
DAS POSSIBILIDADES DE UM NEOCONSTITUCIONALISMO EM LINHAS TRIDIMENSIONAIS REALEANAS

Marcelo Machado Costa Lima¹

Resumo: Este artigo aborda a possível compatibilidade /incompatibilidade das denominadas concepções neoconstitucionais com um quadro jurídico-filosófico tipicamente brasileiro, construído no âmbito de uma tradição que, no decorrer da história, adotou o hibridismo por princípio. Nesta linha, entendendo ser o tridimensionalismo realeano uma das mais significativas sínteses do pensamento jusfilosófico brasileiro, é ambição no presente trabalho colocar em questão se a adesão às linhas neoconstitucionais recepcionadas pelo sistema pátrio estaria sendo efetivada em observância à teoria tridimensional do direito, linha seminal do pensamento jurídico-filosófico brasileiro.

Palavras-chave: Culturalismo. Teoria Tridimensional do Direito. Neoconstitucionalismo.

¹ Pós-doutorando em Direito Constitucional-Econômico pela Università degli Studi “G.D’Annunzio” Chieti-Pescara em cooperação interinstitucional com a Università di Roma Tor Vergata. Doutor em Direito pela Universidade de Lisboa (2016). Mestre em Direito pela Universidade de Lisboa (2007). Graduado em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (1999). Graduado em História pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (1990). É professor no curso de Direito do Ibmec-RJ. Leciona nos cursos de graduação e pós-graduação em Direito na Universidade Estácio de Sá. É pesquisador do Diretório de Pesquisa do CNPq «Institutos Jurídicos que Promovem o Desenvolvimento Econômico» - IBMEC - RJ e «A Sociedade Civil e o Estado de Direito: mutações e desenvolvimento, responsável pelas Linhas de Pesquisa Paradigmas da Justiça e Teoria do Estado e Teoria da Constituição», IBMEC - RJ. Integra o corpo de examinadores para concursos jurídicos na Fundação Getúlio Vargas. Orienta iniciação Científica pelo CNPq/UNESA em «Jurisdição Constitucional e Judicialização da Ordem Econômica». Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Público, atuando nas áreas de Direito Constitucional (principalmente nas subáreas de História do Constitucionalismo Brasileiro, Teoria da Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Constitucional Econômico), Metodologia da Pesquisa e Filosofia Jurídica.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por pressuposto a visão de que um sistema jurídico necessita construir suas linhas teóricas adequando-se à realidade histórico-cultural do país em que são aplicadas. Assim, um sistema jurídico só consegue estabelecer seus mecanismos e institutos quando estes se adequam aos modelos teórico-filosóficos a que se submete. Como não poderia deixar de ser, uma lógica sistêmica somente é possível ser construída e solidificada no decorrer do tempo histórico.

Muito embora seja possível, no limite, considerar a possibilidade de um sistema jurídico cuja lógica tenha sido construída fora das bases tradicionais e mentais de um determinado povo vir a cumprir a função de manter a ordem (mesmo que precariamente pela via autoritária), fato é que tal situação é geradora de um enorme dispêndio de energia por parte do poder público, posto que a adesão interna do destinatário é elemento fundante para a obtenção de um juízo de legitimidade do sistema.

Sob esta perspectiva, o presente artigo visa a levantar discussão sobre se as bases fundantes de uma linha culturalista de tipo realiana (mais especificamente a versão tridimensional do direito) - considerada como uma grande síntese do hibridismo a que se submeteu o pensamento jurídico-filosófico brasileiro desde as suas origens lusas - é ou não adequada às recentes concepções neoconstitucionais (pós-positivistas) que estão sendo desenvolvidas pelos diversos atores do mundo jurídico pátrio - com especial entusiasmo pelos constitucionalistas.

A questão faz-se relevante em, ao menos, dois sentidos: um primeiro (e principal), que é o de saber se a nova leitura contemporânea do constitucionalismo estaria sendo recepcionada com o necessário ajuste fino necessário para se construir um (novo) constitucionalismo no Brasil, em um quadro compatível com a tradição jurídico-filosófica brasileira; mas também, em segundo plano (e subsidiariamente), exercitar o hábito de análise às importações (muitas vezes, acríticas) de modelos e institutos jurídicos alienígenas, procurando, no mínimo, adequá-los ao específico ambiente jurídico brasileiro.

De qualquer forma, é importante ressaltar que a reflexão que aqui se lança, não possui pretensões de definitividade. Na verdade, o que se

almeja é lançar um olhar mais atento para uma intuição forte, acerca da possibilidade de miscigenação entre o nosso tridimensionalismo jurídico e o neoconstitucionalismo, de forma a fazer com que este se amolde às raízes e às tradições sistêmicas brasileiras e, nesta linha, habilite-se de forma incontestável a produzir, no âmbito social e jurídico brasileiro, soluções reconhecidamente legítimas.

1. A CONCEPÇÃO CULTURALISTA E A BUSCA POR UMA SÍNTESE JUSTEORÉTICA

Seguindo a linha de uma divisão classificatória proposta por Machado Neto², passamos a apresentar alguns breves traços do chamado “culturalismo jurídico” (no qual se encaixará o tridimensionalismo jurídico), como movimento intelectual que se caracteriza por certo historicismo relativista que pretende uma síntese de todas as tendências justeoréticas. Com isso, busca-se a superação das variantes dogmáticas tanto do positivismo cientificista, mas também a do jusnaturalismo de cunho metafísico.³ Muito em razão desta busca sintética é que alguns autores mais próximos a estas posições culturalistas, são, por outros estudiosos, identificados a visões juspositivistas ou jusnaturalistas.

Uma visão culturalista iniciada por Tobias Barreto na segunda metade do Século XIX é reforçada no decorrer do Século XX, ao mesmo tempo em que algumas ideias vigentes de grande prestígio no período passam a ser fortemente contestadas. A ideia de progresso, por exemplo, tão cara aos evolucionistas, passa a ser criticada não apenas no campo da filosofia política (sob o argumento de que estaria a legitimar colonialismos e imperialismos), mas também no campo da epistemologia, que teria auxiliado a sustentar uma visão excessivamente otimista de avanço científico permanente. Observa-se, então, uma reabilitação da filosofia, que por meio de sua postura crítica, revela as incongruências de uma fé cega no cientificismo. Este, em seu processo de produção da “verdade”, ao acreditar seguir princípios totalmente certos,

² É o que se apreende em MACHADO NETO, Antônio Luís. História das Ideias Jurídicas no Brasil. São Paulo: Grijalbo, 1969, p. 179-235, quando o autor, em seu capítulo IV, acaba por assim subdividir as linhas de pensamento jurídico.

³ Em WOLKMER, Antônio Carlos. História do Direito no Brasil. 4ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007, p. 176.

seguros e rigorosos para a investigação, acaba por se deparar, em algumas circunstâncias, com resultados precários e duvidosos.⁴

Assim, a partir desta postura crítica, no Século XX reforçam-se os argumentos em defesa de uma teorização que aponta para a historicidade dos seres humanos e, conseqüentemente, de um tipo de racionalidade construída no tempo, que se direciona para uma visão de história descontínua e não progressiva. Cada época histórica e para cada sociedade os conhecimentos e as práticas possuem um sentido próprio. Por isso não há “a cultura”, mas “culturas diferentes”, inclusive “as jurídicas”. Cada cultura - em decorrência das condições históricas e políticas nas quais se forma - inventa seu modo de se relacionar com o tempo, de criar sua linguagem, de elaborar seus mitos e suas crenças, de organizar as relações sociais, sua maneira de organizar o poder e a autoridade e, principalmente, de produzir seus próprios valores.

Nesse sentido, abre-se espaço, inclusive, para a produção de uma filosofia da diferença⁵ que mais se preocupa com as dessemelhanças e identidades. É bem verdade que esta vertente mais forte do culturalismo só se erguerá de forma mais incisiva nas últimas décadas do Século XX. Porém, ela não foi construída instantaneamente: é um movimento que encontra raízes nas construções desenvolvidas no decorrer desse último século, e não de forma contínua, mas de forma dialética, já que sempre houve reação (mais fortes ou mais fracas) por parte de outras concepções.⁶

⁴ Nesta linha, em JAIME, Jorge. *A História da Filosofia do Brasil*. 2ª ed. São Paulo: Vozes, 1999, v. II, p. 13-15.

