

DO POSITIVISMO JURÍDICO AO PÓS-POSITIVISMO

FROM LEGAL POSITIVISM TO POST-POSITIVISM

Rafael Espíndola Berndt¹

Walter Santin Júnior²

Resumo: O presente trabalho versa sobre a criação das bases para a análise ou construção de uma teoria pós-positivista. Inicialmente se estuda as características nas quais se assenta o positivismo jurídico, a separação do direito da moral, um sistema formado por regras jurídicas e a aposta na discricionariedade judicial. Discorre-se sobre o marco histórico que possibilita o surgimento de teorias pós-positivista, em especial a segunda guerra mundial e a própria mudança da formação do novo Estado Constitucional de Direito. Finaliza-se o presente trabalho, demonstrando as críticas teóricas que são tecidas aos paradigmas fundantes do positivismo jurídico a demonstrar as bases nas quais devem estar assentadas as teorias pós-positivistas.

Palavras-chave: Positivismo jurídico. Características. Pós-positivismo. Marco histórico. Crítica.

Abstract: The research is a scrutiny about the creation of the basis for the analysis or construction of a post-positivist theory. Initially it studies the characteristics on which the legal positivism is based, the separation of the law from moral values, a system formed by rules and a bet on the judicial discretion. There is a discussion about a landmark that steered the rising of post-positivistic theories, in special the World War II and the latest development of the Constitutional State. Ultimately, there is a demonstration of a critical theory that has been developed together with the founding paradigms of legal positivism to demonstrate the basis in which must be set out the post-positivistic theories.

Keywords: Legalpositivism. Characteristics. Post-positivism. Historical Landmarks. Criticism.

- 1 Mestrando da Universidade do Vale do Itajaí (Univali). Juiz em Santa Catarina e pós-graduado em direito processual civil (Cesusc), direito público (FGV) e administração judiciária (TJSC). E-mail: respindolaberndt@gmail.com
- 2 Mestrando da Univali. Especialista em Direito Público pela Universidade do Sul de Santa Catarina (Unisul). Especialista em Direito e Gestão Judiciária pela Academia Judicial do Poder Judiciário do Estado de Santa Catarina, Brasil. Juiz Substituto de Direito no Estado de Santa Catarina. E-mail: walterjuniorsantin@yahoo.com.br

1. INTRODUÇÃO

Vive-se, hoje, uma crise de efetividade das Constituições, pois é inegável que ainda não se realizou e garantiu todos os direitos lá positivados, bem como não se construiu o ideal de vida boa que a Constituição propugna à sociedade, mormente no Brasil, dito um país de modernidade tardia, tendo a sua Constituição democrática sido promulgada apenas no ano de 1988.

Nesse contexto, a busca por uma teoria do direito que possa fazer frente aos desafios transformadores que a Constituição cobra de todos os poderes da República é matéria de grande relevância.

Para tanto, a busca pela superação do positivismo jurídico, naquilo que vem sendo denominado como a era das constituições normativas e dos princípios jurídicos, ou seja, teorias que vem sendo denominadas de pós-positivistas ou teorias do neo-constitucionalismo, é o mote da construção desse novo Direito.

O surgimento dessas novas teorias se dá para se fazer frente à resolução de problemas jurídicos que surgem na sociedade pós-moderna, de extrema complexidade, os quais não conseguem respostas adequadas apenas com os paradigmas do positivismo jurídico.

A separação do direito da moral, um sistema apenas baseado em um sistema de regras, a validade apenas formal das normas jurídicas, a aplicação do direito por meio do método subsuntivo e a discricionariedade judicial, encontram-se em crise paradigmáticas nos meios acadêmicos, levando os juristas a estudarem novas formas de se superar esses velhos paradigmas juspositivistas.

Assim, urge estabelecer as bases metodológicas nas quais está assentada a teoria do positivismo jurídico, bem como seus fundamentos filosóficos, para que se possa, ao se voltar os olhos às teorias que se denominam pós-positivistas, perqui-

rir se efetivamente está-se diante de novas teorias superadoras dos paradigmas juspositivistas.

Portanto, o presente artigo tem por objetivo expor as bases teóricas pelas quais uma teoria do direito que venha a se denominar pós-positivista ou neoconstitucionalista, as quais visam superar os paradigmas que informaram o direito até a segunda guerra mundial, qual seja, o positivismo jurídico, precisam superar.

Para o alcance desse objetivo, buscar-se-á descrever as características nas quais estão assentadas as bases do positivismo jurídico, bem como as críticas formuladas ao positivismo jurídico, abrindo-se uma clareira e assentando o chão para análise do surgimento das teorias pós-positivistas, especialmente, os marcos históricos e teóricos que, em linhas gerais, informam este inovador paradigma do Direito, na pós-modernidade.

