

A COMPREENSÃO DO JUSTO COMO PROPOSIÇÃO CENTRAL DA REFLEXÃO DO DIREITO: SEUS CONTORNOS NO PÓS-POSITIVISMO

THE UNDERSTANDING OF JUST HOW TO PROPOSE CENTRAL OF REFLECTION OF LAW: ITS MARGINS IN THE POST-POSITIVIST

*Luiz Henrique Martim HERRERA **

*Fábio Paride PALLOTTA ***

SUMÁRIO: Introdução; 1) A insubsistência das concepções puras do jusnaturalismo e do positivismo na contemporaneidade; Considerações finais; Referências bibliográficas.

RESUMO: O presente trabalho pretende identificar os fundamentos a priori que sustentam a reviravolta paradigmática do positivismo para o pós-positivismo. Do estudo que se realizou, verificou-se que a valorização do direito positivo sobre o direito natural propiciou mais tarde, no contexto histórico do século XX, motivos para se revisitar os postulados metafísicos do jusnaturalismo. Desse movimento, resgatou-se a moral para reintroduzi-la ao conceito de direito de modo a superar a dialética da antítese entre positivistas (dever ser) e jusnaturalistas (ser), abrindo, assim, novos caminhos para uma nova compreensão do que venha a ser Justo em tempos de um ideário social difuso; constatou-se que a crença positivista de legalidade como valor-fim mitigou-se frente os esforços dos teóricos da teoria geral do direito em querer aferir como o direito está em tempos de era pós-moderna. Desde então, notadamente a partir do segundo pós-guerra, os princípios universais, a ética e a moral (tridimensionalidade substantiva) impulsionam mudanças no modo de compreender o direito, o que se convencionou chamar de pós-positivismo

ABSTRACT: This study aims to identify the fundamentals that support the a priori turnaround paradigm of positivism and post-positivism. The study that took place,

* Graduado em Direito. Especializado em Filosofia Moderna e Contemporânea; em Filosofia Política e Jurídica. Atualmente é mestrando em Teoria do Direito e do Estado pelo UNIVEM. É Advogado e Professor.

** Graduado em História e em Direito. Especialista em Educação Escolar e mestre em História Cultural. É professor universitário da Faculdade Anhanguera de Bauru, onde leciona Direito Internacional Público, Direitos Humanos, História do Direito, Ciência Política e Teoria Geral do Estado. Tem experiência na área de História, Direito, Sociologia e Meio Ambiente. Artigo publicado em colaboração com o GT Filosofia do Direito do XIX Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito - CONPEDI.

it was found that the appreciation of the positive law on the direct nature provided later in the historical context of the twentieth century, reasons to revisit the metaphysical tenets of natural law. This movement is rescued morals to reintroduce it to the concept of law in order to overcome the dialectic of opposition between positivist (should be) and natural law (to be), thus opening new avenues for new understanding of what will Just in time to be a widespread social ideals, it was found that the positivist belief legality as a value-in front end has mitigated the efforts of the theoreticians of the general theory of the right in wanting to gauge the right time is in the postmodern era . Since then, especially from the second post-war, universal principles, ethics and morality (three-dimensionality noun) drive changes in the way of understanding the law, the so-called post-positivism.

PALAVRAS-CHAVE: Hermenêutica contemporânea; Correção material; Justiça

KEYWORDS: Contemporary hermeneutics; Patch material; Justice

Os primeiros registros históricos desse debate remontam à obra *Antígona* de Sófocles. Antígona, irmã de Polícinete, morto em combate, desafiou o decreto do tirano Creonte¹: “Eu não creio que os teus editos valham mais do que as leis não escritas e imutáveis dos deuses, que não são de hoje e nem de ontem e ninguém sabe quando nasceram”.

Dessa peça, verifica-se nitidamente a separação entre a uma ordem normativa imanente à natureza humana – argumento de validade fundado no direito natural – e o decreto de Creonte – em que o direito positivo prevalece sobre o direito natural. Nesse conflito, em refutação ao arbítrio, sustentou-se a superioridade do Direito Natural em face do Direito Positivo. Essa é a essência do debate entre positivistas e não positivistas.

Mas com o passar do tempo, foi preciso que a concepção jusnaturalista fosse criticada a fundo, de modo a desaparecer do imaginário jusfilosófico. E isso se fez, a partir da valorização do direito positivo sobre o direito natural, ou seja, reduziu-se o direito natural à filosofia do direito positivo, a saber: as codificações representariam a positivação do direito natural, conferindo-lhe racionalidade e autoridade Estatal. O exemplo máximo disso ocorrera com o Código de Napoleão (1804) e, desde então, a codificação representa a experiência jurídica dos últimos dois séculos.

Isso se deu num contexto histórico de derrocada do modelo da sociedade medieval², período em que o Direito é um fenômeno social produzido pela sociedade

1 O texto não tinha, certamente, a intenção de discutir a oposição jusnaturalismo *versus* positivismo, mas é um exemplo de que o conteúdo da discussão é muito antigo.

2 Dimitri Dimoulis (2006, p. 69) em extensa obra sobre o positivismo jurídico, afirma que “sem entrar em pormenores da história das idéias jurídicas, observamos que idéias de cunho juspositivista encontram-se já no século XVI da obra de Jean Bodin (1529-1596)”.

civil (normas consuetudinárias). A partir de então, temos o advento do Estado Moderno (o Estado quem produz o Direito), período no qual, por todas as críticas, a concepção jusnaturalista mitiga-se por não atender às exigências de ordem e segurança jurídica ansiada pela sociedade ilustrada.

