

Do juspositivismo ao neoconstitucionalismo: o plano de organização do Direito como norma

Autor: Murilo Duarte Costa Corrêa

Advogado e professor universitário, Mestre em Filosofia e Teoria do Direito pela UFSC.

publicado em 29.04.2011

 [\[enviar este artigo\]](#)  [\[imprimir\]](#)

Resumo

O presente trabalho visa a realizar um *excursus* sobre o plano teórico do direito como norma; busca-se traçar as variações teóricas havidas desde o juspositivismo até o(s) neoconstitucionalismo(s), avaliando as mutações do direito como norma.

Palavras-chave: Teoria do direito. Paleopositivismo. Neoconstitucionalismo. Mutações. Norma.

Abstract

The present paper aims to fulfill an excursus regarding the theoretical plan of the law as rule; we intend to draw the theoretical mutations since the pale-positivism until the neoconstitutionalism(s) phenomena, appraising the law's mutations as rule.

Keywords: Law's theory. Paleopositivism. Neoconstitutionalism. Mutations. Rule.

Sumário: Introdução. 1 O juspositivismo. 1.1 Primeiras linhas: o positivismo jurídico como ideologia, teoria e método. 1.2 Hans Kelsen: a pureza ao olhar o direito. 1.2.2 Ordem social, coação, direito. 1.2.3 O direito para além da moralidade – cisão e apartamento. 1.3 Uma teoria da norma jurídica como Teoria do Direito. 1.4 Bobbio e uma teoria do ordenamento. 1.5 Sumário geral sobre o juspositivismo. 2 O(s) neoconstitucionalismo(s). 2.1 Linhas gerais de análise. 2.1.1 Fundamentos de um neoconstitucionalismo teórico. 2.1.2 O neoconstitucionalismo ideológico. 2.1.3 O neoconstitucionalismo metodológico. 2.2. Neoconstitucionalismo(s) e Estados em mutação. 2.3 O ordenamento jurídico em mutação: a passagem de sua ontologia à construção de sua unidade. 2.4 Teoria do direito e dogmática fluida. 3 A conservação do plano de organização do direito como norma. Referências.

Introdução

Somos ainda normativistas? Em virtude de nossa tradição intelectual, tal é um dos problemas que a contemporaneidade põe a respeito de uma teoria do direito em plena mutação de referenciais, que se demonstra capaz de respirar os mais diversos ares na superfície de suas fórmulas. O momento presente parece ser aquele em que não nos é defeso conviver, em um mesmo plano de organização da teoria do direito, com concepções muitíssimo heterogêneas a respeito do entendimento do direito como norma.⁽¹⁾ Há mutações por todos os lados; câmbios que nos fazem querer compreender em que medida somos ainda normativistas. Que espaços restam ao pensamento do direito como norma? Tentar oferecer respostas, ainda que precárias e contingentes, a essas questões demanda que realizemos um *excursus* sobre o plano de organização que constitui nosso momentâneo objeto: o plano do direito como norma.

Esse *excursus* implica que tracemos as linhas gerais que constituem esse espaço teórico. Buscar compreender em que medida as mutações sofridas

pela teoria do direito produzem um novo direito, uma nova perspectiva para o direito: não seria isso fazer teoria do direito? – lograr traçar um determinado plano de organização segundo o qual os conceitos que lhe povoam serão bastantes para enunciar alguns modos sobre o direito que temos, ou sobre o direito que deveríamos ter?

Assim, já se presentificam duas fórmulas essenciais a respeito de uma tal visão sobre a teoria do direito: a primeira constitui para si o propósito de realizar a descrição do direito como ele é; a segunda – momento em que a teoria do direito acaba por confundir-se com uma espécie de filosofia do direito – conserva um modelo prescritivo, essencialmente normativo, fundamentado sobre uma visão crítica que se pode sustentar acerca do direito que é para realizar, assim, a passagem ao entendimento sobre um direito que deve ser – como deve ser, em planos diferenciados de validade, vigência, eficácia.(2) O primeiro plano delimita o direito como algo a ser objeto de cognição, fazendo, para Écio Oto Ramos Duarte, o positivismo “prisioneiro de uma ontologia substancial”(3), ao identificar o direito com a lei positiva tomada em sentido ontológico.

Muitas dessas noções que acabamos por guardar acerca da teoria do direito – e que passam, em um dado momento, a constituir as ideias centrais sobre seu próprio objeto – foram incorporadas à teoria do direito em virtude da produção paleopositivista e, mais contemporaneamente, pós-positivista ou neoconstitucionalista. Em outras palavras, a própria teoria do direito constitui seu objeto na medida em que se faz atravessar por essas concepções que, pouco a pouco, vão alinhavando seu objeto. Está claro que um normativista como Kelsen(4) estudara um direito absolutamente diverso do direito que fora objeto das formulações de um realista como Ross,(5) por exemplo. De igual maneira, não se pode afirmar que o direito e a teoria do direito permanecem os mesmos de Kelsen a Zagrebelski.(6) Segundo um movimento circular, a teoria do direito constitui seu objeto na medida em que se faz atravessada pelos fenômenos jurídicos ao mesmo tempo em que constitui o próprio plano teórico segundo o qual os fenômenos jurídicos que lhe atravessam serão analisados.

Definimos, pois, nosso objeto no presente ensaio: perscrutar as intensidades que perpassam o plano de organização do direito como norma – de que forma, e até que ponto, esses fluxos produziram um novo direito e uma nova teoria do direito em relação ao, assim chamado por Luigi Ferrajoli, paleopositivismo?

Para lograr esse *excursus* sobre o plano de organização do direito como norma, contudo, faz-se necessário ter presente as linhas que primeiramente estriaram esse plano de organização; em seguida, investigaremos quais as linhas que são mantidas e quais são acrescidas a esse plano pelos pós-positivistas, ou neoconstitucionalistas, e de que maneira, e em que medida, essas linhas afiguram-se como aptas a redefini-lo, a modificar sua cartografia.

1 O Juspositivismo

1.1 Primeiras linhas: o positivismo jurídico como ideologia, teoria e método

Uma das grandes contribuições de Norberto Bobbio à teoria do direito foi ter sistematizado a teoria do direito própria ao positivismo jurídico. Enquanto Hans Kelsen tomara para si, fundamentalmente, a tarefa propositiva de conceber um direito sobre bases epistemológicas próprias, com sua Teoria Pura do Direito, expurgando de seu objeto tudo o que não fosse absolutamente jurídico, Bobbio fora autor de uma extensa obra, na qual não deixou de contemplar uma interessante sistematização da teoria positivista do direito, da qual ora lançamos mão. Isso se explica, certamente, em virtude dos momentos históricos vivenciados por um e outro teórico. Ao escrever **O positivismo jurídico, lições de filosofia do direito(7)**, Bobbio – ave de Minerva do positivismo – já encontrava, como diria Hegel, o “crepúsculo”(8) do paleopositivismo; a visão de seu

entardecer, certamente, tornou mais nítidas as formas e luziu os apelos de seu objeto.

Ao descrever o positivismo jurídico, Norberto Bobbio identifica três aspectos fundamentais – os quais, curiosamente, serão mais tarde utilizados pelos pós-positivistas para descrever as mutações do direito como norma. Essa investigação de sentidos acerca do positivismo jurídico traça uma primeira linha a estriar o espaço do direito como norma: (a) o positivismo como **ideologia**. Procedendo a tal descrição, Bobbio requer que se faça a distinção entre as visões extremista e fraca, ou moderada, do positivismo ético.(9) Aliás, as críticas normalmente endereçadas ao positivismo como um todo atingiriam, na visão de Bobbio, apenas o positivismo ético extremista, o qual raramente estabeleceu, como o autor reconhece, acordos permanentes com o positivismo jurídico. Tais acordos, de outra feita, foram mais bem desenvolvidos junto à versão moderada do positivismo ético, como expressão de que a legalidade significa opor ao Estado a observação de certos limites instituidores de liberdades individuais – necessidade oriunda do combate ao *Ancien Régime*. Trata-se de trazer a legalidade para obstar as arbitrariedades estatais; longe, pois, de sustentar ou de legitimar o fascismo.(10) Assim expressa, a legalidade extraída da matriz moderada configura um princípio que vincula, certamente, as condutas do cidadão, mas, igualmente, condiciona a atuação dos órgãos de Estado a certos limites.

