



REVISTA DE INVESTIGAÇÕES CONSTITUCIONAIS

JOURNAL OF CONSTITUTIONAL RESEARCH

VOL. 10 | N. 1 | JANEIRO/ABRIL 2023 | ISSN 2359-5639



Do Direito nazifascista ao “neo”constitucionalismo à brasileira: método jurídico, não-Direito e outras reflexões

From Nazi-fascist law to Brazilian “neo”constitutionalism: legal method, non-law and other reflections

RAONI MACEDO BIELSCHOWSKY^{1,*}

¹ Universidade Federal de Uberlândia (Uberlândia-MG, Brasil)
raonibielschowsky@gmail.com

<https://orcid.org/0000-0003-2316-3534>

Recebido/Received: 17.05.2022 / 17 May 2022

Aprovado/Approved: 12.03.2023 / 12 March 2022

Resumo

Não é raro se encontrar no discurso teórico-dogmático brasileiro certa tentativa de relacionar o positivismo jurídico com regimes autoritários, especialmente com o nazismo. Essa argumentação muitas vezes é utilizada com a intenção de justificar posturas antiformalistas, várias delas autoidentificadas como neoconstitucionalistas, que são, pelo menos em tese, metodologicamente marcadas por forte comprometimento valorativo, pela prevalência de normas do tipo princípios e por certa fluidez na aplicação do Direito. Contudo, a historiografia do direito contemporânea aponta no sentido de que a pretensa identificação entre a experiência normativa nazista com algum formalismo jurídico é, no mínimo, imprecisa, como imprecisa é também a própria definição de neoconstitucionalismo. O presente trabalho é fruto de uma pesquisa teórica e tem o objetivo de dialogar criticamente com alguns dos argumentos que se pretendem justificadores de posturas autodenominadas neoconstitucionalistas, sobretudo no quadro brasileiro. Para tanto,

Abstract

In Brazilian jurisprudence scenario it is not rare to find a theoretical narrative that intends to relate the legal positivism with authoritarian regimes, particularly with Nazism. This argumentation is commonly used to justify anti-formalists legal perspectives, several of them self-identified as neo-constitutionalists, which are, in thesis, methodologically characterized by a strong axiological commitment, by the prevalence of principles over rules and by a certain fluidity concerning legal discuss and application of Law. However, the contemporary legal historiography has defended that the identification between the Nazi normative experience and some legal formalism it is, at least, imprecise, as well as imprecise is the definition of neoconstitutionalism itself. This paper, therefore, it is the result of a theoretical research and aims to critically dialogue with some arguments commonly used to justify neoconstitutionalists postures, especially in Brazil. For that, first, we will look to how the contemporary legal historiography treats the relationship between the normative experience of Nazi-fascism and

Como citar esse artigo/How to cite this article: BIELSCHOWSKY, Raoni Macedo. Do Direito nazifascista ao “neo”constitucionalismo à brasileira: método jurídico, não-Direito e outras reflexões. **Revista de Investigações Constitucionais, Curitiba**, vol. 10, n. 1, e234, jan./abr. 2023. DOI: 10.5380/rinc.v10i1.86042

* Professor adjunto da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia (Uberlândia-MG, Brasil). Doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (Belo Horizonte-MG, Brasil). Mestre em Ciências Jurídico-Políticas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (Lisboa, Portugal). Graduado em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (Natal-RN, Brasil). Pesquisador do Grupo Politeia: cultura política, teoria e identidade constitucional.

primeiro se atentará para o que diz a historiografia do direito contemporânea sobre a relação entre experiência normativa do nazifascismo e o método jurídico; para na sequência voltar os olhos a alguns problemas das posturas identificadas com o neoconstitucionalismo e sua relação com certo déficit de controlabilidade das racionalidades decisórias e seus os riscos.

legal method; then we will look at some problems of some postures typically identified with Brazilian neoconstitutionalism and its relationship with a certain deficit of controllability of decision-making rationales, and its risks.

Palavras-chave: método jurídico; antiformalismo; neoconstitucionalismo; Direito Nazifascista; não-Direito.

Keywords: *legal method; anti-formalism; neoconstitutionalism; Nazi-Fascist Law; non-Law.*

SUMÁRIO

1. Introdução; 2. A inexistência de um método jurídico (e, talvez, de uma teoria jurídica) nazifascista; 3. Neoconstitucionalismo à brasileira: a prescrição da fuga do direito; 3.1. O problema do neoconstitucionalismo, *tout court*; 3.2. O neoconstitucionalismo *contra* o positivismo nazista: será? 4. Conclusão; 5. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Os regimes autoritários e totalitários do início do século XX marcaram a história global de forma determinante. Seus horrores, absurdos e consequências foram absolutamente definitivos para os desdobramentos políticos, jurídicos, filosóficos e, mesmo, humanitários que se seguiram. Até por isso, muitas têm sido as tentativas de se compreender as experiências nazifascistas, desde inúmeras perspectivas.

Deitando lentes sobre a dimensão jurídica desses eventos, várias são as questões cuja análise têm despertado forte interesse, por exemplo: a estrutura jurídica das democracias liberais que se mostraram incapazes de refrear as forças autoritárias e que sucumbiram ao nazifascismo; as estruturas legais e normativas dos próprios regimes autoritários que deram sustentação aos horrores promovidos pelos regimes nazifascistas; a própria concepção do que seria o direito ou, mesmo, se haveria um direito em um regime nazifascista, dentre outras. Nesse campo de análise, um ponto interessante de investigação diz respeito ao método jurídico e às teorias de aplicação do direito na experiência normativa estatal nazifascista, seu delineamento e possível contribuição para a imposição dos regimes autoritários.

Nesse sentido, não deixa de ser curioso que desde o pós-guerra muitas vezes apontou-se para uma significativa contribuição de uma determinada postura epistemológica, visão (teoria) e correspondente metodologia jurídica, para a ascensão e implementação dos regimes nazifascistas. Também é interessante o modo como muitas vezes essa vinculação – da ascensão do nazifascismo com alguma teoria e metodologia jurídica específica – de lado a lado, tem sido sugerida como uma razão de rejeição da

referida postura epistemológica para a sequência da vida do constitucionalismo, de forma mais ou menos coerente, mais ou menos inocente.

Especialmente no Brasil, a leitura mais comumente difundida sobre a vinculação da ascensão do nazifascismo – mais precisamente, do nazismo na Alemanha – com alguma teoria/metodologia jurídica tem sido feita em relação a algum suposto “positivismo jurídico” que teria “patrocinado” ou, ao menos, teria sido incapaz de impedir a ascensão do Partido Nacional-Socialista ao poder em 1933¹. Aqui, especialmente, essa posição está bastante ligada a uma muito difundida leitura feita por Gustav Radbruch no imediato pós-guerra².

Como aponta Vivian Curran, em sentido similar, essa é uma perspectiva também bastante presente no cenário francês quanto à implementação e atuação dos tribunais na aplicação do direito autoritário e antisemita durante o governo colaboracionista do Regime de Vichy (1940-1944)³.

No Brasil, de uma maneira geral, essa “leitura histórica” específica tem sido bastante utilizada para justificar uma determinada postura que correntemente se identifica como *neoconstitucionalista*. Esta seria alegadamente marcada pela “superação” de características tendencialmente relacionada com um “positivismo” de amplíssimo espectro, tais como a identificação absoluta entre o direito e a lei, as interpretações jurídicas formalistas, a prisão estrita do julgador à literalidade da lei na aplicação do direito, a negação do valor jurídico e da força normativa dos princípios, dentre outras.

Por outro lado, contemporaneamente também há quem defenda posição contrária à da identificação do positivismo como o método jurídico nazifascista ou, pelo menos, do método jurídico nazifascista como especialmente positivista. Estes indicam que, na verdade, a experiência normativa estatal do regime nazista – na Alemanha, em especial, portanto – foi marcada não por uma postura positivista, mas, sim, por uma

¹ BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 225, p. 5-37, jul./set. 2001, p. 23; BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 232, p. 141-176, abr./jun. 2003, p. 146 e 147, (repetindo *ipsis literis* o que fora afirmado no artigo de 2001); GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. A germanística jurídica e a metáfora do dedo em riste no contexto explorativo das justificativas da dogmática dos direitos fundamentais. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, Número Especial, p. 451-478, 2015; MARMELESTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 7 ed. São Paulo, 2018, especialmente, p. 10 et seq NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**. 36 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014; MARTINS, Ricardo Marcondes. Neoconstitucionalismo. In: CAMPI-LONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (coords.). **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Tomo: Direito Administrativo e Constitucional.

² RADBRUCH, G. Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht. **Süddeutsche Juristen-Zeitung**, v. 1, n. 5, p. 105-108, 1946.

³ CURRAN, Vivian G. Fear of Formalism: Indications from the Fascist Period in France and Germany of Judicial Methodology's Impact on Substantive Law. **Cornell International Law Journal**, Ithaca, v. 35, n. 1, p. 101-187, 2001.

teoria jurídica e, conseqüente, metodologia jurídica antiformalista, o que, como se argumentará, é historicamente correto. Com isso, a flexibilidade e certa frouxidão dos métodos jurídicos na aplicação do direito e a ampla margem de discricionariedade dos julgadores vistas no sistema de justiça brasileiro contemporâneo, por exemplo, se relacionariam – ainda que de forma inconsciente/inocente – com a alguma *Teoria do Direito Nazista*.⁴ Algumas conclusões dessa visão merecerem certa atenção e considerações críticas mais detalhadas, o que, no entanto, demanda um trabalho em específico diferente deste.

O presente texto, todavia, dará ênfase a outro ponto do problema: o da fuga de qualquer método jurídico como modo de estabelecimento ou, ao menos, como forma característica de um *não-direito*; fluxo que conta com a contribuição de uma determinada leitura do *neoconstitucionalismo brasileiro*.

Para tanto, se procurará apontar para problemas e falácias em argumentos que buscam justificar o alegado *neoconstitucionalismo* brasileiro. Essas questões serão abordadas em pelo menos duas frentes. O primeiro deles diz respeito ao pouco rigor da própria definição do que vem a ser *neoconstitucionalismo*. Já o segundo está mais imediatamente ligado a um argumento corrente no *neoconstitucionalismo* nacional, qual seja, sua característica de, alegando vincular-se a alguma tradição antiformalista, promover uma verdadeira *fuga do (de algum/de qualquer) método jurídico*, o que, por sua vez, se apresenta como um sintoma/catalizador/reforço de um *não-direito*. Para isso, se buscará dialogar no mesmo âmbito de argumentação usualmente levantado “neoconstitucionalismo tupiniquim”, isto é, traçando algum paralelo com a experiência histórica da ordem normativa estatal do nazifascismo.