⁵ A “filosofia da diferença” faz parte de uma linha de pensamento que se distancia das concepções filosóficas e científicas que eram tidas como verdadeiras e estabelece um novo paradigma, caracterizado pela interdisciplinaridade. Parte do princípio que as diversas áreas do conhecimento estão sempre se transformando e se relacionando entre si, e que, por isso, tanto o sujeito quanto o objeto do conhecimento são construções, ou criações, do discurso científico de que fazem parte. Pensadores como Foucault, Deleuze, Guattari e Derrida, entre outros, que estão relacionadas a essa linha, fazem parte de uma tradição que tem como expoentes Espinosa, Bergson e Nietzsche. Como acima dito, a filosofia da diferença se interessa menos pelas semelhanças e identidades e muito mais pela singularidade e particularidade, embora essa visão deva ser observada pelo campo do direito cum granu salis, já que, o nível de complexidade de análise exigido por uma concepção que privilegie visões particulares é sempre mais alto. Em relação ao direito e sua relação com a justiça, o problema é bem colocado em DERRIDA, Jacques. *Força de Lei*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 30, quando afirma o autor: “A justiça é uma experiência do impossível (...) O direito não é justiça. O direito é o elemento do cálculo, é justo que haja um direito, mas a justiça é incalculável, ela exige que se calcule o incalculável.”

⁶ A Teoria Pura do Direito, por exemplo, é uma resposta que Kelsen dá ao que considera abuso das teses sociológicas para o direito. Por outro lado, embora tenham surgido versões jusnaturais que apresentam concessões à historicidade, versões mais ortodoxas sempre submeteram esta historicidade a princípios universais de justiça.

Mesmo que não se possa negar o papel de quadro de predomínio de um tipo de produção jurídica positivista/ naturalista na segunda metade do Século XIX, em que autores da Escola do Recife se destacaram, percebe-se mesmo neste período um papel de destaque concedido à história, às ciências sociais e à cultura no âmbito da produção do direito. Nesta linha, embora as visões cientificistas e evolucionistas (muito valorizadas, reitere-se, mesmo em alguns dos principais nomes da Escola de Recife) tenham entrado em decadência, a verdade é que produção positivista/ naturalista de maior prestígio se alicerçou exatamente nas pilastras da história e da cultura, mostrando que não se tratou de um fenômeno de “moda”, mas uma das permanências assumidas por uma tradição (jurídica) que vai se construindo.

Nesta direção, a produção jurídica parece ter se submetido, de forma mais clara, não apenas a um filtro jurídico-normativo, mas também a um filtro fático-axiológico. A legitimidade das normas jurídicas, como resultado da adesão das consciências a que se dirigem as normas⁷, passa a ser procurada no mesmo processo em que se busca os fundamentos de sua validade, de forma não apenas a respeitar as formalidades jurídicas do processo, mas, dentro do possível, a conexão das normas jurídicas com a cultura dos seus destinatários.

De qualquer forma, somente é possível observar um grande impulso do Culturalismo jurídico como posição justeórica, no Brasil, após a Segunda Guerra. Isso se dá principalmente por meio do Instituto Brasileiro de Filosofia (IBF), que se projetou como instituição devotada a promover o diálogo entre as diversas correntes de filosofia existentes no país.⁸ Inspirando-se em posições conectadas com a problemática axiológica e com o transcendentalismo neokantiano⁹, mas ainda herdeira de Tobias Barreto, busca ela reorientar as diversas tradições filosóficas nacionais rumo a uma interlocução centrada nos valores, na pluralidade e no mundo da cultura.¹⁰ Como não poderia deixar de ser, para os culturalistas o direito pertence ao

⁷ Nesta direção é definida a legitimidade em REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 482.

⁸ Segundo WOLKMER, Antônio Carlos. *História do Direito no Brasil*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007, p. 175.

⁹ Segundo GUSMAO, Paulo Dourado. *Introdução ao Estudo do Direito*. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 412 e WOLKMER, Antônio Carlos. *História do Direito no Brasil*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007, p. 175-176.

¹⁰ Em WOLKMER, Antônio Carlos. *História do Direito no Brasil*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007, p. 175.

mundo da cultura e não ao da natureza (*physis*)¹¹, estando presente em um mundo construído pelo homem, por meio da história, em uma sociedade e civilização carregadas de cultura. Assim, o direito não faria parte da natureza e não seria exclusivamente valor (compreendido em termos universais), pois pertencente à cultura.¹²

2. A TEORIA TRIDIMENSIONAL DO DIREITO NO ÂMBITO DA CONCEPÇÃO CULTURALISTA

A superação da hegemonia epistemológica do naturalismo jurídico-sociológico é a tese de teor culturalista produzida por Miguel Reale, no começo da década de 1940, onde molda e sistematiza uma visão tridimensional do direito baseada na relação entre as dimensões “fato” (sociologismo), “valor” (idealismo) e “norma” (formalismo).¹³ Em maior ou menor grau, essa concepção foi abraçada por um grande número de pensadores de destaque¹⁴,

¹¹ Segundo GUSMAO, Paulo Dourado. Introdução ao Estudo do Direito. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 412, quando observa-se neste ponto a influência kantiana.

¹² Segundo GUSMAO, Paulo Dourado. Introdução ao Estudo do Direito. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 412-414.

¹³ É o que afirma WOLKMER, Antônio Carlos. História do Direito no Brasil. 4ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007, p. 176 e 177.

¹⁴ São nomes importantes a serem listados como representantes desse eclético grupo de culturalistas os nomes de Renato Cirell Czerna, que, embora tendo desenvolvido estudos na perspectiva do idealismo italiano e depois tenha sido seduzido pelo materialismo dialético, não deixou de receber influência do tridimensionalismo jurídico de seu mestre, Miguel Reale; Tércio Sampaio Ferraz Júnior, outro discípulo de Miguel Reale, mas que desenvolveu sua linha de estudos mais relacionada à semiótica jurídica; José Cretella Júnior e Teófilo Cavalcanti Filho, autores identificados às posições realianas; Oliveira Litrento, que embora por alguns atrelado a uma posição jusnaturalista (conforme MENDES, Antônio Celso. Filosofia Jurídica no Brasil. Curitiba: Editora Universitária Champagnat. São Paulo: IBRASA, 1992, p. 123) abraça, também ele, o tridimensionalismo jurídico, prevendo a necessária convergência entre sociologia jurídica e filosofia do direito. Aliás, sua admiração por Miguel Reale é expressa em LITRENTO, Oliveiros. Curso de Filosofia do Direito. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1980, p. 210, quando afirma ser o grande jurista “o maior expoente da Filosofia do Direito no Brasil”; Celso Lafer que traça os campos de investigação em posições que se avizinham das dimensões fática, normativa e valorativa proposta pela Teoria Tridimensional do Direito; Paulo Dourado de Gusmão, adepto da filosofia culturalista, enxergou no direito um objeto cultural com sentido (normas consagradas pelos legisladores ou o pensamento reinterpretado no âmbito da história, embora alguns o identifiquem como jusnaturalista; A. L. Machado Netto, tantas vezes referenciado neste trabalho, foi um seguidor do egologismo de Carlos Cossio e deu grande destaque à conduta humana no processo de produção do direito. Também na linha de Recaséns Siches, entendeu o direito como objeto cultural. Porém, não negou algumas das teses de Kelsen como a hierarquia normativa kelseniana ou mesmo a tese da norma fundamental; nessa linha, Marília Muricy Machado Pinto se atrela ao egologismo cossiano, mostrando em seu trabalho, inclusive, as influências da teoria egológica na teoria Pura do Direito de Kelsen, a partir da controvérsia entre Cossio e Kelsen quando o primeiro defendia que o direito se origina da existência humana e suas intenções e o segundo colocava a origem e finalidade do direito na ordem jurídica considerada em sua validade interna normativa autorreferente, independente de valores e cultura; João Maurício Adeodato, tido como legítimo herdeiro da Escola de Recife, sempre defendeu a flexibilização e relativização das fronteiras da história do Direito, observando que esta deve ser permeável a outras áreas do saber; Sílvio de

subdivididos em diversas rubricas que se concentram em torno de uma vertente, por vezes mais próximas a versões positivistas moderadas, outras vezes mais avizinhada a versões jusnaturalista, igualmente moderadas. Mesmo as críticas a um suposto conservadorismo que teria o culturalismo assumido nos dias atuais¹⁵, não parece ser suficientemente forte para mitigar a sua influência no espaço jurídico brasileiro.

De toda forma, o culturalismo encontrou no Brasil sua máxima relevância nesta linha de pensamento paradigmático de Miguel Reale que, sem abdicar de conquistas positivistas e jusnaturalistas, busca uma visão jurídica mais abrangente. Tendências como o historicismo idealista italiano (Benedetto Croce), o raciovitalismo orteguiano (Ortega y Gasset), a fenomenologia, o egologismo existencial, variadas nuances do marxismo acadêmico e militante, além de tendências tradicionais jusnaturalísticas mais recentes apresentam a característica de fundamentar posições justeóricas que enaltecem as dimensões fáticas e axiológicas do direito.

