

# Levando o direito a sério: há realmente uma nova escola na teoria do direito?<sup>1</sup>

Charles Andrade Froehlich

## RESUMO

O presente artigo pretende descrever o debate atual envolvendo a possibilidade ou não de uma nova escola ou corrente do direito chamada “pós-positivismo”. Para atingir seus objetivos, resgata a conceituação fundamental das grandes escolas – positivismo jurídico e jusnaturalismo – e a proposta contemporânea do pós-positivismo. Reaviva, também, o debate entre Ronald Dworkin e Herbert Hart sobre direito e moral, a aplicação de princípios e o poder discricionário do juiz. Após, discute a crítica ingênua ao positivismo jurídico e revê esta escola conforme os estudos atuais, demonstrando sua grande importância na questão do conceito de direito e na teoria do ordenamento jurídico.

**Palavras-chave:** Positivismo jurídico. Jusnaturalismo. Pós-positivismo. Direito e moral.

## Taking Law seriously: Is there really a new school in the theory of contemporary law?

### ABSTRACT

This article aims to describe the current debate about what could be a new school or current of thought in the field of law, called “post positivism”. In order to proceed, the fundamental concept of two great schools, legal positivism and natural law, as well as the contemporary proposal of post-positivism, are revisited. The debate between Ronald Dworkin and Herbert Hart about law and morals, application of principles and the discretionary power of the judge, is also reopened. Then, naive criticism of legal positivism is discussed; this school is reconsidered according to actual studies, demonstrating its great importance about the concept of law and the theory of legal order.

**Keywords:** Legal Positivism. Natural Law. Post-Positivism. Law and Morals.

## 1 INTRODUÇÃO

Sabe-se que o pós-positivismo pretende apresentar-se como escola ou corrente alternativa às grandes e tradicionais escolas do direito (juspositivismo e jusnaturalismo). Por outro lado, na bibliografia mais recente, estão surgindo também dúvidas pertinentes: “pós-positivismo” ou “neoconstitucionalismo” são apenas rótulos? Há uma superação ou

---

**Charles Andrade Froehlich** é Bacharel em Ciências Sociais e Jurídicas e Mestre em Filosofia pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). Doutorando em Filosofia na UFSM. Professor do Departamento de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul-RS (UNISC).

<sup>1</sup> O título faz menção à obra de Ronald Dworkin *Levando os direitos a sério* (*Taking Rights Seriously*, 1977). Entretanto, enquanto o filósofo estadunidense fala em “direitos” (plural), queremos falar em “direito” (singular) significando “Direito” no aspecto mais geral e amplo.

Direito e Democracia	Canoas	v.13	n.1	p.47-67	jan./jun. 2012
----------------------	--------	------	-----	---------	----------------

reconstrução do positivismo jurídico? E estas dúvidas têm rendido estudos e trabalhos que apontam para um diagnóstico mais sério e aprofundado do próprio positivismo jurídico.

O presente artigo objetiva principalmente um trabalho de reconstrução histórica e teórica sobre as principais escolas do pensamento jurídico – jusnaturalismo e positivismo jurídico – bem como das propostas contemporâneas, seja de uma “nova” visão do direito (o “pós-positivismo”), seja das reações dos defensores do positivismo jurídico na atualidade.

Neste sentido e justificando o trabalho, pretendemos aprofundar a grande questão envolvida nesta “nova” teoria do direito. Este aprofundamento está em fase inicial no Brasil, com poucas obras de referência, evidenciando que o tema merece ser tratado cientificamente com mais cuidado e atenção. Temos várias obras de enaltecimento do “neoconstitucionalismo” ou do “pós-positivismo”, mas temos poucas avaliações críticas ou sérias sobre este novo movimento.

O tema tem rendido obras jurídicas, artigos em revistas científicas de relevância nacional, dissertações e teses por todo o país, extrapolando, conforme se observa na comunidade jurídica, os limites de pesquisa meramente fundada em manuais.

Enfim, as formulações de problemas que inicialmente se apresentam são as seguintes: pensando-se no “pós-positivismo”, há realmente uma nova escola na teoria do direito contemporânea? O “pós-positivismo” realmente supera ou apenas opera uma reconstrução do positivismo jurídico?

## **2 LEMBRANDO O JUSNATURALISMO, O POSITIVISMO JURÍDICO E A PROPOSTA ATUAL: PÓS-POSITIVISMO JURÍDICO**

Apesar da pluralidade de matizes das escolas de pensamento jurídico, com o perigo da simplificação, mencionaremos, de modo geral, o jusnaturalismo, o juspositivismo e a proposta contemporânea do pós-positivismo jurídico.

A escola do direito natural é a escola mais antiga do pensamento jurídico remontando à filosofia clássica. De modo bastante geral, este entendimento do direito mostra que o critério de juridicidade é a **justiça** (o direito deve ser avaliado por critérios de justiça). Há uma dualidade: existe o direito legislado (ou simplesmente escrito, posto pelo Estado ou pelo poder estabelecido, dependendo da época) e o direito que advém de padrões superiores de ética e justiça<sup>2</sup>. O direito escrito ou legislado pelo poder estabelecido deve não ser aplicado se entrar em conflito com aqueles padrões superiores de justiça. Obviamente,

---

<sup>2</sup> Luis Fernando Barzotto afirma, em síntese, que o critério de juridicidade do jusnaturalismo é a justiça e o do positivismo jurídico é a validade: BARZOTTO, Luis Fernando. *O positivismo jurídico contemporâneo*. Uma introdução a Kelsen, Ross e Hart. São Leopoldo: UNISINOS, 1999, p.19-20.

que nesta escola de pensamento jurídico encontram-se referências a princípios, vindos de máximas éticas ou religiosas, tais como “respeite o próximo”, “não faça o mal” etc., sem necessidade de presença nos ordenamentos jurídicos dos Estados.

A fonte dos padrões superiores de ética e justiça pode variar conforme a época: natureza, cosmos, deus, razão. Entretanto, o chamado jusnaturalismo racionalista dos séculos XVII-XVIII obteve atuação destacada na filosofia jurídica devido ao contexto filosófico e revolucionário que desembocou na Revolução Francesa e na Independência dos EUA e suas respectivas constituições. As obras de Jean-Jacques Rousseau na França e a de John Locke na Inglaterra lançaram novas luzes sobre o direito natural. É nítida a influência do direito natural nas Declarações de Direito dessa época, p.ex., na *Declaração dos direitos do homem e do cidadão* (França, 1789), no seu Art. 2º: “A finalidade de toda associação política é a *conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem*. Esses direitos são a liberdade, a prosperidade, a segurança e a resistência à opressão” e na *Declaração da Virgínia* (EUA, 1776), em seu Art 1º: “Todos os homens nascem igualmente livres e independentes, *têm direitos certos, essenciais e naturais dos quais não podem, pôr nenhum contrato, privar nem despojar sua posteridade*: tais são o direito de gozar a vida e a liberdade com os meios de adquirir e possuir propriedades, de procurar obter a felicidade e a segurança”.

Mauro Cappelletti já havia dito, em obra clássica que:

A Constituição pretende ser, no direito moderno, uma forma legalista de superar o legalismo, um retorno ao jusnaturalismo, com os instrumentos do positivismo jurídico. (...) A norma constitucional, sendo também norma positiva, traz em si, uma reaproximação do direito à justiça. Na verdade, na concepção moderna, a norma constitucional outra coisa não é senão a tentativa – talvez impossível, talvez ‘faustiana’, mas profundamente humana – de transformar em direito escrito os supremos valores...<sup>3</sup>

Norberto Bobbio destaca que a distinção entre direito natural e direito positivo é bastante antiga, ainda que este contraponto fosse, em outras palavras, direito natural x direito escrito/legislado, sendo que os antigos (antes da instituição do *Estado moderno*) reconheciam a existência do direito natural. É sempre lembrado o famoso trecho da tragédia Antígona, no qual há a invocação de leis eternas e imutáveis que concediam o direito à Antígona de fazer o funeral do irmão em contraposição ao decreto de Creonte que proibia tal ato sob pena de morte. Neste sentido, conforme este autor, a distinção ocorria basicamente nestes termos: quanto ao critério da “extensão da validade”, o direito natural é “universal” enquanto o positivo é “particular”; quanto ao critério do “tempo”, o direito natural é “imutável” enquanto o positivo é “mutável”; quanto ao critério da “fonte”, o direito natural vem da “natureza”, enquanto o positivo vem do “poder do povo”

<sup>3</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. 2 ed. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Fabris, 1999, p.129 e 130.

e quanto ao critério do “conhecimento”, o direito natural vem da “razão” enquanto o positivo vem da “vontade”.<sup>4</sup> Obviamente que tal esquema é uma simplificação sujeita a questionamentos em vários destes critérios, mas o intuito é somente ilustrar o comparativo histórico proposto por Norberto Bobbio, na obra citada.