(b) como teoria, o positivismo jurídico preconiza uma série de postulados que condicionam a visão do intérprete sobre o direito, sendo fundadas, na visão de Bobbio, **a teoria coativa do direito, a teoria legislativa do direito** e, por fim, **a teoria imperativa do direito**. Não subsistiriam, porém, válidas a teoria da coerência do ordenamento jurídico – uma vez que um ordenamento não se apresenta, necessariamente, coerente – ; a teoria da completude do ordenamento jurídico – já que sem muito esforço hermenêutico são encontráveis lacunas em tudo quanto constitui domínio do legislativo; e, afinal, a teoria da interpretação lógica ou mecanicista do direito – uma vez que a aplicação do direito pelo magistrado é irredutível a um puro processo lógico. Daí Bobbio nomear **teoria juspositivista em sentido estrito** a toda teorização da qual participem aquelas seis enunciações, emprestando a alcunha de **teoria juspositivista em sentido amplo** a toda teorização que se limite a reunir as três primeiras, consideradas por Bobbio “as pilstras”(11) do juspositivismo.

(c) por fim, Bobbio traça a terceira linha segundo a qual podemos perceber a cartografia do paleopositivismo: **o positivismo jurídico como método**. Identificado com o método “pura e simplesmente” científico, esse lineamento juspositivista preconiza que, para fazer-se, de fato, ciência ou teoria do direito, adota-se como método o positivista, consistente, nas palavras de Bobbio, na “descrição avaliatória (*sic*) [leia-se **avaliativa**] da realidade”.(12)

Bobbio alerta, ainda, para o fato de que aceitar a ideologia juspositivista implica aceitar o positivismo como método e como teoria: “a ideologia juspositivista pressupõe a teoria juspositivista e esta última pressupõe o método positivista”, avalia Bobbio.(13)

O método paleopositivista, como identificado por Bobbio, indica, ademais, um ponto de contato a ser efetuado entre Hans Kelsen e Immanuel Kant. A ontologização da norma, a ser objeto da cognição por intermédio do método juspositivista, já é encontrada em Kant, em **Introduction a la doctrine du droit**, parte integrante de sua **Metaphysique des mœurs**, ao afirmar que “*Le concept de la totalité des lois, en fonction desquelles une législation extérieure est possible, s'appelle la doctrine du droit (jus). Une telle législation existe-t-elle réellement, elle est alors la doctrine du droit positif (...)*”.(14) Justamente essa existência real da legislação, sua ontologização, permite que seja objeto de um conhecimento humano positivo, exterior, fenomênico – o *phaenomenon* kantiano. É diante de proposições kantianas como essa que Kelsen

afirmaria que sua Teoria Pura do Direito deveria limitar-se à análise do direito positivo como sendo **realidade** jurídica.(15)

Eis o ponto de contato entre Bobbio, ao descrever o método positivista, Kelsen, ao postular uma “teoria geral do Direito de acordo com os princípios da pureza metodológica do conhecimento”(16), e Kant, cunhando o conhecimento positivo da realidade jurídica como de um ente fenomênico, **positivo**. Luis Alberto Warat, mais tarde, definiria a Teoria Pura kelseniana como “a pureza no olhar, não a pureza no objeto olhado”; (17) mas essa pureza ao olhar requeria, logicamente, a constituição de um objeto; então, a ontologização do direito como norma postava-se como condição de possibilidade de todo conhecimento científico-positivo sobre **o direito** em sua **forma-norma**. Não obstante, o modo pelo qual Kelsen buscará “a pureza no olhar”, e o lugar de uma ciência do direito no sistema das ciências, abre ensejo a uma análise mais detida.

1.2 Hans Kelsen: a pureza ao olhar o Direito

Ao escrever sua **Teoria Pura do Direito**, Kelsen busca duas linhas que fundamentam o que Bobbio sistematizara como sendo o método juspositivista: em primeiro plano, realizar o desenho de uma teoria do direito nos contornos dos princípios da pureza metodológica; em segundo plano, precisar a posição da ciência jurídica no sistema das ciências.(18)

1.2.1 Kelsen, direito e natureza

Animado por esses propósitos, Kelsen inaugura sua Teoria Pura do Direito com um capítulo que objetivava lançar os lineamentos fundamentais de sua teoria: **Direito e Natureza**. Kelsen caracterizará sua teoria pura como teoria do direito em geral, universal, despregada de toda contingência de tempo e espaço, embora reconheça que os atos jurídicos realizam-se no tempo-espaço sensível. Isso se deve ao fato de que Kelsen desejava descrever o fenômeno jurídico de modo que nenhuma variação de tempo e espaço lhe fizesse contraste, contradissesse ou invalidasse a descrição. A fim de deixar claro que nem todo ato externo configura-se jurídico, Kelsen descreverá a norma como um **esquema de interpretação** segundo o qual um ato qualquer – externo, natural, fenomênico (como gostaria Kant) – deve ser interpretado como um ato com **significação jurídica**.(19) Norma é, pois, “o sentido de um ato por meio do qual uma conduta é prescrita, permitida ou, especialmente, facultada, no sentido de adjudicada [isto é, atribuída] à competência de alguém”(20); norma, diz Kelsen, é um **dever-ser**.

Tal definição de norma possui um pressuposto à sua cognição: que seja possível realizar uma precisa diferenciação entre o ser – exterior, fenomênico, natural – e o **dever-ser** – signo de prescrição e normatividade. Kelsen, a seu turno, não demora a justificar essa distinção como um **dado imediato de nossa consciência** – o que, por si, faz ressoar um certo neokantismo. Esse **dever-ser**, uma vez identificado e voltado a governar a conduta humana, exige, porém, uma justificação racional para sua obrigatoriedade, para que, tornado norma, se faça obrigatório. Kelsen encontrará a resposta a tal exigência na pressuposição de uma norma fundamental (*Grundnorm*), **fundante da validade objetiva**.(21)

Também constitui necessidade lógica que uma vontade anterior à norma lhe confira existência, dote-a de vigência – um outro nome para a caracterização de suas notas ontológicas: justamente, as notas que lhe tornam objeto de conhecimento da ciência jurídica. Isso, porém, pertence também à ordem do **dever-ser**, que atribui competência a uma determinada autoridade legislativa para tecer a norma, fazer a lei(22). A eficácia de uma norma não importa ao direito – sua efetuação é uma questão de fato que não toca em absoluto a existência jurídica da norma; isso porque a eficácia está nos domínios do **ser**.

Diante disso, já podemos discernir por que Kelsen afirma que a norma não

pode ser verdadeira ou falsa, mas apenas válida ou inválida: **(23)** dada como um objeto à investigação desinteressada de um olhar purificado, a norma pertence a uma esfera apartada da realidade fenomênica: seu mundo é o do **dever-ser**; a lei positiva, em sua realidade ontológica, só é expressão de uma certa ontologia na medida em que tal caráter lhe é requerido pela pureza do olhar que a atravessa como norma existente, vigente.

Kelsen, então, perguntará **o que define uma ordem jurídica como tal**, dada a enunciação da lei por uma autoridade competente, cuja legitimidade é postada nos parâmetros de uma legalidade cuja validade é fechada silogisticamente pela pressuposição da *Grundnorm*? A que domínios pertence o direito, a ordem jurídica voltada a reger a conduta humana?