Entretanto, a posição realeana com sua teoria tridimensional do direito parece ser a mais consequente posição culturalista produzida, principalmente por ser a mais bem consistente e elaborada e, por isso mesmo, bastante influente no contexto teórico-filosófico brasileiro. A Teoria Tridimensional do Direito tem por pressuposto a Culturologia Jurídica, ou seja, a vivência do direito como cultura, como esforço humano de conquista e preservação daquilo que se concebeu ou se sentiu como valioso.¹⁶

Isso implica afirmar que, quanto maior a necessidade de uma determinada conduta, maior a pressão para que a mesma seja observada no quadro social. Porém, cessadas as circunstâncias históricas que levaram a que a mesma devesse ser observada, sua exigibilidade perde o sentido na mesma proporção que perde força a norma que a amparava. Trata-se de um problema no campo da eficácia e, evidentemente, no campo da legitimidade.¹⁷

Macedo, que além de identificar o direito como objeto cultural, recebeu em sua teorização forte influência do tridimensionalismo jurídico de Miguel Reale; Luiz Fernando Coelho, que ao reconhecer a relação dialética de complementariedade entre as dimensões fática, normativa e axiológica no direito, atrela-se a um tipo de culturalismo realeano; Luiz Washington Vita, autodeclarado seguidor da perspectiva realeana de jusfilosofia (conforme VITA, Luis Washington. Disponível em: <http://www.cinfil.com.br/arquivos/Luis_washington_vita.pdf>, Acesso em 10/10/2013).

¹⁵ Em WOLKMER, Antônio Carlos. *História do Direito no Brasil*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007, p. 176, o autor afirma que nas últimas décadas o Culturalismo Jusfilosófico tem se identificado com posturas idealistas, ecléticas e liberais, com perfil ideológico conservador, embora sem desmerecer as conquistas desta concepção.

¹⁶ Em REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 311.

¹⁷ Pode-se, adiantar uma pequena consideração acerca da relação entre eficácia e legitimidade, embora representem conceitos distintos. O grau de eficácia social de uma determinada norma é diretamente

Neste caminho, como se sabe, a visão jurídica culturalista de Reale nos leva a entender, a partir de sua Teoria Tridimensional do Direito, que o fenômeno jurídico ocorre em razão da integração indissolúvel das três dimensões pelas quais o direito pode ser observado: a dimensão fática, a dimensão valorativa e a dimensão normativa.¹⁸ Entre essas três dimensões há uma relação dialética de implicação e polaridade que só pode, necessariamente, ser analisada no âmbito do processo histórico-social.¹⁹

Porém, é equivocado asseverar que, por defender uma perspectiva culturalista, Miguel Reale priorize a dimensão fática em detrimento das demais. O pensamento realeano acaba por representar o produto das disputas intensas realizadas entre as diversas escolas que buscam a hegemonia de suas concepções a partir da segunda metade do Século XIX. Pelo contrário, parece ter a exata noção que a nossa tradição híbrida, que está sempre a buscar arranjos consensuais, só encontrará o desejado equilíbrio no momento em que a concepção proposta levar em conta as três dimensões, sem necessária sobreposição apriorística de uma sobre a outra.

A partir desta premissa, recusa Reale um sociologismo que traduza a exacerbação do fato^{20 21}, de um normativismo que represente a excessiva

proporcional ao grau de legitimidade da mesma, se entendermos como legitimidade o cumprimento da norma pelo destinatário em razão da aceitação interna da mesma e não em razão da força coativa (desproporcional) imposta pelo poder público. É bem verdade que a conclusão acima só pode ser considerada verossímil em um ambiente de normalidade democrática, situação em que a eficácia não se impõe unicamente pela força.

¹⁸ Segundo REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001, pág. 60 e seguintes, considerado ao mesmo tempo sob os aspectos sociológico-histórico, axiológico e normativo. Porém, o próprio autor deixa claro que uma percepção das três dimensões do direito não é uma percepção original, já que o seu tridimensionalismo é um desenvolvimento de outras concepções como a de Lask, Radbruch, Santi Romano, Hariou, Rascoe Pound, Julius Stone, Wilhelm Sauer. Porém, o que há de original na sua construção é a perspectiva dinâmica a que se submete o fenômeno jurídico em sua concepção tridimensional. O tema é desenvolvido em REALE, Miguel. Filosofia do Direito. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 511- 550.

¹⁹ Isso conduz a uma nova compreensão do método fenomenológico de Husserl, análise cujos resultados ficam na dependência de outros processos de natureza histórica e axiológica. LIMA, Paulo Jorge. Teoria Tridimensional do Direito. In: Dicionário de Filosofia do Direito. São Paulo: Sugestões Literárias, 1968, p. 247.

²⁰ Há diferentes vertentes para enfatizar a dimensão fática. Há quem estabeleça maior acento na raça, ou no meio físico, ou na consciência coletiva, ou na densidade demográfica, ou no acaso, ou na interferência dos grandes homens, ou mesmo na fé religiosa. Segundo em REALE, Miguel. Filosofia do Direito. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 436, essas construções suntuosas, são “tão ricas de minúcias e erudição, quão precárias por seu artificialismo.” Evidentemente não podemos deixar de incluir como versão sociológica aquelas posições que consideram que o fenômeno jurídico é uma manifestação do pensamento econômico, principalmente as que advêm de uma perspectiva marxista.

²¹ No Brasil, a supremacia da perspectiva fática, foi, de forma mais relevante, marcada por alguns representantes da Escola de Recife (e ressaltamos Tobias Barreto e Silvio Romero) e também por Pontes de Miranda (e aí se justifica o fato de Clóvis Beviláqua considerar Pontes de Miranda um descendente autêntico da Escola de Recife). Também podemos afirmar que as análises positivistas como as de Pedro Lessa e João Arruda deram maior ênfase à dimensão fática, como foi típico do pensamento positivista de

valorização da dimensão normativa²², ou mesmo um eticismo (ou moralismo) em que se aponte maior destaque para a dimensão valor²³. Esta orientação tem por objetivo, então, conciliar essa posição culturalista, comprometida com a realidade jurídica, tanto com as exigências axiológicas, como também as técnico-formais. Neste sentido, o que propõe é um olhar integral ao fenômeno jurídico independentemente se este olhar provém do jurista, do sociólogo ou do filósofo.²⁴

A ênfase alargada à concepção teórico-filosófica do jurista paulista tem como fundamento o fato de considerarmos o tridimensionalismo não apenas uma corrente filosófica que se adequa ao quadro híbrido do pensamento brasileiro, tomando-lhe a essência a partir de uma estrutura epistemológica consistente, mas também em razão desta concepção ostentar o mérito de continuar sendo um saber normativo, mais precisamente correlacionado à normatividade do direito positivo.²⁵ Distancia-se de Kelsen, embora sem desprezar as conquistas teorizantes do vienense (como sempre faremos questão de frisar), ultrapassando o seu normativismo formalista.²⁶ Nesta linha, não há como discordar daqueles que apontam para a hegemonia e da incisiva influência do culturalismo axiológico de Miguel Reale na formação de várias gerações de juristas brasileiros.²⁷

raízes no Século XIX, o que não se seguirá com a forma positivista normativista kelseniana, para quem o maior acento está na dimensão normativa.

²² Em REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 455, o autor lembra que essa é a posição teórica proposta por Hans Kelsen (a qual analisaremos de forma mais acurada mais adiante dada sua importância), como reação ao sociologismo jurídico do final do Século XIX e início do Século XX. Em REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 455.

²³ Em REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 481-482, o autor expande por intermédio da denominação de “moralista” ou “eticista” uma posição mais voltada para a dimensão valor, de forma a evitar uma restrição da mesma a posições jusnaturalistas da velha Escola do Direito Natural, racionalista e abstrata, que idealizava uma ordem jurídica plena e perfeita. Assim, podemos distinguir entre os eticistas, os adeptos e os não adeptos de um conceito de direito natural. A fim de melhor definir o que o autor estabelece como eticista ou moralista, seguem algumas das características dessa vertente do pensamento jurídico, segundo Reale: “O dever ser dotado de conteúdo ético, a normalidade como imperatividade, os comandos assentes em razões teleológicas, a ordem jurídica baseada em princípios universais e obrigatórios, ou a eles vinculados (...)”. Porém, não deixa de ser marcante a passagem em que afirma: “É absurdo, em suma, no seu modo de ver, uma norma sem função diretiva e que não obrigue em consciência, quando a essência de uma regra consiste na ordenação de meios e fins.”

²⁴ REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 613

²⁵ Neste sentido, CLÉVE, Clèmerson M. *O Direito e os Direitos*. São Paulo: Acadêmica, 1988. P. 73-74.

²⁶ É bem verdade que Reale afirma que o pensamento jurídico kelseniano jamais foi formalista no sentido ingênuo da palavra. A forma própria do normativismo kelseniano é constitutiva já que desempenha sempre uma função referencial em relação à experiência social. Em REALE, Miguel. *Direito Natural/Direito Positivo*. São Paulo: Saraiva, 1984, p.62-63.