É correto dizer, pois, que o positivismo jurídico se relacionou casualmente com o processo histórico de derrota do direito natural e a substituição das normas de origem religiosa pelas leis estatais, fenômeno este conhecido como positivização do direito³. Em outras palavras: a ascensão do jusnaturalismo está associada à ruptura com o Estado absolutista, enquanto que sua decadência está vinculada ao movimento de codificação do direito (início do século XVIII).

Isso implica dizer que com a concepção de Estado, o embate direto-natural/direito-positivo (concepção dualista de direito) abre espaço para a compreensão de um Direito apenas positivado (concepção monista, na medida em que o Estado concentra em si todos os poderes, dentre eles, o de criar o direito). Com efeito, transforma-se o juiz de livre órgão da sociedade (resolvia as questões a partir das regras do costume, pela equidade, segundo os princípios da razão natural) em órgão do Estado (subtrai-se do juiz a faculdade de resolver conflitos com base em normas sociais, obrigando-lhe a aplicar apenas as normas postas pelo Estado⁴).

Possível concluir, portanto, que o direito natural é pré-político e o direito positivo é comum à sociedade política (ou Estado). Em outras palavras: a formação do Estado revela a passagem do estado de natureza para o estado civil, na justificação de Hobbes (2000, *passim*).

Ocorre que, ainda no século XVIII, o direito natural permaneceu vivo⁵, servindo de fundamento para a consolidação da Constituição Americana (1787) e da Constituição Francesa (1791), como consequência do contrato social (Hobbes, Rousseau e Locke); nesse período o homem do Renascimento produzia uma inversão antropocêntrica na compreensão do mundo, vendo-o a partir de si mesmo, e não mais a partir de Deus.

Essa concepção teológica do jusnaturalismo foi gradativamente substituída por um jusnaturalismo fundado na identidade de uma razão humana universal, que vem a atingir seu maior grau com Emmanuel Kant, ao valorizar a figura

3 Boaventura de Souza Santos (SANTOS, 2009, p. 141) faz duras críticas e denuncia: “o positivismo é a consciência filosófica do conhecimento-regulação [...] é a regularidade, lógica e empiricamente estabelecida através de um conhecimento sistemático”. Acrescenta ainda que “O aparecimento do positivismo na epistemologia da ciência moderna e o positivismo jurídico no direito e na dogmática jurídica podem considerar-se, em ambos os casos, construções ideológicas destinadas a reduzir o progresso social ao desenvolvimento capitalista, bem como imunizar a racionalidade contra a contaminação de qualquer irracionalidade não capitalista”.

4 Conforme nos anuncia Bobbio (2006, p. 30), “o processo de monopolização da produção jurídica por parte dos Estados Modernos encontra um grande precedente na compilação de Justiniano”. Isso significa dizer que todo direito produzido pela sociedade civil, por iniciativa de Justiniano, fora compilada no Corpus júrís civilis “de modo que tais normas perderam seu caráter de direito de origem social para assumir aquele de direito que encontra o fundamento de sua validade na vontade do príncipe, segundo a fórmula do *Codex*.”

5 Bobbio (2006, p. 42) bem traduz essa realidade: “para usar imagens, diremos que o direito positivo não destrói, mas sim recobre, ou submerge o direito natural; se, portanto, há um ‘buraco’ no direito positivo, através deste se vê aflorar o direito natural; ou, se se preferir, a ‘submersão’ do direito natural não é total, porque, acima do nível do direito positivo, algumas ilhotas ainda afloram”.

do sujeito cognoscente⁶.

Cristaliza-se, com isso, um direito justo fundado no subjetivismo e no arbítrio (dever-ser) reduzindo todo o direito positivo (legalidade como valor-fim) e, retiram-se as “impurezas” valorativas da categoria jurídica (KELSEN, 2003, *passim*), do que revelou um sistema formal e fechado de regras legais. Nessa formatação, o positivismo consolidou-se com a eclosão do Estado de Direito Legal (Século XIX), sob o impulso das grandes codificações, que se sustentou durante cerca de cento e cinqüenta anos na Europa⁷ (Estado Liberal de Direito, Estado Social de Direito, Estado Democrático de Direito etc.), até enraizar-se de maneira quase que perpétua no espírito jurídico do século XX.

Somado à crise da modernidade, com o acontecimento da 1ª Guerra Mundial (1914-1918), a ascensão do nazismo e logo após a 2ª Guerra Mundial (1939-1945), consolida-se a necessidade de releitura do positivismo⁸, emergindo o que se convencionou chamar de pós-positivismo (ou neoconstitucionalismo), a saber: superam-se as correntes jusnaturalistas e positivistas (puras) para colocar a dignidade da pessoa humana como centro de um novo paradigma de compreensão e aplicação do Direito. Como efeito, harmoniza-se a legalidade com legitimidade para reatar os laços entre o direito e moral, compatibilizando-se os princípios jurídicos, os valores e as finalidades sociais.