A pesquisa utilizar-se-á do método expositivo argumentativo com a reunião de material bibliográfico sobre o tema. Buscar-se-á, além de expor as ideias dos autores e dos julgados, uma interpretação acerca do tema proposto.

O trabalho a ser realizado será teórico e do tipo documental e bibliográfico, procurando explicitar o tema a partir de referências teóricas documentadas, com um levantamento dos conhecimentos já produzidos. Por fim, na pesquisa será utilizado o método racional de investigação científica, utilizando-se de uma teoria de base filosófica.

2. CARACTERÍSTICAS DO POSITIVISMO JURÍDICO

A investigação crítica do positivismo jurídico, que dá azo ao surgimento de teorias pós-positivistas perpassa, inicialmente, pela descrição das principais características dessa corrente do pensamento jurídico, com o fito de estabelecer um paradigma

comparativo com o novo, que, no caso, é o pós-positivismo.

Preliminarmente, é importante destacar, de acordo com Bobbio (2006, p. 15) que:

A expressão ‘positivismo jurídico’ não deriva daquela de ‘positivismo’ em sentido filosófico, embora no século passado tenha havido uma certa ligação entre os dois termos, posto que alguns positivistas jurídicos eram também positivistas em sentido filosófico: mas em suas origens (que se encontram no século XIX) nada tem a ver com o positivismo filosófico – tanto é verdade que, enquanto o primeiro surge na Alemanha, o segundo surge na França. A expressão ‘positivismo jurídico’ deriva da locução direito positivo contraposta àquela de direito natural.

Assim, o positivismo jurídico é uma alternativa ao paradigma anterior do jusnaturalismo.

Feita essa ressalva, cumpre traçar as principais características do positivismo jurídico, as quais passarão a ser objeto de análise no presente tópico, por primeiro, a separação entre direito e moral; segundo, na formação do ordenamento jurídico por regras positivadas; e terceiro, na aposta na discricionariedade judicial para solução dos ditos *hard cases*.

Em relação à tese da separação entre direito e moral, ou entre o direito “como é” e “como deve ser” é comumente considerada um postulado do positivismo jurídico, afirma Ferrajoli (2014, p. 204):

O direito, segunda esta tese, não reproduz nem mesmo possui a função de reproduzir os ditames da moral ou de qualquer outro sistema metajurídico – divino, natural ou racional -, ou ainda de valores éticos-políticos, sendo, somente, o produto de convenções legais não predeterminadas ontologicamente nem mesmo axiologicamente

Em complemento Abboud e outros (2015, p. 254):

O positivismo jurídico representa, portanto, o estudo do direito como fato, não como valor: na definição do direito deve

ser excluída toda qualificação que seja fundada nem juízo de valor e que comporte distinção do próprio direito em bom ou mau, justo e injusto. O direito, objeto da ciência jurídica, é aquele que efetivamente se manifesta na realidade histórico-social; o juspositivismo estuda tal direito real sem se perguntar se além deste existe também um direito ideal (como aquele natural), sem examinar se o primeiro corresponde ou não ao segundo e, sobretudo, sem fazer depender a validade do direito real da sua correspondência com o direito ideal.

Assim, a moral é entendida como uma ordem e conduta separada e com características distintas, sem força suficiente para fazer frente, ou suplantar uma norma jurídica. Portanto, a moral deve ser ignorada pelos juristas, pois não se teria como consignar segurança jurídica, diante das várias concepções morais existente no mundo e inerente a subjetividade de cada ser humano.

Essa é portanto a tese central do paradigma do positivismo jurídico. Todavia, mesmo havendo esta centralidade, o positivismo jurídico possui várias vertentes, os chamados positivistas legalistas e os positivistas normativista. Para se explicar a diferença entre as duas correntes “[...] podemos recorrer a uma análise semiótica do direito. A semiótica divide a análise da linguagem em três níveis: sintática, semântica e pragmática”. (ABBOUD et al., 2015, p. 254).

Nessa perspectiva, o positivismo legalista pode ser considerado uma teoria jurídica-sintática. Isso porque o direito aqui é conhecido e analisado apenas a partir dos conceitos que compõem a legislação. Não se problematiza, aqui, a relação deste conceito com a concretude fática. O conceito pode ser conhecido em si mesmo apenas a partir da utilização das fórmulas lógicas do entendimento. (ABBOUD et al., 2015, p. 254).

No que toca ao positivismo normativista, tem-se na figura de Hans Kelsen seu corifeu, o qual busca a por fim ao caos epistemológico deixado pelos positivistas legalistas – movimento do direito livre e jurisprudência dos interesses, nos di-

zeres de Abboud e outros (2015, p. 255).