Posteriormente, com o advento e construção da escola do “positivismo jurídico” é que o direito natural passou a ser desconsiderado, já que começou a pregação de que o único direito era o direito estatal. Bobbio, a certa altura, chega a dizer que, se pudéssemos sintetizar, em uma frase, a grande escola do positivismo jurídico, seria: “todo o direito corresponde ao direito estatal”.<sup>5</sup>

Enfim, em uma breve síntese, a grande escola do direito natural remonta à Antiguidade, ainda que fosse, muitas vezes, contraposta a um direito escrito (ou “legislado”, definido pela vontade de representantes do povo) e, posteriormente, contraposta ao direito “positivo”. A grande escola do direito natural sofre idas e vindas, altos e baixos, ao longo da história, mas se caracteriza, de modo geral, por entender que há um direito que advém de padrões ou princípios superiores de justiça e estes padrões ou princípios devem regular o direito escrito ou posto pelo Estado. Assim, o direito escrito ou positivo pode sempre ser avaliado por este outro direito superior, ideal, advindo, seja do cosmos ou da razão, dependendo do momento histórico e da escola jusnaturalista respectiva.

Durante muito tempo, inclusive, o direito natural se confundiu com a filosofia do direito ou, nas palavras de Bobbio, *o direito natural era a filosofia do direito*, principalmente em momentos de apogeu desta escola como na filosofia clássica de Platão e Aristóteles e na época dos chamados “contratualistas”, como Hobbes, Rousseau e Locke.<sup>6</sup> A doutrina jusfilosófica costuma apontar duas características ínsitas ao pensamento jusnaturalista: a) o direito natural é reconhecido como *direito*; b) o direito natural é superior ao direito escrito, positivo ou civil (em sentido amplo).<sup>7</sup>

Com o advento do panorama das codificações, da Escola da Exegese, do contexto do “fetichismo da lei”, correspondente ao séc. XIX, principalmente, a teoria do direito começa a pender para o lado do direito positivo até chegarmos ao extremo da admissão colocada anteriormente de que “todo o direito corresponde ao direito estatal”. Do início do séc. XIX até a metade do séc. XX, aproximadamente, tivemos, então, o predomínio da grande escola do positivismo jurídico, a qual, sabemos, teve suas variações, mas foi “caricaturizada” da seguinte maneira: a) confusão ou equivalência entre direito e lei, chegando ao extremo da afirmação *Gesetz ist gesetz* (“lei é lei”), não admitindo outro a não ser o direito legislado, posto, “positivo”; b) só é direito o que passa pelos órgãos legislativos do Estado, i.é., o próprio Estado define o procedimento para a criação do Direito. Daí vem a ideia kelseniana de “conceito autônomo de direito”, tão cara aos

<sup>4</sup> BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*. Lições de filosofia do direito. Trad. de Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995, p.22-23.

<sup>5</sup> *Ibidem*, p.26: “o positivismo jurídico é aquela doutrina segundo a qual não existe outro direito senão o positivo”.

<sup>6</sup> Ver. p.ex., BOBBIO, Norberto. *Locke e o direito natural*. Trad. de Sérgio Bath. Brasília: Ed.UnB, 1998.

<sup>7</sup> “Direito escrito, positivo ou civil” (em sentido amplo) são designações dadas ao direito contraposto ao “natural”.

positivistas, ou seja, o direito é definido pelo próprio direito;<sup>8</sup> c) a questão interpretativa: prevaleceu durante muito tempo as ideias de “juiz boca da lei”, “o que está claro não precisa ser interpretado” ou, ainda, quando surgiram os primeiros cursos ou doutrina sobre o Código Napoleônico, o próprio Napoleão teria dito: “meu código está perdido”.<sup>9</sup> Todas estas frases-síntese correspondem à ideia de que a lei posta deveria ser interpretada o mínimo possível, ou o juiz deveria dar a menor contribuição possível, na aplicação da lei, prevalecendo a figura do legislador (“onipotência do legislador”), muitas vezes “mitificado”, ligando-se à expressão “legislador racional”.<sup>10</sup>

Gustavo Zagrebelsky afirma com propriedade, referindo-se a essa época e característica:

Não poderíamos compreender esta concepção em seu significado pleno se pensássemos ‘na lei’ como ‘nas leis’ que conhecemos hoje, numerosas, cambiantes, fragmentárias, contraditórias, ocasionais. *A lei por excelência era então o código*, cujo modelo histórico durante todo o século XIX estaria representado pelo Código civil napoleônico. Nos códigos se encontravam reunidas e exaltadas todas as características da lei. Resumindo-as: a vontade positiva do legislador, capaz de impor-se indiferenciadamente em todo o território do Estado e que se endereçava ao projeto jurídico baseado na razão (a razão da burguesia liberal, assumida como ponto de partida); o caráter dedutivo de desenvolvimento das normas, *ex principiis derivationes*; a generalidade e a abstração, a sistematicidade e a plenitude. *Na verdade, o código é a obra que representa toda uma época do direito.*<sup>11</sup>

Permanecendo na análise de Bobbio, observamos que a instituição e o crescimento do positivismo jurídico foram contemporâneos do longo processo de estabelecimento do Estado Moderno. Houve a saída de uma sociedade pluralista medieval, na qual existiam várias fontes do direito (pluralismo jurídico advindo da Igreja, das corporações, das universidades...) para uma sociedade que pregava a prevalência de uma única fonte do direito: o Estado (monismo jurídico). É claro, cabe ressaltar e pedir atenção, estamos nos referindo a um longo período de tempo que passa pelo Estado absolutista, primeiramente, e, num segundo momento, pelo dito Estado liberal em sua primeira feição. Mas corresponde a este período, a saída da predominância do jusnaturalismo para a instituição e apogeu do positivismo jurídico.

---

<sup>8</sup> Sobre o conceito autônomo de direito, consultar a *Teoria Pura do Direito* de Hans Kelsen e BARZOTTO, Luiz Fernando. *O positivismo jurídico contemporâneo*. São Leopoldo: UNISINOS, 1999.

<sup>9</sup> Ver TAVARES, André Ramos. *Teoria da justiça constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005, p.37.

<sup>10</sup> Como veremos nos tópicos adiante, grande parte destas críticas não são admitidas ou sustentadas pelos próprios positivistas, ou pelo menos, pelo positivismo conceitual. Na verdade, é preciso distinguir o positivismo ideológico, o formalismo e o positivismo conceitual. Remetemos o leitor para a síntese crítica feita por Noel Struchiner em sua tese de doutorado: STRUCHINER, Noel. *Para falar de regras*. O positivismo conceitual como cenário para uma investigação filosófica acerca dos casos difíceis do direito. Tese de Doutorado em Filosofia da PUC-Rio. Rio de Janeiro: 2005, p.28-34.

<sup>11</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Ley, derechos, justicia. 7.ed. Tradução de Marina Gascón. Madrid: Editorial Trotta, 2007, p.32. Grifamos.

