direitos Fundamentais”, afirma-se que o princípio é uma espécie de norma que ordena que “algo” seja realizado, mas não de uma forma estanque, mas na melhor medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes – outra estrutura operacional imperativa.

Nesse sentido, Canotilho afirma que normas-princípio são “exigências de otimização abertas a várias concordâncias, ponderações, compromissos e conflitos” (Canotilho, 2003, p. 1.163), “são normas jurídicas impositivas de uma otimização, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionamentos fáticos e

jurídicos”, enquanto as normas-regras são “normas que prescrevem imperativamente uma exigência (impõem, permitem ou proíbem) que é ou não cumprida” (Canotilho, 2003, p. 1.161), constituem exigências de aplicação.

O conceito de princípio é um resgate e uma feliz tradução do conceito grego *Arkhé*, que significa "começo" e, ao mesmo tempo, "fator essencial que alimenta e continua a alimentar desde dentro":

“O espanto é, enquanto páthos, a *arkhé* da filosofia. Devemos compreender, em seu pleno sentido, a palavra grega *arkhé* designa aquilo de onde algo surge. Mas este “de onde” não é deixado para trás no surgir; antes, a *arkhé* torna-se aquilo que é expresso pelo verbo *arkhein*, o que impera. O páthos do espanto não está simplesmente no começo da filosofia, como, por exemplo, o lavar das mãos precede a operação do cirurgião. O espanto carrega a filosofia e impera em seu interior.

Aristóteles diz o mesmo (*Metafísica*, 1, 2, 982 b 12 ss.): *dià gàr tò thaumázein hoi ánthropoi kai nyn kai prôton ércsanto philosophhein*. “Pelo espanto os homens chegam agora e chegaram antigamente à origem imperante do filosofar” (aquilo de onde nasce o filosofar e que constantemente determina sua marcha).

Seria muito superficial e, sobretudo, uma atitude mental pouco grega se quiséssemos pensar que Platão e Aristóteles apenas constatarem que o espanto é a causa do filosofar. Se esta fosse a opinião deles, então diriam: um belo dia os homens se espantaram, a saber, sobre o ente e sobre o fato de ele ser e de que ele seja. Impelidos por este espanto, começaram eles a filosofar. Tão logo a filosofia se pôs em marcha, tornou-se o espanto supérfluo como impulso, desaparecendo por isso. Pôde desaparecer já que fora apenas um estímulo. Entretanto: o espanto é *arkhé* — ele perpassa qualquer passo da filosofia” (Heidegger, 2005, 37-38).

Traduz uma realidade que a língua portuguesa não está muito afeita⁴ (e, em consequência, nossa mente), a realidade de algo que ocorreu no passado e permanece no presente, a ação iniciada que apresenta continuidade (construção usual para o grego, pois os tempos verbais gregos expressam mais a qualidade da ação do que o tempo em que a ação acontece).

Quando se diz que “no princípio era o verbo” (trecho bíblico escrito originalmente em grego - João 1:1-3), quer-se dizer que o Verbo estava no passado, mas jamais que Ele desapareceu ou desaparece no presente.

Assim é a proposta conceitual de princípio, representa o começo que permanece na continuidade. E é nessa continuidade que é preciso se debruçar.

Enquanto a regra constitucional é aplicada e esgota seus efeitos, o princípio constitucional é otimizado ou concretizado (aplicado ou densificado da melhor forma

⁴ Nesse sentido, Henrique Mouracho (1996, p. 12), aponta: “No grego a noção de tempo só existe no indicativo; nos outros modos, só existe a noção de modo e aspecto. Os gramáticos latinos não viram isso, e os gramáticos de todas as línguas modernas ocidentais, seguindo os gramáticos latinos, também não viram e continuam não vendo”.

possível, segundo as circunstâncias) e nunca exaure seus efeitos, devendo ser atualizado continuamente. O princípio não está somente na origem, mas também na continuidade.

Essa atualização continuada permite também intuir faceta relevante para a compreensão da realidade. A constatação de que uma determinada solução jurídico-interpretativa, extremamente razoável e adequada para determinadas circunstâncias e que extrai o significado presente de determinado princípio, poderá evoluir em circunstâncias diversas. É esse conteúdo aberto a nova concretização que exige o mandado de otimização e não o de aplicação.

Os princípios são mandados de otimização que ordenam que algo deva ser efetivamente realizado, e continuamente realizado, na maior medida possível, de acordo com as circunstâncias fáticas e jurídicas.

Por outro lado, os princípios constitucionais são normas de natureza estruturante de toda a ordem jurídica e legitimam o próprio sistema, pois consagram valores culturalmente fundantes da própria sociedade. Assim, v.g., o princípio constitucional democrático estrutura juridicamente todo o regime político e o faz legitimamente porque se funda no valor conatural ao homem da liberdade política hoje positivada em diversos matizes.