Já o positivismo normativista opera uma análise semântico-sintática do direito. Desse modo, o normativismo reconhece o problema dos múltiplos significados que emanam dos conceitos que compõem o direito e problematiza a relação desses conceitos com os objetos que compõem o mundo jurídico. Assim, um normativista como Kelsen, por exemplo, não exclui a possibilidade de, no momento de aplicar a norma, os juízes decidirem de mais de uma maneira (desde ajustados à moldura da norma). Todavia, na determinação da validade das normas que compõem o ordenamento, Kelsen opera segundo a lógica sintática.

Por fim, é de se destacar que ambas as versões advogam que a validade de uma norma nunca pode ser julgada de acordo com aspectos externos ao sistema, como a Moral.

A segunda grande característica do positivismo jurídico diz respeito a um sistema formado essencialmente por regras jurídicas. “Isso indica que ser positivista no âmbito jurídico significa escolher como exclusivo objeto de estudo o direito que é posto por uma autoridade e, em virtude disso, possui validade (direito positivo)”. (DIMOULIS, 2006, p. 68).

Assim, todo o pensamento do positivismo jurídico encontra-se fixado pelo Poder Legislativo, sendo que a regra jurídica é o produto da interpretação de um texto elaborado pelos parlamentares, reconstruindo a sua intenção no momento de feitura da norma.

Recusa-se, assim, que a abordagem do fenômeno jurídico dê conta de fatores externos àquilo que foi produzido em termos de regulação social pelo Estado. As demais fontes, princípios, costumes etc. possuem um caráter meramente informativo.

Lenio Streck (2011, p. 303-304) assim assevera:

É impossível negar que o direito do modelo liberal-individualista (formal burguês) estava assentado no modelo de regras. Moral, política, tudo fora expungido. E, para tanto,

as regras tinham determinada função. Os princípios – que eram ‘os gerais do direito’ – tinham função positivista de ‘fechar’ o sistema, que explicitavam mais fortemente a prerrogativa de os juízes agirem de forma discricionária.

A terceira característica do positivismo jurídico diz respeito à aposta na discricionariedade delegada ao juiz nos *hard cases* ou nas incertezas da linguagem em geral.

Nas palavras do corifeu do positivismo jurídico, Hans Kelsen (1997, p. 27-28):

Con respecto a la interpretación de normas concretas por la ciencia del derecho, la teoría pura del derecho destaca casi siempre existente y más o menos amplia, pluralidad de significaciones del material a interpretarse. Ella reconoce como única tarea de la interpretación científica el señalar las posibles significaciones y el confiar a las consideraciones políticas, la elección definitiva entre las igualmente posibles interpretaciones científico-jurídicas de la autoridad que aplica el derecho.

Portanto, em se tratando dos ditos *hard cases*, aqueles nos quais a ambiguidade dos textos normativos, as lacunas ou as antinomias possibilitam a adoção de soluções diversas para um mesmo caso submetido a julgamento, ensejando insegurança quanto à solução correta a ser oferecida pela jurisdição, apesar dos textos legais já elaborados pelo legislador.

Nesse sentido, afirma Lenio Streck (2014, p. 127):

No que tange a aplicação do Direito, Kelsen, ciente da polissemia dos signos linguísticos, conclui que sempre haverá espaço de mobilidade para o intérprete. A *applicatio* – que está fora da ciência do direito – sempre será um ato de vontade, uma escolha qualquer das possibilidades normativas elencadas pela ciência do direito na moldura normativa. Nesta área, a atividade da ciência do direito estaria limitada a apresentar os vários significados possíveis de uma determinada norma, contudo, sem jamais indicar uma ou outra como a correta. Deste modo, caberia à volição do intérprete a decisão.

Em arremate, acerca do pensamento de Kelsen sobre a apli-

cação das leis:

Entretanto, na parte que trata da aplicação das leis, faz três importantes afirmações: primeiro, que a interpretação por órgãos jurídicos são atos de vontade (e não de conhecimento do direito positivo); segundo, que, se há espaço para alguma atitude cognoscitiva, ela se dá em relação à possibilidade de incidência de outras normas (como de moral e de justiça, por exemplo); e terceiro, que a aplicação se dá discricionariamente dentro da moldura da lei ou até mesmo fora dela, criando direito. (TASSINARI, 2013, p. 117).

Outro grande pensador do positivismo jurídico é Herbert Hart, que diversamente de Kelsen, abordou a temática fazendo menção às zonas cinzentas de indeterminação existentes em certos textos legais, em que a textura se mostra aberta, possibilitando ao intérprete a possibilidade de escolha quanto à resolução que julga ser mais consentânea a dirimir a causa.

Nas palavras do próprio autor (HART, 2010, p. 69-70):

Se uma zona de penumbra de incerteza deve envolver todas as regras jurídicas, então sua aplicação a casos específicos na área da zona de penumbra não pode ser uma questão de dedução lógica e, assim, o raciocínio dedutivo, que tem sido festejado por gerações como a própria perfeição do raciocínio humano, não pode servir de modelo para aquilo que os juízes ou, na verdade, qualquer pessoa, deveriam fazer para acomodar casos específicos a normas gerais.