Este entendimento do direito passou a sofrer sérias críticas a partir da segunda metade do séc.XX, principalmente após a 2ª Guerra Mundial, em face da barbárie cometida, tanto pelos regimes totalitários quanto à reação bélica norte-americana. A instituição do Tribunal de Nuremberg e seu simbólico questionamento do direito positivo, bem como a formação de um *Direito Internacional dos Direitos Humanos* (criação da Organização das Nações Unidas em 1945 e a Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948) trouxeram a questão ética e a valoração da lei novamente para o cenário jurídico. Inicialmente, alguns autores apontaram, como o próprio Bobbio, uma dialética entre juspositivismo e jusnaturalismo, no momento em que a valoração ética retornou ao ordenamento jurídico e passamos a contar com Declarações universais de direitos humanos aceitas e incorporadas aos ordenamentos estatais.<sup>12</sup>

Na sequência, entretanto, principalmente após a entrada em vigor das novas constituições dos Estados democráticos de direito (Espanha, Portugal, Brasil), os constitucionalistas passaram a falar em *pós-positivismo jurídico* (ou não positivismo principiológico). O pós-positivismo jurídico tem sido caracterizado como uma nova escola de pensamento jurídico a qual pretende ser uma síntese de características das grandes escolas anteriores, mas, de certa forma, pondera os excessos e deficiências de ambas. Em uma abordagem preliminar, podemos afirmar que este momento e perspectiva do pós-positivismo jurídico não nega e nem pretende negar o ordenamento jurídico e, sim, revê a estratégia ou ideologia positivista de “adoração cega” da lei, ou seja, a aplicação pura e simples da lei, sem maiores questionamentos e valorações. É uma primeira característica do pós-positivismo jurídico a remarcar: o retorno da moralidade ao direito no sentido de que a norma pode ser questionada, valorada, se justa ou injusta e pode não ser aplicada em função do desequilíbrio excessivo causado pela sua aplicação.

Neste panorama, afirma-se que o positivismo jurídico (em seu formato ideológico) tem uma postura “avalorativa”, ou seja, a lei está posta e assim deve ser aplicada. Agora, as constituições possuem um catálogo de princípios e direitos fundamentais que trazem uma elevada carga valorativa ao ordenamento jurídico. Assim, estão no ordenamento, são normas, determinados princípios que devem ser aplicados como, p.ex., a dignidade da pessoa humana, a cidadania, que são princípios fundamentais da CF brasileira.

Uma segunda característica relevante do pós-positivismo jurídico a ser destacada: a normatividade dos princípios. Desde Dworkin, a doutrina jurídica defende a colocação de regras e princípios dentro do gênero *norma*.<sup>13</sup> Assim, os princípios

---

<sup>12</sup> BOBBIO, Norberto. *A Era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p.50-51.

<sup>13</sup> Ver DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. Dworkin afirma de maneira categórica: “...os problemas de teoria do direito são, no fundo, problemas relativos a princípios morais e não a estratégias e fatos jurídicos. Enterraram esses problemas ao insistir na abordagem jurídica tradicional. Mas, para ser bem-sucedida, a teoria do direito deve trazer à luz esses problemas e enfrentá-los como problemas de teoria moral” (p.12). É bem conhecida a distinção de Dworkin entre regras e princípios, à qual remetemos o leitor, nos capítulos 2 e 3 (*O modelo das regras I e II*) da obra referida nesta nota.

constitucionais devem ser aplicados como “lei”. Desta forma, o ordenamento jurídico deve ser entendido, concebido, aplicado, conforme a moldura principiológica proposta pela respectiva constituição.

Pode-se observar, agora, o porquê desta interlocução com a teoria do direito: a forma de entender e de interpretar o direito, atualmente, passa, pela hermenêutica constitucional. Alguns autores, inclusive, como Gustavo Zagrebelsky, propõem uma “noção constitucional de direito”. Na dicção deste constitucionalista italiano, tal noção deriva da passagem de um “estado de direito legislativo” para um “estado constitucional”. Evidentemente, que as teorias “constitucionalísticas” do direito são tributárias das obras de autores contemporâneos como Ronald Dworkin e Robert Alexy.<sup>14</sup> Enfim, para este conjunto de autores, a noção e o entendimento do direito passa, atualmente, pelas noções de “constituição” e “justiça”, pela noção de “direitos” e pela distinção entre “regras e princípios”, na qual muda a forma de aplicar e entender os princípios constitucionais.

Para Gustavo Zagrebelsky, o “ponto de mutação” se dá na transição ocorrida entre um “estado de direito legislativo” para um “estado constitucional”. Na coluna do “estado de direito legislativo”, encontramos a postura do vetusto “positivismo jurídico”, no qual preponderam a “vontade do legislador”, o princípio da legalidade e a ideia de lei próprias desta escola. Nesta compreensão, temos uma redução de tudo o que pertence ao mundo do direito (os direitos e a justiça) ao que está disposto em lei.<sup>15</sup> Na verdade, uma dupla redução: a redução do direito e “dos direitos” ao que está disposto em lei e a redução da justiça ao que está disposto em lei, entendendo-se “lei”, no sentido de “regra” posta pelo “Estado de direito” e, aqui, pensado como Estado de direito “oitocentista-novecentista” ou “*decimonónico*”.<sup>16</sup>

A mudança para o panorama do “Estado constitucional”, como já apontamos, ocorre a partir da segunda metade do séc.XX, saindo da prevalência da lei ou do código para a “Constituição” e sua força normativa, na qual existe um catálogo de princípios e direitos fundamentais e parâmetros de justiça e solidariedade a serem devidamente aplicados. Mais que uma continuação, afirma Zagrebelsky, “se trata de uma profunda *transformação* que, inclusive, *afeta necessariamente a concepção de direito*”.<sup>17</sup>

Mas de que maneira temos uma nova concepção de direito? Em que sentido podemos dizer que superamos o dilema jusnaturalismo x juspositivismo?

Sobre a concepção de direito, vale fazer um comparativo objetivo e rápido entre a concepção de direito de Hans Kelsen e a de Robert Alexy. Para Hans Kelsen, numa

---

<sup>14</sup> Giorgio Bongiovanni citado por MELLO, Cláudio Ari. *Democracia constitucional e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p.85.

<sup>15</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. 7.ed. Tradução de Marina Gascón. Madrid: Editorial Trotta, 2007, p.33.

<sup>16</sup> ZAGREBELSKY usa esta expressão “decimonónico” (na tradução espanhola da obra) para se referir ao panorama do Estado e do direito do séc.XIX. Ver também ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. 7.ed. Tradução de Marina Gascón. Madrid: Editorial Trotta, 2007, p.96.

<sup>17</sup> *Ibidem*, p.34.

compreensão geral, o direito é um sistema piramidal de normas coativas válidas, cuja validade deriva de uma norma fundamental.<sup>18</sup> Já Robert Alexy afirma que

[...] o direito é um sistema de normas que (1) formula uma pretensão de correção, (2) consiste na totalidade das normas que pertencem a uma Constituição, em geral, eficaz, e não são extremamente injustas, bem como na totalidade das normas que são promulgadas de acordo com esta Constituição, e que possuem um mínimo de eficácia social ou de probabilidade de eficácia e não são extremamente injustas, e ao qual (3) pertencem os princípios e os outros argumentos normativos em que se apoia o procedimento de aplicação do direito e/ou tem que apoiar-se a fim de satisfazer a pretensão de correção.<sup>19</sup> [...]

Hans Kelsen é um ícone do positivismo jurídico. Vemos que em sua concepção de direito prevalece a ideia de “conjunto de normas coativas válidas”. A característica ou o “critério de juridicidade” para o positivismo é, então, a *validade* da norma. Não há uma referência direta à Constituição ou justiça no conceito de Kelsen. Há, isto sim, referência a um “conjunto de normas coativas válidas”. As ideias de “constituição e justiça” são típicas do pós-positivismo jurídico e se refletem na noção apresentada por Robert Alexy. O “estado pós-constitucional” ou a “constitucionalização do direito” impuseram uma revisão da concepção de direito. Surgem outros “critérios de juridicidade” além da “validade” do positivismo jurídico. Além da validade, temos “constituição e justiça”.