²⁷ Em WOLKMER, Antônio Carlos. *História do Direito no Brasil*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007, p. 178, por exemplo, o autor cita o formalismo retórico da teoria da decisão jurídica de Tércio Sampaio

Há, no entanto, formulações críticas quanto a uma possível impotência do tridimensionalismo em continuar sendo uma proposta jurídica com alcance transformador. Alega-se, neste sentido, que a teoria tridimensional não mais possuiria eficácia para as novas necessidades de regulamentação social e para os objetivos político-jurídicos de uma sociedade de desenvolvimento tardio do capitalismo periférico,²⁸ principalmente se pensarmos em uma realidade, na qual a pluriculturalidade é incentivada e a defesa de identidades é considerada um direito de minorias e grupos vulneráveis.

Embora tais críticas sejam realizadas a partir de posições respeitáveis, entendemos que os problemas apontados podem ser superados pelo próprio desenvolvimento da teoria, já que o tridimensionalismo pode representar uma posição teórica de partida para se pensar concepções filosófico-jurídicas que se adequem às novas configurações sociais, valorativas e mesmo teórico-jurídicas que naturalmente emergem em um mundo no qual a dinamicidade é a regra. O direito, segundo Reale, sofre os influxos da realidade e dos valores produzidos na sociedade e o reproduz no campo normativo-jurídico.

Não se quer afirmar que a teoria realeana não mereça alguns reajustes, pois nos parece que Miguel Reale, ao traçar uma teoria capaz de se relacionar com os problemas que se impunham a uma sociedade específica, desenvolveu-a nos limites que o próprio repertório do momento histórico por ele vivido permitia. Ir além seria exigir que se pudesse enxergar além das possibilidades concedidas pelo seu próprio tempo histórico, concepção essa já veementemente refutada por Heidegger em *Ser e Tempo*, quando afirma que os limites do conhecimento e do entendimento encontram fronteiras nas possibilidades estabelecidas pelo nosso próprio tempo. O próprio Reale parece perceber isto quando afirma que o presente é a tensão entre o passado e o futuro, o dever ser a dar peso e significado ao que se é e ao que se foi, de forma a se criar uma correlação funcional entre valor e tempo, axiologia e história.²⁹

Ferraz Jr., o humanismo crítico-dialético de Roberto Lyra Filho, o sociologismo estrutural-funcionalista de José Eduardo Faria, o culturalismo fenomenológico de Luiz fernando Coelho, as tendências epistêmicas de base semiológico-discursiva de Luiz Alberto Warat e as proposições juspsonianas de Agostinho Ramalho Marques Neto.

²⁸ Em WOLKMER, Antônio Carlos. *História do Direito no Brasil*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007, p. 177, essas críticas são realizadas, embora o autor reconheça as conquistas teóricas do tridimensionalismo. Sem apontar o pensamento realeano expressamente parece ir nesta mesma direção FARIA, José Eduardo. *Sociologia Jurídica: Crise do Direito e Práxis Política*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 182.

²⁹ Em REALE, Miguel. *Teoria Tridimensional do Direito: situação atual*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 80-81. Nesta mesma direção CARNELLI, Lorenzo. *Tempo y derecho*. Buenos Ayres: Librería Jurídica, 1952, p. 142-143.

Assim, entendemos que o tridimensionalismo está longe de configurar uma posição teórica ultrapassada. Pelo contrário, seus alicerces teóricos encontram-se em plena conformidade com a tradição jurídica brasileira, colocando-se como concepção genética para novas teorizações que, a partir de seus pressupostos fundamentais, estejam aptas a se relacionar com teorias e realidades não consideradas pela teoria tridimensional como a hipercomplexidade social, a liquidez profunda, a multiculturalidade, bem como com o modelo de centralidade constitucional que o sistema jurídico brasileiro vem, pouco a pouco, abraçando. Neste caminho, passamos a tratar, então do denominado “neoconstitucionalismo”.

3. NEOCONSTITUCIONALISMO E SUAS CARACTERÍSTICAS FUNDANTES

Ao tentarmos estabelecer algumas das mais importantes características definidoras do neoconstitucionalismo, desde já nos situamos entre aqueles que consideram ser esta uma corrente tipicamente pós-positivista do direito³⁰. Cumpre, nesse sentido, esclarecer que o que denominamos por “neoconstitucionalismo” é um qualificativo que possui considerável margem de imprecisão. Essa situação se dá pela própria questão terminológica, em razão da ausência de clareza em conceitos que, em suas grafias, se fazem acompanhar pelos prefixos “neo” ou “pós”.

Essa questão vem sendo suscitada por vários autores que alegam que o que vem sendo chamado por neoconstitucionalismo não seria uma concepção teórico-filosófica autônoma, mas sim (para alguns) uma perspectiva do positivismo jurídico (débil), ou mesmo (para outros) uma posição corolária do jusnaturalismo. Não há como negar, porém, que a temática que envolve o núcleo do que iremos denominar por neoconstitucionalismo (que vem sendo tomado como um tema de grande interesse, tanto na tradição de *civil law*, como na *common law*³¹) envolve um conjunto de teorias e métodos que estão em joga nesse tipo de constitucionalismo do Pós-Guerra.

³⁰ Em POZZOLO, Susanna. Notas al margen para una historia del neoconstitucionalismo. In: POZZOLO, Susanna. (Ed.). Neoconstitucionalismo. Derecho y derechos. Lima: Palestra Editores, 2011, p. 16 a autora afirma que o termo quer apontar um certo tipo de antipositivismo a partir de oposições teóricas paradigmáticas (princípios vs. Regras; ponderação vs. subsunção, constituição vs. legislação, judiciário vs. Legislativo).

³¹ Como lembrado em BARBERIS, Mauro. El Neoconstitucionalismo. Third Theory of Law. In: POZZOLO, Susanna. (Ed.). Neoconstitucionalismo. Derecho y derechos. Lima: Palestra Editores, 2011, pág. 249, outras expressões dão nomes a teorias que se aproximam do objeto de estudo do que denominamos por neoconstitucionalismo no mundo anglo-saxão: no positivism, theory of law as integraty, theory of law as interpretation, inclusive positivism.

Assim, a expressão “neoconstitucionalismo” será utilizada como uma denominação dada a uma certa concepção jurídico-filosófica que abarca um certo conjunto de teorias e métodos, sem maior preocupação com o fato de ser ou não esta nomenclatura a mais adequada. Aclare-se, no entanto, que a utilização da expressão aqui empregada não é arbitrária, pois é ela, dentre as denominações passíveis de serem utilizadas, a que mais vem sendo empregada para se definir tal conjunto de teorizações³², não só no Brasil, mas também na Espanha, Itália e América Latina, em geral.

Um outro esclarecimento que se faz relevante prestar é o de que, assim como não há um único positivismo, um só jusnaturalismo, ou mesmo uma só forma de expressão do realismo, também não é possível afirmar que a concepção neoconstitucional possua uma unidade conceitual³³. Na verdade, a categoria neoconstitucional tem sido vista das mais diversas formas, sendo utilizada para etiquetar ideias de autores de variadas tendências³⁴.

Por esta razão, a possibilidade de conceber o neoconstitucionalismo como um processo dotado de unidade segue aberta³⁵, sendo que, da

³² Neste caso, posicionamo-nos na mesma direção que POZZOLO, Susanna. *Introducción*. In: POZZOLO, Susanna. (Ed.). *Neoconstitucionalismo. Derecho y derechos*. Lima: Palestra Editores, 2011, pág. 7.

³³ Estamos neste ponto em completa concordância com o exposto pelo autor em SANCHÍS, Luis Prieto. *Réplica a Juan Antonio García Amado*. In: CARBONELL, Miguel. (Ed.). *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos Escogidos*. Madri: Editorial Trotta, 2007, p. 265, quando advoga esta tese. Também, na mesma direção, POZZOLO, Susanna. *Introducción*. In: POZZOLO, Susanna. (Ed.). *Neoconstitucionalismo. Derecho y derechos*. Lima: Palestra Editores, 2011, pág. 7; JARAMILLO, Leonardo García. *Los argumentos del neoconstitucionalismo y su recepción*. In: CARBONELL, Miguel; JARAMILLO, L.G. (Ed.) *El canon neoconstitucional*. Madri: Editorial Trotta, 2010, p. 238 e PINO, Giorgio. *Principi, ponderazione, e la separazione tra diritto e morale. Sul neoconstituzionalismo e i suoi critici*. In: *Giurisprudenza costituzionale*. Vol. 56. 1, 2011, p. 969, ver também em WWW.unipa.it/gpino/Pino,%20Principi,%20ponderazione,%20e%20la%20separazione.pdf Acesso em: 13/07/2013. Ressalte-se a posição sustentada em ATIENZA, Manuel. *El sentido del derecho*. Ariel: Barcelona, 2001, p. 309, quando o mesmo cita como defensores do “paradigma constitucionalista”, na linha de Dworkin, autores como MacCormick, Raz, Alexy e Ferrajoli. As teorias desses autores, embora possam ter pontos de contato com o pensamento de Dworkin, são de tal forma díspares, que isso bem define a dimensão do problema de unidade nas linhas de pensamento do neoconstitucionalismo. De toda sorte, apenas Alexy parece estar mais próximo às teses duras do neoconstitucionalismo, sendo que os demais são conhecidos constitucionalistas, embora da chamada linha soft. Mais emblemático ainda é caso do grande jurista Luigi Ferrajoli que, comumente citado entre as fileiras neoconstitucionais, afirma de forma categórica ser um positivista. É o caso de se questionar se a filiação a uma determinada escola se relaciona à autotransclassificação promovida pelo próprio estudioso ou à classificação conferida por seus pares.