Portanto, em que pese o texto normativo trazer uma amarra à decisão judicial, como uma base estabelecida pela representação política, o texto não tem um nível de determinação suficiente para eliminar a discricionariedade judicial.

Luigi Ferrajoli bem resume as ideias do juspositivismo:

La racionalidade ius-positivista própria del derecho moderno es, por el contrario, una racionalidad formal, basada en la forma legal de la estipulación de lo que resulta decidido. Su presupuesto es el principio de legalidad, esto es, la predeterminación voluntarista y convencionalista de

los criterios de decisión, conforme a la cual el derecho se separa de la moral y validez se disocia de la justicia, dándose la presunción de que ésta pueda ser asegurada en cada ocasión por la sabiduría de la doctrina y la jurisprudencia. Gracias a este principio se reducen la incertidumbre del derecho y la arbitrariedad decisionista de los jueces y los administradores públicos. Al mismo tiempo se garantiza un cierto grado de igualdad y de imparcialidad por el “velo de la ignorancia” [...] que caracteriza, respecto de los casos concretos, a la ley general y abstracta. Pero es claro que de esta manera la arbitrariedad se traslada de la jurisdicción a la legislación, esto es, a la estipulación legal de lo que es justo e injusto, confiada enteramente a la autoridad política, esto es, a la forma, en el mejor de los casos democrática, a través de la que su voluntad se expresa. (FERRAJOLI, 2011, p. 42).

Na próxima seção, passar-se-á a abordar às críticas formuladas ao positivismo jurídico e o surgimento do pós-positivismo, no seu cariz histórico e teórico.

3. PARADIGMA HISTÓRICO DE SURGIMENTO DO PÓS-POSITIVISMO

A segunda-guerra mundial foi o marco histórico para o surgimento de um novo Direito, uma nova teoria constitucional, em virtude de todos os traumas trazidos pela guerra terem sido muito eloquentes para o mundo, pois o direito, no paradigma juspositivista, havia fracassado em tutelar os direitos humanos.

Immanuel Kant já advertia de que o homem não poderia ser considerado meio para qualquer fim – como o fora durante a segunda guerra mundial -, mas sim um fim em si mesmo.

Nas palavras do filósofo:

[...] o homem – e, de uma maneira geral, todo ser racional – existe como um fim em si mesmo e não apenas como meio para o uso arbitrário dessa ou daquela vontade. Em todas as suas ações, pelo contrário, tanto nas direcionadas a ele

mesmo como nas que o são os outros seres racionais, deve ser ele sempre considerado simultaneamente como fim [...] os seres racionais denominam-se pessoas, porque a sua natureza os distingue já como fins em si mesmos, ou seja, como algo que não pode ser empregado como simples meio e que, portanto, nessa medida, limita todo o arbítrio (e é um objeto de respeito). (KANT apud MOTTA, 2012, p. 31).

No sentido da transformação do Direito no mundo, Clarissa Tassinari (2013, p. 40) afirma que:

O período posterior à Segunda Guerra mundial foi considerado um marco para o Direito no mundo todo, isso porque, para que fossem superadas as atrocidades cometidas durante a existência dos regimes totalitários, era necessário que se rompesse com toda a estrutura legislativa que lhes atribuía legitimidade através do argumento da obediência a um formalismo rigoroso, de mera observação do procedimento adequado de criação das leis.

As duas grandes transformações pelo qual passou o Direito Constitucional dizem respeito a se dar uma primazia aos direitos humanos, positivados nas constituições como direitos fundamentais, bem como a criação de tribunais constitucionais para a garantia desses direitos, ou seja, o surgimento de uma jurisdição constitucional, o que implicou, inevitavelmente, num novo rearranjo do que se entende por um Estado.

Configurou-se, a transição do que se conhecia por estado Legislativo de Direitos para um Estado Constitucional de Direito.

Acerca dos modelos estatais pelo qual passou o mundo, Jorge Miranda (1997, p. 88) sintetiza:

O Estado constitucional, representativo ou de Direito surge como Estado liberal, assente na ideia de liberdade e, em nome dela, empenhado em limitar o poder público tanto internamente (pela sua divisão) como externamente (pela redução ao mínimo de suas funções perante a sociedade). [...] Mas, apesar de concebido em termos racionais e até desejavelmente universais, na sua realização histórica não pode desprender-se de certa situação socioeconômica e so-

ciopolítica. Exibe-se também como Estado burguês, imbricado ou identificado com valores e interesses da burguesia, que então conquista, no todo ou em grande parte, o poder político e econômico.

O mesmo autor (1997, p. 98) passa, na sequência, a descrever o Estado Social de Direito, afirmando que:

É um modelo constitucional que sucede o Estado liberal ou que com ele parcialmente coexiste – como um esforço de aprofundamento e de alargamento concomitantes da liberdade e da igualdade em sentido social, com integração política de todas as classes.