Mas “justiça” é um critério de juridicidade afirmado e defendido pelo jusnaturalismo. O pós-positivismo significa, então, um mero retorno ao jusnaturalismo? A questão é complexa e não é pacífica. Objetivamente, como mencionamos linhas acima, o pós-positivismo pretende superar, no mínimo, dois caracteres do positivismo jurídico: a “avaloratividade” do direito e o uso secundário dos princípios. Sabe-se que as constituições dos estados democráticos trazem princípios que norteiam a interpretação e aplicação do ordenamento jurídico. Tais princípios valoram ou impõem formas de valoração do ordenamento jurídico respectivo e ligam o direito à moralidade. Enfim, os princípios constitucionais estão, pois, *positivados*. Ou seja, o próprio ordenamento jurídico, em sua lei máxima, suprema, estabelece e propicia a relação entre direito e moralidade. Democracia, dignidade, cidadania e justiça são valores máximos a serem observados na compreensão e na aplicação do direito contemporâneo. O próprio Gustavo Zagrebelsky analisa as grandes escolas do direito e faz a sua avaliação sobre as relações do direito no Estado constitucional atual e o direito natural, em uma citação longa, mas necessária:

Assim, pois, cabe dizer, em síntese, que a Constituição não é direito natural, senão melhor, a manifestação mais alta do direito positivo. Sem embargo, dado

<sup>18</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 7.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, pgs. 33-38 e 217-224.

<sup>19</sup> ALEXY, Robert. *El Concepto y la validez del derecho*. Tradução de Jorge Seña. 2.ed. Barcelona: Editorial Gedisa, 1997, p.123. Alexy afirma que as correntes positivistas afirmam a tese da separação entre direito e moral e as correntes não positivistas defendem a tese da vinculação.

que o direito constitucional se apresenta, não como vontade de uma parte que se impõe sobre a outra, senão como expressão de um equilíbrio objetivo, no sentido acima indicado, a relação entre lei (incluída a lei constitucional) e Constituição se aproxima da relação entre lei e direito natural. O estilo, o modo de argumentar ‘em direito constitucional’ se assemelha, em efeito, ao estilo, o modo de argumentar ‘em direito natural’, como sabe qualquer um que está familiarizado com as grandes decisões dos Tribunais constitucionais. A propósito das jurisdições constitucionais, tem-se falado agudamente de ‘administração judicial do direito da natureza’ e tem-se observado que ‘a interpretação da Constituição adquire cada vez mais o aspecto de uma filosofia do direito’, pois seus procedimentos, não obstante estar vinculados ao direito vigente, não podem desenvolver-se no universo cerrado das regras jurídicas. Nos Estados constitucionais modernos, os princípios morais do direito natural se incorporaram ao direito positivo. As modalidades argumentativas do direito constitucional se ‘abrem’, assim, aos discursos metajurídicos, tanto mais se tomamos em consideração os princípios da Constituição.<sup>20</sup>

Assim, o aspecto valorativo do ordenamento, insculpido nos princípios constitucionais, é justamente o que possibilita esta “abertura” do direito positivo à moralidade, sem cairmos no jusnaturalismo tradicional, visto que estes valores morais estão *positivados*. Além disso, pode-se afirmar que estes valores não são idealizados ou advém de “padrões superiores” de justiça como o cosmos, deus, etc. como frequente no discurso jusnaturalista, mas, isto sim, estes valores advém da própria Constituição, a qual foi devidamente deliberada e é fruto de um contexto histórico, político, cultural e jurídico determinado.

Outro autor que se dedicou a caracterizar o pós-positivismo jurídico é o jurista espanhol Albert Calsamiglia, em artigo publicado na revista *Doxa*.<sup>21</sup> Para este jurista, o pós-positivismo jurídico corresponde a um entendimento do direito que questiona as teses centrais do positivismo jurídico, tais como (a) a tese das fontes sociais do direito (*a questão dos limites do direito*) e (b) a tese da separação entre direito, moral e política (*a questão da não conexão necessária entre direito e moral*).<sup>22</sup> Em relação a primeira tese (a) os positivistas sempre se detiveram sobre fatos sociais determinados, sobre fatos usuais, “fáceis”, resolvidos pelas normas do ordenamento ou pela simples resolução de lacunas. Em sentido contrário, o pós-positivismo alarga os limites do direito, ou melhor, aceita a “indeterminação do direito”. Desloca o centro de atenção, conforme Calsamiglia, dos casos fáceis ou claros para os casos difíceis. Não interessa tanto resolver casos do passado, facilmente solucionáveis com as regras do ordenamento, mas sim, resolver os conflitos que ainda não foram resolvidos. Do mesmo modo, há um deslocamento da

<sup>20</sup> ZAGREBELSKY, op. cit., p.116.

<sup>21</sup> No Brasil, é importante mencionar o pioneirismo de Paulo Bonavides, no capítulo *Dos princípios gerais de direito aos princípios constitucionais*, de sua obra *Curso de direito constitucional*, na qual disserta sobre o pós-positivismo e defende uma *concepção principal* de direito: BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p.259.

<sup>22</sup> CALSAMIGLIA, Albert. Postpositivismo. In: *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*, Nº 21, 1, 1998, p.209-220. Disponível em [www.cervantesvirtual.com](http://www.cervantesvirtual.com).

figura do legislador para a figura do intérprete ou juiz.<sup>23</sup> A tese (b) será melhor exposta nos próximos itens deste texto.

A recente obra *Dicionário de filosofia do direito* traz o verbete *pós-positivismo*, colocando-o como um novo paradigma ou nova concepção de direito que rompe com a forma hegemônica de compreensão do direito dos séculos XIX-XX: o positivismo jurídico. Esta nova concepção do direito, como mencionamos acima, ataca as teses fundamentais do positivismo jurídico (“a” e “b” acima) e corresponde à configuração contemporânea do pensamento jurídico. O novo quadro teórico do pós-positivismo apresenta cinco aspectos:

a) *deslocamento de agenda*: em vez de preocupações como a norma, o ordenamento jurídico, validade e *teste do pedigree* (reconhecimento da norma), próprios do positivismo jurídico, o pós-positivismo dá prevalência aos princípios, à dimensão argumentativa e à hermenêutica jurídica;

b) *a importância dos casos difíceis*: como assinalou Calsamiglia na esteira de Dworkin, este panorama presta especial atenção aos *casos difíceis* (*hard cases*), casos complexos, controversos, insólitos, não rotineiros para os quais as práticas legais existentes não fornecem uma resposta definitiva ou a mera aplicação da regra é insuficiente ou gera extrema injustiça;

c) *o abrandamento da dicotomia descrição/prescrição*: também muito influenciado pelos escritos de Dworkin e suas análises de casos, pode-se afirmar que a teoria não só descreve, mas também atua na prática, p.ex., na aplicação de princípios para a resolução de casos difíceis;

d) *a busca de um lugar teórico para além do jusnaturalismo e do positivismo jurídico*: além do que já foi argumentado anteriormente, aqui surge a explicação de que a aplicação de princípios morais contidos na Constituição não significa retorno ao jusnaturalismo porque Dworkin se sustenta em Rawls para o qual a justiça de uma sociedade depende da justiça de suas instituições e a Constituição é uma instituição social que contém princípios de justiça;

e) *o papel dos princípios na resolução dos casos difíceis*: admite-se o direito como um conjunto de normas-regras e normas-princípios. Os casos difíceis devem ser resolvidos pelos princípios contidos no direito existente, o que é, então, uma aplicação do direito e não uma situação de não direito como afirmam os positivistas.<sup>24</sup>

Em outra obra recente, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Coelho e Paulo Branco, dizendo se tratar de notas caracterizadoras de um “novo constitucionalismo”

<sup>23</sup> Ibidem, p.211-215.

<sup>24</sup> DINIZ, Antonio Carlos e MAIA, Antonio Cavalcanti. Pós-Positivismo. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo e Rio de Janeiro: Ed.UNISINOS e Renovar, 2006, p.650-653.