1.2.2 Ordem social, coação, direito

Que toda ordem social seja perpassada por regras, Kelsen assente. Que, igualmente, essa ordem social, por meio de tais regras, preconize comportamentos e preveja sanções para os desvios, concorda, igualmente, o teórico do direito. Que tais condutas só adquiram valor na medida em que se voltam à intersubjetividade – na medida em que a **conduta humana está em relação com outras condutas de outras pessoas** –, Kelsen admite. Deve haver, todavia, qualquer elemento que permita realizar a diferenciação entre ordem jurídica e social. Direito e moral, também, não podem nem devem confundir-se, pois, assim, para Kelsen, lançaríamos um olhar impuro, enevoado, obnubilado sobre o direito positivo.

Kelsen sai, pois, à procura do ponto de cesura entre direito e moral. Primeiramente, o que encontra é um direito que se confunde com a moral, pois constituem, ambos, ordens sociais do tipo que estatuem sanções. **(24)** Contudo, tal ordem social torna-se jurídica, em Kelsen, não antes de se identificar o ponto de sua distinção para com a moral “nas espécies de sanção que estatuem”. **(25)** Aqui encontramos o que Norberto Bobbio descrevera como um dos pilares do juspositivismo – a ideia de que o ordenamento jurídico é essencialmente coativo.

Contudo, como dizíamos, isso não basta para fazer figurar uma ordem social de caráter coativo como jurídica. Se assim fosse, não haveria qualquer distinção entre a ordem dada por um bando de salteadores e a comunidade jurídica; ambas idênticamente nos dizem: “faças o que te dito, ou sofrerás um mal”.

O que torna certa cominação jurídica? – pergunta-se Kelsen. **(26)** O fato de haver uma norma emanada por um órgão legislativo competente em respeito e consonância com a Constituição; o que nos faz obedecer à Constituição, diz Kelsen, repousa exatamente na pressuposição da *Grundnorm* – último fundamento de validade do ordenamento jurídico. **(27)** Assim, postam-se como direito tanto as normas procedimentais, ou formais, de elaboração das leis, quanto a prescrição da norma que dita comportamentos humanos voltados a outros comportamentos, direcionados à intersubjetividade; por isso, afirma Kelsen – e eis uma de suas afirmações mais problemáticas, contra a qual se voltará, mais tarde, a corrente neoconstitucionalista ou pós-positivista –, o conteúdo de tais comportamentos prescritos constitui um **irrelevante jurídico**. **(28)**

Kelsen ainda enfrenta um problema em sua teoria: as normas que ditam as formas necessárias à válida produção de outras normas, normas que atribuem competências, possuem dever jurídico, mas não possuem sanção. Assim, Kelsen as denomina normas não autônomas, a fim de definir como tais as “normas que só podem ser compreendidas em conexão com outras normas estatuidoras de atos de coerção”, **(29)** já que “a ordem jurídica é ordem de coação”, **(30)** por definição, positivada pela autoridade estatal – o que clarifica o primeiro pilar do juspositivismo para Bobbio; a teoria legislativa do direito pressupõe órgãos de Estado

encarregados da produção e vigência das normas; a lei torna-se única fonte de qualificação do jurídico,(31) expressão do monismo estatal.

1.2.3 O direito para além da moralidade – cisão e apartamento

Resta, ainda, para Kelsen, realizar a distinção entre os domínios que ele primeiro identificou como ordens sociais coativas: as ordens do direito e da moral. A moral é caracterizada como uma ordem positiva sem caráter coativo, pois tende à regulamentação da conduta interior ao indivíduo. Modifica-se, assim, o próprio caráter de sua presuntiva coatividade, pois nada há de exterior ao indivíduo mesmo que o oriente à ação conforme a moral.

O direito, de outra feita, pode ou não corresponder à moral, a seus valores absolutos. Na hipótese de corresponder, haveria uma certa identidade entre direito e justiça – que é um problema, segundo a visão de Kelsen, exterior ao direito. Trata-se, pois, de descrever o direito como domínio separado da moral, porquanto a validade de suas normas independe desse domínio.(32) A moral é relativa, no dizer de Kelsen, e a ciência do direito visa, tão somente, conhecê-la para descrever o seu objeto. Portanto, a moral não pode aprovar ou desaprovar o objeto da ciência jurídica.

1.3 Uma teoria da norma jurídica como teoria do direito

Essa ciência jurídica será cindida, por Kelsen, em duas – e já a encontramos como um ambiente separado da moralidade: (a) a teoria jurídica estática e (b) a teoria jurídica dinâmica. A primeira delas teria por objeto um sistema de normas em vigor; a segunda, por seu turno, teria por objeto o processo jurídico segundo o qual o direito é produzido e aplicado – o direito em seu movimento.(33)

Em comum às duas teorias jurídicas kelsenianas, o fato de que as normas jurídicas constituem seu objeto e, portanto, trata-se de normas voltadas a reger a conduta humana, ou normas orientadas a reger o processo de produção daquelas normas autônomas, provenientes de órgãos de legislação de Estado, capazes de postar sanções exteriores ao indivíduo na hipótese de não observância das condutas prescritas.

O próprio Kelsen reconhece que “a ciência jurídica como conhecimento do Direito (...) tem caráter constitutivo e, por conseguinte, 'produz' o seu objeto na medida em que o apresenta como um todo com sentido”.(34) Tal ciência do direito, em Kelsen, não obedece, a exemplo das ciências naturais, ao princípio de causa e efeito; ao contrário, o princípio da imputação deontica – de **dever-ser** – é produzido por uma norma estabelecida pela autoridade jurídica, consistente em um ato de vontade, segundo Kelsen.(35) A intermediação por esse ato de vontade, porém, não se faz necessária no caso da relação de causa e efeito, em que há uma relação de necessidade: dado o antecedente como causa, ocorrerá o consequente. No plano jurídico, comumente a cópula deontica é representada, com base em Kelsen, pela fórmula: Se A [antecedente ou hipótese de incidência normativa], **deve ser** [cópula deontica] B [consequência jurídica].

Importa referir que a hipótese de incidência aparece como a descrição de um fato que, verificado, dará ensejo ao surgimento do dever-ser consequencial. Portanto, a hipótese de incidência não constitui um fato, mas exsurge como a valoração jurídica de um fato que é interpretado como jurídico – daí o conceito de **fato jurídico**. Assim é, escreve Kelsen, que a “'imputação' designa uma relação normativa. É essa relação que é expressa na palavra 'dever-ser' [*sollen*], sempre que esta é usada numa lei moral ou jurídica”.(36) De toda maneira, “é sempre e apenas a conduta humana que é imputada” – surge, então, o conceito de **dever jurídico** ou de **responsabilidade** jurídica,(37) pressuposto, desde Immanuel Kant, da liberdade.

1.4 Bobbio e uma teoria do ordenamento

A norma, contudo, embora objeto da Teoria Pura do Direito kelseniana, existe, como o próprio Kelsen reconhecia, em conjunto com outras normas. Bobbio publicou, no ano de 1982, como continuação da problemática inicialmente trazida em sua *Teoria della Norma Giuridica*, a Teoria do Ordenamento Jurídico – peça complementar de sua Teoria do Direito. Nessa obra, Bobbio tratará da novidade do problema do ordenamento, suscitada com originalidade, segundo o autor, por Kelsen, em sua **Teoria Geral do Direito e do Estado**.(38) A respeito dessa obra de Kelsen, Bobbio afirma: “meu livro está ligado diretamente à problemática kelseniana, da qual constitui ora um comentário, ora um desenvolvimento”.(39)

Nessa medida, a teoria do ordenamento jurídico constitui, em Bobbio, uma integração da teoria da norma. Isso se deveu, sobretudo, à dificuldade que o jurista italiano enfrentou para apresentar uma definição de direito tendo por ponto de partida a norma jurídica insularmente considerada. Bobbio o faz ao arrostar a necessidade de alargar os horizontes a fim de considerar “o modo pelo qual uma determinada norma se torna eficaz a partir de uma complexa organização que determine a natureza e a entidade das sanções, as pessoas que devam exercê-las e a sua execução”.(40) Definir o direito, então, passaria por compreender o ponto de vista do ordenamento jurídico.