Os princípios sempre estão presentes em todo e qualquer caso e são mandados estruturantes, “apreensíveis apenas nas suas concretizações” pelo *ethos* jurídico dominante: “um princípio não se deixa precisar *a priori*, mas somente diante de uma situação histórica, quando o direito legislado e o estado da 'consciência jurídica geral' irão determiná-lo” (Cannaris, 1989, p. 122).

Ao contrário das regras, não são conceitos técnicos com um conteúdo fixo não relacionado ao tempo, aos lugares, às circunstâncias. Por isso, os princípios não podem ser aprisionados dentro dos limites incertos de qualquer fórmula.

Sua conatural incerteza, no entanto, não retira do mesmo a feição normativa, o seu atributo de mandado, de comando imperativo.

3.3. Teoria da Norma no Neoconstitucionalismo

Retificado o olhar pelo neoconstitucionalismo ideológico que abriu as sendas da interpretação “a partir da Constituição”, não ancorada apenas no texto, mas também na vontade da Constituição (Lamy, 2024b, p. 189 e ss.), pelo neoconstitucionalismo metodológico que abriu as sendas de uma ciência comprometida com o que a norma pode “chegar a ser” (Lamy, 2024a, p.502 e ss.) – ancorada no posto, mas não presa totalmente ao posto –, foi possível construir uma teoria neoconstitucional da norma.

Uma teoria que considera a norma como programa e âmbito normativo.

A “norma”, na trilha do pensamento de Friedrich Müller (2000, p. 56-59), passou a ser vista não como a interpretação do mero enunciado (texto), senão como o modelo de ordenação resultante da conjugação do enunciado linguístico ou programa normativo, e dos dados reais (contexto factual e valorativo) ou âmbito normativo, orientado para a concretização material (não há interpretação sem problema concreto a resolver).

Sem que se altere a percepção de que a “norma”, como destaca Konrad Hesse (1991), é um comando imperativo, com “força”, exigível, não uma mera promessa.

Sem que se desconsidere a percepção de que a norma constitucional tem de ser interpretada pela “sociedade aberta dos intérpretes” da Constituição como alertou Peter Häberle: “a ampliação do círculo de intérpretes [...] é apenas a consequência da necessidade, por todos defendida, de integração da realidade no processo de interpretação” (Häberle, 1997, p. 30); pois, “Limitar a hermenêutica constitucional aos intérpretes ‘corporativos’ ou autorizados jurídica ou funcionalmente pelo Estado significaria um empobrecimento ou um autoengodo” (Häberle, 1997, p. 34).

De forma que a própria competência de interpretar tem de ser considerada um elemento estruturante do direito da cidadania (Häberle, 1997, p. 37).

De forma que a própria interpretação aberta seja considerada como forma legítima de desenvolver o conteúdo material da Constituição (Häberle, 1997, p. 42).

O olhar constitucionalista enxerga a hipótese abstrata não mais como uma ação\omissão descrita como devida, mas como uma “razão que alimenta”.

Assim como enxerga que a sanção abstrata pode ser “aplicada” (normas-regra) ou tem de ser “continuamente otimizada” (normas-princípio).

O olhar neconstitucionalista dá mais alguns passos.

De um lado, integra o âmbito normativo à norma – o que amplifica em muito o que se entende por norma (não é mais apenas o texto, é o texto mais as circunstâncias). No constitucionalismo as circunstâncias são condições externas que condicionam a otimização possível, no neoconstitucionalismo as circunstâncias integram a norma, internalizam-se.

De outro, o neoconstitucionalismo enxerga a norma como um “programa”, mais do que uma razão (que poderia ser única, uma direção), como um plexo de interesses (também evolutivo) a ser perseguido.

4. Teoria do ordenamento jurídico

A coercibilidade (defendida desde Hugo Grotius) e o imperativismo (defendido desde Tomás de Aquino) são importantes para o positivismo, mas não são exclusivos dessa corrente do pensamento jurídico, inclusive foram apontadas anteriormente à formação do positivismo. A tese da fonte de qualificação positivista (pertinência ao jurídico ser estabelecido pela lei) foi, por sua vez, uma construção que rompeu com paradigmas anteriores. Mas a teoria do ordenamento jurídico é o coração da teoria positivista do Direito, pois é criação dessa corrente do pensamento (Bobbio, 2022, pp. 229-230).

Baseia-se em três características (unidade, coerência e completude) que fazem do Direito, no seu conjunto, ser visto como uma entidade nova – o ordenamento, distinta das normas singulares que a constituem (Bobbio, 2022, p. 231).