Certamente não se fará isso a partir de qualquer argumentação silogística ou de uma lógica de causa e consequência, mas apenas se procurará evidenciar a falta de rigor com que não raro se utiliza a informação histórica sobre a experiência normativa estatal nazista na busca por se justificar determinadas posturas e caminhos jurídico-políticos no Brasil. Tampouco se não pretende caracterizar o neoconstitucionalismo *à brasileira* como uma proposta deliberada ou inconscientemente ligada ao modelo jurídico nazifascista, naturalmente. Certamente esse não é o caso. O que se pretenderá apontar é para o fato de que, ao contrário do que muitas vezes tem sido levantado no debate brasileiro, a perspectiva e, especialmente, a retórica jurídica da experiência normativa estatal nazista, de uma maneira geral, guardam mais aproximação com as *teses neoconstitucionalistas* que com o próprio positivismo jurídico.

Para tanto, antes de avançar mais diretamente sobre o problema do *neoconstitucionalismo tupiniquim* ou do *neoconstitucionalismo à brasileira*, propriamente dito, se

⁴ MATOS, Andityas S. M. C.; SOUZA, Joyce K. S. Sobrevivências do nazifascismo na teoria jurídica contemporânea e seus reflexos na interpretação judicial brasileira. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, v. 9, n. 3, p. 295-310, 2017.

abordará brevemente algumas questões históricas da utilização do método jurídico na Alemanha e na França dos anos de governos nazifascistas.

2. A INEXISTÊNCIA DE UM MÉTODO JURÍDICO (E, TALVEZ, DE UMA TEORIA JURÍDICA) NAZIFASCISTA

Quanto à experiência normativa estatal dos regimes nazifascistas, em especial, do regime nazista alemão, como mencionado, na segunda metade do século XX não raro se apontou para sua vinculação a algum pretense positivismo jurídico. O principal e mais influente expoente dessa leitura, sem dúvida, é Gustav Radbruch que em célebre texto de 1946 já apontava para o fato de que a convicção do positivismo de entender que "a lei é a lei" teria deixado os alemães indefesos contra o arbítrio⁵. Essa posição é bastante difundida no Brasil, sendo, de um modo ou de outro, bastante reproduzida e refletida em trabalhos e discursos jurídicos, havendo, inclusive, traduções de textos de Radbruch nesse sentido⁶.

Contudo, as pesquisas de História do Direito desenvolvidas desde o final do século XX têm recorrentemente refutado essa leitura. Diferentemente do que apontou Radbruch, autores como Rùthers⁷ e Stolleis⁸ têm demonstrado que, na verdade, durante o regime nazista o que se viu foi uma ampla presença e difusão de modelos e métodos jurídicos, no mais das vezes, antiformalistas, quer na formulação doutrinária, quer na atuação dos tribunais⁹.

Juristas engajados com o regime nazista como Larenz, Schmitt, Maunz e Koellreutter, estruturaram propostas cujo eixo principal se dava em torno de uma comunidade de valores, muitas vezes referenciada em uma ordem concreta ligada a uma certa tradição nacional¹⁰. Ainda assim, embora esses autores tenham em comum algum antiformalismo, Rùthers aponta que, na verdade, nunca existiu *uma* filosofia do direito ou *uma* metodologia jurídica do nacional-socialismo. O que marcou a experiência normativa estatal da Alemanha nazista, pelo contrário, foi, justamente, uma disputa entre

⁵ RADBRUCH, G. Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht. **Süddeutsche Juristen-Zeitung**, v. 1, n. 5, p. 105-108, 1946, p. 108.

⁶ RADBRUCH, Gustav. Cinco minutos de Filosofia do Direito. **Publicações da Escola da AGU**, n. 17, p. 261-263, 2012.

⁷ RÜTHERS, Bernhard. **Derecho degenerado**. Teoría jurídica y juristas de cámara em el Tercer Reich. Madrid: Marcial Pons, 2016.

⁸ STOLLEIS, Michael. **The law under the swastika: studies on legal history in Nazi Germany**. Chicago: University of Chicago Press, 1998.

⁹ MÜLLER, Ingo. **Los juristas del horror: la 'justicia' de Hitler: el pasado que Alemania no puede dejar atrás**. Caracas: Editorial ACTUM, 2006.

¹⁰ STOLLEIS, Michael. **The law under the swastika: studies on legal history in Nazi Germany**. Chicago: University of Chicago Press, 1998.

vários métodos e tendências que pretendiam captar e capitanear a *renovação jurídica popular*¹¹.

Mais que isso, não parece possível nem mesmo acusar o positivismo de deixar indefesos o povo e os juristas alemães contra as leis arbitrárias, como indicou Radbruch¹². Isso porque não apenas é impreciso dizer que havia *uma pretensa teoria jurídica nazista* de matiz formalista, como, também, porque o positivismo nem mesmo poderia ser considerado como a teoria jurídica hegemônica dos últimos anos da República de Weimar¹³.

É verdade que é possível alegar que houve nas origens do Direito Público alemão uma forte tendência formalista¹⁴. Essas influências formalistas chegam a Jellinek e, de certo modo, ao *normativismo* de Kelsen. Todavia, o *positivismo jurídico* já vinha sendo debatido no âmbito da *Staatsrechtlehre* pelo menos desde a virada do século XIX para o XX. Neste processo, foram episódios, por exemplo: o crescimento das chamadas “ciências sociais do Estado”, ainda na virada do século XIX para o século XX; as formulações da *Escola Livre do Direito (Freirechtsschule)*, ainda antes da Primeira Guerra Mundial; e o surgimento de respostas à insuficiência do Direito Constitucional Positivo da Constituição de Bismark (1871) como foram os textos de Jellinek, *Reforma e mutação da Constituição (Verfassungänderung um Verfassungswandlung)*, de 1906, e de Rudolf Smend, o *Direito Constitucional não escrito no Estado Federal monárquico (Ungeschriebenes Verfassungsrecht im monarchischen Bundesstaat)*, de 1916.

No mesmo sentido, o fato de o *positivismo jurídico* ter sido colocado em xeque tem importantes desdobramentos nos debates acerca da Constituição alemã de 1919. Inclusive, é possível dizer que, curiosamente, Kelsen teve um papel importante nessa ruptura. Partindo de certo criticismo de matiz neokantiano, ele acabou por aprofundar a discussão acerca das questões epistemológicas, rompendo o debate *intramuros* da Teoria Geral do Estado oitocentista¹⁵. Portanto, se Kelsen claramente não rompe com a tradição formalista, sua abordagem, de certo modo, é que dá abertura para respostas antiformalistas que lhe seguiram.

¹¹ RÜTHERS, Bernhard. **Derecho degenerado**. Teoría jurídica y juristas de cámara em el Tercer Reich. Madrid: Marcial Pons, 2016.

¹² RADBRUCH, G. Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht. **Süddeutsche Juristen-Zeitung**, v. 1, n. 5, p. 105-108, 1946.

¹³ STOLLEIS, Michael. **The law under the swastika**: studies on legal history in Nazi Germany. Chicago: University of Chicago Press, 1998; GARCÍA AMADO, Juan Antonio. Nazismo, Derecho y Filosofía del Derecho. **Anuario de Filosofía del Derecho**, n. 8, p. 341-364, 1991; CURRAN, Vivian G. Fear of Formalism: Indications from the Fascist Period in France and Germany of Judicial Methodology's Impact on Substantive Law. **Cornell International Law Journal**, Ithaca, v. 35, n. 1, p. 101-187, 2001.

¹⁴ LOUGHLIN, Martin. **Foundations of Public Law**. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 191.

¹⁵ HELLER, Herman. **Teoría del Estado**. Tradução Luís Tobio. Cidade do México: FCE, 1998.; STOLLEIS, Michael. **A history of public law in Germany 1914-1945**. Tradução Thomas Dunlap. Oxford: Oxford University Press, 2004.

Assim, a disputa pelo método jurídico na República de Weimar foi marcada por importantes formulações antiformalistas. Naturalmente, houve influentes juristas positivistas no debate weimariano, inclusive disputando posições teóricas bastante díspares, como Thoma, Triepel, Anschütz, além do próprio Kelsen. De fato, durante algum tempo eles tiveram algum protagonismo em debates teóricos travados no cenário público e acadêmico alemão do período, particularmente, nas reuniões da *Associação de Professores Direito do Estado Alemão (Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer)*¹⁶. No entanto, essa não era uma voz única, tampouco homogênea, nem mesmo absolutamente dominante durante o período da *crise na Teoria do Direito de Weimar*¹⁷.

Stolleis aponta que na segunda metade dos anos 1920, a rejeição às fundações metodológicas formalistas, legadas do constitucionalismo imperial, marcava o pensamento de juristas como Kaufmann, Holstein e Smend, que tinham, pelo menos, o potencial de formarem uma certa tendência predominante no debate juspublicista¹⁸. No mesmo sentido, García Amado e Curran apontam que antes de 1933 as posturas antiformalistas eram as mais influentes na atividade dos tribunais alemães¹⁹. Franz Neumann e Hermann Heller também evidenciaram essa tendência antiformalista dos tribunais, acusando suas razões conservadores, especialmente no que diz respeito à restrição dos direitos trabalhistas²⁰.

Lucas Verdú, inclusive, aponta a ruptura com o positivismo jurídico como um dos elementos que contribuíram para o processo de formação da Teoria da Constituição (*Verfassungslehre*) como disciplina autônoma²¹.

Portanto, diferentemente do que afirmou Radbruch e do que sustenta importante e influente parcela da produção jurídica brasileira, o positivismo não pode ser, exatamente, acusado de contribuir ou, ao menos, permitir a ordem normativa estatal nazista.

¹⁶ STOLLEIS, Michael. **A history of public law in Germany 1914-1945**. Tradução Thomas Dunlap. Oxford: Oxford University Press, 2004.

¹⁷ JACOBSON, Arthur; SCHLINK, Bernhard (org.). **Weimar: a jurisprudence of crisis**. Berkley: University of California Press, 2002.

¹⁸ STOLLEIS, Michael. **The law under the swastika: studies on legal history in Nazi Germany**. Chicago: University of Chicago Press, 1998.