Segundo Lenio Streck (2014, p. 24) esta nova concepção de Estado, surgido no pós-guerra, vem com o intuito de superar as mazelas das anteriores concepções estatais – estado liberal e social -, assim as descrevendo:

Desse modo, dos problemas provocados pelo absentismo estatal passou-se à exigência da construção de um modelo de Estado (e de Constituição, porque impossível dissociar esta daquele) dotado de capacidade de impedir a revolução que poderia surgir da incapacidade do liberalismo em gerar uma sociedade que compatibilizasse progresso com distribuição de renda e justiça social.

Este é, pois, o cenário próprio para o aparecimento do Estado de feição intervencionista, onde o polo de tensão do poder se desloca em direção ao Executivo. Afinal, para realizar políticas públicas corretivas, era necessário um Estado forte e um direito apto a albergar os (necessários) atos promovedores de tais políticas (veja-se, por exemplo, o embate entre o Poder Executivo norte-americano e a Suprema Corte, por ocasião do New Deal). Muda a feição do Estado; altera-se a feição do direito (e das Constituições).

Interessante notar, que as concepções de Estado, Direito e modelos Constitucionais caminham par e passo, quando há mudanças em um desses fatores os demais vem a reboque; e que a concepção do novo Estado que se forma a partir da segunda guerra mundial é resultado de um processo histórico.

Nesse sentido, Lenio Streck (2014, p. 125) leciona que:

A preocupação com os direitos fundamentais e a democracia e a democracia engendra textos constitucionais que avançam nitidamente em relação aos fundamentos do velho liberalismo e à noção puramente intervencionista do Estado Social (ou dos Estados burocráticos). A democracia e os direitos fundamentais passam a ser dois sustentáculos desse novo modelo, donde não pode haver retrocesso. Por isso, para utilizar uma linguagem hermenêutica, é possível dizer que a noção de Estado Democrático de Direito que a tradição nos legou é existencial. Qualquer problematização que se pretenda elaborar acerca da democracia e do agir dos agentes sociais se dará neste espaço, onde ocorre o sentido do direito e da democracia.

Em arremate acerca do conceito deste novo Estado Democrático de Direito, Lenio Streck (2014, p. 39):

Remete a um tipo de Estado em que se pretende precisamente a transformação do modo de produção capitalista e sua substituição progressiva por uma organização social de características flexivamente sociais, para dar passagem, por vias pacíficas e de liberdade formal e real, a uma sociedade onde se possam implantar superiores níveis reais de igualdades e liberdades [...] o qualificativo ‘democrático’ vai muito além de uma simples reduplicação das exigências e valores do Estado Social de Direito e permite uma práxis política e uma atuação dos poderes públicos que, mantendo as exigências garantísticas e os direitos e liberdades fundamentais, sirva para uma modificação em profundidade da estrutura econômica e social e uma mudança atual do sistema de produção e distribuição dos bens.

Partindo-se dessa concepção de Estado, tem-se que a grande função deste novo Estado e, por conseguinte do Direito, é a transformação da realidade econômica e social. Para tanto o Direito, em especial o Direito Constitucional, teve que se transformar, como já destacado. Isso porque, de nada adiantaria a promulgação de várias cartas constitucionais, tais como a Constituição da Alemanha (1949); da Itália (1948); da Espa-

nha (1972); de Portugal (1976); e posteriormente, a do Brasil (1988) se não fossem assegurados formas de entendimento dos direitos lá expostos, bem como os mecanismos que garantissem tais direito, sob pena de se repetir o fenômeno—bem delineado por Marcelo Neves – de uma Constituição simbólica.

Tassinari (2013, p. 40) aduz que:

Isto é, este fato na história da civilização não apenas proporcionou alterações estruturais na organização política e jurídica dos mais variados países, mas também – e fundamentalmente – exigiu um novo modo de conceber o fenômeno jurídico, que passa a ser percebido sob um viés de materialidade (de substancialidade). Tudo isso através da inclusão de dois elementos centrais: do reconhecimento da força normativa da Constituição (Konrad Hesse) e de seu caráter prospectivo, que condiciona materialmente a legalidade; e da incorporação de novas garantias, novos direitos aos cidadãos, com seus respectivos meios (instrumentos) assecuratórios.

Assim, traçadas bases históricas, com as mudanças ocorridas na forma de conceber o próprio Estado de Direito, acerca da necessidade de se superar a teoria do direito até vigente, o positivismo jurídico, mister expor quais as críticas teóricas feitas ao juspositivismo, que possibilitaram um novo pensar ao Direito, a criação de várias correntes de pensamentos, ditas pós-positivistas, com o fito de se estabelecer o que efetivamente uma teoria pós-positivista deve contar para superar os paradigmas de outrora.