Malogrados os critérios que buscavam definir o direito desde o prisma da norma jurídica – e que finda por definir o direito, ao menos em Bobbio, como uma norma cuja execução é garantida por uma sanção exterior e institucionalizada –, denota-se a necessidade de abandonar o ponto de vista da norma para aceder ao ordenamento jurídico. Vale dizer, “significa procurar o critério distintivo do Direito não em um elemento da norma, mas em um complexo de normas”;(41) um modo de atingir ao todo, do qual a norma constitui apenas parte.

A norma jurídica, pois, é deslocada em sua definição; passamos a afirmar que jurídica é toda norma que faz parte de determinado ordenamento jurídico. Assim, o problema de definir o direito transfere-se para a definição de ordenamento jurídico. Tomado em seu conjunto, escreve Bobbio, o ordenamento jurídico caracteriza-se não por conter normas sancionadoras em sua totalidade; pelo contrário, a sanção organizada que caracteriza o direito só se posta como tal em razão de pertencer a um ordenamento jurídico coativo, composto, isso sim, por uma maioria de normas sancionadoras. Vale dizer: o caráter sancionador das normas jurídicas singulares apenas se organiza em razão de sua composição sob um ordenamento, pois o próprio conceito de coação organizada depende de conceber um conjunto de normas sancionadoras.(42)

“Direito” é expressão que passa a referir-se a um certo tipo de ordenamento. A determinação conceitual de ordenamento implica, em primeiro plano, uma **pluralidade de normas**; seria logicamente impossível, diz Bobbio, a existência de um ordenamento cujo conteúdo resume-se a uma só norma: *e.g.*, **tudo é permitido, tudo é proibido, tudo é obrigatório**;(43) elas tornariam impossível a convivência de qualquer sociedade humana, sendo inconcebível que apenas um modal normativo possa regular todas as situações da vida social. Uma norma, por única que seja, como decorrência lógica, termina por implicar seus contrários. “A norma que prescreve só beber vinho implica a norma que permite fazer qualquer outra coisa diversa de beber vinho”.(44) Diante de uma norma geral exclusiva identifica-se, pois, sempre a persistência de uma norma particular. De todo modo, há, ao menos, dois tipos de norma, para Bobbio, a integrar um mesmo ordenamento: as normas de conduta – para as quais há a prescrição de um comportamento acompanhada de um sanção – e as normas de estrutura ou de competência, responsáveis por estabelecer os procedimentos ou condições por meio dos quais se pode estabelecer validamente normas de conduta.(45)

De forma geral, Bobbio estabelecerá os problemas fundamentais a serem enfrentados por uma teoria do direito entrevista da perspectiva do ordenamento jurídico: sua unidade e a hierarquia das normas que o compõe, sua **tendencial** sistematicidade dirigida à resolução de suas antinomias do ponto de vista interno e, por fim, a ideia de completitude – elegendo por questão fundamental, quanto a esse aspecto, o problema das lacunas.(46)

1.5 Sumário geral sobre o juspositivismo

Diante de tal exposição das linhas que primeiro estriaram o plano de organização do direito como norma, determinou-se um conceito de direito eminentemente estrutural. Bobbio, mais tarde, no final da década de 70 do século passado, com **Dalla struttura alla funzione**,(47) investigará a noção funcionalista da sanção, bem como a ideia de *sanzione promozionale*, da sanção em sentido positivo, objetivando regradar condutas mediante a promoção de certos comportamentos – trata-se do conceito de sanção premial.(48) Ainda assim, havido esse desenvolvimento do pensamento estrutural, de matriz kelseniana, até desaguar no funcionalismo de Bobbio, mantêm-se os três elementos identificados por Bobbio em **O positivismo jurídico**: é possível afirmar que comungam, os paleopositivistas, de um certo imaginário – um método, em torno do qual desenvolvem suas teorias como forma de dar vazão à ideologia juspositivista à qual aderem.

Também o positivismo jurídico constitui uma teoria plural do direito, como se pôde perceber a partir do breve *excursus* que realizamos há pouco sobre seu plano de organização. Todavia, a redução procedida por Bobbio é ainda atual e capaz de fazer frente teoricamente a esse fenômeno que resta em parte recuperado e em parte rechaçado pelos pós-positivistas e neoconstitucionalistas. Essa distinção será, em seguida, postada de maneira mais clara, pois a cartografia do direito como norma é agora transtornada e implica, como veremos, não apenas uma renovada ideia acerca da Constituição e do Estado, mas uma reformulação substancial da própria teoria do direito.

2 O(s) neoconstitucionalismo(s)

2.1 Grade geral de análise

Múltiplas noções atravessam aquilo que se costuma denominar **neoconstitucionalismo**. Por isso mesmo, a proposta de Miguel Carbonell passa por explorar seu caráter plural – os neoconstitucionalismos;(49) ou, ainda, a expressão de Susanna Pozzolo, ao chamá-lo **constitucionalismo ambíguo**.(50) Tudo isso determina a natureza plural de uma teoria neoconstitucionalista, ou pós-positivista; trata-se de um modelo teórico **a caminho**, já constituído em seus lineamentos gerais, mas não ainda plenamente delineado em suas especificidades. Não há um consenso, um senso comum teórico, sobre sua natureza; há, sim, um movimento, uma dinâmica, uma pretensa viragem teórica que tende a consolidar determinado padrão de linhas a estriar de forma um pouco diversa o mesmo plano teórico de organização que fora objeto do estriamento original do juspositivismo de Kelsen e Bobbio, sobre o qual há pouco nos debruçávamos.

Como veremos, é possível enfeixar as linhas próprias desse delineamento dos fundamentos do neoconstitucionalismo sobre o mesmo plano de organização do, assim chamado por Luigi Ferrajoli, **paleopositivismo**. Certamente porque essas duas matrizes compartilham e estriam o mesmo espaço: o plano do direito como norma. Fazem-no, contudo, de modos diversos. Todavia, os grandes analistas da teoria neoconstitucional do direito aplicam, curiosa, mas não coincidentemente, os *standards* forjados por Bobbio para explicar sua nova matriz teórica; trata-se de perceber o neoconstitucionalismo segundo tradicionais três dimensões: como método, teoria e ideologia, sendo que a aceitação dessa última resta por implicar a adesão às outras duas.

Assim, vale discernirmos, primeiramente com Paolo Comanducci, os modos gerais pelos quais a teoria neoconstitucional do direito se posta; em seguida, com Gustavo Zagrebelsky, procederemos a uma breve análise das modificações pelas quais os Estados e a noção de legalidade passam contemporaneamente. Após, do ponto de vista do ordenamento jurídico – o que nos remete, curiosamente, a Bobbio –, poderemos passar em revista às mutações estruturais pelas quais passam os ordenamentos jurídicos contemporâneos a partir de uma teoria do direito neoconstitucionalista. Por fim, lograremos constituir, ainda que em seus termos gerais, aquilo que forjou o sentido de uma teoria do direito com matriz no neoconstitucionalismo; lembremos, a propósito, que o próprio Kelsen já afirmara, com esteio em Kant, uma certa constitutividade do objeto, a partir do olhar que se lança sobre ele, como há pouco pudemos notar. Trata-se de uma teoria do direito que, em mutação, finda por reconstituir seu próprio objeto nos escombros do que restou do paleopositivismo e do plano de organização do direito como norma.

2.1.1 Fundamentos de um neoconstitucionalismo teórico

Servindo-se das formulações de Bobbio, Paolo Comanducci define o viés teórico do neoconstitucionalismo como aquele que *"aspira a describir los logros de la constitucionalización"*.⁽⁵¹⁾ A partir da ideia de uma Constituição que, pouco a pouco, normatiza cada vez mais amplos espaços da vida social – Constituição, portanto, **invasora** por definição –, o neoconstitucionalismo, para Comanducci, representaria uma alternativa em face da teoria juspositivista tradicional – o paleopositivismo, para Ferrajoli. Caem por terra, pois, especificamente, referenciais como o do estatualismo, da centralidade das leis e do formalismo lógico-interpretativo, panaceias juspositivistas.