Desse contexto, tendo em conta que tanto o jusnaturalismo como o positivismo jurídico, em suas mais diversas manifestações⁹, revelam propostas limitadas e insatisfatórias, refletir acerca do que venha a ser justo para o direito

6 “Até hoje admitia-se que o nosso conhecimento se devia regular pelos objetos; porem, todas as tentativas para descobrir a priori, mediante conceitos, algo que ampliasse o nosso conhecimento, malogravam-se com este pressuposto. Tentemos, pois, uma vez experimentar se não se resolverão melhor as tarefas da metafísica, admitindo que os objetos se deveriam regular pelo nosso conhecimento, o que assim já concorda melhor com o que desejamos, a saber a possibilidade de um conhecimento *a priori* destes objetos, que estabeleça algo sobre eles antes de serem dados [...]. Se a intuição tivesse que se guiar pela natureza dos objetos não vejo como deles se poderia conhecer algo *a priori*; se pelo contrário, o objeto (enquanto objeto dos sentidos) se guiar pela natureza da nossa faculdade de intuição, posso perfeitamente representar essa possibilidade” (KANT, 1973, B XVI).

7 “Nos países sem direito codificado, como acontecia no século XIX na Inglaterra e, em certa medida, na Alemanha, a visão juspositivista se consolidou graças à forte presença do Estado que conseguiu monopolizar a produção jurídica, fazendo com que o s costumes fossem consolidados e parcialmente reformulados pelos tribunais estatais. Como primeiros representantes do positivismo jurídico do século XIX, são indicados os juristas franceses e belgas da pré-citada *École de l'exégèse*. Sua opção teórica a favor do positivismo foi resumida da seguinte forma: *‘el derecho es todo creado por el legislador, e es derecho solo aquello creado por el legislador’* [em citação a TARELLO, 1995, p. 75-76]. Na Alemanha, são considerados precursores do juspositivismo os integrantes da Escola histórico do direito. Esses autores rejeitam claramente o jusnaturalismo e as pretensão universalistas do direito, concentrando-se no estudo da produção normativa de seu país. Mas, em paralelo, criticam a centralização da produção jurídica nas mãos do Estado.” (DIMOULIS, 2006, p. 70).

8 O primeiro movimento pós-guerra que pretende romper com o legalismo obtuso de bases científicas, fora a criação da Organização das Nações Unidas em 1945 pelo Tratado de São Francisco, lídima herdeira da Sociedade das Nações ou Liga das Nações criada em 1919. Os seus países membros sentiram a necessidade de criar um documento que servisse de alerta às futuras gerações, com reflexo especial no ideário do Direito, além de estabelecer um sistema de proteção que levasse em conta o ser humano como participante da grande-família-humana não sendo mais admissível quaisquer formas de discriminação que pudessem fazer-nos voltar à barbárie nazista.

9 O estudo das obras de inspiração positivista indica a presença de fortes divergências internas. Isso significa que não é suficiente elaborar uma única definição. Assim, *o jusnaturalismo* pode ser agrupado nas seguintes categorias: a) jusnaturalismo cosmológico, vigente na antiguidade clássica (justiça natural emanada da ordem cósmica); b) jusnaturalismo teológico (surgido na idade média; justiça natural em consonância com a vontade de Deus, sob

constitui tema central da construção de uma teoria do direito, que visa revisitar, na esteira da pós-modernidade, as noções de justiça e legitimidade.

1. A INSUBSISTÊNCIA DAS CONCEPÇÕES PURAS DO JUSNATURALISMO E DO POSITIVISMO NA CONTEMPORANEIDADE

A partir da segunda metade do século XIX, as posições unilaterais do jusnaturalismo e do positivismo jurídico passaram a serem combatidas por novas concepções jusfilosóficas, preocupadas em oferecer instrumentos conceituais mais aptos à fundamentação do que venha a ser um direito justo.

De um lado, a filosofia do Direito constatou a fragilidade do jusnaturalismo: amparada numa validade metafísica (o justo é o que vem da natureza); de outro lado, verificou as limitações do juspositivismo: amparada numa validade estritamente normativa (o justo é o que está na norma).

Em outras palavras, tanto a abstração e imprecisão do jusnaturalismo ao se conceber que a norma jurídica vale se for justa, quanto a crença positivista de que o justo reveste-se na segurança jurídica (estabilidade e previsibilidade) sob o véu da legalidade, padecem de um mesmo mal: não bastam para a concreção de um direito justo, num dado caso concreto, numa sociedade pluralista¹⁰.

Se por um lado o direito seria o justo por natureza (Aristóteles), o divino (Socrates), o ideal ajustador das insuficiências (Platão), o instrumento para denunciar a injustiça das leis da Cidade-Estado (Heráclito), pois representado por um valor transcendental ou metafísico de justiça comum a todos os seres humanos (o jusnaturalismo) de outro lado, o direito corresponderia ao fenômeno jurídico concreto, empiricamente verificável e consolidado por uma fonte de origem Estatal que se preocupa com o estudo do direito (im)posto (o positivismo).

Desse clássico embate entre o “direito que se gostaria de ter” (por natureza – *physis*) e o “direito que se tem” (por convenção ou posto pelos homens – *thésis*) (BOBBIO, 2006, p. 15), a compreensão de justiça passa a ser aferida ou a partir do plano do ser (como ele é – mundo real), fundando no princípio da causalidade (jusnaturalismo) ou a partir do plano do dever-ser (como ele deveria ser – mundo ideal), arraigado no princípio da imputação (juspositivismo).