4.1. Unidade (formal; formal e material; pragmática ou *pro homine*)

A unidade sempre foi buscada pelos pensadores do direito, mas é preciso compreender a diferença específica da unidade positivista.

A unidade do sistema de normas nos pensadores anteriores (especialmente para os jusnaturalistas) sempre adveio de que todas as normas particulares podiam ser deduzidas de outras normas materiais até que se chegasse a uma totalmente geral. Em Hobbes, *pax et quaerenda*; em Tomás de Aquino, *bonum est quaerendum, male vitandum*; em Pufendorf, a conservação da sociedade humana; em Thomasius, a felicidade; em Kant, a garantia da liberdade (Bobbio, 2022, p. 232).

A unidade do ordenamento dos positivistas é puramente lógica e formal, explica-se apenas pela possibilidade de serem postas normas por um poder legitimado a criar o direito. Depende de uma norma primeira não posta, que é um postulado, que tem um conteúdo não-material, mas específico: todos devem obedecer às normas emanadas do poder legítimo (norma hipotética fundamental). Em consequência, toda a norma particular revestida da formalidade de ser emitida pela autoridade legitimada, integra um único ser, um ordenamento jurídico particular (Bobbio, 2022, p. 234).

O conceito apresentado por Kelsen de ordenamento jurídico, deixa essa consideração explícita: “Uma ‘ordem’ é um sistema de normas cuja unidade é constituída pelo fato de todas elas terem o mesmo fundamento de validade. E o fundamento de validade de uma ordem normativa é [...] uma norma fundamental da qual se retira a validade de todas as normas pertencentes a essa ordem” (1985, p. 34).

Observe-se: as normas particulares – segundo a ideia positivista – pertencem ao sistema, à ordem, não porque são deduções lógicas de uma norma superior pressuposta de conteúdo material ou finalístico, mas porque são atos produzidos voluntariamente pela autoridade constituída (Kelsen, 1998, p. 167).

A unidade dos constitucionalistas possui conteúdo formal (pertencer à Constituição ou a autoridade normativa seguir o procedimento de criação de normas nela previsto), mas também possui conteúdo material, depende da compatibilidade e da adequação com as ideias constitucionais estruturantes de feição material (García Figueroa, 2009).

A unidade dos neoconstitucionalistas abre-se a outras paragens, ao diálogo das fontes, à ideia central de que há um corpo jurídico multifacetado (inclusive composto de normas supranacionais), que pode conter contradições, mas que está unido pelo propósito de melhor realizar os direitos humanos e fundamentais (Prieto Sanchís, 2007). O que revela a adoção de um princípio material específico e pragmático: o princípio *pro homine*.

4.2. Coerência (abstrata; circunstanciada\ponderação; melhor resultado)

Pela coerência positivista nega-se que possa haver antinomia, ou seja a coexistência de normas incompatíveis entre si dentro do mesmo ordenamento.

Diante de um conflito concreto de comandos, mantém a coerência do ordenamento a aplicação de regras ou critérios de exclusão do conflito.

Os critérios compartilhados pela doutrina, segundo Bobbio, são os seguintes (2022, pp. 238-240):

- a) Se estiver em jogo o critério hierárquico: *lex superior derogat inferiori*;
- b) Se estiver em jogo o critério da especialidade: *lex specialis derogat generali*.
- c) Se estiver em jogo o critério cronológico: *lex posterior derogat priori*;
- d) Se estiverem em jogo os critérios hierárquico e cronológico, o hierárquico prevalecerá: superior anterior derrogará inferior posterior.
- e) Se estiverem em jogo os critérios da especialidade e o cronológico, a especialidade prevalecerá: especial anterior derrogará geral posterior.
- f) Se estiverem em jogo os critérios da hierarquia e da especialidade, a prevalência virá do critério cronológico: inferior especial posterior derrogará superior geral antecedente; ou, superior geral posterior prevalecerá sobre inferior especial antecedente.

Esse último parâmetro é o adotado pelo art. 24, §4º da Constituição brasileira de 1988 – lei geral posterior da União em matéria de competência concorrente prevalece sobre a especial anterior dos Estados. Como a União tem a competência de emitir as normas gerais e o Estado a de emitir as normas especiais, não há propriamente hierarquia entre essas leis, há sim uma divisão de competências. Ocorre que, do ponto de vista lógico, a geral possui uma superioridade à especial. O que se almeja é que a União edite a norma geral antes, mas se isso não suceder, a Constituição estabeleceu, por esse dispositivo, uma garantia de superioridade à lei geral posterior. Assim (por determinação constitucional e pelo argumento razoável da superioridade lógica) a solução não recai na hipótese configurada para o conflito entre critério da especialidade e o cronológico, mas na hipótese para o conflito entre os critérios hierárquico e da especialidade.