A um só tempo, diz Comanducci, assistiríamos ao nascimento de um neoconstitucionalismo que, em uma primeira tendência, resta por aproximar-se metodologicamente do positivismo jurídico tradicional, mas com um objeto parcialmente modificado; em segunda tendência, uma corrente que enxerga, nas mudanças a propósito do objeto, a necessidade de uma radical viragem metodológica, apresentando *"diferencias cualitativas respecto al iuspositivismo teórico"*.⁽⁵²⁾

Tal modelo, por vezes, limitar-se-ia a produzir uma descrição teórica da Constituição como norma ou, alternativamente, a adotar por modelo teórico um modelo axiológico da Constituição. De todo modo, a nosso ver, não deixa, por isso, de remanescer ao fundo a normatividade de tais valores. Eis o horizonte partilhado pelos modelos juspositivista tradicional e neoconstitucionalista, ou pós-positivista. Vale esclarecer: no primeiro modelo, a Constituição é entrevista como um conjunto de normas jurídicas positivadas que, em função de outras normas jurídicas – infraconstitucionais –, exsurge como fundamental. De acordo com a adoção do segundo modelo, está-se a demarcar a Constituição como dotada de um valor intrínseco – seus conteúdos é que, por serem especiais, fundamentam o conjunto de normas infraconstitucionais. Paolo Comanducci afirmará que a adoção desse segundo modelo implicaria aderir ao viés ideológico do neoconstitucionalismo.⁽⁵³⁾ A opção entre modelos descritivo e axiológico a respeito da Constituição apresentará, segundo Comanducci, ressonâncias acerca da imagem que o teórico faz sobre a interpretação da Constituição em razão da interpretação da lei.

2.1.2 O neoconstitucionalismo ideológico

Entrevisto de uma perspectiva ideológica, o neoconstitucionalismo representa um ganho qualitativo em relação ao constitucionalismo tradicional, embora se vincule, de maneira semelhante, ao objeto de produzir limitações ao exercício do poder estatal. Em um primeiro plano, sob a égide das primeiras constituições liberais, tais limitações visavam à garantia dos direitos fundamentais do indivíduo. Com a expansão do modelo democrático e do Estado constitucional – *"los logros del proceso de constitucionalización"*⁽⁵⁴⁾ –, veio a somar-se a preocupação político-

jurídica com a efetivação dos direitos garantidos pela ordem jurídica. Não se trata, tão somente, de descrever as conquistas do modelo democrático constitucional; o neoconstitucionalismo ideológico "*los valora positivamente y propugna su defensa y ampliación*".(55)

Seus defensores, conclui Comanducci, não apenas reconhecem na Constituição um valor moral, como fazem atravessar o sentido da própria Constituição a obrigação moral de obediência e observância dos valores e das normas constitucionais. É o caso de Ronald Dworkin ao afirmar que a moral do juízo constitucional deve ser a moral que a Constituição propugna.(56) Isso se aproxima, como bem detecta Comanducci, do positivismo ideológico do século XIX, que propugnava a obediência à lei como obrigação moral;(57) como dissemos, definitivamente, é inegável que a doutrina neoconstitucionalista continue, ainda que de modo reconhecidamente diverso, a estriar o mesmo espaço do direito como norma – atualidade inaugurada pelo paleopositivismo.

2.1.3 O neoconstitucionalismo metodológico

No plano metodológico, há uma modificação substancial quanto à metodologia do positivismo tradicional. Enquanto o paleopositivismo pressupunha a possibilidade de separar a descrição do direito como norma ontologizada do juízo valorativo sobre o direito como deveria ser, procedendo, como vimos a partir de Kelsen, uma intensa separação entre direito e moral, a metodologia neoconstitucionalista finda, na visão de Comanducci, por enxergar nas normas constitucionais – especialmente nos princípios, constituídos por Dworkin(58) e Alexy(59) como espécies do gênero norma – pontes entre o direito e a moral, consolidando a relação segundo a **tese da conexão necessária**.

2.2 Neoconstitucionalismo(s) e estados em mutação

A teoria neoconstitucionalista do direito acaba por fazer aderir à ideia de Constituição invasora, de eficácia horizontal e, portanto, de uma totalmente outra concepção da própria Constituição – expressão de uma renovada ideia de Estado de direito. Isso significa que o Estado de direito delineado sob a égide do paleopositivismo entra, juntamente com a nova teoria do direito, em mutação.

Gustavo Zagrebelsky sumulou as características do Estado de direito; em primeiro plano, destaca-se que, uma vez que a concepção de direito era reduzida sistematicamente ao conceito de lei, norma infraconstitucional, tal Estado propugnava um conceito de legalidade orientado segundo essa concepção. Tratava-se, pois, de forjar um Estado cujo exercício de poder pudesse ser contido, represado, pela ordem jurídica resumida a um conjunto de leis. Tal visão sobre o Estado de direito o afeiçoava a objetivos como a eliminação das arbitrariedades, a garantia de conteúdos expressos em regras de direito, bastando, aliás, que fossem regras emanadas pela autoridade legislativa, para que seu conteúdo fosse garantido. Por isso, escreve Zagrebelsky,(60) o positivismo jurídico teria servido de justificação tanto ao liberalismo quanto ao totalitarismo, pois garantia conteúdos não por valorizá-los, mas pela circunstância de se encontrarem expressos em regras jurídicas, editadas de acordo com um procedimento formal etc.

2.3 O ordenamento jurídico em mutação: a passagem de sua ontologia à construção de sua unidade

Assim caracterizado o Estado de direito, poderíamos afirmar, apoiados em Zagrebelsky, que seu modelo constituía não um Estado de direito propriamente dito, mas um Estado de direito legislativo. Consiste nesse o ponto de cisão que Zagrebelsky procurará para distinguir, com fundamento em Hobbes, *jus* e *lex*.(61) Diante desse panorama, formou-se o conceito de legalidade no Estado legislativo como a mais pura expressão da soberania de um Estado cuja atuação estava vinculada à conformidade com a lei, deixando aos cidadãos, aos particulares, o dever jurídico de não contrariedade com os conteúdos garantidos pelo procedimento legislativo.

A unidade e a sistematicidade – como pudemos confirmar em Bobbio – eram consideradas postulados, dados imediatos ou, se assim se quiser, dogmas para pensar, e meramente descrever, um sistema jurídico ontologizado, capaz de constituir as normas como objetos de um sujeito cognoscente. Tal era o modelo de ciência do direito que Zagrebelsky fará modificar-se diante do Estado constitucional. Escreve o autor que a constitucionalização do direito resta por modificar a própria concepção que era feita do direito, conduzindo a teoria, então bem-assentada, da legalidade àquilo que denominara como uma dupla crise.(62)

Em um primeiro plano, crise de generalidade das leis, devido à sua pulverização e à multiplicação de leis de caráter setorial; ambos os aspectos teriam conduzido a uma intensa heterogeneização de seus conteúdos, fazendo da instância legislativa um *locus* de instabilidade e conflito social. Na medida em que todos passam a demandar uma legislação para si, sobrevém a função unificadora da Constituição, capaz de realizar a composição de interesses no âmbito do que Zagrebelsky denominará por **política constitucional**, transformando a unidade do ordenamento em uma tarefa a ser desempenhada proximamente à interpretação plural de tais interesses.