Isso significa dizer que o positivismo jurídico (*lato sensu*) define o direito com base em elementos empíricos e, necessariamente, mutáveis no tempo; rejeita,

decisiva influência do cristianismo); c) jusnaturalismo racionalista (consolida-se no Século XVIII; funda-se na identidade de uma razão humana universal); d) jusnaturalismo contemporâneo (gestado no século XX, enraiza a justiça no plano histórico e social, ao sabor das exigências da cada cultura humana). O *positivismo*, por sua vez, pode ser assim sistematizado: a) positivismo legalista; b) positivismo lógico; c) positivismo funcionalista.

10 “A transnacionalização e o pluralismo jurídico, no sentido da multiplicidade de atores, arenas, métodos e formas de produção do direito, também estão alterando a própria natureza e a noção de direito como corpo coerente e unitário de conhecimento e prática de tomada de decisões baseadas em princípios.” (SANTOS, 2003, p. 468). Ademais, “O pluralismo de idéias existente na sociedade projeta-se na Constituição, que acolhe, através de seus princípios, valores e interesses dos mais diversos matizes.” (SARMENTO, 2003, p. 97). Em suma, esse pluralismo se traduz no surgimento de interesses difusos, que transcendem às esferas dos indivíduos para alcançar toda a comunidade jurídica, marcada pela indeterminação dos sujeitos, pela eclosão de microsistemas normativos próprios que visam regular determinado e específico comportamento social, o que difere em muito da estrutura dos direitos subjetivos individuais.

por conseguinte, a dependência do ordenamento jurídico de elementos metafísicos e, logo, imutáveis, tais como os mandamentos divinos e os imperativos da razão humana.

Thomas Hobbes (1588-1679), embora não se abdique da crença de um direito natural, o submeteu a fortes críticas em razão de sua incapacidade de garantir a segurança individual e da sociedade, na medida em que crê que o critério fundamental da juridicidade não se encontra em qualidades intrínsecas das normas, e sim na capacidade de seu criador de impô-las efetivamente na realidade social mediante coação¹¹.

Em virtude disso, o jusnaturalismo enfrentou críticas, sobretudo no que diz respeito à ausência de caráter vinculante do direito natural, isto é, à sua impossibilidade de adquirir eficácia jurídica e social, o que o levou a sucumbir frente ao mote positivista de coerência e completude.

Fica claro, pois, que o positivismo considera o direito como um fato e não como um valor, isto é, o jurista deve estudar o direito compreendendo o termo “direito” como algo absolutamente avalorativo: idealiza-se assim a legislação como fonte preeminente do direito que desemboca numa característica reducionista: o positivismo jurídico sustenta a teoria da coerência e da completude do ordenamento jurídico (autopoietico), abstendo-se de formular juízos de valor (BOBBIO, 2006, p. 131).

Nessa linha, o positivismo aparta o Direito da Moral (juízos de valor) para encontrar respaldo na realidade empírica (juízos de fato). Essa redução normativista rompe, pois, com uma ordem jurídica concebida como um conjunto de valores (juízos axiológicos)¹².

Essa visão separatista considera que o estudo e a compreensão do direito não incluem sua avaliação moral (substância) e o reconhecimento da validade de um sistema jurídico (ou de uma norma) não depende de sua conformidade a critérios sobre o justo e o correto; depende apenas da formalidade, isto é, o conteúdo estar inserido em determinado ordenamento jurídico (independentemente de seu teor).

Todo e qualquer conteúdo pode ser Direito. Não há qualquer conduta humana que, como tal, por força do seu conteúdo, esteja excluída de ser conteúdo de uma norma jurídica. A validade desta não está negada pelo fato de seu conteúdo contrariar o de uma outra norma que não pertença à ordem jurídica cuja norma fundamental é o fundamento de validade da norma em questão. (KELSEN, 2003, p. 221).

Disso depreende-se que a pretensão do positivismo, sobretudo a partir de Hans Kelsen era a de conceber o direito com uma postura científica e, logo, excluí-

11 É a nossa interpretação da obra de Hobbes (2000, passim). Nesse contexto a positividade do direito está intimamente ligada à monopolização do poder legiferante pelo Estado, isto é, à sua soberania política e jurídica. 12 BOBBIO (2006, p. 135) fornece-nos exemplo interessantíssimo: “diante do céu rubro do pôr-do-sol, se eu digo: ‘o céu é rubro’, formulo um juízo de fato; se digo ‘este céu rubro é belo’, formulo um juízo de valor”.

lo dos juízos de valor para se obter um conhecimento puramente objetivo da realidade.

Ocorre que se tanto o positivismo jurídico como o jusnaturalismo fazem suas afirmações a partir da realidade fática, verificamos um contradição performática, na medida em que a validade de uma norma é indissociável de posturas valorativas, mesmo porque normalmente, o direito acompanha as crenças morais derivadas desta mesma realidade.