4. CRÍTICAS TÉORICAS AO POSITIVISMO JURÍDICO

Como se viu a superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação. Primeiramente, cabe analisar se a separação entre direito e moral ainda preva-

lece nos moldes juspositivista.

Nos moldes positivistas não pode, de fato, prevalecer a tese da separação entre direito e moral. A uma porque não se pode negar os reflexos entre as ordens sociais, as quais são complementares, em que pese o querer de manutenção de objetividade e purificação científica. A duas, os assuntos da moral estão umbilicalmente conectados com os debates jurídicos, que buscam axiologicamente decisões corretas, justas e boas, não servindo de forma para qualquer conteúdo.

Nesse sentido, Manuel Atienza (2010, p. 112-113):

Pues bien, si prescindimos de la cuestión terminológica, lo queda es la necesidad de vincular el Derecho con la moral, si se quiere comprender el funcionamiento de nuestros sistemas jurídicos y operar con ellos, El reconocimiento de una realidad como jurídica, como Derecho válido, no puede hacerse sin recurrir a la moral, puesto que la aceptación de la regla de reconocimiento del sistema implica necesariamente em un juicio moral. Y los juicios morales son también necesarios para llevar a cabo las operaciones de producir, aplicar e interpretar el Derecho. Además, una teoría del Derecho verdaderamente interesante, que pretenda servir a la práctica, no puede limitarse a describir el Derecho desde fuera, sino que tiene que asumir, al menos hasta cierto punto, una perspectiva interna o hermenéutica.

Portanto, não mais se sustenta a tese da separação entre moral e direito, como outrora, pois o Direito tem como missão determinar quais as decisões não possíveis de serem tomadas em Sociedade, e, conseqüentemente, implica em juízos valorativos. Isso fez com que na construção do novo – neoconstitucionalismo – passasse a considerar esse imbricamento entre moral e direito, em diferentes linhas de pensamento.

Robert Alexy defende a tese de que entre direito e moral existe uma relação de complementariedade. A moral serviria, nesse caso, como um parâmetro de correção do direito. Este preservaria uma “autonomia relativa”, na medida em

que os padrões de legalidade, conformidade com o ordenamento e eficácia social, estariam mantidos, porém, na existência de algum tipo de lacuna ou até mesmo em casos de evidente injustiça, o discurso moral poderia corrigir o discurso jurídico. (ABBOUD et al., 2015, p. 182).

Já para Ronald Dworkin essa relação entre direito e moral se dá da seguinte maneira:

Em A justiça de toga, Dworkin propõe uma análise da relação entre direito e moral que complementa, em grande parte, a exposição por ele realizada em outras obras. Nessa ocasião, o jusfilósofo americano afirma que entre o direito e a moral não existe nem separação, nem vinculação, muito menos complementariedade. Ele afirma ser o direito um ramo (branch) da moral havendo, entre direito e moral, uma interconexão.

[...]

Essa interconexão, nos termos propostos por Dworkin, trata o direito como um segmento da moral, não como algo separado dela. Entendemos a teoria política desta forma: como parte da moral compreendida em termos gerais, porém diferenciadas, com sua substância específica, uma vez que aplicável a estruturas institucionais distintas. (ABBOUD et al., 2015, p. 185-186).

Feitas essas breves distinções entre a relação do direito e da moral, nas visões juspositivistas e pós-positivistas, cumpre analisar e tecer críticas acerca da tese juspositivista de que o ordenamento jurídico seria formado tão somente por regras jurídicas.

Apesar de se conferir grande valor ao ditame de que as regras jurídicas positivadas pelo legislador, não podendo ser descartado, por óbvio, deve-se avançar no sentido de que este não é o único parâmetro de análise de um ordenamento jurídico, uma vez que esse retorno aos aportes morais ao direito faz com que outras fontes jurídicas passem a influenciar a ciência jurídica.

Nessa toada, cabe inicialmente a advertência de Lenio Streck (2011, p. 509), quanto ao papel primordial da Consti-

tuição como norma, fator este, inclusive, determinante para a própria concepção do Estado e do papel dos três poderes, como antes destacado.

Essa problemática tem relação direta com a construção de uma nova teoria das fontes, uma vez que a Constituição será o *locus* da construção do direito dessa nova fase do Estado (Democrático de Direito); conseqüentemente, não mais há que se falar em qualquer possibilidade de norma jurídicas que contrariem a Constituição e que possam continuar válidas; mais do que isso, muda a noção de parame-tricidade, na medida em que a Constituição pode ser aplica-da sem a interpositivo *legislatoris*, fonte de serôdias teorias que relativizam a validade/eficácia das normas.

Feita essa advertência, cumpre expor quais a base das teo-rias pós-positivistas que buscam trazer uma nova teoria da nor-ma jurídica, e, aqui, a grande mudança paradigmática parece ter sido a elevação dos princípios a normas jurídicas.