Se nenhum dos critérios pode ser aplicado – como no caso de as leis serem contemporâneas, hierarquicamente paritárias e de mesmo grau de generalidade–, dá-se prevalência, no âmbito público, para a *lex favorabilis* (a lei permissiva) frente a *lex odiosa* (a lei imperativa de comando ou de proibição); pois, nas relações entre o Estado e os particulares, o pressuposto é o *status libertatis*, a excepcionalidade do comando imperativo (Bobbio, 2022, p. 240).

Mas esse critério não resolve o conflito no âmbito das relações privadas. Âmbito em que apenas seria possível dar prevalência a beneficiar os vulneráveis tutelados pelo direito, como são os consumidores e os aderentes.

Se as leis em conflito são contemporâneas, paritárias, de mesmo grau de generalidade e imperativas (uma comanda e outra proíbe), há que se entender que elas se anulam, eliminam-se mutuamente, delas resultando uma terceira possibilidade, a que permita o comportamento em questão (Bobbio, 2022, p. 241).

A coerência do constitucionalismo não é abstrata, mas circunstanciada. Frente a colisão de direitos constitucionais, opta-se pela não exclusão de quaisquer dos comandos. Advoga-se pela ponderação, ou seja, pela cedência parcial e provisória, apenas no caso, de um dos comandos em benefício do outro, em função das circunstâncias históricas, culturais e sociais concretas (Alexy, 2002).

O neoconstitucionalismo, por sua vez, abre-se à coexistência da contradição. Rejeita a necessidade categórica de se excluir normas. Importa-se somente com a utilização do comando que melhor realize os direitos humanos e fundamentais em cada caso (García Figueroa, 2010, pp. 185-207).

4.3. Completude (das leis; dos princípios; superação da preocupação)

Essa faceta, estritamente vinculada à certeza do direito, ideologia fundamental do positivismo, constitui o coração do positivismo. Significa, para essa forma de pensar o direito, que a lei (enquanto conjunto de normas postas) não tem lacunas. Não que o direito não tenha lacunas (valendo-se de todas as suas fontes), mas que a própria lei (enquanto conjunto de normas postas) não tenha lacunas (Bobbio, 2022, p. 241).

Esse pressuposto assegura ideias caras para o positivismo: a preeminência da lei, a certeza do direito, a impossibilidade de se recusar a tutela jurisdicional e a ideia de o juiz não precisar criar o direito (Bobbio, 2022, p. 242).

A teoria do espaço jurídico vazio (articulada por Bergbohm e Santi Romano) propugna que o não previsto não é direito, não é juridicamente relevante (Bobbio, 2022, pp. 242-243).

A teoria da norma geral exclusiva (articulada por Zitelmann e Donati) propõe que cada norma, que regula algo, tem, dentro de si, outra norma implícita, que o não regulado é permitido. Dessa última visão advém a expressão “é permitido tudo o que não é exigido, nem proibido”. A segunda teoria torna juridicamente relevante, dá qualificação jurídica a tudo o que não é regulado. Assim, tornou-se jurídico o dever geral de todos não extravasarem a esfera do implicitamente permitido, causando danos. Eventual lesado fica assim legitimado a recorrer ao Judiciário para proteger o não regulado, mas perturbado (Bobbio, 2022, pp. 243-244).

Por fim, fala-se impropriamente em lacuna na situação de a lei dizer menos do que pretendia, de a lei parecer lacunosa com relação a *mens legis*. Essa situação configura uma lacuna imprópria porque o recurso à analogia ou à interpretação lógico-sistemática resolve, dentro do sistema, a falha de explicitação (Bobbio, 2022, p. 245).

A completude do constitucionalismo é menos elaborada, embora sua pretensão seja maior: a onipresença das normas constitucionais (García Figueroa, 2003). Como os princípios são normas amplas, estruturantes ou fundantes e abertas, não há questão jurídica que não seja uma experimentação concreta de algum ou de alguns princípios constitucionais.

Ferrajoli tem um olhar especial: diferencia as antinomias que ocorrem na relação entre normas de mesmo nível (anteriores e posteriores, gerais e especiais) das antinomias predicadas com relação à Constituição; diferencia as lacunas presentes nas normas em geral das lacunas relacionadas à Constituição.

As antinomias e lacunas que chama de estruturais são vícios (por comissão de normas inválidas ou por omissão de normas de aplicação) que exigem atitude resolutiva das autoridades (Ferrajoli, 2009, p. 38-39), seja anulando a norma antinômica, seja introduzindo a regra necessária.

O dever-ser constitucional, em Ferrajoli, é diferenciado.