¹⁹ GARCÍA AMADO, Juan Antonio. Nazismo, Derecho y Filosofía del Derecho. **Anuario de Filosofía del Derecho**, n. 8, p. 341-364, 1991; CURRAN, Vivian G. Fear of Formalism: Indications from the Fascist Period in France and Germany of Judicial Methodology's Impact on Substantive Law. **Cornell International Law Journal**, Ithaca, v. 35, n. 1, p. 101-187, 2001.

²⁰ NEUMANN, Franz. A mudança de função da lei no direito da sociedade burguesa. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 109, p. 13-87, jul./dez. 2014.; HELLER, Hermann. ¿Estado de Derecho o Dictadura? In: HELLER, Hermann. **Europa y el Fascismo**. Tradução Francisco J. Conde. Granada: Comares, p. 117-135, 2006, p. 117-135.

²¹ LUCAS VERDÚ, Pablo. Lugar de la teoría de la constitución en el marco del derecho político. **Revista de Estudios Políticos**, Madrid, vol. 188, p. 5-20, mar./abr. 1973.

Contudo, uma observação interessante pode ser feita desde a experiência do Regime de Vichy (1940-1944), na França. Danièle Lochak e Vivian Curran entendem que, diferentemente do que aconteceu na Alemanha hitlerista, a experiência fascista do governo colaboracionista francês foi sim marcada por uma teoria e prática jurídica de tendência formalista²². Assim como o antiformalismo na Alemanha, o formalismo jurídico francês, em vez de significar uma ruptura, representou a continuidade com a tradição e retórica jurídica pré-existentes no país. Ali, embora tenha havido correntes claramente antiformalistas na segunda metade do século XIX e início do XX – a mais famosa delas aquela representada pela *livre pesquisa científica* de François Génys²³ – elas pouco influenciaram os tribunais franceses, e mesmo o debate teórico-jurídico, até pelo o menos o pós-guerra, só passando a ocupar protagonismo a partir de então²⁴.

Desde 1789, houve uma especial preocupação e resistência a qualquer contestação manifesta ao texto legislativo ou a pronunciamentos e sentenças que pudessem ser interpretados como criação jurídica por via judicial²⁵. É possível afirmar que essa postura não implicou que, na prática, os tribunais franceses não tenham agido de modo criativo. As cortes francesas não raramente operaram de forma criativa, contudo, o fizeram sem reconhecer essa tendência, sustentando a alegação de que estariam simplesmente pronunciando mera interpretação literal de texto legal²⁶. Nesse sentido, segundo Dawson e Merryman há uma longa tradição na prática forense francesa de utilizar-se uma retórica legalista para se tomar uma decisão diversa da anterior em um caso específico, contornando-se, assim, a aplicação literal da lei de modo encoberto. Dessa maneira, “flexibiliza-se a literalidade” da lei em sua aplicação, escamoteando-a sob uma alegada retórica de literalidade²⁷.

²² LOCHAK, Danièle. La doctrine sous Vichy ou les mésaventures du positivisme. In: LOCHAK, Danièle. (ed). **Les usages sociaux du droit**. Paris: Presses universitaires de France, 1989; CURRAN, Vivian G. Fear of Formalism: Indications from the Fascist Period in France and Germany of Judicial Methodology's Impact on Substantive Law. **Cornell International Law Journal**, Ithaca, v. 35, n. 1, p. 101-187, 2001. Defendendo posição contrária: BELLEAU, Marie-Claire. Les juristes inquiets: classicisme juridique et critique du droit au début du XXe siècle en France. **Cahiers de droit**, v. 40, n. 3, p. 507-544, 1999.

²³ Influenciada pela *Escola Histórica Alemã*, em diálogo com a *Escola de Direito Livre*, de Kantorowicz, e a *Sociologia Jurídica*, de Eugen Ehrlich.

²⁴ CURRAN, Vivian G. Fear of Formalism: Indications from the Fascist Period in France and Germany of Judicial Methodology's Impact on Substantive Law. **Cornell International Law Journal**, Ithaca, v. 35, n. 1, p. 101-187, 2001.

²⁵ Artigo 5 do *Code civil*: “Il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises”.

²⁶ CURRAN, Vivian G. Fear of Formalism: Indications from the Fascist Period in France and Germany of Judicial Methodology's Impact on Substantive Law. **Cornell International Law Journal**, Ithaca, v. 35, n. 1, p. 101-187, 2001.

²⁷ DAWSON, J. P. Specific Performance in France and Germany. **Michigan Law Review**, Ann Arbor, v. 57, n. 4, p. 495-538, 1959; MERRYMAN, J. H. The French Deviation. **The American Journal of Comparative Law**, v. 44, n. 1, p. 109-119, 1996.

Durante a França de Vichy, o que se viu foi uma hiperprodução normativa, marcada por um amplíssimo, complexo e contraditório direito formalmente válido, formado por novos textos normativos, criados já durante o governo fascista de Petáin, e textos anteriores a 1940. Assim sendo, é possível dizer que na experiência francesa houve uma continuidade entre a nova e a velha retórica jurídica, já que as mudanças legislativas não foram levadas a cabo nos termos de uma absoluta ruptura, mas na utilização de moldes e modelos formalistas muito similares aos anteriores. Essa familiaridade favoreceu a assimilação desse “novo direito” sem maiores entraves ou registros. Foi dessa maneira que a legislação da França de Vichy estabeleceu restrições de direitos – inclusive de natureza antisemita – a partir de um formato muito similar aos da legislação precedente.

A diferença de comportamento também pode ser identificada na atuação do mundo acadêmico jurídico nas duas experiências. Na Alemanha, o *direito doutrinal* (*Professorenrecht*) dos anos 1930-40 produziu reflexões e desenvolveu conceitos que contribuíam para fundamentar o ideário nazista, especialmente de expurgação do judaísmo e de proteção ao *Volk*, de modo a construir um arcabouço instrumental às cortes do regime nazista. Já no mundo francês, durante o mesmo período a doutrina basicamente limitou-se a produzir comentários a respeito da aplicação técnico-litera da lei positiva, nova e velha, tendendo a dar menor ênfase a um deliberado sentido de discriminação racial, na medida em que enfatizou um alegado “sentido protetivo das leis de exclusão”. Dessa forma, na França, a doutrina prendeu-se mais ao detalhamento e à definição literal de novos conceitos legais que surgiam, evitando maiores reflexões acerca de questões estruturais, o que foi feito em sintonia com a postura das cortes²⁸.

Para Danièle Lochak²⁹, é especialmente a postura passiva dos tribunais franceses na aplicação de *direito injusto* que permite se alegar que o formalismo jurídico contribuiu e, em alguma medida, compôs esses regimes autoritários. Se não de forma direta, pelo menos de forma indireta uma vez que o formalismo teria se mostrado incapaz de resistir aos avanços ditatoriais desses projetos.

²⁸ CURRAN, Vivian Grosswald. Formalism and anti-formalism in french and german judicial methodology. In: JOERGES, Christian; GHALEIGH, Navraj Singh (eds.). **Darker Legacies of Law in Europe: the shadow of National Socialism and Fascism over Europe and its legal traditions.** Oxford/Portland: Hart, p. 205-228, 2003, p. 212-213: “An interesting difference between France and Germany during the fascist period was the activity of legal scholars. Generally influential in both countries, especially when compared to their common-law counterparts, legal academics’ contemporaneous responses to the fascist-inspired laws were very different in France and Germany. While German legal theorists openly and profusely discussed the theoretical underpinnings of the new German legal concepts and conceptions, including extensive references justifying the rejection of Jews from national life, French legal scholars on the whole meekly accepted and indirectly endorsed the new legal order, but tended to avoid evaluative commentary on the new enactments”.

²⁹ LOCHAK, Danièle. La doctrine sous Vichy ou les mésaventures du positivisme. In: LOCHAK, Danièle. (ed). **Les usages sociaux du droit.** Paris: Presses universitaires de France, 1989.

Portanto, os regimes nazifascistas alemão e francês, mais do que se valerem de uma retórica ou teoria do direito específicas, acabaram por dar continuidade aos modelos anteriores, antiformalista e formalista, respectivamente.

Assim sendo, é possível alegar que, no fundo, não há, essencialmente, uma teoria/metodologia jurídica tipicamente nazifascista. Pelo contrário, em ambos os casos, as retóricas jurídicas foram simples instrumentos manuseados de forma mais ou menos rigorosa pelos regimes políticos estabelecidos em ambas as experiências. Até por isso não deixa de ser curioso que no Brasil o argumento em defesa de posturas antiformalistas – alegadamente autoidentificadas como neoconstitucionalistas – tenha como marca um certo repúdio ao “positivismo jurídico”, desde o argumento *reductio ad hitlerum*. E curioso por dois motivos, primeiro porque historicamente essa é uma afirmação falsa, a experiência normativa jurídico-estatal nazista foi amplamente antiformalista. Segundo, porque métodos e metodologias formalistas e antiformalistas foram indiscriminadamente utilizados para sustentar e implementar decisões estatais autoritárias.

O que se pode identificar é que, mais que qualquer teoria jurídica específica, o que caracteriza a experiência normativa estatal nazifascista é a fuga a qualquer padrão de racionalidade preciso. De certo modo, mais que um *direito injusto*, a falta de previsibilidade e segurança, gerada por esse quadro, poderia, em alguma medida, ser tratada como uma experiência de *não-direito*³⁰.

Portanto, parece possível afirmar que em ambos os casos, no da vinculação ao formalismo ou ao antiformalismo, o método jurídico e talvez o próprio direito não se prestam para impedir ou promover definitivamente um quadro de *Estado de não-direito*. Historicamente, ambas as retóricas foram utilizadas para reforçar um *Estado de arbítrio*. Nesse sentido, é inevitável reconhecer que a complexidade da dinâmica entre direito e poder – entre direito e política – facilmente pode reduzir o primeiro ao segundo.

Contudo, a negação ou desprendimento a qualquer método jurídico coerente, recorrentemente transparece como um sintoma e, mesmo, como um catalizador e reforço a um quadro de arbítrio, na medida em que pode representar uma verdadeira *perversão do direito*, quer pela *fuga do direito*, quer pela formação de *zonas de autarquia*³¹.

³⁰ NEUMANN, Franz. **Behemoth**: the Structure and Practice of National Socialism 1933-1944. Chicago: Ivan R. Dee, 2009, p. 451-452. Para Neumann, na verdade, o Behemoth nazista em alguma medida seria um *não-Estado de não-direito*.