Os princípios constitucionais, portanto, explícitos ou não, passam a ser a síntese dos valores abrigados no ordenamento jurídico. Eles espelham a ideologia da sociedade, seus postu-lados básicos, seus fins. Os princípios dão unidade e harmo-nia ao sistema, integrando suas diferentes partes e atenuan-do tensões normativas. De parte isto, servem de guia para o intérprete, cuja atuação deve pautar-se pela identificação do princípio maior que rege o tema apreciado, descendo do mais genérico ao mais específico, até chegar à formulação da regra concreta que vai reger a espécie. Estes os papéis de-sempeñados pelos princípios: a) condensar valores; b) dar unidade ao sistema; c) condicionar a atividade do intérprete.

Na trajetória que os conduziu ao centro do sistema, os princí-pios tiveram de conquistar o status de norma jurídica, supe-rando a crença de que teriam uma dimensão puramente axio-lógica⁵⁸, ética, sem eficácia jurídica ou aplicabilidade direta e imediata. A dogmática moderna avaliza o entendimento de que as normas em geral, e as normas constitucionais em particular, enquadram-se em duas grandes categorias diver-sas: os princípios e as regras. Normalmente, as regras con-têm relato mais objetivo, com incidência restrita às situações

específicas às quais se dirigem. Já os princípios têm maior teor de abstração e uma finalidade mais destacada no sistema. Inexiste hierarquia entre ambas as categorias, à vista do princípio da unidade da Constituição. Isto não impede que princípios e regras desempenhem funções distintas dentro do ordenamento. (BARROSO, 2001, p. 20-21).

Em arremate, Antonio Castanheira Neves (1995, p. 52), afirma que:

Trata-se agora também do reconhecimento, não só de que o sistema jurídico haverá hoje de pensar-se aberto e constituído, mas sobretudo de que deixou ele de ser normativisticamente unidimensional (i. é, constituído apenas por normas, no sentido dogmático estrito desse conceito, e qualquer que seja a origem dessas normas ou mesmo que não sejam elas exclusivamente normas legais), pois se revela como normativisticamente pluridimensional – desde logo, e é essencial, com uma dimensão normativa que transcende, intencional e juridicamente, as normas formais e que é dada pelos valores e princípios normativo-jurídicos, os regulativos e constitutivos fundamentos normativos de todo o sistema juridicamente vigente.

Por fim, cumpre analisar a ideia da aposta positivista na discricionariedade para resolução de casos dito difíceis.

A redução da discricionariedade judicial é todo salutar, pois reduz a margem de manobra do aplicador da lei, e, conseqüentemente, aumenta o grau de previsibilidade das decisões judiciais, na busca incessante da segurança jurídica.

Nesse sentido, Norberto Bobbio (2006, p. 46) afirma que “[...] a subordinação dos juízes à lei tende a garantir um valor muito importante: a segurança do direito, de modo que o cidadão saiba com certeza se o próprio comportamento é ou não conforme a lei.”

Parece ser ponto comum tanto de positivistas quanto pós-positivistas que a busca por segurança jurídica é o mote de suas teses, todavia se a teoria positivista tivesse alcançado, através

da subsunção, estes objetivos, não estariam os pós-positivistas também a buscar alternativas para a falta de certeza na aplicação do direito.

Lenio Streck (2011, p. 516-517) bem coloca a relação entre subsunção e discricionariedade:

É preciso compreender que a subsunção – espaço de erupção da discricionariedade no momento decisório – não esgota, por impossibilidade filosófico-paradigmática, a aplicação de um texto jurídico. Se quisermos, de fato, ingressar na viragem linguístico-ontológica, antes é preciso termos claro que a subsunção era o modo de a vontade geral (legislativo soberano no modelo formal burguês) controlar a aplicação da lei. Nada mais que isso. O que deve ser dito é que subsunção é sinônimo de juiz boca da lei e que a discricionariedade é o modo como o próprio sistema encontrou para preencher as insuficiências ôntico-semânticas de que a subsunção não poderia dar conta.

Note-se, com efeito, que os próprios positivistas foram os primeiros a encarar o problema da discricionariedade judicial, conformando os métodos de interpretação cunhados pelo paradigma do Positivismo Jurídico, apesar de seus esforços, ainda franqueiam uma larga margem para o exercício da livre atividade discricionária do órgão aplicador, nos chamados casos difíceis, em razão da ambiguidade da linguagem ou das eventuais lacunas e antinomias. Diversos aspectos ligados às peculiaridades do movimento juspositivista impediram que os seus expoentes fossem além da moldura kelseniana.

