

COLEÇÃO
HERMENÊUTICA, TEORIA DO
DIREITO E ARGUMENTAÇÃO

Coordenador: Lenio Luiz Streck

Bruno Aguiar Santos

NEOCONSTITUCIONALISMO

a ideologia fadada ao fracasso
do arbítrio

2.º edição
Revista e ampliada

2021

 EDITORA
*Jus*PODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

NEOCONSTITUCIONALISMO E SEUS (DES)ACERTOS

Agora, sim. Feito o convite e ingressos o leitor e a leitora ao conteúdo do livro, estendemos um tapete de boas-vindas. Inauguramos essa seção por uma inexorável e um tanto quanto menos interessante forma de definição conceitual. Seríamos displicentes se iniciássemos o corpo desse texto sem afirmar, precisamente, o significado de seus elementos. Impossível, portanto, iniciar o trabalho sem delimitar o que entendemos por neoconstitucionalismo. Antes de sabermos se tem sucesso ou não – e, exatamente, no que é bem-sucedido ou no que fracassa – é fundamental entender do que se trata o termo, propalado aos quatro ventos e ingresso nas cátedras e salas de aula das academias de direito do Brasil e do mundo. Não é o norte dessa fração do estudo tentar brindar o leitor e a leitora com a tradicional e maçante esquematização cronológica de um tópos. Não veremos (em tese e esforço) adiante, uma estrutura “manualesca”: prometemos não contextualizar o Código de Hamurabi¹.

Situarmos especificamente o neoconstitucionalismo – e o que se entende por ele aqui, nesse quadrante crítico – torna-se indispensável, como se verá a seguir.

1. Texto que julgamos como obrigatório para os acadêmicos do direito (mas não só), da graduação ou além é o de OLIVEIRA, Luciano, Não fale do Código de Hamurabi!, in: **Sua Excelência o Comissário e outros ensaios de Sociologia Jurídica**, Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004.

1.1. Neoconstitucionalismo ou neoconstitucionalismos? O que é (são)?

O prefixo *neo*, atrelado ao termo constitucionalismo, é empregado há pouco tempo no léxico jurídico. Sua utilização, em termos históricos, é recentíssima. Foi utilizado, de início, pela doutrina justeórica italiana: Susanna Pozzolo teria sido a pioneira a levantar o conceito de neoconstitucionalismo no ano de 1997³, e chegamos a ver o termo, com o sentido no qual nos debruçaremos adiante, na obra de Pablo Lucas Verdú, mesmo antes, em 1994⁴.

Apesar de não estar distante da atualidade, este novo constitucionalismo assumiu diversas formas e alçou voos que transcenderam fronteiras geográficas, linguísticas e conceituais. Daí que o zelo de Prieto Sanchís⁵, rememorado por Trindade⁶, é fundamental, e deve ser reforçado: para o autor, não há uma posição única de pensamento quanto ao neoconstitucionalismo, mas diversas coincidências e tendências semelhantes que apontam para a formação

-
2. O subtítulo carrega esse nome com base no título do artigo de Aldo Schiavello para a revista *Diritto e Questioni Pubbliche*. Sintoma da celeuma sobre a definição pode ser visto, também, no título do livro organizado por Miguel Carbonell: *Neoconstitucionalismo(s)*. CARBONELL, Miguel. (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 4ª Edição, 2009.
 3. TRINDADE, André Karam. *Garantismo versus neoconstitucionalismo: os desafios do protagonismo judicial em terras brasílicas*. In: FERRAJOLI, Luigi; Streck, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam. (Orgs.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Ebook. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, nota 19. Ver também BARBERIS, Mauro. *Neoconstitucionalismo*. v. 1, n. 7, p. 17-30, jan.-jun. 2006, p. 19 Disponível em: <<http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-07/revista07-vol1.pdf>>. Acesso em: 26 mai. 2016. Neste último, o autor faz a ressalva importantíssima de que nenhum dos teóricos genoveses que acompanharam Pozzolo, inclusive a própria, aderiram ao neoconstitucionalismo como ideologia, tema a ser tratado logo a seguir. Pelo contrário, foram seus críticos mais ferozes em um primeiro momento. Sobre a recentidade do ingresso do termo na discussão jurídica: POZZOLO, Susanna. *Un costituzionalismo ambiguo*. In: CARBONELL, Miguel. (Org.). *op. cit.*, p. 188.
 4. VERDÚ, Pablo, *La Constitución en la Encrucijada (Palíngenesia Iuris Politici)*, **Pensamiento Constitucional**, n. 4, p. 69–139, 1994. Neste texto, Verdú ainda aponta para a obra de Louis Favoreu, que teria usado o termo neoconstitucionalismo, retratando um novo fenômeno jurídico e político, ainda no ano de 1987.
 5. SANCHÍS, Luis Prieto. *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*. In: CARBONELL, Miguel. (Org.). *op. cit.*, p. 123.
 6. TRINDADE, *op. cit.*, 2012, 1 de 99.