Quando possível, o intérprete tem que ter o poder de valer-se de leituras das normas inferiores que extraíam os significados compatíveis com a Constituição para assim superar a antinomia; assim como o poder de interpretar o direito valendo-se mais amplamente das analogias e dos princípios para assim superar a lacuna (Ferrajoli, 2009, p. 40).

O neoconstitucionalismo, por sua vez, despreocupado com o sistema e preocupado com os direitos (preeminência dos direitos), desconsidera a completude, interessa-lhe encontrar mesmo que fora de si, soluções para a realização do direito.

5. Teoria da interpretação subsuntiva, lógica ou mecanicista.

5.1. Teoria da interpretação positivista (subsunção\aplicação)

A tarefa da jurisprudência e da ciência jurídica, para o positivismo, é de natureza cognitiva, de conhecimento objetivo.

Para o positivismo, a jurisprudência é uma tarefa cognitiva de natureza declarativa e de perfil passivo e contemplativo do objeto norma posta (que não é produção sua, que lhe foi entregue pela política, pelo legislador).

Em outras palavras, a tarefa da jurisprudência é interpretar e não criar o direito (Bobbio, 2022, pp. 247-248).

Interpretar, no sentido positivista, significa “ir do signo (*signum*) para a coisa significada (*designatum*), isto é, compreender o significado do signo individualizando a coisa por ele indicada” (Bobbio, 2022, p. 249).

Nessa tarefa, o julgador deve dar mais ênfase à letra (*signum*) e não à coisa significada (*designatum*); ou seja, ser mais sensível à interpretação da letra da lei do que à interpretação do espírito a lei ou, de outro modo, imiscuir-se apenas no espírito que for compatível com a letra. Ademais, ser sensível à vontade do legislador, rejeitando o enriquecimento ou adaptação dos signos decorrente de circunstâncias históricas, sociais ou culturais posteriores ao nascimento da norma. Correta, para o positivismo, é a interpretação estática, a interpretação que se funda em um retrato do que quis o legislador (*mens legislatoris*) em no momento que elaborou a norma (Bobbio, 2022, p. 250).

No positivismo, o labor de debruçar-se sobre o texto normativo (a norma posta) para desvelar, explicitar ou declarar o que ele significa (que comando é extraível dele) ancora-se em quatro expedientes, instrumentos lógicos ou meios hermenêuticos que a tradição havia consolidado (Bobbio, 2022, p. 251):

(A) Meio Lexical – que, em respeito à letra do texto normativo, em primeiro plano, observa os significados que podem ser estabelecidos considerando a etimologia das palavras que o texto normativo utilizou e as diversas dimensões da gramática (as funções sintáticas de cada termo ou expressão e os contextos semânticos) que permitem compreender melhor o texto;

(B) Meio Teleológico – voltado a desvelar os motivos, os objetivos ou os fins que justificaram o estabelecimento da norma (*ratio legis*);

(C) Meio Sistemático – que, pressupondo ordenamento como unitário e coerente, busca o significado que o ordenamento (como um todo) ou a relação entre os textos do ordenamento agregaria;

(D) Meio Histórico – voltado a reconstruir a vontade do legislador (especialmente pelo estudo dos trabalhos preparatórios ou documentos produzidos durante o processo legislativo), sai fora do texto, mas apenas para entender o texto.

O positivismo, ancorado na ideia da completude do ordenamento jurídico não admite lacunas na lei. No entanto, admite e é compatível com a lacuna falsa ou imprópria, ou seja, com a lacuna que nada mais é que uma falsa percepção de incompletude.

Há situações em que o julgador se depara com uma percepção de incompletude. Olha para o texto e pensa: o texto normativo parece dizer menos do que pretende (*ratio legis*), parece ficar aquém daquilo que o legislador queria, daquilo que é possível presumir que era sua vontade (*mens legislatoris*).

Nessa situação, admite-se um quinto meio interpretativo, exceto para as temáticas do direito adstritas à estrita legalidade (de modo geral: qualquer comando punitivo):

(E) Analogia Legis – recurso que permite estender o comando (significado extraído pelos meios anteriores) para situações tecnicamente não descritas, mas similares às descritas, pois a *ratio legis* ou a *mens legislatoris* tornam essa projeção extensiva razoável.

Na interpretação analógica ou extensiva intitulada “analogia legis”, o que torna certo ou correto o raciocínio lógico de complementação da norma é a demonstração de que na situação descrita e na situação não-descrita há uma semelhança essencial: a semelhança nos precisos elementos que a norma considerou como condição ou como razão suficiente para atribuir a consequência, a sanção (Bobbio, 2022, pp. 252-254).