Zagrebelsky afirma que, para o desempenho de tal política constitucional, seria necessário que fossem resguardados dois metavalores absolutos, constituintes de um duplo imperativo na preservação de valores inclusivos, sendo, aí, constituída a chamada *ductibilidad constitucional*: (a) o pluralismo de valores, de caráter substancial; (b) a lealdade no enfrentamento entre esses valores e interesses, como metapostulado de ordem processual ou procedimental.(63) Em tal visão da necessidade de uma política constitucional, Zagrebelsky transforma também em uma tarefa positiva, objeto de construção de um jurista ora entrevisto metaforicamente como um engenheiro, a constituição da própria noção de abertura constitucional. Isso se dá na medida em que, diante de uma realidade social tão heterogênea quanto a predicada por Zagrebelsky, a Constituição deve passar a ter um objetivo bem definido: o de realizar um **compromisso das possibilidades**, postando-se como espaço no qual se dará a acomodação de tantos interesses. De toda forma, a interessante passagem do Estado de direito legislativo, *decimonónico*, dá-se no momento em que a ordem jurídica é rompida pela Constituição, fazendo vacilarem os conceitos de imperatividade, sistematicidade e unidade que antes eram colocados na forma de postulados sobre os quais o paleopositivismo erigia o estado de direito como condição de possibilidade para efetuar sua própria normatividade. Com Zagrebelsky, poder-se-ia dizer, reforçando o fato de que o ordenamento passa, nas teorias neoconstitucionalistas do direito, a ser um objeto a ser construído, e não descrito em sua pretensão de sistematicidade e unidade, que “*ya no se producen significados unívocos y estables*”(64); isso, de per si, responsabiliza a teoria do direito, na medida em que se estabeleça sobre um objeto móvel, que deve ser primeiro constituído para ser, depois, descrito.

2.4 Teoria do direito e dogmática fluida

É ante um Estado de direito que já não mais se confunde com o legislativo que se falará em uma nova teoria do direito; agora, constituída sob os auspícios de uma cientificidade mais construtiva de seu objeto e aparentemente menos objetiva, neutral e descomprometida com os efeitos de sua ação teórica.

Écio Oto Ramos Duarte, com esteio no pensamento de Carlos Santiago Nino, coloca, então, como condição ínsita à legitimação da decisão política, a inseparabilidade política entre direto e moral.(65) Já não bastaria, de forma irrefletida, seguir as regras, pois a imperatividade apenas é adquirida como resultado de uma argumentação racional a seu respeito. Nesse sentido, Robert Alexy apontou para o fato de que as instâncias jurídicas apenas se justificariam na medida em que o discurso jurídico fornecesse razões para tanto.(66) Na argumentação encontra-se, assim, o elemento que permite a deliberação e o controle dos conteúdos

deliberados.

Entrecruzados direito, moral e política na seara da decisão,(67) Écio Oto Ramos Duarte aponta que não basta que a teoria neoconstitucionalista do direito ultrapasse metodicamente a ciência positivista tradicional; a reconstrução da teoria da norma, desse ponto de vista, acaba por fazer necessária toda uma nova ordem de “fundamentação da validade jurídica em face de uma norma constitucional aplicada”: quer isso dizer que se encontra implicada nesse processo argumentativo também uma teoria democrática da Constituição, a postar-se para a compreensão conjunta de uma “dogmática jurídica, uma metodologia, uma teoria da norma jurídica e uma teoria da justiça”.(68)

Nesse sentido, Alfonso García Figuerola, ao demonstrar que o neoconstitucionalismo advém em rompimento com a própria oposição entre juspositivismo e jusnaturalismo, afirma que, “*Aparentemente, el argumento de la injusticia ha cedido protagonismo al llamado 'argumento de los principios' (...)*”;(69) isso ocorre, pois, na medida em que, além de não se negar a proximidade e mesmo uma certa confusão entre direito e moral, os princípios, como há pouco dissemos, são entrevistados como a **ponte** entre o direito e a moral. Tão acentuada se afigura essa proximidade entre direito e moral que Susanna Pozzolo chega a afirmar, não sem certa desmesura, que “*(...) en el Derecho del Estado constitucional las normas han sido sustituidas por los valores*”.(70) Como há pouco fora visto, os valores por detrás dos princípios é que foram erigidos à condição de norma.(71)

Embora muitos autores percebam a necessidade de uma viragem dogmática, por considerarem que o método juspositivista tradicional já dissertaria sobre objeto inexistente, deve-se a Gustavo Zagrebelsky a proposição de uma dogmática fluida.(72) Tal concepção basear-se-ia em dois elementos: (a) um elemento negativo, consistente na **instabilidade dos conceitos**; (b) um elemento positivo, capaz de fazer perceber a **instabilidade da vida social concreta**. Claramente, Zagrebelsky toma por ponto de partida para suas proposições o Estado Constitucional que se objetiva formar na Europa; ante ele, e as especificidades da heterogeneidade que lhe é intrínseca – cujo pluralismo de valores, aliás, é defendido por Zagrebelsky como único elemento sólido –, é que é constituído o contexto para o qual se propõe uma dogmática fluida. Seu objetivo próprio: o de permitir a coexistência sem choques destrutivos, visto que sua base toca a um compromisso de possibilidades, uma forma de coexistência complexa em que os aspectos plurais da sociedade não mais serão sonogados à ordem jurídica, mas integrados a ela por meio de seu sentido unificador, sua unidade que, vertida em problema, passa à categoria de construído.

2.5 Sumário geral sobre o(s) neoconstitucionalismo(s)

Faz-se o ensejo de sumularmos alguns lineamentos gerais sobre o(s) neoconstitucionalismo(s), ou o pós-positivismo. Em primeiro plano, necessário dizer que participa do neoconstitucionalismo um caráter pragmático, em que o conceito de direito passa a depender da compreensão acerca da teoria constitucional. Teoria, essa, que é manejada segundo notas de um sincretismo metodológico que a situa entre a orientação analítica e a hermenêutica – necessárias à operação, no âmbito de uma teoria argumentativa baseada em um discurso racional sobre a obrigatoriedade do direito, com os princípios que, como espécie integrante do conceito de norma jurídica dotada de dimensão de peso e, por isso, carecedores de juízos de ponderação, realizam a ponte entre o direito e a moral.

A aproximação entre direito e moral passa a exigir que o controle e a elaboração de juízos seja adequada a padrões axiológicos, ético-jurídicos, conduzindo àquilo que Écio Oto Ramos Duarte denominara por **interpretativismo moral-constitucional** – leitura moral da constituição.(73) O vocábulo “**pós**” indicaria, pois, a superação de um modelo juspositivista, tornando ideal o modelo axiológico do direito, conduzindo a

um abrandamento da distinção tradicionalmente positivista: prescrição/descrição. Esse panorama conduz-nos a considerar a interpretação constitucional em suas especificidades – diferindo-a, pois, da interpretação das normas infraconstitucionais. Embora não se abra mão de um fundamento legitimador da ordem jurídica, diz Écio Oto Ramos Duarte, existe ampliação do conteúdo da *Grundnorm*, atravessada, agora, por conceitos morais, **(74)** bem como a redefinição do conceito de direito não positivista, no sentido de que a Constituição, para legitimar-se, já não poderia prescindir de um grau mínimo de justificação ética, segundo Ramos Duarte.

3 A conservação do plano de organização do direito como norma

De tudo quanto vimos, restou que tanto o paleopositivismo de Kelsen e Bobbio quanto o pós-positivismo ou o neoconstitucionalismo de Carbonell, Pozzolo, Ramos Duarte, Zagrebelsky, Dworkin, Alexy etc. terminam por possuir em comum um tratamento do direito como norma. Ambas as matrizes, como demonstramos, embora trabalhem de forma diversa esse território teórico, ainda assim não deixam de partilhar o mesmo espaço, e de reconduzir o direito a uma forma transcendente.