Não se pode negar em sã consciência que desenvolvimento do direito tem de fato sido influenciado, em todos os tempos e lugares, tanto pela moral quanto pelos ideais convencionais de grupos sociais específicos [...] (HART, 2009, p. 239); o direito de todos os Estados modernos mostra em inúmeros pontos a influência tanto da moral social aceita quanto de ideais moais mais abrangentes; [...] as leis podem ser uma mera casca jurídica e podem exigir expressamente que determinados princípios morais sejam levados em conta quando de sua aplicação; [...] nenhum ‘positivista’ poderia negar esses fatos ou recusar-se a admitir que a estabilidade dos sistemas jurídicos depende em parte desses tipos de correspondência com a moral. (HART, 2009, p. 263-264).

Ademais, mesmo um adepto do relativismo moral como Hans Kelsen esclarece que “as teses da separação não impede que cada cidadão reivindique a positivação daquilo que ele considera moralmente imposto por estar em consonância com a ‘norma moral da justiça’ (KELSEN, 1965, p. 468 *apud* DIMOULIS, 2006, p. 171).

Hans Kelsen, certamente, foi o jusfilósofo que mais influenciou a concepção positivista de direito do século XX, com sua obra *Teoria Pura do Direito* (1ª edição de 1933). Sua proposta de tornar o direito uma ciência constitui-se a mais perfeita lógica¹³, na medida em que concebe o direito como um sistema fechado, competindo ao interprete (adotando uma postura cognitiva¹⁴) optar por uma solução do caso concreto (concreção) a partir de alternativas situadas dentro da “moldura” do texto normativo. (KELSEN, 2003, p. 394).

O problema reside, entretanto, no silêncio do autor alemão em relação aos métodos interpretativos que permitem constatar os limites da norma¹⁵. Assim, a

13 A Teoria Pura do Direito é construída com um extremo rigor de linguagem, um esquematismo teórico que, seqüencialmente, vai encadeando as idéias centrais do autor num conjunto de capítulos estrategicamente concebidos e exaustivamente fundamentados.

14 Os críticos do pensamento kelseniano refutam essa discricionariedade do aplicador. Por todos, veja as obras de Lenio Luiz Streck: *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermeutica da construção do direito*. 8 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009; *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. *Verdade e consenso*. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009; *O que é isto - decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

15 Quem nos faz esse alerta é Dimitri Dimoulis (2006, p. 211). Denuncia que “Na segunda edição da Teoria pura do direito, Kelsen dedica dez páginas à interpretação jurídica, isto é, menos de 3% da obra”. Veja: KELSEN, 2003, p. 387-397.

metáfora da moldura perde seu sentido se afirmamos que pode ser trabalhada livremente pela autoridade judicante. Assim, por não serem explicados os métodos, a atividade interpretativa se transforma em puro ato de vontade: se a autoridade possui a competência de decidir de forma definitiva, sua decisão vale independentemente do respeito às normas vigentes, isto é, independentemente do respeito à “moldura” sistêmica. (KELSEN, 2003, p. 394)¹⁶.

Assim, a epistemologia contemporânea aferiu que as afirmações científicas advinda da ciência jurídica são relativistas (quer porque os conteúdos morais estão nas normas, quer porque, em decorrência disso, o problema da interpretação não fora resolvido) e submetidas a incertezas, do que derivou o abalo dos alicerces do positivismo científico: certeza, previsibilidade e controle e, por outro lado, exaltação do distanciamento sujeito-objeto e sua neutralidade valorativa.

Como citado acima, tanto HART como o próprio KELSEN deixam lastro da indissociabilidade entre direito e moral. ALEXY (2009, p. 92) enfrenta a questão e alega que “a tese da moral aplica-se quando, entre os princípios a serem considerados em casos duvidosos para satisfazer a pretensão à correção, encontram-se sempre aqueles que integram uma moral qualquer.” Já com olhos voltados para a tese da correção (conexão necessária entre direito e moral), continua o debate afirmando que “A tese da correção não apresenta dificuldade quando os princípios do direito positivo têm um conteúdo que, moralmente, é exigido ou, ao menos, admitido” (ALEXY, 2009, p. 93), a exemplo da Constituição Brasileira de 1988.

Em suma “todas as teorias não positivistas defendem a tese da vinculação. Essa determina que o conceito de direito deve ser definido de modo que contenha elementos morais”. Ao reverso, “as teorias positivistas defende a tese da separação. [...] postula que não existe nenhuma conexão conceitualmente necessária entre o direito e a moral, entre aquilo que o direito ordena e aquilo que a justiça exige” (ALEXY, 2009, p. 03-4).

Dessas premissas, sobretudo diante do que fora vivenciado ao longo da história do Ocidente, a exemplo dos arbítrios cometidos pelos regimes totalitários do século XX¹⁷, verifica-se que o positivismo fora, paradoxalmente, erroneamente compreendido na seara da aplicação da norma¹⁸, do que derivou uma hiperlegalidade (um positivismo legal estrito – “letra fria da lei”), de modo que não incluía elementos morais.

16 Isso desmente a difundida opinião que o apresente como adepto da aplicação automática das leis. Kelsen explora e credita sentido ao caráter cognitivo da interpretação.

17 No livro “Conceito e validade do direito” de Robert Alexy, o autor traz uma séria de decisões do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, nas quais são retratados os equívocos de uma mentalidade de um positivismo desprovido de valoração em tempos de nazismo. Herbert Hart (2009, p. 272-273), a propósito, narra que “podemos admitir que os informantes alemães, que por motivos egoístas buscavam a punição de terceiros sob um regime de leis monstruosas, fizeram o que a moral proibia; entretanto, a moral pode também exigir que o Estado puna somente aqueles que, ao fazerem o mal, o fazem num momento em que o Estado o proíbe. Esse é o princípio *nulla poena sine lege*. Se for necessário transgredir esse princípio para evitar um mal maior que o mal de sacrificá-lo, é essencial que os problemas em pauta sejam claramente identificados.”