Por derradeiro, há um último meio interpretativo moldado no rescaldo da cultura dogmática que a ciência jurídica ficou embebida há tempos: enxergar a possibilidade de o jurista extrair das normas postas particulares, via raciocínio lógico, ideias abstratas e gerais estruturantes (princípios gerais do ordenamento jurídico) que seriam “normas gerais não formuladas explicitamente pelo legislador” (Bobbio, 2022, pp. 256-257):

(F) Analogia Iuris – baseado em um procedimento de abstração (induzir princípios gerais do ordenamento a partir do conjunto de regras que disciplinam uma matéria) e em um procedimento de subsunção (projetar o princípio geral para todas as situações que ele tem o potencial de abranger, inclusive para situações não pensadas pelas normas postas).

5.2. Teoria da interpretação constitucional (otimização\concretização)

A relevância que o constitucionalismo dá aos princípios normativos perturba essa proposta mecanicista, porque os princípios constitucionais positivados (que não são a mesma coisa que os princípios gerais do ordenamento jurídico) não compartilham da estrutura das regras (hipótese abstrata e sanção abstrata) e, em consequência, nem da funcionalidade operativa das regras (o juízo de aplicação tem de ser substituído pelo juízo de otimização).

A inserção da lógica da concretização progressiva dos direitos (Lamy; Roldan; Hahn, 2028, pp. 51-53) perturba o valor da certeza do direito (tão caro ao positivismo e justificador de seu cuidado com os limites para a interpretação), embora permita a adequação do Direito às mudanças ou mesmo reformas sociais. Nesse contexto, o Judiciário recebe um poder delegado e limitado de determinar o conteúdo dos direitos, mas que não deixa de ser uma parte do poder normativo.

Configura-se um modelo, no constitucionalismo, de otimização e concretização que não se esgota no ato decisório ou regulativo ancorado na interpretação positivista. O princípio exige um ciclo de atualização pelo intérprete, de certa forma, cada vez mais nuclear.

Quando se diz que o princípio apresenta exigências de otimização abertas a várias concordâncias, ponderações, compromissos e conflitos, há que se ter em conta que essa otimização – essa busca do ótimo – deve ser conduzida pela trilha que permita o contínuo aperfeiçoamento.

O constitucionalismo vai além da interpretação extensiva (analogia legis) do positivismo, chega ao que Guastini bem intitulou sobreinterpretação (2003, p. 53).

O modelo de otimização continuada exige que percebamos que o ato interpretativo ou aplicativo pontual não esgota a otimização. Deve indicar, em verdade, a melhor otimização possível naquele momento concreto, diante daquelas circunstâncias. Mas não indica qual a otimização adequada para o momento seguinte, pois as circunstâncias podem ser outras.

O comando normativo do princípio posto não se dirige simplesmente às realizações pontuais, mas também às realizações continuadas e gradativas. O princípio posto exige ser constantemente redimensionado e reavaliado para se adaptar às dinâmicas do processo de implementação do ótimo.

A nova atuação administrativa pode ser redimensionada, a nova atuação legislativa pode ser aperfeiçoada, a nova atuação judicial pode ser ampliada.

Uma observação para os nossos tempos se faz necessária.

Repousa, no Executivo, grande parte da responsabilidade constitucionalmente estabelecida para o Estado relativa a realização dos direitos individuais e sociais (notadamente através do instrumental das Políticas Públicas).

O Legislativo tem papel relevante na conformação das ações executivas devidas, pois é o poder adequado para estabelecer democraticamente as linhas mestras dessas ações públicas (diretrizes, estratégias, metas e instrumentos). Mas, nessa seara, sua tarefa legislativa não molda completamente as condutas concretas devidas ou proibidas, mas apenas as responsabilidades públicas.

Repousa no Judiciário, para o constitucionalismo (em função da abertura dada para a interpretação construtiva e progressiva, decorrente da possível mensuração do ótimo), a possibilidade de julgar a correção social e individual das ações executivas, ou mesmo a possibilidade de constranger o Executivo e o Legislativo a cumprirem seus deveres (o que foi enfrentado pela lógica do “estado de coisas inconstitucional” na Corte constitucional da Colômbia e entrou em discussão no Supremo Tribunal Federal na ADPF 347, atinente à crise do sistema carcerário brasileiro).

5.3. Teoria da interpretação neoconstitucional (*ius commune*)

O neoconstitucionalismo, sem desconsiderar a necessidade de manter as trilhas do positivismo (subsunção e aplicação) e do constitucionalismo (otimização e concretização), abriu as portas para uma interpretação muito mais ampla: a do *ius commune* (Bogdandy; Piovesan; Morales Antoniazzi, 2013).

Para o neoconstitucionalismo é possível utilizar-se do direito internacional e do direito constitucional estrangeiro como fonte legítima de interpretação.