³¹ RODRIGUEZ, José Rodrigo. As figuras da perversão do direito: para um modelo crítico de pesquisa jurídica empírica. **Revista Prolegómenos Derechos y Valores**, v. 19, n. 37, 99-124, jan./jun. 2016.

3. NEOCONSTITUCIONALISMO À BRASILEIRA: A PRESCRIÇÃO DA FUGA DO DIREITO

Na América Latina³² e especialmente no Brasil o termo neoconstitucionalismo, de um modo geral, tende a ser incorporado no discurso constitucional de forma positiva (benéfica) e afirmativa. Luís Roberto Barroso, possivelmente o mais difundido e influente autor que abertamente defende a ideia de neoconstitucionalismo no debate brasileiro, identifica-o a partir do que pretende serem: um marco histórico, um marco filosófico e um marco teórico.

O “marco histórico do novo direito constitucional” seria o constitucionalismo do pós-guerra da Europa e no Brasil a Constituição de 1988. O marco teórico seria assinalado por “três grandes transformações [que] subverteram o conhecimento convencional relativamente à aplicação do direito constitucional: a) o reconhecimento de força normativa à Constituição; b) a expansão da jurisdição constitucional; c) o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional”³³. O marco filosófico estaria vinculado a uma tradição que o autor trata pelo “rótulo genérico de pós-positivismo”, caracterizada pela “superação – ou, talvez, sublimação – dos modelos puros” de jusnaturalismo e juspositivismo³⁴.

Quanto ao que é tratado como marco histórico, é razoável alegar-se que há uma fase constitucional que se inicia a partir do pós-guerra e se desdobra nos vários ciclos de constitucionalização e reconstitucionalização de países que foram superando regimes ditatoriais³⁵. Além disso, mais do que teoricamente, do ponto de vista institucional, ela de fato é marcada por um processo de substancialização do conceito de constituição nas próprias experiências jurídico-políticas. Estas, de ali em diante, se pretendem fundadas e justificadas em um, de certo modo, idealizado princípio da dignidade da

³² CARBONELL, Miguel (ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. 4 ed. Madri: Editorial Trotta, 2009.

³³ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro, v. 02, n. 01, p. 1-48, 2006, p. 5-10.

³⁴ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro, v. 02, n. 01, p. 1-48, 2006, p. 4-5: “O pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas. A interpretação e aplicação de um ordenamento jurídico não de ser inspiradas por uma teoria de justiça, mas não podem comportar voluntarismos ou personalismos, sobretudo os judiciais. No conjunto de idéias ricas e heterogêneas que procuram abrigo neste paradigma em construção incluem-se a atribuição de normatividade aos princípios e a definição suas relações com valores e regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica constitucional; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana. Nesse ambiente, promove-se uma reaproximação entre o Direito e a filosofia”

³⁵ Particularmente, nos países centrais no imediato pós-guerra; nos países do sul da Europa a partir da década de 1970, especialmente na península ibérica; na América Latina, desde fins da década de 1970, mas, especialmente, com o novo constitucionalismo latino-americano que tem como marco importante a própria Constituição brasileira de 1988; nos países do leste europeu, saídos da experiência socialista, na década de 1990; em alguns Estados africanos, também a partir dos últimos anos da década de 1990 e início dos anos 2000.

pessoa humana, sendo registradas em textos consideravelmente mais analíticos e garantistas que os que as antecederam, que tendencialmente positivaram direitos fundamentais individuais, sociais e coletivos. Nesses termos, é sim marca do Estado Democrático de Direito pós-1945 a força normativa da constituição, a expansão da jurisdição constitucional, por conseguinte, dos tribunais na dinâmica jurídico-política.

O quão novas (“neo”) são essas qualidades, é algo que certamente pode ser questionado. O quanto várias dessas características já estão presentes em experiências constitucionais anteriores é uma questão bastante interessante e razoável de ser levantada³⁶. Por exemplo, a cultura constitucional americana já não reconhecia força normativa à sua Constituição desde, pelo menos, o século XIX? O controle de constitucionalidade por tribunais, mesmo no continente europeu, não é algo presente desde pelo menos a década de 1920, e nas Américas mesmo antes disso? Existiria um *gero-constitucionalismo*, isto é, um constitucionalismo velho ao qual o neoconstitucionalismo se opusesse?

Além disso, é seguro dizer que alguns trabalhos da filosofia do século XX importaram em uma significativa mudança quanto à percepção do que é compreensão de um modo geral, mas, especialmente, do que é a interpretação. Contudo, será mesmo possível dizer, rigorosamente, de uma *única, coerente* e, realmente, *nova* dogmática da interpretação constitucional?

Por fim, é realmente o neoconstitucionalismo *pós-positivista*? Ele pode ser justificado, como se tem pretendido amiúde, como uma superação das vulnerabilidades promovidas “pelo positivismo jurídico”?

Para tanto, primeiramente se procurará traçar mais claramente como tem sido tratado o neoconstitucionalismo num debate mais abrangente, para, na sequência, relacionar o argumento de “superação do positivismo”, sobretudo, da ligação que é feita entre ele e alguma “teoria jurista nazista”, que é utilizada como justificativa para o *neo-constitucionalismo tupiniquim*.

A conclusão a que se chega é que, na verdade, o amorfismo do neoconstitucionalismo, seu sincretismo metodológico desprendido, despreocupado e incoerente (especialmente na fórmula brasileira), não consiste, exatamente, a uma postura antiformalista quanto ao método jurídico, mas numa verdadeira negativa a qualquer método, seja ele formalista ou antiformalista. Esse formato é que, sim, se aproxima de propostas vistas em experiências da exceção, mas não pelo compartilhar de alguma metodologia específica³⁷ – positivista ou antipositivista – mas pela perversão e fuga do direito,

³⁶ GARCÍA AMADO, Juan Antonio. Sobre el neoconstitucionalismo y sus precursores. In: MANTILLA ESPINOSA, Fabricio (coord.). **Controversias constitucionales**. Bogotá: Editorial Rosário, p. 24-69, 2009.

³⁷ MATOS, Andityas S. M. C.; SOUZA, Joyce K. S. Sobrevivências do nazifascismo na teoria jurídica contemporânea e seus reflexos na interpretação judicial brasileira. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, v. 9, n. 3, p. 295-310, 2017.

caracterizadas pela negativa de qualquer estrutura de recuperabilidade decisória que obedeça aos padrões de alguma racionalidade jurídica, fazendo, no mais das vezes, das decisões tomadas nos tribunais um mero ato de vontade.

3.1. O problema do neoconstitucionalismo, *tout court*

O pouco rigor das definições sobre o que vem a caracterizar o neoconstitucionalismo fazem com que Guastini identifique-o não exatamente como uma corrente uniforme, mas como um amontoado um tanto quanto indefinido de posturas axiológicas e de teses normativas, difusas e pouco coesas entre si³⁸.

De fato, o conceito de neoconstitucionalismo é, pelo menos, impreciso e um tanto quanto controverso. Sua formulação e primeiras utilizações não foram pensadas para identificar uma corrente teórica a ser defendida, mas, justamente do contrário, a ser criticada: "antes de tudo, inventamos a expressão neoconstitucionalismo especialmente para criticá-lo"³⁹.

Comumente atribui-se a origem da expressão a Suzanna Pozzolo que primeiramente o teria apresentado em comunicação do *XVIII Congresso Mundial de Filosofia Jurídica e Social*, ocorrido em Buenos Aires, em 1997. A questão central de partida seria a das especificidades da interpretação constitucional:

Si bien es cierto que la tesis sobre la especificidad de la interpretación constitucional encuentra partidarios en diversas disciplinas, en el ámbito de la filosofía del derecho viene defendida, en particular, por un grupo de ius filósofos que comparten un peculiar modo de acercarse al derecho. He llamado a tal corriente de pensamiento neoconstitucionalismo. Me refiero, en particular a autores como Ronald Dworkin, Robert Alexy, Gustavo Zagrebelsky y, sólo en parte, Carlos S. Nino. Probablemente estos iusfilósofos no se reconocen dentro de un movimiento unitario, pero, en favor de mi tesis, en sus argumentaciones es posible encontrar el uso de algunas nociones peculiares que posibilita que sean agrupados dentro de una única corriente iusfilosófica⁴⁰.

Embora a lista de autores levantada por Pozzolo conte com nomes como Alexy e Dworkin, é possível dizer que *neoconstitucionalismo* é termo bastante mais presente no debate travado na península ibérica (na Espanha, mais que em Portugal), na Itália e, muito especialmente, na América Latina, sendo muito menos corrente nos espaços

³⁸ GUASTINI, Riccardo. A propósito del neoconstitucionalismo. **Gaceta Constitucional**, Lima, n. 67, p. 231-240, 2013.

³⁹ BARBERIS, Mauro. ¿Existe el neoconstitucionalismo? In: FABRA ZAMORA, Jorge Luis; GARCÍA JARAMILLO, Leonardo (orgs.). **Filosofía del derecho constitucional**: Cuestiones fundamentales. México: UNAM, p. 455-478, 2015, p. 455-478.

⁴⁰ POZZOLO, Susanna. Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional. **Doxa**, Alicante, n. 21, v. 2, p. 339-353, 1998.

alemão, francês ou anglófono. Neste, na verdade, um debate aproximado acaba por centrar-se mais na oposição entre *positivismo excludente (exclusivo)* e *positivismo incluyente (inclusivo)*⁴¹.

Quanto à definição do que vem a ser neoconstitucionalismo, Pozzolo identifica à corrente quatro características comuns, que são colocadas a partir das seguintes dicotomias: 1) Princípios *versus* Normas⁴²; 2) Ponderação *versus* Subsunção; 3) Constituição *versus* Independência do legislador; 4) Juízes *versus* Liberdade do legislador⁴³.

Essas qualidades estariam ligadas a um “modelo axiológico da constituição concebida como norma” relacionado à ideia de “justificação racional da ordem normativa”. Ele se oporia a um certo *iuspositivismo primitivo* que identificaria a razão para a ação simplesmente na ordem do soberano, portanto, num fato/decisão. Esse *iuspositivismo primitivo*, por sua vez, também se oporia a um modelo *evolucionado de iuspositivismo*, que rechaçaria a postura “primitiva”, uma vez que não encontra a razão justificativa da ordem em um fato/decisão, mas em outra norma. Nesse sentido, a justificação de uma constituição deveria ser encontrada em uma norma superior:

*Dicho de otro modo, si un juez recorre la cadena de competencia, partiendo de la norma aplicable al caso concreto, llegará a la carta constitucional. Pero esta última, si bien representa un límite interno al ordenamiento jurídico, contextualmente constituye un puente que permite el pasaje al discurso moral. Este último es, en última instancia, el único discurso que puede proveer una justificación a la observancia o a la aplicación del derecho. En efecto, una norma moral se acepta en virtud de su contenido y no por su génesis; ella sola, por tanto, constituye la justificación última de una acción o de una decisión. La justificación, pues, es en última instancia necesariamente moral*⁴⁴.