de uma nova cultura jurídica⁷. Aqui, já vemos, portanto, a importância em se delimitar o objeto de estudo e de transmitir ao leitor e à leitora o sentido de neoconstitucionalismo que se adota para o desenvolvimento da reflexão: este tem, em si, particularidades, correntes geradoras e linhas de pensadores das mais diversas imagináveis – como alerta Aldo Schiavello, a seguir. Não à toa, Lenio Streck realiza a mesma ressalva e procede com a mesma cautela de Sanchís quanto ao que a expressão poderia carregar dentro de si⁸.

Descobrimos, tão logo, a respeito do termo, que sob a bandeira do neoconstitucionalismo, muito é dito para que se possa reduzi-lo a uma sintética definição. Luís Roberto Barroso fornece uma trabalhada retórica ao introduzir seu texto Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito:

Talvez esta seja uma boa explicação para o recurso recorrente aos prefixos pós e neo: pós-modernidade, pós-positivismo, neoliberalismo, neoconstitucionalismo. Sabe-se que veio depois e que tem a pretensão de ser novo. Mas ainda não se sabe bem o que é. Tudo é ainda incerto. Pode ser avanço. Pode ser uma volta ao passado. Pode ser apenas um movimento circular, uma dessas guinadas de 360 graus⁹.

Neste momento, devemos dar o braço a torcer: o ministro (neo)constitucionalista brasileiro acerta. Essa incerteza e fumaça

-
7. SANCHÍS, Luis Prieto. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2013, p. 101.
 8. STRECK, Lenio. Contra o Neoconstitucionalismo. **Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**. Curitiba, 2011, n. 4, Jan-Jun. p. 9-27, p. 10; STRECK, Lenio. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015; STRECK, Lenio Luiz. Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo. In: FERRAJOLI, Luigi; Streck, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam. (Orgs.). *op. cit.*, p. 5 de 87. Inclusive, divorcia-se do termo em suas proposições a fim de não as confundir com os mal-entendidos provenientes de uma falsa compreensão. Tal ruptura, quando Streck passa a rotular o constitucionalismo da segunda metade do século XX como Constitucionalismo Contemporâneo, realizada em seu *Verdade e Consenso*, será aprofundada em momento mais propício, adiante.
 9. BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro**: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 189.

EM DIREÇÃO AO PÓS-POSITIVISMO (OU COMO DAR UM GIRO DE 360 GRAUS)

(...) Por que tal decisão nos parece hoje exemplar? Porque volta a chamar atenção para a distinção entre dois princípios essenciais de nossa tradição ético-política, dos quais as sociedades parecem ter perdido qualquer consciência: a legitimidade e a legalidade. Se é tão profunda e grave a crise que nossa sociedade está atravessando, é porque ela não só questiona a *legalidade* das instituições, mas também sua *legitimidade*; não só, como se repete muito frequentemente, as regras e as modalidades do exercício do poder, mas o próprio princípio que o fundamenta e o legitima.¹

Quando Agamben diz o que diz, assevera-o num contexto em que estuda a renúncia do Papa Bento XVI. E, sem a intenção de um universalismo forçado e artificial, qual é a relevância disso para a nossa conversa? Agamben não o faz apenas no estudo da escatologia dogmática católica. Faz, principalmente, um retrato da crise de legitimidade em que se encontram as instituições ao redor do globo terrestre atualmente. Crise que leva à descrença quase absoluta na classe política, fazendo surgir uma democracia pantomímica e antipática, protagonizada, em sua larga maioria, por “cidadãos não praticantes”².