Essa é a ótica do pensamento latino-americano hoje intitulado *ius constitutionale commune* ou constitucionalismo transformador. O que fora antecipado com argúcia pela Constituição da África do Sul de 1996, que estabeleceu ao intérprete judicial dos direitos fundamentais o dever (a expressão original é *must*) de considerar o direito internacional e o poder (a expressão original é *may*) de considerar o direito estrangeiro (art. 39).

A especificidade da interpretação neoconstitucional, que além de “sufragar a necessidade da interpretação moral da constituição” (Pozzolo, 2006, p. 242) endossa a tutela dos direitos por quaisquer meios, rompe também com a separação do Direito e da Política, pois passa a ser também “operacional a escopos de política do direito” (Pozzolo, 2006, p. 242) e não apenas a escopos cognoscitivos.

Colocam-se, então, alguns desafios:

(1ª) “a interpretação moral da constituição implica que ela não possa mais ser assumida como norma mais elevada do ordenamento jurídico: a constituição não fecha o sistema, pressupõe ser interpretada com base em princípios superiores, supraconstitucionais” (Pozzolo, 2006, p. 242) e

(2ª) “na medida em que a tutela dos direitos não é mais confiada às palavras do direito, mas à interpretação moral do juiz, diminui a relevância do próprio direito” (Pozzolo, 2006, p. 243).

Não é de menor importância um segundo olhar neoconstitucionalista (*além do ius commune*): o de que o direito constitucional posto incorporou (de modo expresse ou implícito) conteúdos morais objetivos e específicos (não um conjunto indeterminado de valores) que desvelam uma pauta interpretativa hierárquica.

O neoconstitucionalismo “vem apresentando a virtude de pôr em relevo que não se deve colocar todos os juízos de valor no mesmo plano e que nem todos os juízos de valor se reconduzem ao âmbito incontrolável da subjetividade” (Soares, 2019, p. 157).

Em Ricardo Maurício Freire Soares, o valor hermenêutico máximo é a dignidade da pessoa humana – nas suas palavras “marco axiológico fundamental” (Soares, 2024, p. 6). De forma que “o intérprete [...] deve enfrentar o desafio de delimitar, à luz do caso concreto, o sentido e o alcance da cláusula principiológica da dignidade da pessoa humana” (Soares, 2024, p. 203).

Em Danilo de Oliveira, o direito ao desenvolvimento assume esse papel (2023, 2024).

Danilo de Oliveira, na obra “Direito ao desenvolvimento” (2024), propugnou que o direito ao desenvolvimento tem a virtualidade de ser “vetor hermenêutico” para o Direito. Depois, na obra “Hermenêutica do desenvolvimento” (2023), desvelou que o vetor

hermenêutico desenvolvimentista é a trilha para construir o “equilíbrio adequado” em caso de conflito entre valores (típico de uma sociedade plural) e para determinar (decisão política) o significado adequado se e quando mais de uma exegese for possível.

Danilo de Oliveira estabeleceu uma nova forma de interpretar – condicionante do conteúdo de um direito justo – um novo paradigma hermenêutico, o da “interpretação conforme o desenvolvimento”.

É esse tipo de propostas que se dá no neoconstitucionalismo.

Considerações Finais

Pode-se apontar que 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. Do ponto de vista estrutural, destacou às normas-princípio, que estruturam e incidem sobre todo o ordenamento jurídico (novo tipo de completude). Do ponto de vista funcional, incorporou uma forma distinta de se estabelecer a coatividade (pelas mãos judiciais) e de se manejar o direito: a concretização (novo tipo de imperatividade), a otimização (novo tipo de aplicação) e a ponderação (novo tipo de coerência). Do ponto de vista político, inseriu o protagonismo judicial. Do ponto de vista funcional e político, consolidou o reino da argumentação prática (novo tipo de interpretação), em substituição ao da lógica formal.

Todas essas influências já exigiam uma revisão profunda da teoria positivista.

O neoconstitucionalismo, por sua vez, propugna não uma obediência cega, nem uma obediência condicionada, mas uma obediência inteligente e diligente, que serve à lei e serve-se da lei. 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, especialmente pelos compromissos internacionais de direitos humanos).

Na teoria neoconstitucional do direito, a coercibilidade não depende apenas da norma, ganha feições judiciais e internacionais. Os direitos humanos tornam-se mais fonte de qualificação do que as normas postas. A norma é vista como programa (um plexo de interesses, mais do que uma razão) e como âmbito (internalizando as circunstâncias). A unidade do direito advém do propósito pragmático de realizar os direitos humanos, do princípio *pro homine*. A coerência cede, se necessário, à coexistência contraditória, importando-se apenas com a melhor realização dos direitos. A completude deixa de ser uma preocupação teórica e torna-se prática, aberta a novas fontes que deem soluções mais adequadas para a realização dos direitos. A interpretação abre-se ao *ius commune* internacional ou estrangeiro.