Destarte, para Pozzolo o neoconstitucionalismo seria, de certo modo, uma tentativa de retificar a *doutrina positivista*, particularmente a partir de uma revisão da *regra do reconhecimento*. Para isso se manusearia a estrutura hartiana de modo a defender

⁴¹ POZZOLO, Susanna. Apuntes sobre “neoconstitucionalismo”. In: ZAMORA, Jorge Luis Fabra; VAQUERO, Álvaro Núñez. **Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho**. Cidade do México: Unam, p. 363-405. 2015, p. 363-405. BARBERIS, Mauro. ¿Existe el neoconstitucionalismo? In: FABRA ZAMORA, Jorge Luis; GARCÍA JARAMILLO, Leonardo (orgs.). **Filosofía del derecho constitucional**: Cuestiones fundamentales. México: UNAM, p. 455-478, 2015, p. 455-478.

⁴² No Brasil, especialmente, essa dicotomia tendeu a ser mais comumente tratada não em *Princípios v. Normas*, bastante ligada aos trabalhos de Josef Esser, e especialmente difundida na dogmática constitucional lusitana, mas na identificação da Norma como um gênero de duas espécies diferentes: *Princípios v. Regras*. Este formato, de certo modo, corresponde a uma maior especificação no que diz respeito ao direcionamento de alguma correspondência aos modelos de Dworkin e Alexy, em que pese as significantes diferenças entre a proposição de ambos.

⁴³ POZZOLO, Susanna. Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional. **Doxa**, Alicante, n. 21, v. 2, p. 339-353, 1998, p. 339.

⁴⁴ POZZOLO, Susanna. Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional. **Doxa**, Alicante, n. 21, v. 2, p. 339-353, 1998, p. 342-343.

que em determinados casos o direito a ser considerado válido não é aquele que o é em razão de um *teste de pedigree*, mas a partir de um verdadeiro *teste moral* “en el cual, por definición, no se basa en la génesis de los principios sino en su contenido”⁴⁵.

Desse modo, a corrente neoconstitucionalista estaria relacionada à tese da vinculação entre direito e moral, de forma que no nível interpretativo o aplicador deveria, primeiro, atribuir significado aos valores morais subjacentes, promovendo uma leitura moral (não literal) dos princípios. Destarte, a norma seria o produto de um processo interpretativo complexo, formado ao final de vários passos de (re)construção valorativa, sendo as decisões justificadas, portanto, a partir de sua origem moral.

Assim, para Pozzolo, o neoconstitucionalismo pretenderia sustentar a primazia do ponto de vista interno sobre o externo, logo, do participante em relação ao observador desinteressado. Apenas os participantes morais que compartilham o mesmo *background* poderiam compreender e identificar a efetiva justificação do direito. Isso porque uma recuperação analítica e descritiva do direito positivo, a partir da trilha *nomodinâmica* da sucessiva cadeia de competências, seria capaz de tão somente chegar à constituição jurídica, última norma positiva do sistema, mas não ao fundamento último de justificação. Para além desse ponto a perspectiva positivista precisaria sustentar a legitimação da norma simplesmente no poder/decisão de uma autoridade, logo, em um fato, o que configuraria uma verdadeira aporia. Ao se fincar análise na premissa de “que a origem de uma norma sempre é uma norma, nunca um fato”, o neoconstitucionalismo seguiria o rastro de identificação das normas morais que, por sua vez, sustentariam e justificariam todo o sistema. Assim, essa postura teria de ser comum não apenas ao aplicador, mas, também, à doutrina jurídica, que na busca por compreender o sistema jurídico necessariamente teria de compreender o solo moral compartilhado.

Em suma, Barberis⁴⁶ – como o próprio autor afirma, “defendendo seu filho para” que somente o pai possa criticá-lo⁴⁷ – identifica a vagueza do termo neoconstitucionalismo, mas reconhece-lhe como uma *terceira teoria do direito* – entre o direito natural e o positivismo jurídico. Seria o *direito* típico do Estado de direito constitucional – do Estado constitucional (*Verfassungsstaat*). Para tanto, destaca três aspectos principais, que de uma forma geral, coincidem com os de Pozzolo: a conexão entre direito e moral, a distinção entre princípios e regras e a aplicação dos princípios pela ponderação e das regras pela subsunção.

⁴⁵ POZZOLO, Susanna. Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional. *Doxa*, Alicante, n. 21, v. 2, p. 339-353, 1998, p. 343.

⁴⁶ BARBERIS, Mauro. ¿Existe el neoconstitucionalismo? In: FABRA ZAMORA, Jorge Luis; GARCÍA JARAMILLO, Leonardo (orgs.). *Filosofía del derecho constitucional*: Cuestiones fundamentales. México: UNAM, p. 455-478, 2015, p. 455-478.

⁴⁷ A resposta de Barberis visa dialogar, sobretudo, com o texto: GUASTINI, Riccardo. A propósito del neoconstitucionalismo. *Gaceta Constitucional*, Lima, n. 67, p. 231-240, 2013.

Assim, primeiramente, o neoconstitucionalismo seria a tese da conexão necessária entre direito e moral, no Estado constitucional. Essa conexão não seria exclusiva deste momento, mas se apresentaria de forma peculiar nele e se caracterizaria como uma terceira via porque, ao contrário do que propõem o iusnaturalismo e do iuspositivismo, *incluiria* as questões morais no próprio direito positivo tornando-as internas a partir de sua conversão em princípios constitucionais.

Em segundo lugar, todas as vertentes do neoconstitucionalismo também seriam marcadas pela distinção entre *regras* e *princípios*. Barberis aponta, sobretudo, para as bases dworkinianas dessa distinção, mas também para seus desdobramentos em Alexy, Atienza, Ruiz Manero e Zagrebelsky, naquilo que trata por uma distinção fraca/débil: não estrutural, mas funcional, não dicotômica, mas quase-dicotômica, em que normas guiam diretamente a conduta e princípios guiam só indiretamente a conduta, apenas por meio de regras⁴⁸. Mais que isso, o neoconstitucionalismo teria ou, mesmo, seria uma teoria de normas em que não apenas distingue princípios e regras, mas privilegia aqueles em detrimento destas.

Por fim, o neoconstitucionalismo, sendo uma teoria de normas, determina que as regras são aplicadas a partir da operação de subsunção e os princípios apenas são aplicados a partir da ponderação.

Nesses termos, já Pozzolo, em seu texto seminal, apontou cinco problemas graves ao neoconstitucionalismo: 1) uma *interpretação moral da constituição*, contraposta a alguma interpretação em sentido literal, faria não só do juiz constitucional o *agente consciente do câmbio constitucional*, responsável por alcançar o *sentido da interpretação evolutiva da constituição*, mas o próprio juiz ordinário, o que geraria o risco da concentração de poderes nas mãos do poder judiciário; 2) a postura neoconstitucionalista também abriria o problema de a constituição não ser mais assumida como norma máxima do ordenamento jurídico, vez que ela precisaria ser interpretada a partir de princípios superiores, supraconstitucionais; 3) assim, em nome de uma resistência contra possíveis *tirantias de maiorias*, abrir-se-ia espaço para um verdadeiro “governo de juizes”; 4) no que a tutela dos direitos, portanto, não seria confiada “à palavra do direito, mas à interpretação moral do juiz”; e, ainda, 5) a defesa de uma *aplicação dúctil do direito* que incidisse diretamente sobre a tutela dos direitos, poderia representar um erodir do garantismo legalista em detrimento da vontade de um “bom juiz [pretensamente] dotado de um bom critério”⁴⁹.

⁴⁸ BARBERIS, Mauro. ¿Existe el neoconstitucionalismo? In: FABRA ZAMORA, Jorge Luis; GARCÍA JARAMILLO, Leonardo (orgs.). **Filosofía del derecho constitucional**. Cuestiones fundamentales. México: UNAM, p. 455-478, 2015, p. 469-470. É interessante a leitura de Barberis, que ao mesmo tempo que aponta para a marcante influência de Dworkin na distinção original entre *regras* e *princípios*, identifica que o americano a teria *abandonado tacitamente* em *Law's Empire*.

⁴⁹ POZZOLO, Susanna. Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional. **Doxa**, Alicante, n. 21, v. 2, p. 339-353, 1998, p. 347-353.

O termo neoconstitucionalismo, portanto, foi cunhado para identificar problemas, inclusive de déficit democrático, a um grupo muito amplo de posturas que dão maior relevância a uma determinada interseção e, mesmo, promiscuidade entre direito e moral. Esta, por vezes, está de fato presente na maioria das teorias apontadas como neoconstitucionalistas já originalmente, mas noutros casos foi se tornando mais caricata e problemática, particularmente, a partir de leituras e interpretações secundárias.

De toda sorte, mais que isso, como mencionado, a resposta de Barberis a crítica feitas por Guastini teve a intenção de promover o que ele mesmo definiu como uma *defesa branda* do neoconstitucionalismo, isto é, não uma defesa da postura teórica em si, mas de sua existência apenas. Isso porque Guastini entende que não há de fato coesão suficiente entre essas propostas que justifique tê-las em unidade, com o que concordamos. A falta de rigor para o estabelecimento das fronteiras dessa corrente, a reduzem enquanto categoria teórica para "classificação" de tradições e/ou teorias muito diversas⁵⁰.

Acontece que no Brasil a falta de rigor parece superar o campo classificatório e tende a atingir amiúde, inclusive de modo prescritivo, a forma de argumentação jurídica operada no campo jurídico do país, significando um potencial e perigoso sincretismo metodológico⁵¹ que tende a erodir as possibilidades de se estabelecer critérios para uma recuperabilidade das razões decisórias⁵².

Assim, na tentativa de se justificar uma postura antiformalista, combate-se amplamente o que seria "*O*" *positivismo jurídico*, reduzindo-o a um certo formalismo marcado pela confusão entre o direito e a lei e em que a interpretação se restringiria à *aplicação literal do texto legal*.