Em resumo a construção de uma teoria pós-positivista deverá superar os três elementos fundantes dos diversos positivismo jurídicos, como acima expostos:

Primeiro, porque o positivismo sempre se caracterizou pelas fontes sociais do direito, pela separação entre direito e moral e pela discricionariedade delegada ao juiz nos hard cases ou nas incertezas da linguagem em geral;

Segundo, porque, como já demonstrado alhures, há uma

correspondência de tais características com os obstáculos (que posso denominar constitucionalismo, desde que esse conceito não esteja viciado do *semantic sense*): a falta de uma nova teoria das fontes, a falta de uma nova teoria da norma e a ausência de uma teoria da interpretação que dê conta da superação do paradigma objetivista aristotélico-tomista e da filosofia da linguagem. Há, assim, um modo de unificar essas características e os obstáculos, uma vez que é possível vislumbrar uma imbricação ou cruzamento entre eles. (STRECK, 2011, p. 509).

Portanto, a análise das teorias ditas pós-positivistas, para assim, de fato, serem denominada, devem invariavelmente superar os aspectos acima destacados, elementos centrais do positivismo jurídico.

5. CONCLUSÃO

Buscou-se com a presente pesquisa abrir uma clareira a possibilitar uma melhor análise das teorias pós-positivistas, as quais buscar realizar efetivamente os ditames das Constituições Contemporâneas.

Para tanto, demonstrou-se as principais características do positivismo jurídico, quais sejam: a separação do direito da moral, um sistema apenas baseado em um sistemas de regras, a validade apenas formas das normas jurídicas, a aplicação do direito por meio do método subsuntivo e a discricionariedade judicial.

Na sequência, estudou-se o marco histórico do surgimento do pós-positivismo que, com o advento da Segunda-Guerra Mundial, com o fracasso do Direito, o Estado e o próprio Direito Constitucional teve que se reinventar a fim de superar o excessivo formalismo do positivismo jurídico que contribuiu sobremaneira pela não proteção de direitos fundamentais.

Nesse contexto, a pesquisa comprovou que surgiu a ideia da força normativa da Constituição, por meio de Konrad Hesse, demonstrando também como as mudanças nas concepções

de Estado, trazem em conjunto as mudanças de paradigmas no Direito, pois com o surgimento do Estado Constitucional de Direito, necessitou-se, também, de uma nova teoria do Direito.

Pois bem, fixadas essas premissas, buscou-se realizar uma crítica às bases nas quais estava fundado o positivismo jurídico, uma vez que, somente mediante dessa crítica poder-se-á, assentar as bases para a construção de uma teoria pós-positivista, que efetivamente venha superar os velhos paradigmas do positivismo jurídico.

Demonstrou-se que o direito não pode estar apartado da moral, pelo trauma histórico do formalismo juspositivista e pela própria necessidade de fazer cumprir a norma constitucional, mormente de proteção aos direitos humanos. Faz-se necessária também a superação da teoria norma jurídica em que estava calcado o positivismo jurídico, tendo como única fonte, a regra estatal, construindo-se por intermédio da normatividade dos princípios uma nova concepção dessa teoria da norma jurídica.

Por fim, e de grande importância, a minoração da discricionariedade na decisão judicial, aposta esta que era feita pelos pensadores do positivismo jurídico, mediante método subsuntivo. Isso porque parece inegável que a reboque da minoração da discricionariedade judicial, está a realização de uma maior segurança jurídica.

Tem-se com estas digressões torna-se possível analisar se as teorias ditas pós-positivistas superam os principais paradigmas do positivismo jurídico ou mesmo a própria construção de uma teoria pós-positivista deverá levar em conta tais fatores.

Este trabalho teve como escopo incitar a novas pesquisas, acerca de tema que ainda gera muita divergência na doutrina. Podendo ser utilizado como base para futuros aprofundamentos na matéria. Não tendo o condão de esgotar o debate acerca do tema proposto.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges e outros. *Introdução à teoria e à filosofia do direito*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

ATIENZA, Manuel. *El sentido del derecho*. 6. ed. Barcelona: Ariel, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ—Centro de Atualização Jurídica, v. I, n.º. 6, setembro, 2001.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 2006.

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

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 4. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris. teoría del derecho y de la democracia*. Teoria de la democracia. Trad. de Perfecto Andre Ibañes, Carlos Bayon, Marina Gascón, Luis Prieto Sanchís y Alfonso Ruiz Miguel. Madrid: Editorial Trotta, 2011. v. 2.

HART, Herbert L. A. *Ensaio sobre teoria do direito e filosofia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

KELSEN, Hans. *Qué es la teoría pura del derecho?* 5. ed. Coloniadel-MEX: Distribuciones Fontamara, 1997.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

MOTTA, Francisco José Borges. *Levando o direito a sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial*. 2. ed. rev. e ampl. Porta Alegre: Livraria do Advogado, 2012

NEVES, Antonio Castanheira. *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. v. 2.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

Artigo recebido em: 29/05/2017

Artigo aprovado em: 10/10/2017