³⁴ Neste sentido, JARAMILLO, Leonardo García. *Los argumentos del neoconstitucionalismo y su recepción*. In: CARBONELL, Miguel; JARAMILLO, L.G. (Ed.). *El canon neoconstitucional*. Madri: Editorial Trotta, 2010, p. 239, para quem há ideias de variadas tendências defendida por autores que, até mesmo defendem posições incompatíveis entre si.

³⁵ Conforme JARAMILLO, Leonardo García. *Los argumentos del neoconstitucionalismo y su recepción*. In: CARBONELL, Miguel; JARAMILLO, L.G. (Ed.). *El canon neoconstitucional*. Madri: Editorial Trotta, 2010, p. 238.

nossa parte, não fazemos nenhum tipo de oposição a um argumento desta natureza. Pelo contrário, entendemos que, se por um lado deve abarcar um conjunto de ideias e métodos que delimite uma teoria abrangente, por outro lado, consideramos interessante que essa teoria abrangente possa, por seu turno, abarcar subtipos que melhor se adequem aos sistemas que lhe utilizarão como referência.

Seguindo as linhas pretendidas por este trabalho, o neoconstitucionalismo que entendemos servir de concepção paradigmática no Brasil deve ser construído para se adequar às linhas da tradição jurídica brasileira³⁶, que não são as mesmas de países europeus como Espanha, Itália ou qualquer dos países latino-americanos que têm prestigiado de forma mais contundente esta concepção.

Na verdade, nem mesmo Portugal, com quem compartilhamos boa parte de nossa história e, nos dias de hoje, fortes afinidades de pensamento no âmbito jurídico, possui uma tradição jurídica que permita, sem restrições, utilizar de uma mesma exata concepção jurídica como filtro sistêmico. Aliás, outro ponto que reforça essa posição de especificidade que assumimos é o fato de podermos qualificar o movimento (neo) constitucional brasileiro como tardio, tomando como referência os fenômenos constitucionais que emergem na Europa do Pós-Guerra.

Entretanto, reiteramos, isso não quer dizer que o neoconstitucionalismo seja uma etiqueta sem pretensões convergentes e que abarque ideias sem conexões. Na esteira do que afirma Jaramillo, fazendo referência à feliz expressão de Wittgenstein, estaríamos diante de uma “família” de teorias neoconstitucionais³⁷, a qual inclui diversas variantes, mas que possui um conteúdo central identificador de um núcleo essencial capaz de estabelecer, se não uma teoria com pretensões epistemológicas, ao menos um cânone doutrinário³⁸.

³⁶ Fazendo-se lembrar que sempre se concede uma abertura para o diálogo fértil com outras tradições, muito mais ainda em um contexto de globalização. O que se nega é, como já foi dito no decorrer do trabalho, a importação acrítica, desvinculada de uma tradição. No caso, o que defendemos é que a moldura neoconstitucional proporciona a possibilidade de perfeita harmonização com o quadro da tradição mental e jurídica brasileira.

³⁷ Conforme JARAMILLO, Leonardo Garcia. Los argumentos del neoconstitucionalismo y su recepción. In: CAROBELL, Miguel; JARAMILLO, L.G. (Ed.). El canon neoconstitucional. Madri: Editorial Trotta, 2010, p. 245. Também parece ser a posição em POZZOLO, Susanna. Introducción. In: POZZOLO, Susanna. (Ed.). Neoconstitucionalismo. Derecho y derechos. Lima: Palestra Editores, 2011, p. 7, quando a autora, reconhecendo a possibilidade de existência de vários neoconstitucionalismos, entende que a escolha do termo foi afortunada.

³⁸ Conforme JARAMILLO, Leonardo Garcia. Los argumentos del neoconstitucionalismo y su recepción. In: CARBONELL, Miguel; JARAMILLO, L.G. (Ed.). El canon neoconstitucional. Madri: Editorial Trotta, 2010, p. 245.

Neste sentido, ainda seguindo a visão de Jaramillo, o neoconstitucionalismo pode ser entendido mais adequadamente como uma espécie de mosaico de concepções teóricas de ordem constitucional, político e judicial, cujos defensores pertenceriam ao que Thomas Kuhn denomina por uma específica comunidade de investigação³⁹.

Para que nos situemos dentro das linhas que consideramos adequada, embora concordemos com a posição daqueles que entendem ser o neoconstitucionalismo uma nova teoria jurídica que se opõe a uma teoria positivista do direito⁴⁰, preferimos compreendê-lo em um papel mais amplo, ou seja, constitui-se ele em um novo paradigma⁴¹. Isto porque, procura essa nova concepção superar não apenas a esgotada dialética positivismo-jusnaturalismo⁴² (sempre tão presente no contexto recente da história do pensamento jurídico brasileiro), mas também o próprio constitucionalismo liberal dos Séculos XVIII e XIX,⁴³ enfatizando duas posições teóricas cuja força é crescente nos sistemas constitucionais contemporâneos: forte conteúdo normativo e garantia jurisdicional⁴⁴.

Faz-se relevante ressaltar que esse neoconstitucionalismo, entre outras características que o autonomizam, constrói-se teoricamente na convergência de um jusnaturalismo continental fraco e um positivismo anglo-americano igualmente fraco⁴⁵, reforçando a tese da aproximação das

³⁹ Nesta direção, JARAMILLO, Leonardo Garcia. Los argumentos del neoconstitucionalismo y su recepción. In: CARBONELL, Miguel; JARAMILLO, L.G. (Ed.). El canon neoconstitucional. Madri: Editorial Trotta, 2010, p. 245.

⁴⁰ Em SANCHÍS, Luis Prieto. In: CARBONELL, Miguel. (Ed.). Neoconstitucionalismo(s). Madri: Editorial Trotta, 2003, p. 131 e seguintes.

⁴¹ É defendida explicitamente a posição de que o neoconstitucionalismo se apresenta como um novo paradigma a se opor às demais concepções teóricas em obras como: BARBERIS, Mauro. Breve storia della filosofia del diritto. Bolonha: Il Mulino, 2004, p. 163 e seguintes; AHUMADA, M.A. La jurisdicción constitucional en Europa. Madri: Thompson/Civitas, 2005, p. 80-81; FIGUEROA, Alfonso García. Principios e derechos fundamentales. In: Constitución y derechos fundamentales. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004, p. 237 e 254 e REYES, Manuel Aragón. La constitución como paradigma. In: CARBONELL, Miguel. (Ed.). Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos Escogidos. Madri: Editorial Trotta, 2007, p. 40.

⁴² Em FIGUEROA, Alfonso García. Principios e derechos fundamentales. In: Constitución y derechos fundamentales. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004, p. 254-258.

⁴³, p. 286.

⁴⁴ Conforme SANCHÍS, Luis Prieto. Neoconstitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel. (Coord.). Diccionario de Derecho Constitucional. 2ª ed. Cidade do México: Editorial Porrúa, 2005, p. 421.

⁴⁵ Na linha do que é afirmado em FIGUEROA, Alfonso García. La teoría del derecho en tiempos de constitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel. (Ed.). Neoconstitucionalismo(s). Madri: Editorial Trotta, 2003, p. 161. Nesta linha, o autor entende que o neoconstitucionalismo desenvolvido mais próximo às linhas débeis do jusnaturalismo encontra em Robert Alexy, seu maior expoente, enquanto o positivismo débil se

famílias ocidentais da *Civil Law* e da *Common Law*⁴⁶. Este significativo ponto de encontro (sob o ponto de vista simbólico) entre essas duas famílias ocidentais coirmãs segue exatamente o caminho do processo de constitucionalização dos ordenamentos jurídicos, por um lado, e a materialização da regra de reconhecimento do sistema, pelo outro lado⁴⁷.

Como concepção, o neoconstitucionalismo centra-se na inteligência sistematizadora estabelecida pelo texto constitucional que tem por função, entre outras, organizar o sistema político, estabelecer direitos subjetivos fundamentais, filtrar e delimitar as fronteiras e espaços possíveis da compreensão jurídica de um dado ordenamento, por intermédio de suas normas regrativas e principiológicas, propiciando o locupletamento dos espaços vazios jurídicos que as mudanças fáticas, culturais e mentais, cada vez mais velozes, fazem surgir.