18 Tanto foi mal compreendido que Hans Kelsen só veio fortalecer e impulsionar o status do constitucionalismo, ao colocar a Constituição como epicentro do sistema normativo. Ademais, o modelo de jurisdição constitucional

Por isso costuma-se associar sua decadência à derrocada dos regimes totalitários ao final da Segunda Guerra Mundial, sustentado por um sistema jurídico nacional-socialista na Alemanha, que ensinou que o legislador pode também estabelecer injustiça.

Em resumo, enquanto a ascensão do jusnaturalismo está associada à ruptura com o Estado absolutista, sua decadência está vinculada ao movimento de codificação do direito (século XVIII); por sua vez, enquanto a ascensão do juspositivismo está jungida à crença exacerbada no poder do conhecimento científico, sua decadência está ligada à derrota do nazi-fascismo no século XX¹⁹.

Esse foi o principal aspecto para renascer o movimento filosófico pós-guerra²⁰: inicia uma nova reflexão do direito e da sua função social, ressurgindo a temática dos princípios universais, da moral e da ética, que marcou a virada Kantiana (homem como fim e não como meio do direito).

O Direito, a partir da segunda metade do século XX, já não cabia mais no positivismo jurídico. A aproximação quase absoluta entre Direito e norma e sua rígida separação da ética não correspondiam ao estágio do processo civilizatório e às ambições dos que patrocinavam a causa da humanidade. Por outro lado, o discurso científico impregnara o Direito. Seus operadores *não desejavam o retorno puro e simples ao jusnaturalismo*, aos fundamentos vagos, abstratos ou metafísicos de uma razão subjetiva.

concentrada consagrado na Constituição Austríaca, de 1920, fora idealizado por Kelsen. Assim, de uma atenta (re)leitura de Kelsen possibilita-se ir além de uma positivismo restrito e já consagrado.

19 Para compreendermos o pós-positivismo se faz necessário analisarmos as circunstâncias históricas: os acontecimentos que se desenrolaram nos anos de 1930 e logo após a 2ª Guerra Mundial (1939-1945) que levaram a criação da Organização das Nações Unidas e da discussão e aprovação da Declaração Universal dos Direitos Humanos aprovada pela Resolução 217-A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas realizada em Paris, em 10 de dezembro de 1948. Durante o período entre 1919 e 1939, após o término da 1ª Guerra Mundial (1914-1918) o mundo entrou em grave crise econômica, humana, material, social e política conhecido como Crise do Capitalismo. Nesse embate entre caminhos a percorrer para sair da Crise do Capitalismo devemos conhecer o racionalismo instrumental utilizado pelos nazistas na sua sanha pelo cumprimento da Solução Final com eficiência: “Nos fuzilamentos em massa operados durante a invasão da Rússia, a partir de junho de 1941, nos quais foram mortos pelo menos 1,3 milhões de judeus, as vítimas eram mantidas a uma calculada distância dos alvos de forma a minorar qualquer reação. Nos caminhões que operavam câmaras de gás móveis, a partir de dezembro de 1941, operação que matou 145 mil judeus, eram calculadas a pressão do acelerador e a velocidade do veículo de forma a compatibilizar trajeto e tempo e de forma ainda a não provocar uma morte que produzisse nos corpos efeitos desagradáveis para os carrascos. [...] Nos seis campos de extermínio na Polónia onde foram assassinados 2,7 milhões de judeus e 1,5 milhão de não judeus, atingiu-se o limite máximo de capacidade física de matar com o máximo de não envolvimento pessoal dos próprios nazistas e a máxima possibilidade de negação da morte e posterior destruição de vestígios”. (CYTRYNOWICZ, R. 2003, p. 127-128). Nesse período entre Guerra, várias propostas foram debatidas e colocadas em prática como caminhos, alternativas para a saída de crise tão grave. Tivemos, na Alemanha, logo após o término da 1ª Guerra a criação da República de Weimar e sua brilhante Constituição promulgada a 31 de julho de 1919, criada em meio a conflitos sociais gravíssimos. Antes da sua aprovação ocorreram embates sangrentos entre o grupo Spartacus, do Partido Socialista Majoritário Alemão e as forças policiais e paramilitares entre 06 e 15 de janeiro do mesmo ano, onde foram executados sumariamente Rosa Luxemburgo e Karl Liebknecht principais líderes da esquerda alemã (COMPARATO, 2007, p. 189-191). Logo após, com o advento da 2ª Guerra Mundial (1939-1945), criou-se a Organização das Nações Unidas e da discussão, decorreu a aprovação da Declaração Universal dos Direitos Humanos aprovada pela Resolução 217-A (III) em assembleia realizada em Paris, em 10 de dezembro de 1948.

20 Nesse momento histórico, algumas constituições – em especial a alemã de 1949 e a italiana pós 1956 – lideraram os avanços em matéria constitucional. Na sequência, com amplo catálogo de direitos fundamentais tivemos: a Constituição Portuguesa (1976), a espanhola (1978) e a brasileira (1988).

