

PÓS-POSITIVISMO E SUBSTANCIALISMO PRINCIPIOLÓGICO

Sumário: **1 INTRODUÇÃO; 2 JUSNATURALISMO; 3 POSITIVISMO JURÍDICO; 3.1. NORMATIVISMO JURÍDICO DE HANS KELSEN; 4 PÓS-POSITIVISMO E SUBSTANCIALISMO PRINCIPIOLÓGICO; 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS**

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo pretende apresentar a importância dos princípios no contexto do pós-positivismo jurídico. Para alcançar tal desiderato, mister se faz tecer um esboço histórico acerca das principais Escolas do pensamento jurídico.

Nesse cotejo, primeiro será abordado o Jusnaturalismo, doutrina que foca na prevalência do direito natural. Assim, no tópico 2, se buscará expor as principais características da doutrina jusnaturalista.

Em sequência, no tópico 3, se tentará demonstrar as facetas do positivismo jurídico, com destaque para o normativismo jurídico apresentado pela Teoria pura do direito de Hans Kelsen.

No tópico 4, será explicitada a emergência de um novo paradigma, intitulado de pós-positivismo jurídico, bem como a constante presença principiológica no direito que rege a sociedade pós-moderna.

Por fim, serão apresentadas breves notas conclusivas sobre o trabalho.

2. JUSNATURALISMO

O positivismo foi precedido pelo movimento jusnaturalista. O jusnaturalismo é uma posição jusfilosófica marcante que passou por diversas fases, em decorrência das distintas contribuições emanadas, por exemplo, pelos sofistas, estóicos e escolásticos. Essas variadas concepções filosóficas

contribuíram no processo de evolução do movimento jusnaturalista. Nesse sentido, pontifica Machado Neto, nos seguintes termos:

“Desde as representações divinas de uma ordem legal de origem divina, até a moderna filosofia do direito natural formal de Stammler e Del Vacchio, passando pelos sofistas, os estóicos, os padres da Igreja, os escolásticos, os ilustrados e os racionalistas do século XVII e XVIII, a longa tradição do jusnaturalismo se vem desenvolvendo, com uma insistência e um domínio ideológico que somente as idéias grandiosas e os pensamentos caucionados pelas motivações mais exigentes poderiam alcançar”¹

Assim, se constata a existência de diferentes modalidades de jusnaturalismo, como o jusnaturalismo teológico da Idade Média e o jusnaturalismo racionalista dos séculos XVII e XVIII, o que não impede a presença de características que permitem identificar as diferentes vertentes como integrantes da doutrina jusnaturalista.

Afora as vicissitudes em relação a cada modalidade do jusnaturalismo, em apertada síntese, é possível asseverar que o movimento jusnaturalista tem na superioridade do direito natural em face do direito positivo uma marca importante. Nesse ponto, cabe destacar que o jusnaturalista não nega a existência do direito positivo.

O jusnaturalista aceita o direito positivo, desde que este se atente para os preceitos emanados do direito natural. Para o jusnaturalismo, portanto, o direito natural serviria, enquanto marco axiológico, de esteio para a busca constante pela máxima da justiça.

De acordo com a vertente escolástica, por exemplo, o direito natural constituiria um arcabouço de princípios morais, que são imutáveis e inerentes à natureza humana. Nesse período, o direito natural estava adstrito à vontade divina.

Já para os jusnaturalistas racionalistas, que ganharam realce no Século das Luzes, ou seja, durante o Iluminismo, o direito natural adviria da razão humana de viés universalizante. Através dessa razão, se reconheceriam os direitos inatos a todos os homens. Por certo, essa visão jusnaturalista está

¹ MACHADO NETO, Antônio Luís. **Teoria da ciência jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1975, p. 82.

arraigada ao momento histórico, no qual o teocentrismo havia sido preterido pelo antropocentrismo.

Feitas algumas remições específicas a determinadas modalidades jusnaturalistas, impende asseverar que, de um modo geral, as distintas vertentes do jusnaturalismo defendem que, ao almejar um direito justo, é imprescindível valorar o objeto de estudo.

Não basta que o direito seja emanado de legisladores com poderes para tal. O direito, segundo a doutrina jusnaturalista, precisa ser justo. O direito injusto não é considerado direito.

De acordo com o jusnaturalista, para a existência do direito, que precisa ser justo, é indispensável a presença do teor substantivo, e não somente formal. Nesse diapasão, Tércio Sampaio esclarece que, diferentemente dos teóricos positivistas, os autores chamados jusnaturalistas,

“que defendem que o direito positivo, posto por autoridade, deve respeitar os ditames da natureza humana, a natureza das coisas, os princípios éticos e religiosos, sob pena de não ser direito, reclamama para a identificação da jurisdição um elemento material, de conteúdo”.²

Desse postulado direcionado à negação do direito que se demonstra injusto, se pode extrair a conclusão de que o jusnaturalista está mais atento à legitimidade do que à validade da ordem jurídica. Ocorre que essa visão jusnaturalista, em verdade, desemboca em uma confusão entre as esferas do ser e do dever-ser.