O neoconstitucionalismo é uma concepção particular, corolária da ideia de um direito submetido aos filtros impostos pela constituição, de uma forma como nunca se havia pensado antes. A rigor, embora haja quem fale de um “constitucionalismo dos antigos”⁴⁸, devemos ter em conta que por “constitucionalização” estamos nos referindo à passagem do chamado Estado Legislativo do Século XIX ao Estado Constitucional do Século XX. Assim, quando se afirma que não podemos considerar o direito do Século XIX - e por maior razão o direito dos séculos precedentes – como constitucionalizados, na verdade dizemo-lo a partir dessa visão mais abrangente. Somente quando o sistema passa a ser filtrado pela constituição (inclusive axiologicamente) é que devemos entender que se está diante deste fenômeno.

Como concepção jusfilosófica que busca ser paradigmática, o neoconstitucionalismo vem obtendo crescente destaque na América Latina,

desenvolveu no mundo anglo-saxão, a partir da insegurança que Ronald Dworkin infundiu nos adeptos do positivismo, em sua crítica à teoria positivista de Hart.

⁴⁶ Bem exemplifica o que acima foi dito a menção de Ronald Dworkin (tradição da *common law*) e Robert Alexy (tradição da *civil law*) serem considerados os nomes mais representativos desta etiqueta. No caso de Dworkin, embora seu nome seja bastante associado ao neoconstitucionalismo, o mesmo não só não adotou esta nomenclatura, como pouco participou da discussão realizada na Europa e na América Latina. Ressalte-se, aliás, que o vocábulo *new constitutionalism* assume nos Estados Unidos outro sentido, voltado para a esfera das discussões políticas.

⁴⁷ FIGUEROA, Alfonso García. La teoría del derecho en tiempos de constitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel. (Ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madri: Editorial Trotta, 2003, p. 161.

⁴⁸ Como referenciado em REYES, Manuel Aragón. La Constitución como paradigma. In: CARBONELL, Miguel. (Ed.). *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos Escogidos*. Madri: Editorial Trotta, 2007, p. 30, parafraseando Benjamin Constant.

bem como em países como Espanha, Portugal⁴⁹, Alemanha⁵⁰ e Itália⁵¹. Todavia, há de ser ter o cuidado, como já anteriormente frisado, com as importações acríicas e uma possível concepção adotada no Brasil. Deverá esta assumir posições teóricas que sejam compatíveis com sua tradição precedente, inclusive com o desenvolvimento de alguns institutos que sejam necessários para fazer funcionar um sistema que deve sempre almejar regular o direito de forma legítima, de forma a ser reconhecido internamente tanto por seus operadores, como pelos destinatários das normas.

Em tempos cada vez mais relacionados a um Estado Constitucional de Direito⁵², a verdade é que se reclama uma nova teorização, uma nova explicação que se afaste dos esquemas do chamado positivismo jurídico⁵³. Nesse sentido, enumeramos, então, de forma sintética, algumas das características que acabam por pressupor um núcleo fundante de ideias que caracterizam o pensamento neoconstitucional como concepção teórico-filosófica do direito, construído em torno às bases constitucionais do sistema. São elas⁵⁴: a) onipresença da constituição em todas as áreas do

⁴⁹ Sem que a doutrina portuguesa se utilize do termo “neoconstitucional” como denominação que abarque as novas teorizações constitucionais ocorridas no período do Pós-Guerra.

⁵⁰ Nesta direção MAIA, Antonio Cavalcanti. *Nos Vinte Anos da Carta Cidadã: do Pós-positivismo ao Neoconstitucionalismo*. In: *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009, p. 142.

⁵¹ Embora entre os italianos a tradição positivista seja não só predominante, mas bastante enraizada na forma pela qual concebem o sistema jurídico. Essa tradição encontra e resistência em nomes como, entre outros, Gustavo Zagrebelsky, Paolo Comanducci, Ricardo Guastini, Mauro Barberis, Susanna Pozzolo. Conforme já informamos, apesar de uma defesa incondicional ao constitucionalismo, é difícil apontar o nome de Luigi Ferrajoli nas esteiras pós-positivistas quando o próprio a recusa, embora haja quem afirme que é uma negação sem fundamento. Neste sentido, o autor italiano prefere, em detrimento das posições neoconstitucionais, apresentar defesa ao que denomina “constitucionalismo garantista”.

⁵² Conforme explicita COGLIANDRO, Giovanni. *Rule of Law. La possibilità del contenuto morale del diritto*. Milão: Giuffrè Editore, 2012, p. 301, a fórmula Estado Constitucional de Direito está no centro de um debate que não parece exaurir-se no âmbito da temática do Estado de Direito. A passagem deste Estado de Direito ao Estado Constitucional de Direito representou a explícita incorporação de valores morais no direito na doutrina que se desenvolveu após a Segunda Guerra. Para o mesmo autor, na p. 319, o neoconstitucionalismo se faz porta-voz desta forma de Estado, inclusive como uma forma particular de estruturar a organização dos poderes do próprio Estado. Também é feita essa distinção no decorrer em toda a obra de RODOTÀ, Stefano. *La vita e le regole*. Milão: Feltrinelli, 2006.

⁵³ Como bem afirma POZZOLO, Susanna. “el termino ‘neoconstitucionalismo’ será empleado para indicar una precisa prospectiva jusfilosofica que se caracteriza por ser constitucionalista (o sea, por insertarse en la corriente jusfilosofica dedicada a la formulación y predisposición de los límites jurídicos al poder político) y antipositivista.” Assim, embora entendamos que a definição mais adequada seria pós-positivista ou mesmo “nao-positivista”, a forma colocada pela autora bem explicita uma descontinuidade entre o positivismo e o neoconstitucionalismo, o que facilita a assunção deste último como concepção teórica autônoma.

⁵⁴ Tais características são apresentadas fundamentalmente em SANCHÍS, Luis Prieto. *Neoconstitucionalismo*. In: CARBONELL, Miguel. (Coord.). *Diccionario de Derecho Constitucional*. 2ª ed. Cidade do México: Editorial Porrúa, 2005, p. 420-423 e em GUASTINI, Riccardo. *La Constitucionalización del ordenamiento jurídico*. In: CARBONELL, Miguel. (Ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madri: Editorial Trotta, 2003, p. 50

direito e em todos os conflitos minimamente relevantes, ao invés de espaços livres em favor da opção legislativa ou regulamentadora; b) onipresença judicial no lugar de autonomia do legislador ordinário; c) coexistência de uma constelação de valores tendencialmente contraditórios em lugar da homogeneidade ideológica em torno de um punhado de princípios coerentes entre si; d) mais princípios do que regras; e) mais ponderação que subsunção; rigidez constitucional, garantia jurisdicional da constituição; f) força vinculante da constituição; sobreinterpretação da constituição (a possibilidade de se extrair da constituição inúmeras normas implícitas para regular qualquer aspecto da vida social e política); g) aplicação direta das normas constitucionais; interpretação das leis em conformidade com a constituição e influência das constituições sobre as relações políticas.

4. O TRIDIMENSIONALISMO REALEANO E A VISÃO NEOCONSTITUCIONAL: A VIABILIDADE DE UM HIBRIDISMO ENTRE DUAS CONCEPÇÕES COMPATÍVEIS

É a Teoria Tridimensional, no âmbito de uma visão teórica desenvolvida a partir de uma concepção culturalista do direito, que emerge no Brasil como síntese de uma tradição jurídica, compatível com uma visão neoconstitucional? A questão parece merecer uma resposta positiva. E isso ocorre exatamente porque esta posição (neoconstitucional) não apenas não se opõe a uma visão tridimensional do direito, mas parece bem se adequar à ideia basilar de uma relação dinâmica e dialética entre as dimensões fática, axiológica e normativa. Aliás, uma posição tridimensional do direito é defendida por um dos autores mais citados pelas vertentes neoconstitucionalistas, ou seja, Robert Alexy.⁵⁵

O filtro normativo-constitucional de que falam as teorias neoconstitucionais se configuram nesta relação tensionada (dinâmica e dialética) que se dá entre a realidade fática do mundo fenomênico e os valores que circulam no âmbito de uma sociedade pluricultural. Com

e seguintes. Em FIGUEROA, Alfonso García. La teoría del derecho en tiempos de constitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel. (Ed.) Neoconstitucionalismo(s). Madrid: Editorial Trotta, 2003, pág 163 e 164, o autor confirma o rol realizado por Guastini. Havendo, como não poderia deixar de ser, uma certa superposição na apresentação das referidas características, procuramos organizá-las de forma a estabelecer uma lista única, condizente com as posições adotadas pelos autores, e que parecem adequadamente complementares entre si.