Todos esses aspectos, parecem exigir que se perceba o seguinte: está escrito um esboço avançado de uma teoria neoconstitucional do direito.

Referências

- ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. 2ª ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.
- ATIENZA, Manuel. *Sobre Ferrajoli y la superación del positivismo jurídico*. In: FERRAJOLI, Luigi; MORESO, José Juan; ATIENZA, Manuel. *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*. México: Editora Cajica, 2009.
- BARBERIS, Mauro Giuseppe. Neoconstitucionalismo. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, v. 7, n. 1, p. 18–30, 2006. DOI: 10.62530/rbdcv7n1p018.
- BASTOS, Celso Seixas Ribeiro; BRITO, Carlos Ayres de. *Interpretação e Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. SP: Saraiva, 1982.
- 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.
- BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia; MORALES ANTONIAZZI, Mariela (org.). *Direitos humanos, democracia e integração jurídica: emergência de um novo direito público*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.
- CANNARIS, Claus-Wilhem. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Trad. A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.
- 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 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.
- DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- FERRAJOLI, Luigi. *La teoría del derecho en e sistema de los saberes jurídicos*. In: FERRAJOLI, Luigi; MORESO, José Juan; ATIENZA, Manuel. *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*. México: Editora Cajica, 2009.
- FERRAJOLI, Luigi. *La construcción de la democracia. Teoría del garantismo constitucional*. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez. Madrid: Editorial Trotta, 2023.
- 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.
- GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. *Neoconstitucionalismo, derrotabilidad y razón práctica*. In: CARBONELL, Miguel (org.). **El canon neoconstitucional**. Madrid: Trotta, 2010, pp. 185- 207.
- 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.
- HEIDEGGER, Martin. *Que é isto – A Filosofia?* Trad. Ernildo Stein. *Coleção os Pensadores*: Martin Heidegger. Conferências e Escritos Filosóficos. São Paulo: Abril Cultural, 2005.
- HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: SAFE, 1991.
- IHERING, Rudolf von. **A Finalidade do Direito**. Tomo I. Trad. Heder K. Hoffmann. Campinas: Bookseller, 2002.
- KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. Trad. Edson Bini. Bauru, SP: EDIPRO, 2003.
- KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Trad. Luís Carlos Borges. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- KELSEN, Hans. **Teoria Geral das Normas**. Trad. José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1986.
- KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1985.
- 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>.
- LAMY, Marcelo. **Metodologia da Pesquisa**: técnicas de investigação, argumentação e redação. 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Matrioska Editora, 2020.
- LAMY, Marcelo. Neoconstitucionalismo científico. **Unisanta Law and Social Science**, Vol. 13, N. 2 (jul./dez. 2024a), pp. 495-508. ISSN: 2317-1308. Disponível em: <https://periodicos.unisanta.br/LSS/article/view/2530>.
- LAMY, Marcelo. Neoconstitucionalismo ideológico. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, vol. 24, n. 1, pp. 174-192, jan./jun. 2024b. São Paulo: ESDC, 2024. ISSN: 1983-2303 (eletrônica). DOI: <https://doi.org/10.62530/rbdcv24n01p174>.
- LAMY, Marcelo. Obrigação estatal de instituir políticas públicas: novas virtualidades para o direito internacional. **Caderno de Relações Internacionais**, v. 6, n. 10, 2016. Disponível em:

<https://www.revistas.faculdedamas.edu.br/index.php/relacoesinternacionais/article/view/184>.

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, 2020. Doi: <https://doi.org/10.22293/2179-1376.v11i21.1348>.

LAMY, Marcelo; ROLDAN, Rosilma Menezes; HAHN, Milton Marcelo. O direito à saúde como direito humano e fundamental. **Revista Em Tempo**, 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.

MOURACHO, Henrique. Algumas observações sobre a leitura de textos filosóficos gregos. Boletim do CPA, Campinas, nº 2, jul./dez. 1996, p. 12. Disponível em: <http://www.ifch.unicamp.br/cpa/boletim/boletim02/mouracho2.pdf>.

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

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>.

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.

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](https://doi.org/10.62530/rbdcv7n1p231).

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

ROSS, Alf. **El concepto de validez y otros ensayos**. Trad. Genaro 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: editorial Universitaria 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.

ZAGREBELSKY, Gustavo. ***El derecho dúctil**. Ley, derechos, justicia*. Trad. Marina Gascón. Madrid: Trotta, 1977.

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

LAMY, Marcelo. Neoconstitucionalismo teórico. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, vol. 24, n. 2 (jul./dez. 2024), pp. 01-31. São Paulo: ESDC, 2024. ISSN: 1983-2303 (eletrônica).

Recebido em 20/12/2024

Aprovado em 15/01/2025



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