-
1. AGAMBEN, Giorgio. **O mistério do mal: Bento XVI e o fim dos tempos**. São Paulo: Boitempo, 2015, p. 10.
 2. Agradeço ao escritor português Valter Hugo Mãe pela sensibilidade, pela profunda poesia e pelo conceito, original em seu “a máquina de fazer espanhóis”. Em **MÃE**, Valter Hugo. **A máquina de fazer espanhóis**. São Paulo: Cosac Naify, 2011.

A citação é perfeitamente condizente com o estado do direito nas sociedades contemporâneas. Não questionamos apenas a legalidade das instituições, mas sua legitimidade. Sinal mais claro disso é o fato de que a moral (re)aparece no seio das discussões jurídicas de maneira expressiva. Para além do corpo de leis, da autoridade ou do poder coercitivo do direito, o próprio Poder Legislativo é questionado no que propriamente o fundamenta. A relação da moral com o direito passa a ocupar a centralidade de “novas” propostas teóricas. Tema tão sensível que passa por pensadores que vão desde Habermas, Luhmann, passando por Alexy, Dworkin, Nino, Zagrebelsky e Ferrajoli, até chegar ao pensamento nacional com Streck e outros.

Com a ajuda de Barberis, verificamos essa centralidade e esse questionamento dentro do direito de uma maneira mais realçada a partir do confronto Dworkin vs. Hart na década de 1970³ – década deveras simbólica por representar o início do desenvolvimento prático do neoliberalismo e a profusão do discurso tecnicista e apolítico que nos permeia em meio a negacionismos múltiplos nos dias atuais.

Esse quadro de proliferação dos discursos moralistas dentro do direito vem a lume de maneira especial com todo o engendramento do neoconstitucionalismo e seu marco filosófico, tido como uma quadra de uma filosofia paradigmática que, afirmando a conexão necessária entre direito e moral – e abarcando dentro desta afirmação diversas posições –, significa a superação do positivismo jurídico, considerado um estado de “inércia mental” em contradição com o Estado constitucional⁴.

Norberto Bobbio, quando de suas últimas revisões de seu texto magno sobre o positivismo jurídico, na década de 1990, afirmou que “apesar de muitas águas terem passado sob as pontes do positivismo jurídico, seus pilares centrais resistiram”⁵. Para o neoconstitucionalismo, esses pilares estão ou em vias de

3. BARBERIS, Mauro. *op. cit.*, 2009, p. 260.

4. ZAGREBELSKY, Gustavo. *op. cit.*, 2003, p. 33.

5. BOBBIO, Norberto. *op. cit.*, 1995, p. 12.

serem demolidos, ou já se encontram soterrados, tendo em vista a urgência de uma nova teoria que dê conta das idiossincrasias do constitucionalismo nesta quadra⁶. Qualquer resquício de suas proposições só demonstraria o poder daquela inércia⁷.

E eis, então, o traço distintivo mais expressivo⁸, fundamental e característico que o neoconstitucionalismo abriga: o retorno messiânico da (hiper)conexão necessária entre moral e direito – fazendo um resgate, ainda que não absoluto, do jusnaturalismo⁹. Passa, com essa profusão de ideias, a haver uma necessária conexão justificativa¹⁰ do direito com a moral.

A título de introdução ao tema, podemos ver como isso é presente nas obras de Nino – moralista ferrenho – e Atienza – contemporâneo neoconstitucionalista –, por exemplo. Carlos Santiago Nino entende essa relação a partir de duas problemáticas: justificação do direito e interpretação do direito¹¹. Ou seja, trata da esfera da legitimidade do direito e da “aplicação” pelos juízes, opondo-se, desde o primeiro momento, ao positivismo jurídico. Quanto à primeira problemática,

(...) yo creo que se puede mostrar en forma, digamos, cuasi formal y también de varias maneras informales, que para que las proposiciones jurídicas justifiquen acciones o decisiones

6. SANCHÍS, Luis Prieto. *op. cit.*, 2009, p. 131.

7. ZAGREBELSKY, Gustavo. *op. cit.*, 2003, p. 41.

8. Único traço de fato distintivo do neoconstitucionalismo, segundo Dimoulis. Cf. DIMOULIS, Dimitri. *op. cit.*, 2009.