Contudo, não nos parece que o neoconstitucionalismo, especialmente em sua versão brasileira, realmente proponha algum método jurídico antiformalista mais ou menos rigoroso, mas, sim, aponte para uma simples fuga a qualquer método jurídico, tornando o ato de decidir sobre *qual é o direito* um simples ato de vontade.

⁵⁰ STRECK, Lênio. Uma leitura hermenêutica das características do neoconstitucionalismo. **Observatório da Jurisdição Constitucional**, Brasília, a. 7, n. 2, p. 25-48, jul./dez. 2014.

⁵¹ Sobre o problema da interpretação jurídica e o sincretismo metodológico: SILVA, Virgílio Afonso. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In: SILVA, Virgílio Afonso (org.). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 115-143.

⁵² "Observe-se que, escandalosamente, sob a bandeira 'neoconstitucionalista', defende-se, ao mesmo tempo, um direito constitucional da efetividade; um direito assombrado por uma vulgata da ponderação de valores; uma concretização *ad hoc* da Constituição e uma pretensa constitucionalização do ordenamento a partir de jargões vazios de conteúdo e que reproduzem o prefixo *neo* em diversas ocasiões, tais quais: *neoprocessualismo (sic)* e *neopositivismo (sic)*. Tudo porque, ao fim e ao cabo, acreditou-se ser a jurisdição responsável pela incorporação dos 'verdadeiros valores' que definem o direito justo (vide, nesse sentido, as posturas decorrentes do instrumentalismo processual)", STRECK, Lênio. **Contra o neoconstitucionalismo. Constituição, Economia e Desenvolvimento**: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional, Curitiba, n. 4, p. 9-27, jan./jun. 2011.

3.2. O neoconstitucionalismo *contra* o positivismo nazista: será?

No Brasil, como mencionado, não é raro que autores *neoconstitucionalistas* tentem justificar suas posturas antiformalistas – ligadas à tese da vinculação entre direito e moral das maneiras mais diversas – a partir de uma repulsa a algum positivismo nos seguintes termos:

*Sem embargo da resistência filosófica de outros movimentos influentes nas primeiras décadas do século XXI, a decadência do positivismo é emblematicamente associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha. Esses movimentos políticos e militares ascenderam ao poder dentro do quadro de legalidade vigente e promoveram a barbárie em nome da lei. Os principais acusados de Nuremberg invocaram o cumprimento da lei e a obediência a ordens emanadas da autoridade competente. Ao fim da Segunda Guerra Mundial, a idéia de um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos e da lei como uma estrutura meramente formal, uma embalagem para qualquer produto, já não tinha mais aceitação no pensamento esclarecido*⁵³.

Essa passagem de Luís Roberto Barroso e Ana Paula Barcellos, além de muito significativa e influente no mundo jurídico brasileiro, é sintomática. O repúdio ao positivismo jurídico como teoria jurídica utilizada pelo nazismo (*argumentum ad Hitlerum*)⁵⁴ não raro tem sido o argumento inicial (e às vezes definitivo) para se justificar uma postura amplamente antiformalista, geralmente autoidentificada com aquilo que seria algum *neoconstitucionalismo*, legatário de algum *pós-positivismo*⁵⁵.

Tais posturas, no mais das vezes, pretendem-se superadoras daquilo que seriam as limitações de um suposto *positivismo*, especialmente: da redução do direito à lei, da prisão a uma postura interpretativa formalista, dos métodos tradicionais de

⁵³ BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 232, p. 141-176, abr./jun. 2003, p. 146-147.

⁵⁴ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1999, p. 225; DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico**: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2006, p. 257 *et seq.*

⁵⁵ CAMPOS, Ricardo. Prefácio à edição brasileira: o direito na história e o (neo)constitucionalismo tupiniquim. In: STOLLEIS, Michael. **O Direito Público na Alemanha**: uma introdução a sua história do século XVI ao XXI. São Paulo: Saraiva, p. 13-20, 2018, p. 17: O direito, por vezes, em sua história aproxima-se da química. Rudolf von Jhering, por exemplo, refletia sobre o conceito da destilação e mais tarde sobre o assunto aproxima o direito de uma “arte a cisão” (*Scheidekunst*). Existem fórmulas químicas, fórmulas matemáticas e fórmulas jurídicas. Todas elas tendem a condensar um complexo significado, ou seja, exprimir em poucas significantes um complexo de emaranhado de significados. No direito, a fórmula de Radbruch em seu artigo “Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht” (1946) é um desses exemplos. Outro importante exemplo para o contexto brasileiro é a fórmula de um dos principais nomes atualmente, Barroso: “promoveram a barbárie em nome da lei”. Ela condensa em poucas palavras os pressupostos e bases teóricas assumidas por determinada tradição constitucional brasileira pós-1988: a do neoconstitucionalismo, que atualmente possui uma capilaridade performativa em importantes decisões na corte suprema brasileira”.

interpretação, de uma percepção “ultrapassada” de norma jurídica, da negação da força normativa e imperatividade dos princípios jurídicos, dentre outros.

Nessa ordem, é curioso que ainda que se construa uma oposição ao “positivismo jurídico”, a crítica que lhe é direcionada geralmente não o define muito claramente de forma rigorosa, tampouco. É comum confundir-se o *positivismo jurídico* com algum formalismo *tout court*, ao qual, não raro, se atribui uma postura interpretativa exegética. Ao mesmo tempo, vincula-se isso a algumas características – por vezes caricaturizadas – do *normativismo kelseniano*, não sem vincular-se isso, de alguma maneira, a certa posição que, efetivamente, fora alegada nas “autodefesas” de agentes nazistas de “escusas da ‘mera aplicação da lei’⁵⁶ e cumprimento de dever, em aproximação ao que o próprio Adolf Eichmann “chamou de versão de Kant ‘para uso doméstico do homem comum’⁵⁷.

Já de partida, toda essa amalgama agregada indefinidamente, com pouco rigor epistemológico e metodológico, serve mais para a criação de um espantinho argumentativo que, verdadeiramente, para a construção de um conceito e/ou metodologia claros.

De início, o positivismo não pode ser todo ele reduzido a uma mera postura formalista simplória, absolutamente redutora do direito à lei, nem da interpretação, quanto menos, da aplicação do direito a uma postura exegética. Os positivismos francês, alemão e inglês, por exemplo, se apresentaram e desenrolaram de forma muito diferente ao longo da história, não sendo, definitivamente, característico a todas suas etapas a redução do direito à lei⁵⁸.

De mesmo modo, Kelsen, por exemplo, reconhece certo grau de indeterminação na aplicação do direito positivo, o que lhe faz reconhecer certa margem de discricionariedade e liberdade interpretativa ao juiz, posição que viria, inclusive, a se aprofundar a partir de 1960⁵⁹. Portanto, é possível afirmar que o “contraste” pretendido pelo neoconstitucionalismo não se faz às posturas de qualquer positivismo do século XX, mas a certa caricatura do positivismo oitocentista.

Além disso, como dito antes, as teorias jurídicas e seus respectivos proponentes que disputavam a hegemonia na experiência normativa estatal nazista eram

⁵⁶ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 60. O capítulo é especificamente escrito por Sarlet, que faz esse registro apontando ser essa fundamentação no mínimo controversa.

⁵⁷ ARENDT, Hannah. **Eichman em Jerusalém**: um relato sobre a banalidade do mal. São Paulo: Companhia das Letras, 1999, p. 153 *et seq.*

⁵⁸ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1999; DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico**: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2006; ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica**: para uma teoria da dogmática jurídica. 5ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 109 *et seq.*

⁵⁹ MATOS, Andityas S. M. C.; MILÃO, Diego A. P. **Decisionismo e Hermenêutica Negativa**: Carl Schmitt, Hans Kelsen e a afirmação do poder no ato interpretativo do direito. **Seqüência**, Florianópolis, n. 67, p. 111-137, dez. 2013, p. 125 *et seq.*

tendencialmente antiformalistas. Mais que isso, o ataque ao positivismo, mais propriamente ao positivismo kelseniano, também lhes foi característico, tanto durante os anos do regime hitlerista, quanto no pós-guerra, quando inúmeros autores com o passado fortemente vinculado ao nacional-socialismo – como Weinkauff, Larenz, Maunz, dentre outros – seguiram ocupando posições de destaque nos tribunais, nas universidades e nos debates públicos alemães:

Sin embargo, una cosa conservan todos esos autores, pues la mantuvieron después de 1933 e igualmente en los años cincuenta: su aversión al positivismo y su desprecio a Kelsen. Sólo que cuando Hitler afirmaban que el “perro judío” Kelsen disolvía las verdaderas esencias del Derecho alemán con su doctrina liberal y su teoría formal de la validez jurídica, mientras que, caído el nazismo, lo utilizarán como chivo expiatorio para explicar que el Derecho nazi y la entregada obediencia de todos ellos a sus normas habían sido posibles por estar, bajo el nazismo, impregnada de positivismo kelseniano la teoría jurídica alemana. Siempre la fobia a Kelsen en nombre de los valores “jurídicos”, aunque cambiando de valores cuando cambiaban los tiempos⁶⁰.

Nesse sentido, é verdade, parte da dogmática jurídica brasileira, inclusive autores ligados ao *neoconstitucionalismo*, revisou sua posição recuando quanto à leitura da ligação entre o positivismo e o nazifascismo⁶¹, contudo, ainda é comum a tentativa de justificar-se posturas antiformalistas desde essa posição.