“substancialmente distinto de todas as experiências constitucionais precedentes”, apresentaram a seguinte síntese do panorama jurídico atual:<sup>25</sup>

- mais Constituição do que leis;
- mais juízes do que legisladores;
- mais princípios do que regras;
- mais ponderação do que subsunção;
- mais concretização do que interpretação.

Os autores mencionados estão se referindo, no caso, a um “novo constitucionalismo”: a Constituição deixa de ser uma Carta Política simbólica que simplesmente define competências legislativas (“*a la Kelsen*”) para tornar-se norma suprema, compondo um conjunto de regras e princípios dotados de força normativa, tornando a lei ato infraconstitucional sujeito a controle de legitimidade, formal e material. Assim, surge com mais força a figura do juiz-intérprete, criador do direito, em detrimento do legislador “racional e onipotente” do período positivista. Este juiz deve buscar a aplicação dos princípios e direitos fundamentais contidos na norma suprema, mais do que isso, deve pensar, ler e interpretar o direito a partir da lente ou filtro constitucional. Esta forma de interpretação/aplicação obviamente pretende não se reduzir ao esquema lógico-formal positivista da subsunção dos fatos à lei já que os princípios não contêm normalmente hipótese de fato, mas sim trazem “valores” a serem efetivados.<sup>26</sup>

### **3 O CONTRAPONTO: O PÓS-POSITIVISMO SUSTENTA-SE CIENTÍFICA E METODOLOGICAMENTE?**

Como lembrado por Noel Struchiner, jusnaturalismo e juspositivismo são os eternos finalistas da Copa do Mundo da filosofia do direito.<sup>27</sup> Há uma imensa e longa tradição histórica na filosofia do direito em relação a estas duas grandes escolas de pensamento jurídico. Assim, de um lado, qualquer mudança ou apreciação de novas tendências sofre uma certa desconfiança; de outro, os mais apressados correm para rotular o novo momento e assinar o atestado de batismo da nova escola. Nesta correria dos tempos, muitas vezes não se analisa detidamente todos os elementos teóricos envolvidos. O panorama é digno de nota:

Trata-se de um lugar comum já consagrado, um *topos* recorrente, a afirmação de que o epicentro ou a força motriz da filosofia do direito se consubstancia no

<sup>25</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio M.; BRANCO, Paulo Gustavo G. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p.120 e seguintes.

<sup>26</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio M.; BRANCO, Paulo Gustavo G. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p.120-121.

<sup>27</sup> STRUCHINER, Noel. A primazia do positivismo conceitual. In: DIMOULIS, Dimitri e DUARTE, Écio Oto. *Teoria do direito neoconstitucional: superação ou reconstrução do positivismo jurídico?* São Paulo: Método, 2008. p.320.

debate positivismo jurídico/direito natural. Recentemente, vem ecoando no meio acadêmico o mais novo *cliché* de que a filosofia do direito contemporânea se caracteriza pela superação da dicotomia juspositivismo/jusnaturalismo. Prova disso é a alta produção de rótulos que visam a caracterizar essa nova era da filosofia do direito: “direito pós-moderno”, “pós-positivismo”, “não positivismo principiológico”... Embora seja comum a exposição a essas formas de se conceber a filosofia do direito, o que raramente tem acompanhado tal exposição é uma análise minuciosa das teses ou proposições que servem como notas definitórias do jusnaturalismo e do juspositivismo. O caso é grave. Não se trata apenas da falta de uma análise rigorosa desses conceitos. Muitas vezes esse cenário conceitual foi construído não apenas de maneira simplória, mas também errada, atingindo uniformidade, mas pagando o preço da distorção.<sup>28</sup>

Assim, o que a análise filosófica está propondo é o seguinte:

a) examinar detidamente as escolas do jusnaturalismo e juspositivismo, definindo suas características e variações;

b) observar as variações do positivismo jurídico e ver qual formato se adequa à prática judicial contemporânea;

c) em conclusão, verificar se temos um novo positivismo (qual variação do positivismo?)<sup>29</sup> ou uma nova escola do pensamento jurídico. Tendo uma nova escola do pensamento jurídico: o que há de realmente novo nesta nova escola?

O tema tem chegado a publicações recentes e tem rendido um debate sério na literatura jurídica. Cabe mencionar, a título de exemplo, a obra *Teoria do direito neoconstitucional*, na qual juristas e filósofos nacionais e estrangeiros se colocam esta questão: superação ou reconstrução do positivismo jurídico?<sup>30</sup>

Enfim, os pesquisadores têm um tom em comum: se o positivismo era tratado como uma teoria ultrapassada, ingênua e legitimadora do autoritarismo, tal entendimento é fruto da carência de investigações e estudos aprofundados sobre o tema.<sup>31</sup> Então, ocorreu uma confusão entre positivismo jurídico e regimes autoritários? O positivismo não evoluiu? Não temos variações do positivismo?

Ainda, vale destacar, com Humberto Ávila, o seguinte: uma das principais teses do chamado “pós-positivismo” ou “neoconstitucionalismo” é aquela da distinção entre regras e princípios, distinção esta que não é tão fácil e automática como propunha

<sup>28</sup> STRUCHINER, Noel. *Para falar de regras*. O positivismo conceitual como cenário para uma investigação filosófica acerca dos casos difíceis do direito. Tese de Doutorado em Filosofia da PUC-Rio. Rio de Janeiro: 2005, p.22.

<sup>29</sup> Eduardo Ribeiro Moreira, p.ex., faz um catálogo das novas correntes: positivismo exclusivo; positivismo inclusivo; neoconstitucionalismo teórico; neoconstitucionalismo total: MOREIRA, Eduardo Ribeiro. O momento do positivismo. In: DIMOULIS, Dimitri e DUARTE, Écio Oto. *Teoria do direito neoconstitucional: superação ou reconstrução do positivismo jurídico?* São Paulo: Método, 2008. p.243.

<sup>30</sup> DIMOULIS, Dimitri e DUARTE, Écio Oto. *Teoria do direito neoconstitucional: superação ou reconstrução do positivismo jurídico?* São Paulo: Método, 2008.

<sup>31</sup> *Ibidem*, na Apresentação, p.5.

Dworkin<sup>32</sup>. Dos cinco pontos da caracterização do verbete “pós-positivismo” do *Dicionário de filosofia do direito* mencionados no item anterior, no mínimo, três se sustentam na supervalorização da distinção dworkiana entre regras e princípios. Neste sentido, temos um panorama crítico bastante sério em duas frentes: (1) o positivismo jurídico contemporâneo ainda mantém a separação absoluta entre direito e moral?; (2) existe a distinção qualitativa entre regras e princípios ao molde do proposto por Dworkin?

Voltamos a lembrar que é a partir destas duas teses fulcrais que o pós-positivismo veio se destacar em seu comparativo e luta contra o positivismo jurídico clássico.

Humberto Ávila afirma em texto recente que não se pode afirmar que o tipo normativo prevalente na Constituição de 1988 é o principiológico e nem que este é o melhor. Portanto, não houve passagem direta de um ordenamento fundado nas regras (positivista) para um ordenamento fundado nos princípios (pós-positivista). Ressalta, de modo bastante forte, que é urgente repensar o suposto movimento do “neoconstitucionalismo” no Brasil, visto que se trata de um rótulo impreciso, vago e com sérias deficiências metodológicas.<sup>33</sup>

A resposta a estas questões passa, por exemplo, também pelo debate clássico entre Herbert Hart e Ronald Dworkin sobre o conceito do direito e a relação ou não entre direito e moral.<sup>34</sup> A resposta a estas questões passa pela análise científica da manutenção ou não das teses do pós-positivismo e do neoconstitucionalismo.<sup>35</sup> A resposta a estas questões passa pela análise do positivismo jurídico contemporâneo e seus novos adjetivos.

## **4 SOBRE O CONCEITO DE DIREITO, DIREITO E MORAL E AS CRÍTICAS AO POSITIVISMO**

O positivismo jurídico cresceu e se estabeleceu principalmente por sua busca incessante de um conceito de direito e a construção de uma teoria do ordenamento jurídico. Tais elaborações são inegáveis e difíceis de serem abandonadas. Atualmente, constata-se que o positivismo buscou o chamado “conceito autônomo de direito”, ou seja, uma definição de direito que não necessariamente se utilize da moral e da política. Esta pretensão do positivismo foi denominada “tese da separação”. De outro lado, as correntes que pretendem a relação entre direito e moral são tratadas como “tese da vinculação”.