Em sentido estrito, há uma relativa novidade no esquema pós-positivista, consistente na transfiguração de seu objeto, segundo a qual a norma perde sua onticidade na exata medida em que a ganha a interpretação como construção da norma. Vale dizer, se os paleopositivistas ontologizaram a norma, tomando-a como um dado, os pós-positivistas continuam a ontologizá-la, se bem que de maneira diversa; atualmente, o que ganha existência ontológica, nas sendas do pós-positivismo, são também as normas – não mais como um dado imediato do ordenamento positivo, mas com o estatuto de produtos extraíveis da miscigenação hermenêutica de normas (princípios e regras), valores e discursos racionais de justificação, que, a um só tempo, lhes fornecem o substrato normativo, a sua obrigatoriedade dotada de pretensão de legitimidade e a ontologia da norma singularizada.

Dada a reconhecida precedência da norma singular, ganha vital importância o terreno decisório, pois nenhuma norma, antes da justificação racional sobre sua imperatividade, deve ser obedecida *a priori*, como uma obrigação derivada de um dado imediato da consciência, como teria propugnado o neokantismo de Kelsen. Porém, da mesma forma que aí pode apresentar-se um ganho de sinceridade teórica, na medida em que o direito, para instituir-se como tal, passa a exigir a mediação de um mínimo grau ético – e assim são desfeitas as mitologias do legislador totipotente, da magistratura neutral e do administrador reativo –, apresentam-se, também, certas notas de conservadorismo que não conseguem fazer a teoria neoconstitucionalista do direito abandonar o plano de organização do direito como norma.

Ao reduzir o direito à decisão singular, ou melhor, ao fazer da decisão o território privilegiado da normatividade do direito, essa renovada cartografia do direito como norma abre espaços para possibilitar recair, igualmente, no perigo do que José Eduardo Faria denominou por direito flexível, “(...) bastante informalizado, um 'direito de trocas' integrado pelos costumes, regras e padrões normativos que disciplinam as relações dos produtores entre si, as relações deles com os comerciantes e as destes com os consumidores (...)”. **(75)**

Desse embate entre o paleopositivismo e o pós-positivismo, retiramos alguns objetos a furar o plano de consistência do direito, que o transformam em um plano de organização ou desenvolvimento.

No positivismo kelseniano, persistem formas transcendentais: a norma fundamental, fecho lógico do sistema normativo, põe-se por sobre o plano e o arregimenta. Como condição de conhecimento sobre o jurídico, não se pode pensá-la senão destacada do plano das demais normas – pensamento de representação largamente retomado sob formas arborescentes, segundo as quais se procede por hierarquia e superposição, derivação, e não multiplicidade. As normas de conduta

kelsenianas não possuem qualquer valor, senão aquele atribuído em função da norma fundamental. Não é o fato de ser apartada da realidade do fenômeno, de incorporar o fato apenas na medida em que uma norma o qualifica como jurídico, que constitui a transcendência da teoria kelseniana. A deontologia, em si mesma, nada tem a ver com tal transcendência, a qual apenas é forjada na medida em que, para se fundar o direito, vai-se fundar em um além do direito, em um fecho gnoseológico: as normas de autoridade, a vontade anterior, a progressão na cadeia que chega a termo a preço de reduzir-se, que se sustenta apenas sobre uma autoridade mitológica, fundadora, vazia, como a norma fundamental. Que alguns tentem identificar a norma fundamental com a Constituição, isso não retira o direito de matriz positivista de continuar em uma remissão infinita a exigir, sempre, a intervenção de um objeto exterior ao direito: sejam os fatos – e temos aí uma variedade de neopositivistas que recaem em sociologismos –, sejam objetos transcendentais, gnoseológicos, condições de experiência etc.

Disso não pode destoar Bobbio – seguidor e, em certa medida, continuador de Kelsen. No trabalho do jurista italiano, encontraremos a visada à fundamentação do direito não mais em uma teoria da norma jurídica, simplesmente, mas em uma teoria do ordenamento jurídico, a qual, de modo semelhante ao que se passa com Kelsen, não se sustenta senão produzindo transcendências, ao afirmar que a norma só faz sentido no ordenamento, num complexo de normas que incide como um todo e que, ao incidir, é uno e hierarquizado. Não se escapa da fundamentação transcendente que já está presente em Kelsen. A própria ideia de hierarquia de normas implica que umas confirmam validade às outras. Assim, a teoria de Bobbio pode representar uma complexificação da teoria da norma, acrescida de uma importante visão de conjunto do positivismo, mas não deixa, por isso, de apresentar-se como transcendente.

Entre os pós-positivistas, a recaída no terreno da decisão, igualmente, demonstra-se produtora de transcendência. A decisão não é imanente a si mesma, pois representa uma nova redução universalizadora do direito. Na medida em que se faz da interpretação o processo constituinte da norma, produz-se a decisão como aquilo em função de que as normas são convocadas à eficácia ou deixadas de lado. Mesmo dizendo-se político, ou moral, o direito propugnado pelos pós-positivistas volta a produzir transcendência na medida em que a interpretação, como construção da norma, não pode ser feita considerando-se apenas o jurídico – ainda que se diga que as normas morais estão no interior do ordenamento, seu sentido só é composto na norma apelando-se a um **de-fora** da norma; caso contrário, seria o caso de conhecer a norma como dada, e não como construída na interpretação, como se pretende. Alguns pós-positivistas afirmarão, como pudemos ver, que agora a norma fundamental é atravessada por conceitos morais. Todo o fundamento do jurídico resta na norma e em mais um terreno anexo, alheio ao direito e, ao mesmo tempo, entronizado: a interpretação, que não se pode levar a efeito sem a intervenção de um elemento transcendente, sem regras formais, sem a intervenção da razão, da moral, da política etc.

Assim, no direito organizado como norma, não se escapa da transcendência de um objeto pelo qual todas as normas se medem e validam – a tênue variação de um universal transcendente; e, reduzido o direito às normas, não há como justificar a validade das mesmas senão recorrendo à soberania ou à disciplina. Estaremos diante de um direito que ora penetra a vida a fundo, normaliza-a em todos os seus aspectos, desce ao mais fino grão dos sujeitos, governa-lhes a conduta em graus infinitesimais, ou estaremos diante de um direito em que a norma jurídica justifica-se e existe apenas na decisão e, sob parâmetros racionais, razoáveis, dialógicos, políticos ou morais, aceitamos a subordinação soberana, pois fomos convencidos, porque se convencionou, ou porque se impôs, que tal é “o melhor”, o mais razoável – a solução imediata para um direito que, em si mesmo, permanecendo carecedor de sua própria realidade, continua uma peça evanescente, mas eficaz, da maquinaria biopolítica.

Referências

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.

BARROSO, Luis Roberto. A doutrina brasileira da efetividade. In: **Temas de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 61-77.

BOBBIO, Norberto. **Dalla struttura alla funzione**: nuovi studi di teoria del diritto. Milano: Edizione di Comunità, 1977.

_____. **O positivismo jurídico**. Lições de filosofia do direito. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

_____. **Teoria do ordenamento jurídico**. 4. ed. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: UnB, 1994.

CARBONNEL, Miguel (org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Colección Estructuras y procesos. Madrid: Trotta, 2003.

DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**. As faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição. São Paulo: Landy, 2006.

DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1977.

_____. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**. São Paulo: Malheiros, 2004.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Apresentação. O pensamento jurídico de Norberto Bobbio. In: BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 4. ed. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: UnB, 1994. p. 07-18.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**. Madrid: Trotta, 1995.

FOLLONI, André Parmo. Dogmática e positivismo em revista. **Raízes jurídicas**. Curitiba, v. 3, n. 1, p.167-184, jan./jun 2007.

HEGEL, George Wilhelm Friedrich. **Princípios da filosofia do direito**. Tradução de Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

KANT, Immanuel. Introduction à la doctrine du droit. In: **Œuvres Philosophiques**. Paris: Gallimard, 1980.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. **Teoria geral do direito e do estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

OLIVEIRA, Fábio de. **Por uma teoria dos princípios**. O princípio constitucional da razoabilidade. 2. ed. rev., atual., ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

ROSS, Alf. **Direito e justiça**. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2000.