9. COMANDUCCI, Paolo. *op. cit.*, 2009, p. 87. No texto, como Comanducci não adota a classificação aqui afirmada entre neoconstitucionalismo em sentido amplo (histórico) e neoconstitucionalismo ideológico, faz essa afirmação claramente quanto ao que chama de neoconstitucionalismo metodológico, comparando com a tripartição bobbiana.

10. Alguns autores utilizam o termo “identificativa”. Preferimos adotar o primeiro para evitar uma equiparação, indesejada por esses mesmos autores, entre direito e moral, apesar da ressalva de Luiz Fernando Barzotto, para quem não é correto falar na intenção do neoconstitucionalismo de haver uma *conexão* entre direito e moral: o certo é dizer que a intenção é haver uma *identificação* entre o direito e a moral. BARZOTTO, Luiz Fernando. Positivismo, Neoconstitucionalismo e Ativismo Judicial. In: Dimitri Dimoulis. (Org.). **A relevância prática da teoria do direito**. 1ª Edição, Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015, p. 41-62, p. 44.

11. NINO, Carlos Santiago. *Derecho, moral y política*. Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, 14, 1993, pp. 35-46, p. 40.

*hay que acudir necesariamente a principios o proposiciones de tipo moral que son aceptados autónomamente – no por cierta fuente de autoridad – que legitimen las normas jurídicas en cuestión o el proceso de producción de esas normas jurídicas en cuestión. (...) desde el punto de vista justificatorio, digo, hay una necesaria dependencia del Derecho respecto de la Moral.*¹²

O termo utilizado por Nino – dependência – é sintomático do que se pretende chamar atenção adiante quanto à expressiva decadência da autonomia (ou a “crise da adjudicação”, de Herrera) do direito. Este, para Nino, tanto em sua legitimidade quanto na sua aplicação¹³, é *dependente* da moral.

Já para Manuel Atienza, a conexão é necessária e de grande importância para a fundamentação da “aplicação” do Direito pelos juízes¹⁴:

Tão somente direi que reconhecer que existe, em certo nível, uma conexão necessária entre Direito e Moral é de grande importância se alguém pretende levar a sério a motivação – a argumentação – judicial; de outra forma, os juízes não poderiam justificar apropriadamente suas decisões.¹⁵

Para o autor, em uma contraposição frontal ao pensamento de Luigi Ferrajoli, há uma obrigação moral para os juízes de que estes venham a aplicar os sistemas jurídicos de seus Estados constitucionais pela presunção de que sejam justos em grande parte ou em sua maioria. O juiz, portanto, tem uma premissa moral para fundamentar sua decisão. Mas não só: além, tem o dever de interpretar os “valores e princípios constitucionais” por meio de teorias “político-morais”, segundo Atienza¹⁶.

12. *Idem.*

13. NINO, Carlos Santiago. *op. cit.*, 1993, p. 41.

14. ATIENZA, Manuel. O argumento de autoridade no direito. **Novos Estudos Jurídicos**, v. 17, n. 2, p. 144-160, 2012, p. 157.

15. *Idem.*

16. ATIENZA, Manuel. *Dos versiones del constitucionalismo. DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 34, p. 73-88, 2011.

ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA: COLOCANDO OS PINGOS NOS “IS”.

Algumas expressões, só de serem ouvidas ou lidas, têm o poder de provocar controvérsia. Basta lembrarmos do popular e oprimido e subserviente ditado “futebol, religião e política não se discutem”. O direito em si abriga muito desse potencial atômico de controvérsia. São vários os tópicos que podemos levantar e com isso causar infundáveis batalhas teóricas. No ano de 2016, no Brasil, se a palavra impeachment fosse sussurrada numa conversa ou aparecesse tímida em uma nota de rodapé choveria cântaros de artigos contendo réplicas e formulações sobre a utilização do termo.

Este trabalho contém seu âmago embebido nessa mesma capacidade fermentadora de discussão. Falar de neoconstitucionalismo, apesar de já ter sido, pela sensibilidade, algo mais discutível e menos consensual, ainda significa abandonar a retaguarda e se preparar para o fogo cruzado que nos espera no front. Não fosse somente isso, o trabalho ainda lida com um assunto mais disputado: o ativismo judicial, costumeiramente confundido com a judicialização da política e tido como um “eficaz antibiótico”. Dentro do direito, poucas são as discussões que ocupam tantas cadeiras e inflamam tantas paixões como a que cerca o tema.