<sup>32</sup> Ver principalmente: ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 8.ed. São Paulo: Malheiros, 2008 e DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p.39-42;57.

<sup>33</sup> ÁVILA, Humberto. Neoconstitucionalismo: entre a ciência do direito e o direito da ciência. In: Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE). Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, Número 17, jan/fev/mar 2009. Disponível em: <http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/679/507>. Acesso em 29 de setembro de 2011.

<sup>34</sup> Debate surgido das críticas de Dworkin ao positivismo de Hart, a que este respondeu e consta no pós-escrito de sua obra *O conceito de direito*.

<sup>35</sup> Voltamos a indicar os textos de Ávila e de Dimoulis e Duarte constantes das referências.

De modo breve, vamos recuperar as linhas gerais do grande e clássico debate entre Dworkin e Hart, o qual impulsionou a retomada do positivismo e sua reação crítica. Para Dworkin, o “esqueleto” do positivismo é o seguinte:

a) o direito de uma comunidade é um conjunto de regras especiais (que dependem do *pedigree*) que servem para determinar qual comportamento será punido ou coagido pelo poder público. Este conjunto de regras é o direito;

b) Dizer que alguém tem uma “obrigação jurídica” é dizer que seu caso se enquadra em uma regra válida. Não havendo regra, não há obrigação.<sup>36</sup> Dworkin lança um ataque geral contra o positivismo e usa a versão de Hart como alvo.

Dworkin é um dos atuais divulgadores da questão dos princípios na Teoria do Direito. É conhecidíssima sua distinção entre regras e princípios. Basicamente, as regras são aplicáveis sob a forma “de tudo ou nada”, ou são válidas ou não são; já os princípios determinam fundamentos e possuem a dimensão do peso e da importância e, ainda, as regras ditam resultados enquanto os princípios inclinam a decisão em uma direção e permanecem intactos quando não prevalecem.

Na sua abordagem, o direito no viés positivista ou não consegue resolver uma série de casos chamados “difíceis” (*hard cases*) ou apela para o “poder discricionário” do juiz. Cabe ao juiz, portanto, “escolher” quais os padrões ou princípios morais aplicáveis quando não há uma regra válida aplicável. O positivista conclui que esses princípios e políticas não são regras válidas de uma lei acima do direito. São padrões extrajurídicos que cada juiz seleciona no exercício de seu poder discricionário. Dworkin vai além, afirmando que não é possível adaptar a versão de Hart do positivismo modificando a regra de reconhecimento para incluir princípios. Na teoria dworkiana do direito não cabe o positivismo. Ele não concorda com o teste do *pedigree* e com o uso do poder discricionário do juiz para resolver os “casos difíceis”. Por outro lado, deve-se optar pelo melhor princípio moral vigente, equânime e coerente com a tradição.

Dworkin, inclusive, remonta à história comparada do direito norte-americano e do inglês, afirmando que os antecedentes do direito norte-americano são mais complexos: “nossos tribunais desempenharam um papel mais amplo que os tribunais ingleses na reformatação do direito no século XIX às necessidades da industrialização e a nossa Constituição transformou em questões legais problemas que na Inglaterra eram apenas políticos”.<sup>37</sup> Em mais de um momento de sua obra, Dworkin afirma que o sistema constitucional norte-americano baseia-se em uma teoria moral específica: os homens têm direitos morais contra o Estado.<sup>38</sup> Ou em uma versão mais ampliada: o direito tem uma função “mais ambiciosa” do que a preconizada pelo positivismo: os cidadãos têm direitos e deveres contra o Estado e outros cidadãos mesmo que estes direitos e deveres não estejam claramente estabelecidos. As decisões judiciais têm que ser uma questão de princípio.<sup>39</sup>

<sup>36</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p.27-28.

<sup>37</sup> *Ibidem*, p.6.

<sup>38</sup> *Ibidem*, p.231.

<sup>39</sup> *Ibidem*, p.518 e 533.

Enfim, claramente podemos afirmar que Dworkin bate em uma tese central do positivismo: a admissão e fundamentação de uma norma fundamental (Kelsen) ou norma de reconhecimento (Hart). A norma fundamental ou de reconhecimento tem um papel nobre no discurso positivista, qual seja, ou serve para pressupor a validade última do sistema ou serve para determinar o que é o direito daquela sociedade (identificação e existência de regras jurídicas). É deste tipo de tese que Dworkin saca ironicamente a expressão “teste do *pedigree*”. O direito, no positivismo, refere-se a um conjunto de regras ou normas válidas, as quais remontam, em último grau na escala, à norma fundamental.

Além disso, toda a sua teoria busca fundamentar a necessária relação entre direito e moral. Em suas palavras, a teoria do direito deve se utilizar do argumento moral, enfrentar os “casos difíceis” (dramáticos; insólitos) como problemas de teoria moral.<sup>40</sup> Ou de outra forma: “a Constituição funde questões jurídicas e morais, fazendo com que a validade de uma lei dependa da resposta a problemas morais complexos, como o problema de saber se uma determinada lei respeita a igualdade inerente a todos os homens”.<sup>41</sup>

Herbert Hart elaborou um conhecido “pós-escrito” da sua monumental obra *O conceito de direito* para responder a Dworkin. A princípio, Hart defende que sua teoria do direito é geral e descritiva, visto que não está ligada a nenhum sistema e cultura jurídica concretos, é moralmente neutra e não tem propósitos de justificação. Já a teoria do direito de Dworkin seria uma teoria de avaliação e justificação dirigida a uma cultura jurídica concreta, bem como se caracteriza como “interpretativa”.<sup>42</sup>

Hart faz outras afirmações lapidares dignas de nota:

a) considera um erro de Dworkin considerá-lo um “positivista meramente factual”, visto que se considera um “positivista moderado” (*soft positivism*), já que reconhece explicitamente que sua “regra de reconhecimento pode incorporar, como critérios de validade jurídica, a conformidade com princípios morais ou com valores substantivos”;<sup>43</sup>

b) as regras e os princípios têm, muitas vezes, o que chama de “textura aberta”, tornando o direito parcialmente indeterminado ou incompleto, devendo os tribunais exercer a criação do direito que designa como “poder discricionário”;<sup>44</sup>

c) entende possível conciliar sua teoria do conceito de direito com os princípios jurídicos e com o “teste do *pedigree*”, salientando, inclusive, a sua distinção entre regras e princípios. Contudo, Hart concorda que falou pouco sobre princípios jurídicos em sua obra.<sup>45</sup> Neste sentido, ele afirma que alguns princípios básicos como “ninguém pode aproveitar-se do seu próprio ilícito” (mesmo exemplo trabalhado por Dworkin) “são

---

<sup>40</sup> Ibidem, p.9 e 12.

<sup>41</sup> Ibidem, p.285.

<sup>42</sup> HART, Herbert L.A. *O conceito de direito*. 5.ed. Trad. de A.Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007, p.300-301.

<sup>43</sup> Ibidem, p.312.

<sup>44</sup> Ibidem, p.314.