WARAT, Luis Alberto. La norma fundamental kelseniana como critério de significación. In: **Epistemologia e ensino do direito**. O sonho acabou. v. II. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. p. 263-284.

_____. Los presupuestos kantianos e neokantianos de la teoría pura del derecho. In: **Epistemologia e ensino do direito**. O sonho acabou. v. II. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. p. 241-254.

_____. Os quadrinhos puros do direito. In: **Territórios desconhecidos**. A procura surrealista pelos lugares do abandono do sentido e da reconstrução da subjetividade. v. I. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. Ley, derechos, justicia. Madrid: Trotta, 1995.

Notas

1. Écio Oto Ramos Duarte já identificara, a propósito, "(...) a dissolução da imagem homogênea do jurídico". In: DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**. As faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição. São Paulo: Landy, 2006. p. 18.

2. Muitos autores do assim denominado pós-positivismo, nesse sentido, não foram responsáveis apenas por uma teoria do direito, mas também por uma filosofia do direito pós-positivista. Adiante, perceberemos que muitos dos neoconstitucionalistas, embora identifiquem uma mutação no plano de organização do direito como norma, não se limitam à descrição de tal ou qual evento; passam, propriamente, a prescrever um teoria do direito. Esse aspecto prescritivo tem em vista, muitas vezes, fazer frente a uma prática jurídica ou legitimar certo aspecto de uma determinada prática. Daí podermos afirmar uma primeira linha segundo a qual é possível estabelecer o papel constitutivo de uma teoria do direito assentada sobre uma filosofia jurídica de tal ordem.

3. DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**. As faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição. p. 19.

4. Cf. Kelsen, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

5. ROSS, Alf. **Direito e justiça**. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2000.

6. ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. Ley, derechos, justicia. Madrid: Trotta, 1995.

7. BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**. Lições de filosofia do direito. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

8. HEGEL, George Wilhelm Friedrich. **Princípios da filosofia do direito**. Tradução de Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997, XXXIX.

9. BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**. Lições de filosofia do direito. p. 235.

10. BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**. Lições de filosofia do direito. p. 236.

11. BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**. Lições de filosofia do direito. p. 237.

12. BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**. Lições de filosofia do direito. p. 238.

13. BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**. Lições de filosofia do direito. p. 234.

14. KANT, Immanuel. Introduction à la doctrine du droit. In: **Œuvres philosophiques**. Paris: Gallimard, 1980. p. 477.

15. Kelsen, Hans. Prefácio à segunda edição. In: **Teoria pura do direito**. p. XVIII.
16. Kelsen, Hans. Prefácio à segunda edição. In: **Teoria pura do direito**. p. XVII.
17. Warat, Luis Alberto. Os quadrinhos puros do direito. In: **Territórios desconhecidos**. A procura surrealista pelos lugares do abandono do sentido e da reconstrução da subjetividade. v. I. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. p. 573. Ver, ainda, sobre a temática de que há pouco tratamos: Warat, Luis Alberto. Los presupuestos kantianos e neokantianos de la teoría pura del derecho e La norma fundamental kelseniana como critério de significación. Respectivamente, p. 241-254 e p. 263-284, In: Warat, Luis Alberto. **Epistemologia e ensino do direito**. O sonho acabou. v. II. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.
18. Kelsen, Hans. Prefácio à segunda edição. In: **Teoria pura do direito**, p. XVII.
19. Kelsen, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 04.
20. Kelsen, Hans. **Teoria pura do direito**. p. 06. O termo entre colchetes não se encontra no original.
21. Kelsen, Hans. **Teoria pura do direito**. p. 09.
22. Kelsen, Hans. **Teoria pura do direito**. p. 11.
23. Kelsen, Hans. **Teoria pura do direito**. p. 21.
24. Kelsen, Hans. **Teoria pura do direito**. p. 25-26.
25. Kelsen, Hans. **Teoria pura do direito**. p. 30.
26. Kelsen, Hans. **Teoria pura do direito**. p. 50.
27. Kelsen, Hans. **Teoria pura do direito**. p. 51.
28. Kelsen, Hans. **Teoria pura do direito**. p. 59.
29. Kelsen, Hans. **Teoria pura do direito**. p. 62.
30. Kelsen, Hans. **Teoria pura do direito**. p. 65.
31. Cf. Bobbio, Norberto. **O positivismo jurídico**. Lições de filosofia do direito. p. 162-165.
32. Kelsen, Hans. **Teoria pura do direito**. p. 75.
33. Kelsen, Hans. **Teoria pura do direito**. p. 80.
34. Kelsen, Hans. **Teoria pura do direito**. p. 81-82.
35. Kelsen, Hans. **Teoria pura do direito**. p. 85-87.
36. Kelsen, Hans. **Teoria pura do direito**. p. 101.
37. Kelsen, Hans. **Teoria pura do direito**. p. 111.
38. Cf. Kelsen, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
39. Bobbio, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 4. ed. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: UnB, 1994. p. 22.
40. Bobbio, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. p. 22.
41. Bobbio, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. p. 27.

42. BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. p. 29.
43. BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. p. 31-32.
44. BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. p. 32-33.
45. BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. p. 33-34.
46. BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. p. 34-35.
47. BOBBIO, Norberto. **Dalla struttura alla funzione: nuovi studi di teoria del diritto**. Milano: Edizione di Comunità, 1977.
48. A respeito, cf. também: FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Apresentação. O pensamento jurídico de Norberto Bobbio. In: BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 4. ed. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: UnB, 1994. p. 07-18.
49. CARBONNEL, Miguel (org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Colección Estructuras y procesos. Madrid: Trotta, 2003.
50. POZZOLO, Susanna. Un constitucionalismo ambiguo. In: CARBONNEL, Miguel (org.). **Neoconstitucionalismo(s)**, p. 187-210.
51. COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. In: CARBONNEL, Miguel (org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Colección Estructuras y procesos. Madrid: Trotta, 2003. p. 83.
52. COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. In: CARBONNEL, Miguel (org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. p. 83.
53. COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. In: CARBONNEL, Miguel (org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. p. 84.
54. COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. In: CARBONNEL, Miguel (org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. p. 85.
55. COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. In: CARBONNEL, Miguel (org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. p. 85.
56. Cf. DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1977.
57. COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. In: CARBONNEL, Miguel (org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. p. 86.
58. DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
59. A respeito, recomenda-se consultar: OLIVEIRA, Fábio de. **Por uma teoria dos princípios**. O princípio constitucional da razoabilidade. 2. ed. rev., atual., ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
60. ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. Ley, derechos, justicia. p. 22.
61. ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. Ley, derechos, justicia. p. 51.
62. ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. Ley, derechos, justicia. p. 34.
63. ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. Ley, derechos, justicia. p. 14-15 .

64. ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. Ley, derechos, justicia. p. 12.
65. DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**. As faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição. p. 55.
66. ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. Tradução por Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.
67. DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**. As faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição. p. 59.
68. DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**. As faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição. p. 61-62.
69. FIGUEROA, Alfonso García. La teoría del derecho em tempos de neoconstitucionalismo. In: CARBONNEL, Miguel (org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. p. 178.
70. POZZOLO, Susanna. Un constitucionalismo ambiguo. In: CARBONNEL, Miguel (org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. p. 200.
72. Cf., a respeito, BARROSO, Luis Roberto. A doutrina brasileira da efetividade. In: **Temas de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 77.
73. ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. Ley, derechos, justicia. p. 17-18.
74. DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**. As faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição. p. 68.
75. DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**. As faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição. p. 71.
76. FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 160.

Referência bibliográfica (de acordo com a NBR 6023: 2002/ABNT):

CORRÊA, Murilo Duarte Costa. *Do juspositivismo ao neoconstitucionalismo: o plano de organização do Direito como norma*. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 41, abr. 2011. Disponível em:

< http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao041/murilo_correa.html >

Acesso em: 04 maio 2011.