Nesse contexto, o pós-positivismo não surge com o ímpeto da desconstrução, mas como uma *superação do conhecimento convencional*. Ele inicia sua trajetória guardando deferência relativa ao ordenamento positivo, mas nele reintroduzindo as idéias de justiça e legitimidade. O constitucionalismo moderno promove, assim, uma volta aos valores, uma reaproximação entre ética e Direito (BARROSO, 2006, p. 27-28, grifo nosso).

Evidencia-se desse trajeto, que a partir das concepções de justo no jusnaturalismo em confronto com o juspositivismo, constroem-se bases para a reflexão sobre de como o conceito de direito está, em tempos de era pós-moderna (multiplicidade de culturas, linguagens, pluralismo político), ligado ao conceito de moral, de modo que as preocupações éticas e axiológicas sejam reintroduzidas na ciência do Direito. Esse movimento é o que se convencionou chamar de pós-positivismo ou neoconstitucionalismo²⁰.

Com esse novo paradigma, coloca-se o interprete do direito em seu devido lugar: frente à constituição. Isto é, supera-se a dialética da antítese entre positivistas (dever ser) e jusnaturalistas (ser) (GUERRA FILHO, 2001, p. 52-53) em busca de uma nova teoria para o direito (poder ser), pautada num ideário difuso²¹, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios (os quais indicam o que se pode fazer) e regras.

Apesar dessas diferenças, o pós-positivismo é partidário da tese da junção direito e moral. Entretanto, difere-se do jusnaturalismo porque repudia a crença na subordinação do direito positivo a postulados metafísicos, mas, por outro lado, considera que a relação moral e direito é conceitualmente necessária como critério de correção moral, ou de justiça, em relação ao direito positivo. Assim, “a relação entre o direito e a moral é um traço teórico significativo, com o auxílio do qual se podem estabelecer diferenças entre positivismo, jusnaturalismo e pós-positivismo”. (MOTA, 2006, p. 18). Segundo Paulo Bonavides, a juridicidade dos princípios passa por três distintas fases:

- i) a *jusnaturalista*: cuida-se da fase mais antiga, onde os princípios habitavam ainda em uma esfera por inteiro abstrata e detinham normatividade por demais duvidosa, mais se ajustando, em verdade, a uma dimensão meramente ético-valorativa que inspirava postulados de justiça;
- ii) a *juspositivista*: aqui os princípios adentram nos Códigos, tornando-se inequivocamente jurídicos, porém apenas como fonte normativa

21 Para Eduardo Ribeiro Moreira o termo pós-positivismo representa mera “nomenclatura de transição”, tendo expressado, para o autor, apenas a fase inicial do que hoje chamamos de neoconstitucionalismo. (MOREIRA, 2008, p. 48). “Concebe-se um neoconstitucionalismo como teoria do direito (neoconstitucionalismo teórico) e como filosofia do direito (neoconstitucionalismo filosófico), e que conta – ainda em fase de elaboração – com uma proposta de filosofia política (neoconstitucionalismo político) orientando o Estado Democrático de Direito.” (MOREIRA, 2008, p. 22).

22 Essa expressão “ideário difuso” fora cunhada por Luis Roberto Barroso e Ana Paula Barcellos (2006. p. 336)

subsidiária, o que lhe castrou a normatividade; iii) *pós-positivista*: corresponde aos grandes momentos constituintes das últimas décadas do século XX, onde se acentua a hegemonia axiológica dos princípios, tratados verdadeiramente como direito, com força vinculante e tudo, convertidos que foram em pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais (BONAVIDES, 2006, p. 259-266).

A todo esse novo contexto interpretativo que vem sendo analisado, estaria subjacente, pois, uma nova matriz epistemológica do direito, a qual apresenta como seu principal desafio o equacionamento entre as dimensões Direito e Moral. Lenio Luiz Streck (2008, p. 283) atribui essa dificuldade ao que denomina de “barreiras à plena implementação do novo paradigma representado pelo Estado Democrático de Direito”, a saber:

as fontes sociais (característica superada pelo constitucionalismo compromissório e dirigente), separação entre direito e moral (superada pela co-originariedade entre direito e moral, assumindo especial relevância, neste aspecto, os princípios como introdução do mundo prático no direito) e a discricionariedade (superada por uma hermenêutica não relativista, para além das posturas analítico-metódicas que sustentam as diversas posturas ainda arraigadas ao esquema sujeito-objeto, cerne de qualquer positivismo que ainda resiste ao novo constitucionalismo)

Desse excerto, Lenio Luiz Streck toca no ponto de nossa reflexão: a separação entre direito e moral constitui-se uma dicotomia perversa²². Desse contexto, as teorias modernas discutem novas possibilidades de realização do direito justo, delineando uma nova hermenêutica jurídica, que desformaliza a lógica formal (*modus* interpretativo subsuntivo-dedutivo) e valoriza a principiologia jurídica. Paulo Bonavides (2006, p. 294), com precisão, relata esse movimento:

A teoria dos princípios chega à presente fase do pós-positivismo com os seguintes resultados já consolidados: a passagem dos princípios da especulação metafísica e abstrata para o campo concreto e positivo do Direito, com baixíssimo teor de densidade normativa; a transição crucial da ordem jusprivatista (sua antiga inserção nos Códigos) para a órbita juspublicística (seu ingresso nas Constituições); a suspensão da distinção clássica entre princípios e normas; o deslocamento dos princípios da esfera