<sup>45</sup> Ibidem, p.321-325.

identificados como direito pelo teste do *pedigree*, na medida em que têm sido invocados de forma coerente pelos tribunais, em séries de casos diferentes”.<sup>46</sup>

Na visão de Hart, a diferença fundamental entre sua teoria jurídica e a de Dworkin, ocorre na questão entre direito e moral. Apesar de Hart suscitar em vários momentos de sua obra (o que é esquecido ou não observado pelos críticos), as mais variadas relações e intimidades entre direito e moral,<sup>47</sup> ele defende que a “existência e o conteúdo do direito podem ser identificados por referência às fontes sociais do direito (p.ex., legislação, decisões judiciais, costumes sociais), sem referência à moral, exceto quando o direito assim identificado, tenha, ele próprio, incorporado critérios morais para a identificação do direito”.<sup>48</sup>

Como mencionamos alhures, os diagnósticos do positivismo identificam claramente esta tese: o conceito de direito (identificação) deve ser investigado e elaborado sem a necessária referência à moral. Isto não quer dizer que o direito não tenha relações com a moral. Aliás, todos os pensadores, de filósofos a juristas, tem seguidamente mencionado isto. Jürgen Habermas e Neil MacCormick são dois exemplos.<sup>49</sup> Ambos afirmam que ninguém nega as relações, semelhanças e intimidades entre direito e moral, mas isto não quer dizer que o conceito de direito deva ser elaborado com elementos da moralidade, ainda mais na seara de um positivismo conceitual ou de uma teoria *pura* do direito.

## 5 OS “EQUÍVOCOS DO PÓS-POSITIVISMO” E A “RÉPLICA” DO POSITIVISMO JURÍDICO

Na esteira do que estamos comentando – sem querer obviamente exaurir o tema, que é por demais extenso –, na bibliografia nacional, existem, no mínimo, duas obras sintomáticas que devem ser conferidas com atenção para contextualizar o título acima e servem como exemplo ilustrativo: *Positivismo jurídico* de Dimitri Dimoulis e *Teoria do direito neoconstitucional*, organizada por Dimitri Dimoulis e Écio Duarte.

Na primeira delas, Dimitri Dimoulis dedica um capítulo para “os equívocos do pós-positivismo” (cap. II) e um capítulo para a “réplica” do positivismo: o “positivismo jurídico” legitima o direito positivo?” (cap. VI). Em primeiro lugar, afirma-se que o rótulo “pós-positivismo” é praticamente desconhecido fora do Brasil e, mesmo na Alemanha, onde é encontrado, o sentido não é o mesmo utilizado no Brasil.

---

<sup>46</sup> *Ibidem*, p.327.

<sup>47</sup> O capítulo IX do *Conceito de Direito* chama-se “Direito e Moral”, no qual são trabalhados o “conteúdo mínimo do direito natural” e a “influência da moral sobre o direito”.

<sup>48</sup> *Ibidem*, p.332.

<sup>49</sup> A título de exemplo, conferir: HABERMAS, Jürgen. *Direito e moral*. Tradução de Sandra Lippert. Lisboa: Instituto Piaget, 1999, p.39 e MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. Tradução de Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p.299 e segs.

Esta pretensa escola, corrente ou este “ideário difuso” ou “designação provisória” sofre, de início, de alguns males facilmente verificáveis:

a) utiliza a chamada “falácia do espantinho” em relação ao positivismo, ou seja, trata de desqualificar o adversário ou concorrente a partir de uma suposta ideia ou entendimento geral de que ele estaria “ultrapassado”, “arcaico” ou seria um “retrocesso”, “decadente”, mas por outro lado, abandona os principais teóricos do positivismo e suas obras lapidares sem uma leitura atenta, perspicaz e crítica fundamentada. É como se o positivismo fosse um esquema ou um “esqueleto” (na dicção de Dworkin) que não precisasse mais ser estudado ou verificado com atenção. É como se os autodenominados médicos da teoria do direito abandonassem o estudo da doença e ficassem, de modo distante e afastado do doente, propagandeando a tão procurada cura. Não parece ser a conduta científica mais adequada e é metodologicamente duvidosa. É inegável que os séculos de construção positivista no direito formaram uma teoria do direito robusta e uma tecnologia jurídica que não pode ser facilmente desprezada ou anulada a partir de um “canetaço de ditador”. Mais uma vez, devem ser conferidos, a título de exemplo, o conceito de direito, a teoria da norma e a teoria do ordenamento jurídico, bem como seus teóricos fundamentais como Hans Kelsen e Herbert Hart. O mais correto aos juristas brasileiros seria fazer como fizeram Hart e Dworkin: um debate respeitoso, público e severamente fundamentado sobre suas reais divergências sobre a teoria do direito e não uma crítica sem fundamento e adequada a um modismo que sempre procura o “novo”, não importando muito o que seja este “novo”;<sup>50</sup>

b) sofre de uma visão idealista e metafísica do direito que o reaproxima muito do jusnaturalismo, neste discurso todo permeado de frases de “retorno da ética e valores” para o ordenamento jurídico, de modo geral, vago, sem precisar o que significam estes conceitos como se fossem os coletes salva-vidas da teoria do direito prestes a se afogar. Há sempre a dúvida que os positivistas já identificavam: qual moralidade? Há consenso sobre esta moralidade? O direito deve pregar um tipo de moralidade no ordenamento jurídico?

c) a distinção entre regras e princípios, por si só, não serve para identificar uma nova escola ou corrente, bem como a ideia de que os chamados *hard cases* são novidades no mundo jurídico, já que o próprio positivismo não tem desconsiderado os princípios e sua aplicação e a lógica e a filosofia demonstram que casos difíceis não são novidade no âmbito dos conflitos;

d) o panorama mencionado acima – “mais Constituição do que leis; mais juízes do que legisladores; mais princípios do que regras; mais ponderação do que subsunção; mais concretização do que interpretação” – possivelmente não passe pelo crivo de uma pesquisa empírica mais séria e detida, revelando mais uma vez que, acima de tudo, é preciso ter “fé” na “nova” escola e não se preocupar muito com a realidade do direito vigente.

---

<sup>50</sup> No Brasil, as vaidades e acirradas concorrências acadêmicas para obter titulação, currículos e “seguidores” levaram muitos teóricos do direito a, recentemente, cultuarem o “novo”, inclusive no título de suas obras.

Por fim, neste tópico, cabe mencionar, ainda, a réplica do positivismo a algumas das críticas mais famosas que formaram gerações de juristas no Brasil: (I) o positivismo defendeu o Estado nazista – raciocínio chamado de *reductio ad Hitlerum*<sup>51</sup>; (II) o positivismo é um legalismo ortodoxo que pratica o “fetiche da lei”.

Em relação à primeira crítica (I), os argumentos contrários são no sentido de que o positivismo é uma teoria sobre a validade do direito e não uma proposta política. Como esta teoria poderia definir um regime político? Além disso, várias pesquisas demonstram que, entre outras características, podemos identificar na Alemanha da época o seguinte:

a) uma continuidade legislativa: com exceção da legislação que combatia os adversários políticos e as minorias tidas como inimigas do Estado, não houve grandes modificações no ordenamento alemão;

b) um discurso ideológico: o nazismo apelava para um discurso de “Estado de justiça”, exaltando os “valores” do povo alemão e a “eticização” da aplicação do direito, distanciando-se da aplicação legal;

c) uma doutrina antipositivista: Carl Schmitt – jurista e um dos defensores do regime totalitário – fazia pesadas críticas ao positivismo em função de sua defesa dos princípios da legalidade e irretroatividade e sua falta de direção política. Ao contrário, Schmitt afirmava que o ordenamento devia basear-se na lealdade, na disciplina, na honra, ligadas com o “princípio da direção unitária”.<sup>52</sup>

Parece estranho, mas é comum observarmos nos regimes totalitários o apelo a um sentimento nacional popular exagerado, o qual envolve um chamado a uma determinada ética ou moralidade daquele povo específico, visando a um Estado ideal, perfeito, que seja um exemplo de justiça e segurança para aquele povo “privilegiado”. Portanto, o mero apelo à ética, moral, valores e justiça não garante um bom governo para todos e, também, não serve como crítica ao positivismo jurídico.