⁵⁵ No decorrer de toda a obra, em ALEXY, Robert. El concepto y la validez Del derecho. 2ª ed. Barcelona: Gedisa Editorial, 2004.

isso, o que se identifica é uma relação possível e complementar entre as duas concepções que, sob o ponto de vista metodológico, parecem ser plenamente compatíveis.

Se por um lado se entende que o neoconstitucionalismo, sob a perspectiva metodológica, é plenamente compatível com a visão tridimensional realiana do direito, por outro lado, o tridimensionalismo oferece uma adequada metodologia para se analisar um sistema jurídico que se manifesta pela centralidade dos valores constitucionais, como forma representativa dos valores vivenciados pela sociedade brasileira⁵⁶.

Por isso, a concepção neoconstitucional pressupõe que as fronteiras constitucionais não podem encontrar seus limites nas possibilidades linguísticas consignadas em uma visão exclusivamente analítica do direito. A feliz expressão “constituição viva”, como bem identificam alguns importantes autores⁵⁷, denota a ideia de como uma constituição escrita pode ser concretamente interpretada de forma sincronicamente diversa e diacronicamente mutante⁵⁸. Mas esta possibilidade hermenêutica está limitada pelas possibilidades que o mundo oferece. Com isso quer se afirmar que não apenas o texto constitucional impõe limites, mas também a realidade fática e os valores culturais vigentes formam verdadeiros freios aos impulsos interpretacionistas.

⁵⁶ Embora possa uma sociedade como a brasileira enfrentar problemas naturais de uma sociedade multicultural, tema bem enfrentado na perspectiva do transconstitucionalismo em NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, e de forma sintética em NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo: breves considerações com especial referência à experiência latino-americana*. In: *Tribunal Constitucional. 35º aniversário da Constituição de 1976*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, v. I. parece-nos que os valores sociais compartilhados podem ser bem representados por aqueles estabelecidos por uma constituição democrática, aos moldes da Constituição de 1988. Nesta direção, duas concepções teóricas podem auxiliar no estudo dos valores que fundamentam a sociedade brasileira: o patriotismo constitucional habermasiano e o patriotismo republicano de Maurizio Viroli (especialmente em VIROLI, Maurizio. *For love of Country. An Essay on Patriotism and Nationalism*. Oxford: Clarendon Press, 1995, p. 170. Sobre a visão habermasiana, embora o autor tenha enfrentado a temática em diversas obras, encontramos uma síntese interessante em MICHELMAN, Frank. *Morality, Identity and Constitutional Patriotism*. In: *Ratio Juris*. nº. 3, Setembro, 2001, v. XIV, p. 255 e seguintes, quando o constitucionalista americano expõe que o patriotismo constitucional expressa um tipo de convergência cognitiva intersubjetiva vivenciada pelo povo de um país, e que expressa uma disposição motivadora para o reconhecimento de conscientemente compartilhar o sentimento de pertencimento àquela comunidade.

⁵⁷ Como GUASTINI, Riccardo. *Sobre el concepto de constitución*. In: CARBONELL, Miguel. (Ed.). *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos Escogidos*. Madri: Editorial Trotta, 2007, p. 27, ao estabelecer um rol de possibilidades para a locução “constituição em sentido material”.

⁵⁸ Em GUASTINI, Riccardo. *Sobre el concepto de constitución*. In: CARBONELL, Miguel. (Ed.). *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos Escogidos*. Madri: Editorial Trotta, 2007, p. 27, o termo por ele utilizado é na tradução espanhola “cambiante” (o que nos leva a crer que também em italiano este foi o termo por ele utilizado. Assumindo a posição do autor acerca de uma interpretação que muda no tempo, preferimos utilizar o termo “mutante” para fazer alusão ao fenômeno da “mutação constitucional”).

Embora não desconsideremos as vozes que sustentam que o sistema brasileiro ainda vem sendo dominado, nos últimos tempos, por concepções de cariz juspositivista (relacionadas a linhas positivistas analíticas, recepcionadas com destaque no quadro jurídico brasileiro), entendemos que uma concepção “culturalista”, nas linhas aqui apresentadas, encontre-se como a mais adequada para contaminar qualquer uma das concepções justeóricas contemporâneas que busquem o papel de hegemonia no sistema jurídico brasileiro.

Nessa linha, entendemos que o tridimensionalismo realeano oferece a oportunidade de reforçar uma tradição (permanência) no sistema jurídico brasileiro, ao mesmo tempo em que possui uma estrutura que concede a possibilidade de desenvolvimento de versões teóricas que se conformam com uma concepção neoconstitucional, mais precisamente uma concepção neoconstitucional “à brasileira.”

Não desconsideramos, igualmente, as posições advindas do chamado “pensamento crítico” (também conhecida por “crítica jurídica”), cuja proposta é a de estabelecer uma formulação teórico-prática que seja capaz não só de operacionalizar novas mentalidades, mas também esteja apta a questionar o que está sendo ordenado e oficialmente consagrado no conhecimento, no discurso e no comportamento em uma dada formação social, concebendo outras formas diferenciadas e emancipadoras pluralista de práticas jurídicas⁵⁹.

Porém, à acusação de que possa essa proposta representar mais uma tentativa de conciliação equivocada com versões alienígenas, respondemos reafirmando a convicção já expressa anteriormente de que os hibridismos no mundo contemporâneo são inevitáveis e, muitas vezes, enriquecedores. Relembrando uma intuição anteriormente apresentada, a realidade tem mostrado que não se deve se temer o hibridismo quando o mesmo é realizado de forma equilibrada e sensata. Pelo contrário, é este um desafio complexo, inevitável e fértil. Muito mais ainda para uma tradição jurídica que não conhece outra forma de conceber o direito.

Por esta razão, entendemos que o momento atual é o de reforçar nossa “tradição imediata”⁶⁰, sem, todavia, romper com as linhas teóricas que

⁵⁹ Assim conceituado em WOLKMER, Antônio Carlos. *História do Direito no Brasil*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007, p. 181-182.

⁶⁰ Como dito anteriormente, é de grande importância, por intermédio do que chamamos de um olhar endógeno, levarmos em conta as dimensões histórico-culturais em que se construiu internamente a ordem

alimentam a “tradição mediata”⁶¹. A recepção das posições neoconstitucionais, não se caracteriza como uma importação acrítica e deslocada. Pelo contrário, conceber o neoconstitucionalismo - como concepção pós-positivista que tem a constitucionalização do sistema como ideia central- como uma formulação teórica, parece adequar-se coerentemente à realidade e tradição do direito brasileiro, principalmente se for alinhada às propostas formuladas por Miguel Reale.

Mais difícil do que identificar o problema, é acertar a justa medida em que se deve dar a recepção das ideias neoconstitucionais, de forma a construir uma concepção adequada à realidade jurídica brasileira. Neste processo, o importante é que, possamos, simultaneamente, considerar as dimensões histórico-culturais e jurídicas em que vem se construindo internamente a ordem jurídica brasileira, sem deixar de ter em conta a necessidade de abertura do sistema às novas e complexas soluções encontradas pelos diversos sistemas jurídicos afins ao nosso, o que, em um mundo globalizado, não deixa de ser uma produção integrada em que as influências se dão de forma cruzada.

Por este motivo, a busca por uma maior clareza na análise não pode deixar de combater uma abordagem superficial do direito, que abandone os instrumentos de pesquisa e reconstrução teórica desenvolvidos no decorrer da história⁶², de forma a oferecer um corpo teórico confuso, impreciso e, pior, incompatível com a tradição daquele sistema específico. Isso porque, parece-nos que o direito somente se enlaça de maneira soberana à vontade dos obrigados quando possui um título de legitimidade. Ora, tal legitimidade é uma objetividade que resulta da força de seus comandos quando extraídos

jurídica brasileira, identificando suas rupturas ideológico-doutrinárias no tempo, mas, principalmente, enfatizando suas continuidades no tempo. Porém, a partir de uma perspectiva de análise exógena, cabe-nos chamar a atenção para o inevitável - já citado - processo de hibridismo a que está sujeita a ordem jurídica brasileira na contemporaneidade, no contexto de um processo global de hibridização por que passam todas as ordens jurídicas modernas.

⁶¹ O sistema jurídico brasileiro sempre se alimentou das grandes escolas do pensamento jurídico ocidental, especialmente a italiana, a francesa, a alemã, a espanhola, a americana, as latino-americanas (essas mais relacionadas aos tempos de neoconstitucionalismo). No que se refere à Escola jurídica portuguesa, esta não pode ser considerada uma tradição mediata, sendo muito mais adequado afirmar que faz parte de nossa tradição imediata, seja pela raiz do pensamento jurídico brasileiro, seja pelo intercâmbio permanente, incentivado pelo compartilhamento da língua.