A constante busca pelo direito justo faz com que o direito natural se afaste demasiadamente da imparcialidade valorativa. Macahado Neto critica essa percepção jusnaturalista, uma vez que desnatura a própria concepção de ciência jurídica, como se depreende da afirmação de que:

“pelo simples fato de ser um ideal valorativo, o direito natural é incompatível com a neutralidade axiológica a que, como ciência, também, está sujeita a ciência do direito. Daí que, sobretudo, uma teoria do direito natural não possa servir para fundamentar uma verdadeira ciência do direito.”³

² FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**. São Paulo: Atlas, 2003, p. 110.

³ MACHADO NETO, Antônio Luís. **Teoria da ciência jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1975, p. 86.

Com base nessa perspectiva de justiça do jusnaturalismo, um ordenamento jurídico que fosse rotulado como violador de supostos direitos naturais imanentes ao homem não seria considerado como direito.

Essa constatação complica a doutrina do direito natural no que concerne ao objetivo de cientificação jurídica. Sobre o tema, o jusfilósofo argentino Carlos Cossio adverte que,

“antes del siglo XIX, el pensamiento jurídico incide en forma especulativa sobre el ideal jurídico (Derecho natural), si bien bajo el grave error de creer que era una verdad metafísica lo que sólo era un criterio de valor sobre el derecho justo”⁴

Nesse ponto, os jusnaturalistas olvidam que o conceito de justiça se transforma com o tempo, uma vez que a valoração acerca da justiça é um processo histórico que está diretamente ligado às constantes mutações sofridas pela cultura humana.

Nesse cotejo, é possível concluir que a despeito de toda tradição, a doutrina jusnaturalista não forneceu um lastro adequado para a formatação de uma ciência jurídica, sendo assim uma compreensão pré-científica do direito.

Após o delineamento dos contornos básicos atinentes à doutrina jusnaturalista, se mostra possível começar a tratar do positivismo.

3. POSITIVISMO

A terminologia “positivismo jurídico” não se origina do positivismo filosófico, inclusive pelo fato deste ter surgido na França, enquanto aquele, objeto de estudo do presente tópico, ter a Alemanha como berço. Em verdade, a origem da expressão “positivismo jurídico” reside na contraposição entre as locuções “direito positivo” e “direito natural”.

A transição da concepção jusnaturalista à positivista está conectada ao advento do Estado moderno que emerge com a dissolução da sociedade medieval. Enquanto na sociedade medieval prevalecia o pluralismo

⁴ COSSIO, Carlos. **La valoración jurídica y la ciencia del derecho**. Buenos Aires: Arayú, 1954, p. 33.

jurídico, com a formação do Estado Moderno passa a imperar o monismo jurídico.

Na sociedade medieval, em face da multiplicidade de grupos sociais independentes, existiam diversos ordenamentos jurídicos. Já no Estado moderno, com a concentração de poder pelo Estado, a produção jurídica se torna unitária e exclusiva.

Essa mudança atinente aos entes legitimamente encarregados da produção jurídica altera diretamente o exercício da atividade do juiz. Durante o período medieval, o magistrado tinha uma ampla liberdade para decidir de onde extrairia a fundamentação para resolução dos conflitos, uma vez que ele podia recorrer, inclusive, às regras do costume. Nessa fase, o juiz podia se utilizar de preceitos advindos também do direito natural, que era concebido como uma importante fonte do direito.

Com a formação do Estado moderno e a consequente monopolização da produção jurídica por parte do Estado, o juiz ao se deparar com uma controvérsia judicial passa a recorrer somente às normas produzidas pelo Estado. Ao juiz não é mais outorgada a discricionariedade de escolher, como fonte do direito, normas que não tenham sido emanadas pelo Estado.

Assim, se depreende que, com a formação do Estado moderno, o juiz deixa de recorrer ao direito natural, uma vez que esta não se encontra mais no mesmo patamar do direito positivo.

Feita a abordagem acerca da gênese da expressão, cabe apresentar as características fundamentais do positivismo jurídico. Nesse sentido, Norberto Bobbio⁵ esclarece que o positivismo jurídico pode ser considerado sob três aspectos, quais sejam: a) como um certo modo de abordar o estudo do direito; b) como uma certa teoria do direito; c) como uma certa ideologia do direito.