Em relação à segunda crítica (II), os estudos detidos e aprofundados dos grandes nomes do positivismo (Kelsen e Hart), demonstram que ambos nunca pregaram o “fetiche da lei”. Dimitri Dimoulis afirma que se admitíssemos a visão da “aplicação mecânica da lei” como um dos baluartes do positivismo jurídico, teríamos que retirar Hans Kelsen e Herbert Hart de suas hostes, visto que ambos os teóricos tratam da criação judicial do direito (interpretação em Kelsen) e da temática da linguagem e da “textura aberta” das normas (Hart)<sup>53</sup>. Não podemos esquecer – seria o cúmulo – que o direito lida com a linguagem e não há linguagem que garanta uma “aplicação mecânica da lei” ou sustente o mito antigo do “juiz boca da lei”. Friedrich Waismann – filósofo austríaco que criou o

---

<sup>51</sup> Sobre a expressão e sua crítica específica, consultar: DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. São Paulo: Método, 2006, p.260 e MATOS, Andityas Soares de Moura Costa. *Positivismo jurídico e autoritarismo político: a falácia da reductio ad hitlerum*. In: DIMOULIS, Dimitri e DUARTE, Écio Oto. *Teoria do direito neoconstitucional: superação ou reconstrução do positivismo jurídico?* São Paulo: Método, 2008.

<sup>52</sup> Panorama presente em: DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. São Paulo: Método, 2006, p.261-263.

<sup>53</sup> *Ibidem*, p.53-55.

termo “porosidade” e influenciou a “textura aberta” de Hart – afirmava que “nenhuma linguagem está preparada para todas as possibilidades”.<sup>54</sup>

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por todo o exposto, é tranquilo observar que os autores e obras que postulam o rótulo “pós-positivismo” utilizam-se da chamada “falácia do espantalho” para criticar o positivismo jurídico. Ou seja, o positivismo é “caricaturizado”, visto a partir de resumos, esquemas ou leituras de segunda mão que previamente proíbem a leitura dos clássicos do positivismo jurídico. Ou, ainda, na melhor das hipóteses, o positivismo usado como alvo das críticas é o positivismo ideológico ou o formalismo, tipo de positivismo não mais aceito para caracterizar esta escola. Há, também, um conjunto de autores positivistas que tratam de evidenciar os problemas do positivismo ideológico e do formalismo, revelando as melhores condições ou estrutura teórica do chamado positivismo conceitual.

No contexto do positivismo conceitual, devemos esclarecer, não há negação das relações entre direito e moral, pelo contrário, tais relações são claramente admitidas e, até mesmo, padrões morais são aceitos como integrantes do ordenamento jurídico. Entretanto, para a construção do conceito de direito não há necessidade de utilização de padrões morais. O conceito de direito é obtido pelo critério da fonte e não pelo mérito. Além disso, é importante a referência a algum tipo de regra de reconhecimento ou norma fundamental.

O conjunto de características propostas para a identificação do pós-positivismo, como mencionado no corpo do texto, também é colocado na balança da crítica e algumas delas não se sustentam.

Trata-se de um argumento ingênuo ou baseado na fé afirmar que o contexto atual do direito – seja chamado de “pós-positivismo”, seja “neoconstitucionalismo” – apresenta-se na estrutura citada anteriormente: mais Constituição do que leis; mais juízes do que legisladores; mais princípios do que regras; mais ponderação do que subsunção; mais concretização do que interpretação. Primeiro: existe um conjunto de autores discordando fundamentadamente desta “estrutura”. Segundo: estas afirmações não sobrevivem a um teste empírico da realidade do direito aplicado ou não tem relevante significado científico. Humberto Ávila, por exemplo, em texto recente, afirma que não é correto, nem científico, propagar que temos mais princípios do que regras; que temos mais ponderação do que subsunção; mais Poder Judiciário do que Poder Legislativo. E mais, estas supostas mudanças não encontram suporte no próprio ordenamento constitucional brasileiro. A Constituição brasileira de 1988 não é composta somente de princípios, mas de regras e princípios e não é exato afirmar que passamos totalmente de um modelo para outro e que este “novo” modelo seja melhor. No mesmo sentido, existe um conjunto de “regras legisladas”, das quais não podem ser subtraídas todas as técnicas interpretativas

---

<sup>54</sup> Waismann citado por STRUCHINER, Noel. *Para falar de regras*. O positivismo conceitual como cenário para uma investigação filosófica acerca dos casos difíceis do direito. Tese de Doutorado em Filosofia da PUC-Rio. Rio de Janeiro: 2005, p.106.

disponíveis, inclusive a subsunção. E, por fim, em uma sociedade complexa e plural, o Poder Legislativo é uma casa que engloba esta pluralidade de valores e tem a função principal de legislar. Não há prevalência de um Poder sobre o outro<sup>55</sup>.

Por todos os argumentos expendidos, devemos dizer que, ao cair do pano, se o positivismo jurídico é problemático e alvo de críticas, o pós-positivismo também não sai ileso deste confronto.

## REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- \_\_\_\_\_. *El Concepto y la validez del derecho*. Tradução de Jorge Seña. 2.ed. Barcelona: Editorial Gedisa, 1997.
- ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 8.ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- \_\_\_\_\_. Neoconstitucionalismo: entre a 'ciência do direito' e o 'direito da ciência'. In: Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE). Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, Número 17, jan/fev/mar 2009. Disponível em: <http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/679/507>. Acesso em 29 set. 2011.
- BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo e Rio de Janeiro: Ed. UNISINOS e Renovar, 2006.
- BARROSO, Luis Roberto. *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BARROSO, Luis Roberto. Constituição. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo e Rio de Janeiro: Ed. UNISINOS e Renovar, 2006, p.148.
- BARZOTTO, Luis Fernando. *O positivismo jurídico contemporâneo*. Uma introdução a Kelsen, Ross e Hart. São Leopoldo: UNISINOS, 1999.
- BOBBIO, Norberto. *A Era dos direitos*. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992.
- \_\_\_\_\_. *O positivismo jurídico*. Lições de filosofia do direito. Trad. de Marcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 12.ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- CALSAMIGLIA, Albert. Postpositivismo. In: *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*, Nº 21, 1, 1998, p.209-220. Disponível em [www.cervantesvirtual.com](http://www.cervantesvirtual.com).
- CAPPELLETTI, Mauro, *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. 2.ed. Porto Alegre: Fabris, 1984.
- DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. São Paulo: Método, 2006.

<sup>55</sup> ÁVILA, Humberto. Neoconstitucionalismo: entre a 'ciência do direito' e o 'direito da ciência'. In: Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE). Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, Número 17, jan/fev/mar 2009. Disponível em: <http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/679/507>. Acesso em 29 de setembro de 2011, p.17-18-19.

DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto. *Teoria do direito neoconstitucional: superação ou reconstrução do positivismo jurídico?* São Paulo: Método, 2008.

DINIZ, Antônio Carlos; MAIA, Antônio Cavalcanti. Pós-positivismo. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo e Rio de Janeiro: Ed.UNISINOS e Renovar, 2006, p.650.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FROEHLICH, Charles Andrade; HAMMES, Elia Denise. *Manual do controle concentrado de constitucionalidade*. Curitiba: Juruá, 2009.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e moral*. Tradução de Sandra Lippert. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. 5.ed. Trad. de A.Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução João Baptista Machado. 7.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. Tradução de Waldea Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MATOS, Andityas Soares de Moura Costa. Positivismo jurídico e autoritarismo político: a falácia da *reductio ad hitlerum*. In: DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto. *Teoria do direito neoconstitucional: superação ou reconstrução do positivismo jurídico?* São Paulo: Método, 2008.

MELLO, Cláudio Ari. *Democracia constitucional e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio M.; BRANCO, Paulo Gustavo G. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. O momento do positivismo. In: DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto. *Teoria do direito neoconstitucional: superação ou reconstrução do positivismo jurídico?* São Paulo: Método, 2008. p.233-245.

STRUCHINER, Noel. *Para falar de regras*. O positivismo conceitual como cenário para uma investigação filosófica acerca dos casos difíceis do direito. Tese de Doutorado em Filosofia da PUC-Rio. Rio de Janeiro: 2005.

STRUCHINER, Noel. A primazia do positivismo conceitual. In: DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto. *Teoria do direito neoconstitucional: superação ou reconstrução do positivismo jurídico?* São Paulo: Método, 2008. p.320.

TAVARES, André Ramos. *Teoria da justiça constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Ley, derechos, justicia. 7.ed. Tradução de Marina Gascón. Madrid: Editorial Trotta, 2007.