⁶⁰ GARCÍA AMADO, Juan Antonio. Sobre el neoconstitucionalismo y sus precursores. In: MANTILLA ESPINOSA, Fabricio (coord.). **Controversias constitucionales**. Bogotá: Editorial Rosário, p. 24-69, 2009, p. 61. E também, em outra comunicação: “Fuera de esos debates siempre interesantes entre iuspositivistas y iusmoralistas, de lo que no me cabe ninguna duda es de que aquel echar las culpas a Kelsen y el positivismo por los excesos jurídicos del nazismo y por la infame actitud de tantos jueces y de casi todos los profesores de derecho después de 1933 en Alemania fue una elaborada artimaña de un extenso grupo de autores alemanes que, con contadísimas excepciones (Radbruch, y poco más) habían sido nazis hasta la médula en tiempos de Hitler (Larenz, Henkel, Maunz, Siebert, Wieacker, Metzger, Scheuner...) o se habían mostrado sumamente complacientes y nada críticos con Hitler y sus secuaces (aquí podríamos nombrar a un buen puñado de maestros de la penalística alemana). Fue una argucia exculpatoria. Alegaron que Kelsen los había convencido de que la ley es la ley y hay poco menos que una obligación moral de cumplir la ley, cualquier ley; y que ellos habían seguido tal consigna porque eran positivistas kelsenianos. Y todo es falso: jamás Kelsen había defendido ni defendería nunca tal idea, y, sobre todo, semejantes sujetos eran fieramente antipositivistas y antikelsenianos en tiempos de Weimar ya (los más viejos), durante el nazismo y los años de la República Federal. Aquella patraña histórica fue luego *comprada* por iusnaturalistas que, lo mismo en España que em Latinoamérica, defendían todo tipo de dictaduras y detestaban dos elementos habituales en los grandes autores iuspositivistas: sus convicciones democráticas (piénsese en las grandes obras de teoría de la democracia escritas, por ejemplo, por Kelsen, por Ross, por Bobbio o por Ferrajoli, hoy) y un talante filosófico escéptico que impedía a tales positivistas comulgar con las ruedas de molino de esos iusnaturalistas que exaltaban la justicia y los valores objetivos de regimenes como el de Franco o el de tanto dictador latinoamericano”, MORA SIFUENTES, Francisco M. *Contra el neoconstitucionalismo y otros demonios*. Entrevista a Juan Antonio García Amado. **Ciencia Jurídica**, a. 5, n.10, p. 259-276, 2016.

⁶¹ É o que se vê na posição de Daniel Sarmento, outro bastante influente representante da escola fluminense: SARMENTO, Daniel. **O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades**. Rio de Janeiro, 2009. Disponível em: <<http://www.dsarmento.adv.br/content/3-publicacoes/15-o-neoconstitucionalismo>>

Não obstante, o que é mais central nessa discussão é o fato de que o neoconstitucionalismo brasileiro muitas vezes repele seu espantalho do “positivismo nazista”, não para propor um outro positivismo ou, mesmo, para sustentar uma metodologia jurídica antiformalistas, mas rigorosa. Nos tribunais e, mesmo, em setores da academia brasileira o que se vê é a não utilização coerente e atenta de qualquer metodologia/criteriologia de recuperabilidade da racionalidade decisória.

Quando muito, é comum a mistura impensada e incoerente de várias propostas de teorias interpretativas, muitas vezes incompatíveis entre si, para encobrir decisões jurídicas tomadas por simples ato de vontade, não obedecendo a qualquer critério específico ou claramente apresentando. Assim, não deixa de ser curioso alguma similaridade que essa postura tem com o que se viu na França do Regime de Vichy, lá com a manipulação da retórica formalista.

É possível questionar se o direito, efetivamente, é capaz de sustentar e garantir algum padrão coerente de racionalidade decisória. Talvez não o seja e, em momentos de situação política delicada e excepcional, ousa-se afirmar que certamente não o é. As teorias de Alexy, Dworkin, Zagrebelsky, ou mesmo de Kelsen, talvez, ao fim e ao cabo, sempre se mostrarão incapazes de entregar a promessa de impessoalidade e segurança jurídica. Contudo, todas elas apresentam padrões mais ou menos rigorosos e coerentes de recuperação da fundamentação das decisões jurídicas. Algumas delas reconhecem maior espaço e amplitude à discricionariedade do aplicador, outras apresentam-se como mais categoricamente assertivas, inclusive quanto às *repostas corretas*. Contudo, suas formulações partem da tentativa de fazer da decisão jurídica não um simples ato de vontade (uma decisão política), mas qualitativamente jurídica porque caudatária de uma determinada racionalidade específica.

Todavia, ao se mesclar, curiosamente, de forma um tanto quanto “consequencialista” várias teorias e critérios decisórios⁶², para ao fim tomar uma decisão (não inclusivamente, mas) exclusivamente moral, o neoconstitucionalismo à brasileira, na verdade, tende a gerar *zonas de autarquia*, isto é: “um espaço institucional em que as decisões são tomadas sem que se possa identificar um padrão de racionalidade qualquer, ou seja, em que as decisões são tomadas num espaço vazio de justificação”⁶³.

-no-brasil-riscos-e-possibilidades/o-neoconstitucionalismo-no-brasil.riscos-e-possibilidades-daniel-sarmiento.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2019.

⁶² Talvez transitando entre aquilo que Schuartz (2008) chamou de consequencialismo militante e consequencialismo malandro.

⁶³ RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?** Para uma crítica do direito brasileiro. Rio de Janeiro: FGV, 2013, p. 172. À página 21, na mesma obra, o conceito é resumido nos seguintes termos: “No Brasil, a criação de zonas de autarquia está ligada a uma falsa justificação das decisões judiciais (e de poder em geral) com fundamento em argumentos exclusivamente personalistas e em conceitos ou raciocínios naturalizados. Ambos os procedimentos têm o potencial de retirar da esfera pública a possibilidade de debater as razões para decidir a justificativa do desenho do Estado, tornando ambas completamente imunes ao debate racional e público”.

Nesse sentido, como entendia Hermann Heller, *o direito gera poder na mesma medida em que o poder gera direito*. Essa relação, quando incompreendida em sua dialética, pode acarretar o problema da redução do direito à *simples forma* do ato de vontade do poder. Esse é o perigo do *neoconstitucionalismo* prescritivo muitas vezes visto no Brasil. No afã de se negar a redução do direito à lei, de possibilitar a atualização do direito às demandas e transformações sociais e de se permitir posturas antiformalistas, negar-se, também, qualquer *teoria/metodologia jurídica*, permitindo-se justificar decisões jurídicas como meras decisões morais subjetivas, isto é, meros atos de vontade⁶⁴.

4. CONCLUSÃO

Qual não será o projeto do Estado de Direito – e do constitucionalismo – que não o de uma ordem em que a *força é vencida pela não força*?

Qual não será a diferença entre o Direito e o *não-Direito*, que não a de uma ordem cujas decisões não são apenas *voluntas*, mas são tomadas segundo uma *ratio*?

Qual não será o modo do Estado de Direito que não o de decisões tomadas a partir de uma *cultura de justificação* e não sob uma *cultura de autoridade*?⁶⁵

De forma sucinta, é possível apontar ao Direito, ao menos o *Direito do Estado Democrático de Direito*, como *uma forma Política sofisticada que obedece a uma determinada racionalidade maximamente relacionada ao cumprimento de uma ordem legal (ela mesma, necessariamente, democrática), que permite que não nos reunamos a todo tempo em praça pública para decidir sobre cada conflito e disputa social*.

Esse formato de legalidade, marcado pela existência de padrões de ação legítima que são estabelecidos de forma geral e abstrata, em anterioridade – portanto, vinculados a uma certa *sensibilidade jurídica* específica – também nos permite outra vantagem: a de não estarmos à mercê de vontades e paixões contingenciais que podem sobrepor-se aos argumentos (*democráticos*) de fundo, legitimadores da própria ordem, que servem de justificação às próprias decisões do/no Estado de Direito.

Assim, junto a Hermann Heller é possível afirmar que o Estado vive de sua justificação⁶⁶; e juntar-se a Mureinik e Dyzenhaus⁶⁷ quando apresentam que a *cultura ju-*

⁶⁴ Com críticas que caminham por outro curso, mas que chegam a conclusões similares, Humberto Ávila dirá: “O ‘neoconstitucionalismo’, baseado nas mudanças antes mencionadas, aplicado no Brasil, está mais para o que se poderia denominar, provocativamente, de uma espécie enrustida ‘não-constitucionalismo’: um movimento ou uma ideologia que barulhenta proclama a supervalorização da Constituição enquanto silenciosamente promove a sua desvalorização”; ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. *Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)*, Salvador, n. 17, p. 1-19, jan./mar. 2009.

⁶⁵ MUREINIK, Etienne. A bridge to where? Introducing the interim Bill of Rights. *South African Journal on Human Rights*, Johannesburg, n. 10, p. 31-48, 1994.

⁶⁶ HELLER, Herman. *Teoría del Estado*. Tradução Luís Tobio. Cidade do México: FCE, 1998, p. 277.

⁶⁷ DYZENHAUS, David. Law as justification: Etienne Mureinik’s conception of legal culture. *South African Journal On Human Rights*, Johannesburg, n. 14, p. 11-37, 1998.

ridica é a *cultura de justificação* que se opõe à *cultura de autoritarismo*. Desse modo, é inevitável reconhecer que as decisões dos tribunais necessariamente têm de obedecer a uma dada racionalidade, pois as decisões do Estado, de uma maneira geral, e as decisões judiciais, em especial, não são válidas simplesmente em virtude da autoridade que as emana. Em vez disso, são válidas porque legítimas; válidas porque justificadas em referência às bases institucionais e argumentativas compartilhadas e estabelecidas pela comunidade jurídico-política; logo, válidas porque coerentes com a própria estrutura normativa que lhes determina a competência e que legitima/valida sua atuação, conforme determinados parâmetros.

É natural e, mesmo, desejável que haja várias propostas diferentes de racionalidade decisória, várias teorias, metodologias e criteriologias para a melhor decisão. O embate entre elas, sua depuração pela disputa e pela busca por coerência são, inclusive, essenciais ao Estado Democrático de Direito.

Se métodos ou metodologias jurídicas rigorosos são suficientes para impedir decisões e regimes autoritários, é questionável. Contudo, é seguro afirmar que a falta de compromisso real com qualquer teoria, definitivamente, é uma forma muito característica de se perverter o direito. Daí a importância do comprometimento com alguma *teoria/metodologia jurídica*, para que a repulsa a algum positivismo não signifique a fuga de toda e qualquer *teoria/metodologia jurídica*, logo, uma *fuga do próprio Direito*.

5. REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica**: para uma teoria da dogmática jurídica. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ARENDT, Hannah. **Eichman em Jerusalém**: um relato sobre a banalidade do mal. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, n. 17, p. 1-19, jan./mar. 2009. Disponível em: <<https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/836/595>>. Acesso em: 29 jul. 2021.