⁶² E aí concordamos integralmente com POZZOLO, Susanna. Reflexões esparsas em torno ao positivismo jurídico e a globalização. In: DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto. (Coords.). Teoria do Direito Constitucional. Superação ou reconstrução do positivismo jurídico?. São Paulo: Editora Método, 2008, p. 430, quando a mesma afirma que os processos em curso põem em crise as tradicionais reconstruções dogmáticas, o que não significa que o processo de reconstrução não possam se tornar útil, porém sem que com isso se abandone os processos de pesquisa e reconstruções históricas dos últimos séculos.

de princípios que se encontram em consonância com as contingências do tempo e do lugar e que, pela força de suas linhas de justificações, são capazes de conquistar a adesão das consciências dos destinatários.⁶³

Por isso, não é prudente, nem razoável e (no limite) nem possível abdicar do extraordinário esforço oferecido por gerações de juristas de grande estirpe (lembrando que a tradição jurídica brasileira vem se construindo na esteira de uma tradição abrangente ocidental), que em seus respectivos tempos se utilizaram dos conhecimentos deixados pelos antecessores e, indo além, deixaram às gerações posteriores um grande legado jurídico-cultural “imprescindível” para a eterna reconstrução de um direito que tem por função organizar e conceder soluções justas para sociedades crescentemente complexas e mutantes.

CONCLUSÃO

Uma questão pressuposta neste artigo é a de considerar que o pensamento filosófico-jurídico brasileiro sempre foi construído em bases híbridas, muito embora nem todos as linhas filosóficas importadas apresentassem afinidades com tradição filosófico-jurídica construída no decorrer da história brasileira, ou mesmo luso-brasileira.

Diante do que foi acima apresentado, fica evidenciado que embora o olhar investigativo seja preliminar, enxergamos inequívocos pontos de compatibilidade entre o neoconstitucionalismo - como linha metodológica de cariz pós-positivista que vem ganhando maior espaço teórico-filosófico no âmbito do sistema jurídico brasileiro - e o tridimensionalismo capitaneado por Miguel Reale - teoria filosófico-jurídica de teor culturalista, que enxerga o direito a partir da relação entre as dimensões “fato” (sociologismo), “valor” (idealismo) e “norma” (formalismo) Este último, como afirmado, pode ser compreendido como a melhor síntese deste processo de cruzamento de linhagens filosófico-jurídicas por que passou o Brasil, desde suas origens lusas.

Assim, parece-nos que não somente o neoconstitucionalismo, sob a perspectiva metodológica, é compatível com a teoria tridimensional realeana do direito, mas, indo além, as perspectivas teórico-filosóficas oferecidas

⁶³ Nesta direção, REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 482.

por ela acabam por potencializar as virtudes teórico-metodológicas da concepção neoconstitucionalista. Uma possível construção de um quadro teórico-filosófico neoconstitucional à brasileira, nestes moldes, certamente propiciará maior potencial de legitimidade às soluções havidas no âmbito do sistema jurídico brasileiro.

Por fim, nesta perspectiva, embora consideremos que o aprofundamento de uma relação entre essas duas concepções no âmbito do sistema jurídico-filosófico brasileiro possa trazer consigo desafios complexos, por outro lado, apresenta grandes oportunidades. É que, além de não se vislumbrar a configuração de riscos de uma ruptura deletéria com a sua própria tradição jurídica, tem a oportunidade de manter um quadro dialógico permanente com outros sistemas jurídicos, em um quadro de fertilização constitucional recíproca (*cross fertilization*), compatível com um mundo concomitantemente globalizado e pluricultural.

REFERÊNCIAS

- AHUMADA, M.A. La jurisdicción constitucional en Europa. Madri: Thompson/Civitas, 2005;
- ALEXY, Robert. El concepto y la validez Del derecho. 2ª ed. Barcelona: Gedisa Editorial, 2004;
- ATIENZA, Manuel. El sentido del derecho. Ariel: Barcelona, 2001;
- BARBERIS, Mauro. El Neoconstitucionalismo. Third Theory of Law. In: POZZOLO, Susanna. (Ed.). Neoconstitucionalismo. Derecho y derechos. Lima: Palestra Editores, 2011;
- BARBERIS, Mauro. Breve storia della filosofia del diritto. Bolonha: Il Mulino, 2004;
- CARBONELL, Miguel; JARAMILLO, L.G. (Ed.). El canon neoconstitucional. Madri: Editorial Trotta, 2010, CLÉVE, Clèmerson M. O Direito e os Direitos. São Paulo: Acadêmica, 1988;
- COGLIANDRO, Giovanni. Rule of Law. La possibilità del contenuto morale del diritto. Milão: Giuffrè Editore, 2012;
- FARIA, José Eduardo. Sociologia Jurídica: Crise do Direito e Práxis Política. Rio de Janeiro: Forense, 1984;
- FIGUEROA, Alfonso García. Principios e derechos fundamentales. In: Constitución y derechos fundamentales. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004;
- FIGUEROA, Alfonso García. La teoría del derecho en tiempos de constitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel. (Ed.). Neoconstitucionalismo(s). Madri: Editorial Trotta, 2003.

- GUASTINI, Riccardo. Sobre el concepto de constitución. In: CARBONELL, Miguel. (Ed.). Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos Escogidos. Madri: Editorial Trotta, 2007;
- GUSMAO, Paulo Dourado. Introdução ao Estudo do Direito. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994;
- JAIME, Jorge. A História da Filosofia do Brasil. v. II. 2ª ed. São Paulo: Vozes, 1999;
- JARAMILLO, L.G. (Ed.) El canon neoconstitucional. Madri: Editorial Trotta, 2010;
- JARAMILLO, Leonardo García. Los argumentos del neoconstitucionalismo y su recepción. In: CARBONELL, Miguel; JARAMILLO, L.G. (Ed.). El canon neoconstitucional. Madri: Editorial Trotta, 2010;
- LIMA, Paulo Jorge. Teoria Tridimensional do Direito. In: Dicionário de Filosofia do Direito. São Paulo: Sugestões Literárias, 1968;
- LITRENTO, Oliveiros. Curso de Filosofia do Direito. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1980;
- MACHADO NETO, Antônio Luís. História das Idéias Jurídicas no Brasil. São Paulo: Grijalbo, 1969, MAIA, Antonio Cavalcanti. Nos Vinte Anos da Carta Cidadã: do Pós-positivismo ao Neoconstitucionalismo. In: Vinte anos da Constituição Federal de 1988. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009;
- MENDES, Antônio Celso. Filosofia Jurídica no Brasil. Curitiba: Editora Universitária Champagnat. São Paulo: IBRASA, 1992;
- MICHELMAN, Frank. Morality, Identity and Constitutional Patriotism. In: Ratio Iuris. nº. 3, Setembro, 2001, v. XIV;
- NEVES, Marcelo. Transconstitucionalismo. São Paulo: Martins Fontes, 2009, VIROLI, Maurizio. For love of Country. An Essay on Patriotism and Nationalism. Oxford: Clarendon Press, 1995;
- PINO, Giorgio. Principi, ponderazione, e la separazione tra diritto e morale. Sul neoconstituzionalismo e i suoi critici. In: Giurisprudenza costituzionale. Vol. 56. 1, 2011;
- POZZOLO, Susanna. Notas al margen para uma historia del neoconstitucionalismo. In: POZZOLO, Susanna. (Ed.). Neoconstitucionalismo. Derecho y derechos. Lima: Palestra Editores, 2011;
- POZZOLO, Susanna. Reflexões esparsas em torno ao positivismo jurídico e a globalização. In: DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto. (Coords.). Teoria do Direito Constitucional. Superação ou reconstrução do positivismo jurídico?. São Paulo: Editora Método, 2008;
- REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001;
- REALE, Miguel. Direito Natural/Direito Positivo. São Paulo: Saraiva, 1984;
- REALE, Miguel. Teoria Tridimensional do Direito: situação atual. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1986;
- REALE, Miguel. Filosofia do Direito. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002;

- REYES, Manuel Aragón. La constitución como paradigma. In: CARBONELL, Miguel. (Ed.). Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos Escogidos. Madri: Editorial Trotta, 2007;
- SANCHÍS, Luis Prieto. Réplica a Juan Antonio García Amado. In: CARBONELL, Miguel. (Ed.). Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos Escogidos. Madri: Editorial Trotta, 2007;
- SANCHÍS, Luis Prieto. Neoconstitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel. (Coord.). Diccionario de Derecho Constitucional. 2ª ed. Cidade do México: Editorial Porrúa, 2005;
- STRECK, Lênio. A resposta hermenêutica à discricionarietà positivista. In: DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto. (Coords.). Teoria do Direito Constitucional. Superação ou reconstrução do positivismo jurídico?. São Paulo: Editora Método, 2008;
- VITA, Luis Washington. Disponível em: <http://www.cinfil.com.br/arquivos/Luis_washington_vita.pdf>, Acesso em 10/10/2013);
- WOLKMER, Antônio Carlos. História do Direito no Brasil. 4ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007.