23 Essa visão dualista reflete na compreensão do conceito de justiça. “No pós-positivismo, percebe-se que uma tomada de consciência que tente relacionar os anseios e desejos humanos com o respeito pela capacidade de criação e de orientação do próximo passa a superar determinações que classifico como “fragmentárias”, pois se tentarmos entender a noção de justo apenas pela perspectiva legal, estamos claramente fazendo uma análise restritiva que, tal qual um fragmento, apenas dá uma resposta incompleta (TELLES JUNIOR, 2003, p. 145).

da jusfilosofia para o domínio da Ciência Jurídica; a proclamação de sua normatividade; a perda de seu caráter de normas programáticas; o reconhecimento definitivo de sua positividade e concretude por obra sobretudo das Constituições; a distinção entre regras e princípios como espécies diversificadas do gênero norma; e, finalmente, por expressão máxima de todo esse desdobramento doutrinário, o mais significativo de seus efeitos: a total hegemonia e preeminência dos princípios.

Vale dizer, a normatividade dos princípios percorreu outrora a dimensão ético-normativa (jusnaturalismo), ingressou no direito positivo como fonte secundária de fechamento sistêmico (positivismo) para somente na contemporaneidade (pós-positivismo) ser reconhecido como vetor hermenêutico do esforço interpretativo. Assim, impulsiona uma prática valorativa do direito, ultrapassando o legalismo estrito do positivismo normativista, sem recorrer, entretanto, às categorias da razão subjetiva do jusnaturalismo.

Sintomaticamente, a questão do justo para o Direito, no contexto pós-positivista, refuta o postulado positivista de separação entre Direito e Moral; traz de volta a Ética ao Direito. Reconhece, portanto, que essas três dimensões, inserem-se na cartografia dos princípios fundamentais, em cuja normatividade encerra a unidade do sistema e condiciona a atividade do intérprete quando da aplicação do Direito. Nesse ambiente, consagra a ascensão dos valores, o reconhecimento da normatividade dos princípios e a essencialidade dos direitos fundamentais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não há dúvidas que a tese da separação conceitual entre direito e moral é comum ao positivismo jurídico (*lato sensu*), ao reverso do pensamento jusnaturalista que sustenta a subordinação do direito positivo a normas morais naturais. Isso significa que enquanto o positivismo jurídico nos seduz como cientistas neutros, o jusnaturalismo nos permite afirmar valores morais. Do exame, portanto, dessas concepções, constata-se serem elas inapropriadas frente uma sociedade pluralista e global, de modo que surge uma nova teoria para pensar o direito contemporâneo: o pós-positivismo (ou neoconstitucionalismo).

Do exposto, verifica-se ser imprescindível compreender os elementos principais do conceito de direito numa perspectiva tridimensionalista, que compõe norma (legalidade), fato e valor (correção e justiça). Nossa abordagem consiste, portanto, em considerar que a temática da justo como proposição central da reflexão do direito, com o segundo pós-guerra, modificou-se para revelar um novo modo de compreender o direito, que implica reconhecer a complementaridade entre direito e moral como elementares imprescindíveis à reflexão do conceito de justiça.

Dá a necessidade de um direito moralmente reflexivo que entenda que o ato de interpretar e aplicar o direito envolve o recurso permanente a instancias intersubjetivas de valoração. Nesse perspectiva, o pós-positivismo requer justificabilidade moral, ao ponto de não ser positivista ou jusnaturalista; fornece a

idéia de uma posição eclética, na medida em que apodera-se do procedimentalismo das regras do positivismo e dos postulados válidos-em-si-mesmos, de caráter universal e atemporal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Conceito e validade do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

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

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 19ª Edição, São Paulo: Editora Malheiros, 2006.

COMPARATO, Fábio Konder. *Afirmção histórica dos direitos humanos*. 5 ed. 2007.

COMTE, Augusto. *Discurso sobre o espírito positivo*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

CYTRYNOWICZ, Monica Roney. O Silêncio do sobrevivente: diálogo e rupturas entre memória e história do Holocausto. In: SILVA, Marcio Seligmann (Org.). *História, Memória, Literatura: o testemunho na era das catástrofes*. Campinas: Unicamp, 2003.

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

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2001.

HART, Herbert Lionel Adolphus. *O conceito de direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

HOBBS, Thomas. *Leviatã*. São Paulo: Ícone, 2000.

KANT, Emmanuel. *Crítica da razão pura*. Os pensadores. São Paulo: Abril, 1973.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. *Neoconstitucionalismo: A Invasão da Constituição*. São Paulo: Editora Método, 2008.

MOTA, Marcel Moraes. *Pós-positivismo e restrições de direitos fundamentais*. Fortaleza: OMNI, 2006.

SANTOS, Boaventura de Souza. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. 7 ed. São Paulo: Cortez, 2009.

_____. *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

SARMENTO, Daniel. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

STRECK, Lenio Luiz. *A Crise Paradigmática do Direito no Contexto da Resistência Positivista ao (Neo)Constitucionalismo*. In Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região. Suplemento Especial Comemorativo. Belém. v. 41, n. 81, Jul./Dez., 2008.

TELLES JÚNIOR, Goffredo. *O Direito Quântico*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.