BARBERIS, Mauro. ¿Existe el neoconstitucionalismo? *In*: FABRA ZAMORA, Jorge Luis; GARCÍA JARAMILLO, Leonardo (orgs.). **Filosofía del derecho constitucional**: Cuestiones fundamentales. México: UNAM, p. 455-478, 2015. Disponível em: <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4052/21.pdf>>. Acesso em: 29 jul. 2021.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 225, p. 5-37, jul./set. 2001. Disponível em: <<https://doi.org/10.12660/rda.v225.2001.47562>>. Acesso em: 29 jul. 2021.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v. 02, n. 01, p. 1-48, 2006, p. 5-10. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/11641>>. Acesso em: 29 jul. 2021.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 232, p. 141-176, abr./jun. 2003. Disponível em: <<https://doi.org/10.12660/rda.v232.2003.45690>>. Acesso em: 29 jul. 2021.

BELLEAU, Marie-Claire. Les juristes inquiets: classicisme juridique et critique du droit au début du XXe siècle en France. **Cahiers de droit**, v. 40, n. 3, p. 507-544, 1999. Disponível em: <<https://www.erudit.org/fr/revues/cd1/1999-v40-n3-cd3819/043560ar/>>. Acesso em: 29 jul. 2021.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1999.

CAMPOS, Ricardo. Prefácio à edição brasileira: o direito na história e o (neo)constitucionalismo tupiniquim. In: STOLLEIS, Michael. **O Direito Público na Alemanha**: uma introdução a sua história do século XVI ao XXI. São Paulo: Saraiva, p. 13-20, 2018.

CARBONELL, Miguel (ed.). **Neoconstitucionalismo(s)**. 4 ed. Madri: Editorial Trotta, 2009.

CURRAN, Vivian G. Fear of Formalism: Indications from the Fascist Period in France and Germany of Judicial Methodology's Impact on Substantive Law. **Cornell International Law Journal**, Ithaca, v. 35, n. 1, p. 101-187, 2001. Disponível em: <<https://scholarship.law.cornell.edu/cilj/vol35/iss1/3>>. Acesso em: 29 jul. 2021.

CURRAN, Vivian Grosswald. Formalism and anti-formalism in french and german judicial methodology. In: JOERGES, Christian; GHALEIGH, Navraj Singh (eds.). **Darker Legacies of Law in Europe**: the shadow of National Socialism and Fascism over Europe and its legal traditions. Oxford/Portland: Hart, p. 205-228, 2003.

DAWSON, J. P. Specific Performance in France and Germany. **Michigan Law Review**, Ann Arbor, v. 57, n. 4, p. 495-538, 1959. Disponível em: <<https://repository.law.umich.edu/mlr/vol57/iss4/6>>. Acesso em: 29 jul. 2021.

DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico**: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2006.

DYZENHAUS, David. Law as justification: Etienne Mureinik's conception of legal culture. **South African Journal On Human Rights**, Johannesburg, n. 14, p. 11-37, 1998. Disponível em: <<https://doi.org/10.1080/02587203.1998.11834966>>. Acesso em: 29 jul. 2021.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio. Nazismo, Derecho y Filosofía del Derecho. **Anuario de Filosofía del Derecho**, n. 8, p. 341-364, 1991. Disponível em: <https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-F-1991-10034100364>. Acesso em: 29 jul. 2021.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio. Sobre el neoconstitucionalismo y sus precursores. *In*: MANTILLA ESPINOSA, Fabricio (coord.). **Controversias constitucionales**. Bogotá: Editorial Rosário, p. 24-69, 2009.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. A germanística jurídica e a metáfora do dedo em riste no contexto explorativo das justificativas da dogmática dos direitos fundamentais. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, Número Especial, p. 451-478, 2015. Disponível em: <<https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/3172>>. Acesso em: 29 jul. 2021.

GUASTINI, Riccardo. A propósito del neoconstitucionalismo. **Gaceta Constitucional**, Lima, n. 67, p. 231-240, 2013.

HELLER, Hermann. ¿Estado de Derecho o Dictadura? *In*: HELLER, Hermann. **Europa y el Fascismo**. Tradução Francisco J. Conde. Granada: Comares, p. 117-135, 2006.

HELLER, Herman. **Teoría del Estado**. Tradução Luís Tobio. Cidade do México: FCE, 1998.

JACOBSON, Arthur; SCHLINK, Bernhard (org.). **Weimar: a jurisprudence of crisis**. Berkley: University of California Press, 2002.

LOCHAK, Danièle. La doctrine sous Vichy ou les mésaventures du positivisme. *In*: LOCHAK, Danièle. (ed). **Les usages sociaux du droit**. Paris: Presses universitaires de France, 1989. Disponível em: <<http://www.anti-rev.org/textes/Lochak89a/>>. Acesso em: 20 jun. 2019.

LOUGHLIN, Martin. **Foundations of Public Law**. Oxford: Oxford University Press, 2010.

LUCAS VERDÚ, Pablo. Lugar de la teoría de la constitución en el marco del derecho político. **Revista de Estudios Políticos**, Madri, vol. 188, p. 5-20, mar./abr. 1973. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1710417>>. Acesso em: 29 jul. 2021.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 7 ed. São Paulo, 2018.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Neoconstitucionalismo. *In*: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (coords.). **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/134/edicao-1/neoconstitucionalismo>>. Acesso em: 29 jul. 2021.

MATOS, Andityas S. M. C.; MILÃO, Diego A. P. Decisionismo e Hermenêutica Negativa: Carl Schmitt, Hans Kelsen e a afirmação do poder no ato interpretativo do direito. **Seqüência**, Florianópolis, n. 67, p. 111-137, dez. 2013. Disponível em: <<https://doi.org/10.5007/2177-7055.2013v34n67p111>>. Acesso em: 29 jul. 2021.

MATOS, Andityas S. M. C.; SOUZA, Joyce K. S. Sobrevivências do nazifascismo na teoria jurídica contemporânea e seus reflexos na interpretação judicial brasileira. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, v. 9, n. 3, p. 295-310, 2017. Disponível em: <<https://doi.org/10.4013/rechtd.2017.93.08>>. Acesso em: 29 jul. 2021.

MERRYMAN, J. H. The French Deviation. **The American Journal of Comparative Law**, v. 44, n. 1, p. 109-119, 1996. Disponível em: <<https://doi.org/10.2307/840522>>. Acesso em: 29 jul. 2021.

MORA SIFUENTES, Francisco M. Contra el neoconstitucionalismo y otros demonios. Entrevista a Juan Antonio García Amado. **Ciencia Jurídica**, a. 5, n.10, p. 259-276, 2016. Disponível em: <<http://www.cienciajuridica.ugto.mx/index.php/CJ/article/view/200>>. Acesso em: 29 jul. 2021.

MÜLLER, Ingo. **Los juristas del horror: la 'justicia' de Hitler: el pasado que Alemania no puede dejar atrás**. Caracas: Editorial ACTUM, 2006.

MUREINIK, Etienne. A bridge to where? Introducing the interim Bill of Rights. **South African Journal on Human Rights**, Johannesburg, n. 10, p. 31-48, 1994. Disponível em: <<https://doi.org/10.1080/02587203.1994.11827527>>. Acesso em: 29 jul. 2021.

NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**. 36 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NEUMANN, Franz. A mudança de função da lei no direito da sociedade burguesa. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 109, p. 13-87, jul./dez. 2014. Disponível em: <<https://doi.org/10.9732/P.0034-7191.2014v109p13>>. Acesso em: 29 jul. 2021.

NEUMANN, Franz. **Behemoth: the Structure and Practice of National Socialism 1933-1944**. Chicago: Ivan R. Dee, 2009.

POZZOLO, Susanna. Apuntes sobre "neoconstitucionalismo". In: ZAMORA, Jorge Luis Fabra; VAQUERO, Álvaro Núñez. **Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho**. Cidade do México: Unam, p. 363-405. 2015.

POZZOLO, Susanna. Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional. **Doxa**, Alicante, n. 21, v. 2, p. 339-353, 1998. Disponível em: <<https://doi.org/10.14198/DOXA1998.21.2.25>>. Acesso em: 29 jul. 2021.

RADBRUCH, Gustav. Cinco minutos de Filosofia do Direito. **Publicações da Escola da AGU**, n. 17, p. 261-263, 2012. Disponível em: <<https://seer.agu.gov.br/index.php/EAGU/article/view/1620/1307>>. Acesso em: 29 jul. 2021.

RADBRUCH, G. Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht. **Süddeutsche Juristen-Zeitung**, v. 1, n. 5, p. 105-108, 1946.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. As figuras da perversão do direito: para um modelo crítico de pesquisa jurídica empírica. **Revista Prolegómenos Derechos y Valores**, v. 19, n. 37, 99-124, jan./jun. 2016. Disponível em: <<https://doi.org/10.18359/prole.1682>>. Acesso em: 29 jul. 2021.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?** Para uma crítica do direito brasileiro. Rio de Janeiro: FGV, 2013.

RÜTHERS, Bernhard. **Derecho degenerado**. Teoría jurídica y juristas de cámara em el Tercer Reich. Madri: Marcial Pons, 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

SARMENTO, Daniel. **O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades**. Rio de Janeiro, 2009. Disponível em: <<http://www.dsarmento.adv.br/content/3-publicacoes/15-o-neoconstitucionalismo-no-brasil-riscos-e-possibilidades/o-neoconstitucionalismo-no-brasil.riscos-e-possibilidades-daniel-sarmento.pdf>>. Acesso em: 20 jun. 2019.

SCHUARTZ, Luis Fernando. Consequencialismo Jurídico, Racionalidade Decisória e Malandragem. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 248, p. 130-158, mai./ago. 2008. Disponível em: <<https://doi.org/10.12660/rda.v248.2008.41531>>. Acesso em: 29 jul. 2021.

STOLLEIS, Michael. **A history of public law in Germany 1914-1945**. Tradução Thomas Dunlap. Oxford: Oxford University Press, 2004.

STOLLEIS, Michael. **The law under the swastika: studies on legal history in Nazi Germany**. Chicago: University of Chicago Press, 1998.

STRECK, Lênio. Contra o neoconstitucionalismo. **Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, Curitiba, n. 4, p. 9-27, jan./jun. 2011. Disponível em: <<http://www.abdconst.com.br/revista5/Streck.pdf>>. Acesso em: 29 jul. 2021.

STRECK, Lênio. Uma leitura hermenêutica das características do neoconstitucionalismo. **Observatório da Jurisdição Constitucional**, Brasília, a. 7, n. 2, p. 25-48, jul./dez. 2014. Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/observatorio/article/view/1043/672>>. Acesso em: 29 jul. 2021.

SILVA, Virgílio Afonso. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In: SILVA, Virgílio Afonso (org.). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 115-143.