Para que a pesquisa não caia no vazio da especulação e do embate raso, há certas bases que devem ser postas, refletidas e estabelecidas. Para compreendermos como discricionariedade, ativismo judicial e esquema sujeito-objeto são irmãos protagonistas

para o neoconstitucionalismo, há muitos pingos a serem colocados nos is. Começemos.

Thamy Pogrebinschi é uma autora de contracorrente. Dizemos isso porque é incomum verificar no seio acadêmico alguém que afirme que não existe ativismo judicial no Brasil. Não é comum, mas Pogrebinschi o fez¹. A partir de uma pesquisa estatisticamente trabalhosa e detalhada, a autora conclui – com uma boa dose de mordacidade, é verdade – que a ideia de judicialização da política e de ativismo judicial (destaque para a ligação umbilical entre os dois conceitos, recorrente na obra) não passam de um entimema. Caminhemos e não sofismemos, portanto.

Barroso, em contrapartida, enxerga a existência do ativismo judicial no Brasil e o difere frente a sua “prima”, supostamente a judicialização da política. Arremata seu texto Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática afirmando que, em nota final, o “ativismo judicial, até aqui, tem sido parte da solução, e não do problema”. Continua alertando que “ele é um antibiótico poderoso, cujo uso deve ser eventual e controlado. Em dose excessiva há risco de se morrer da cura”².

Para a autora, inexistente. Para o autor, há risco de se morrer pelo excesso. Como posturas diametralmente opostas podem coexistir? Ao contrário do que Pogrebinschi afirma, de que as críticas ao ativismo são falsas críticas vindas de uma retórica vazia, há uma explicação razoável. Se colocarmos numa mesma sala dois desconhecidos que jamais tiveram contato com a física quântica e estimularmos o debate sobre a constante de Plank, obteremos um diálogo surdo e mudo – antes que nos acusem, apenas uma

-
1. Conferir para esta e as próximas referências à autora: POGREBINSCHI, Thamy. **Judicialização ou Representação?** Política, direito e democracia no Brasil. Rio de Janeiro: Elsevier, Konrad Adenauer e Ed. Campus, 2012. O ativismo judicial também costuma ser chamado de clichê ou mito, mas nos Estados Unidos da América e com motivos diversos dos quais a autora utiliza para fundamentar sua tese de âmbito nacional. Por exemplo: ROOSEVELT, Kermit. **The Myth of Judicial Activism – Making Sense of Supreme Court Decisions. Illustrated** edição. New Haven, Conn.; London: Yale University Press, 2008.
 2. BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Anuario iberoamericano de justicia constitucional**, n. 13, p. 17-32, 2009.

hipérbole sem relação estreita com o retrato do que ocorre entre os autores acima citados. Fica evidente que para Barroso o ativismo judicial significa algo diverso do que Pogrebinschi enxerga³.

3.1. Uma questão de vontade

Tratar de ativismo judicial e judicialização da política exige, obviamente, que toquemos uma relação triangular basilar: a relação entre o direito, a política e a atuação do Poder Judiciário. Mas não precisamos tecer grandes considerações filosóficas fundamentais agora. Num primeiro passo, compreendemos que a diferenciação entre um e outro é, essa sim, imperiosa. Assim estabelecemos as estacas iniciais para o desenvolvimento de uma crítica fundamentada.

Duas obras são mais relevantes por serem mais convenientes ao intento do trabalho, pelo conteúdo recheado com as origens do ativismo judicial e exatamente por colocar a discriminação criteriosa entre o fenômeno e a judicialização da política no centro de suas premissas: a de Clarissa Tassinari e a de Lenio Streck.

Antes de adentrarmos as idiosincrasias do processo de disseminação do ativismo judicial e da judicialização da política em âmbito nacional, precisamos arrematar a tarefa já iniciada de caracterizar ambos.

(...) ativismo é gestado no interior da própria sistemática jurídica, consistindo num ato de vontade daquele que julga, isto é, caracterizando uma corrupção na relação entre os Poderes, na medida em que há uma extrapolação dos limites na atuação do Judiciário pela via de uma decisão que é tomada a partir de critérios não jurídicos.⁴

3. Veremos adiante que assiste muito mais razão, saliente-se que apenas quanto à ocorrência do fenômeno, à configuração realizada pelo autor brasileiro do que a realizada pela autora.

4. STRECK, Lenio Luiz. *op. cit.*, p. 65.

Vejamos que difere sensivelmente do cenário trazido por Pogrebinski logo em suas primeiras páginas:

O pressuposto de que o Poder Judiciário expande-se em um vácuo normativo deixado pelo Poder Legislativo jamais foi demonstrado empiricamente, de modo a confirmar a hipótese de que a uma eventual inércia ou disfuncionalidade do segundo corresponderia algum ativismo do primeiro.⁵

Aqui vemos, claramente, que não se fala a mesma língua quando se fala de ativismo judicial. O ativismo judicial não tem a ver com a expansão do Poder Judiciário em um “vácuo” do Poder Legislativo. A ineficiência do segundo não leva ao ativismo do primeiro (pode, sim, propiciar mais holofotes às decisões ativistas pelo grau de popularidade das decisões que envolvem uma discussão sensível em larga escala).

Compreenderemos o equívoco da autora quando observarmos mais atentamente o fenômeno da judicialização da política.

Tate e Vallinder são úteis para um início, para abrirem a fechadura do assunto. Judicialização da política é o título do primeiro capítulo do livro dos autores estadunidense e sueco. O título do livro nos diz muito sobre o que intentamos transmitir: *The global expansion of Judicial Power*⁶ – A expansão global do Poder Judiciário. O termo expansão é expressivo: dá um caráter de horizontalidade nessa ampliação, e não de verticalidade.

Voltemos ao início do texto, quando falamos, principalmente, sobre o emaranhado teórico do neoconstitucionalismo. Lembremos de Guastini e a relação de seu texto com Barroso. O que Barroso parece ter importado de seu texto como razões de desenvolvimento do neoconstitucionalismo na verdade eram razões que o autor italiano apontava como sendo as que fomentaram o desenvolvimento de um processo que ele chama por constitucionalização.

5. POGREBINSCHI, Thamy. *op. cit.*, p. 5.

6. VALLINDER, Torbjørn; TATE, C. Neal. **Global Expansion of Judicial Power**. New York University Press, 1995.

CONCLUSÃO

Encerramos, aqui, um primeiro passo de nossa jornada nesses caminhos da floresta. Como afirmado muitas páginas atrás, uma jornada que não se encerra, na verdade. Que não é definitiva, mas um modo de filosofar sobre as sensíveis questões que constituíram nosso objeto de pesquisa.

Primeiramente, estabelecemos nossos conceitos. Introduzimos as ferramentas que levariam o trabalho adiante sem enganos superficiais. O neoconstitucionalismo foi trazido ao centro do trabalho pelos autores que primeiro discutiram-no em meados – até antes – da década de 90 do século passado. Com isso, a ideia de uma ideologia que atua sob o rótulo de neoconstitucionalismo foi desenvolvida: em realidade, este é um modo de querer o direito e não um modo de constatar o direito.

De sua própria colocação em um marco filosófico e seu auto-posicionamento em um *locus* pós-positivista, tecemos a principal parte do estudo. O positivismo jurídico foi trazido à baila a fim de que fossem questionados consensos incertos. Dentro do juspositivismo, tentamos desfazer os enganos propalados aos quatro ventos quanto a alguns pontos comuns à crítica anti-positivista: quanto ao juiz boca-da-lei; quanto à pureza da teoria do direito kelseniana; quanto à separação necessária entre direito e moral do juspositivismo; e, por fim, quanto ao positivismo ser o perpetrador teórico dos horrores nazifascistas. Por que o fizemos? Porque há a premência de que não critiquemos por falsos motivos sob pena de repetirmos os mesmos erros do passado – desta vez como farsa.

Com um aporte filosófico mais arguto, concluímos que o neoconstitucionalismo e suas propostas, por mais que tenha a intenção de ser água e óleo com o juspositivismo, não se atenta que recai nele próprio, respingando no realismo jurídico. É esse