O primeiro aspecto é correlato à maneira de abordar, de encarar o direito. Nesse bojo, o direito é considerado como um fato, e não como um valor. Assim, o jurista deve examinar o direito da mesma forma que o cientista

⁵ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**: Lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995, p. 134.

investiga a realidade natural, de modo que não haja formulação de juízos de valor. Nesse sentido, Norberto Bobbio ensina que:

“Na linguagem juspositivista o termo ‘direito’ é então absolutamente avolativo, isto é, privado de qualquer conotação valorativa ou ressonância emotiva: o direito é tal que prescinde do fato ser bom ou mau, de ser um valor ou um desvalor”.⁶

Diante dessa atitude de inércia valorativa exercida pelo jurista, se forma uma teoria formalista acerca da validade do direito, segundo a qual a validade do direito não depende de uma análise axiológica. Assim, a validade do direito diz respeito somente ao aspecto formal, sem dependência, portanto, de um viés conteudista.

Desse primeiro aspecto, é possível extrair a conclusão de que o positivismo jurídico representa o estudo do direito como fato, não como valor. Nesse sentido, Paulo Hamilton Siqueira JR. realça que dessa visão positivista emerge um contundente rompimento entre o direito e a moral, conforme a seguir transcrito.

“A neutralidade científica é uma marca evidente do positivismo jurídico (...). Dessa visão, surge a tese conceitual da separação a entre o direito e a moral. O direito é concebido como fato, excluindo-se a moral e os valores da sociedade”.⁷

Por certo, esse postulado positivista vai de encontro à posição dos jusnaturalistas, segundo os quais uma norma para ser válida deve ser justa, qualidade que é atribuída à norma mediante um processo de valoração.

Já o segundo aspecto atinente à análise do positivismo jurídico diz respeito à teorização do direito. Esse aspecto da problematização, portanto, encara a temática através das teorias que compõem o arcabouço teórico do positivismo jurídico.

Nesse ponto, é possível dividir a exposição em seis teorias, quais sejam: a) teoria coativa do direito, segundo a qual o direito é definido em função do elemento coação, tendo em vista que as normas valem em razão do nível de força que podem exercer; b) teoria da legislação, cujo postulado básico é a defesa da lei como fonte primordial do direito, o que não impede o

⁶ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**: Lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995, p. 131

⁷ SIQUEIRA JR. Paulo Hamilton. **Teoria do direito**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 204.

reconhecimento da existência de outras fontes jurídicas; c) teoria imperativista do direito, a qual sustenta a norma como um comando, uma diretriz imperativa; d) teoria da coerência do ordenamento jurídico, que veda a coexistência simultânea de duas normas antinômicas no mesmo ordenamento jurídico; e) teoria da completude do ordenamento jurídico, que rechaça a existência de lacunas no direito, de modo que o juiz sempre pode obter, com base nas normas explícitas e implícitas, uma regra para a resolução do caso concreto; f) teoria da interpretação mecanicista, de acordo com a qual no labor do jurista deve ter mais vigor o elemento declarativo em sobre o produtivo do direito.

No terceiro aspecto, se enfatiza o respeito à lei. Esse ponto diz respeito à teoria da obediência, de acordo com a qual o jurista deve se ater ao que está disposto da lei, sem liberdade para exercitar juízos de valor, bem como uma ampla e arejada atividade hermenêutica sobre o texto legal.

Nesse ponto, que finaliza a fucral sistematização proposta por Norberto Bobbio acerca das características fundamentais do positivismo jurídico, se mostra indispensável, aproveitando-se dos contornos teóricos emanados pela da teoria da obediência, traçar alguns comentários sobre a Escola da Exegese, uma das principais manifestações do positivismo legalista.

A Escola da Exegese, que aglutinou a maioria dos juristas franceses, surgiu durante a época da codificação do direito civil francês. Os exegetas franceses, com base em um raciocínio exacerbadamente racionalista, pregavam que a tarefa do jurista era somente absorver os vocábulos contidos no Código de Napoleão, que, ao ser publicado em 1804, unificou o direito civil francês. Sobre o exegetismo, Maria Helena Diniz doutrina nos seguintes termos:

“A ciência do direito, no século XIX, encontra sua expressão mais característica no exegetismo. Para a escola da exegese, a totalidade do direito positivo se identifica por completo com a lei escrita; com isso a ciência jurídica se apegou à tese de que a função específica do jurista era ater-se com rigor absoluto ao texto legal e revelar seu sentido.”⁸

O exegetismo pregava que a lei devia ser a única fonte das decisões jurídicas. De acordo com essa corrente ultralegalista, o jurista devia

⁸ DINIZ, Maria Helena. **Compêncio de introdução à ciência do direito**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 50.

se ater à interpretação literal do texto legal, uma vez que a lei continha todo o direito.

A função do julgador era uma função mecânica, na qual, a solução jurídica devia expressar um silogismo perfeito. Nesse processo de interpretação não havia, portanto, espaço para um exercício de valoração por parte do intérprete.

Assim, para concluir a breve análise sobre a Escola da Exegese, cabe afirmar que o exegetismo foi duramente criticado por, a título de exemplo, engessar a atividade do intérprete.

Nesse ponto, é imperioso consignar que o positivismo legalista não é a única modalidade de positivismo. Existem outras concepções positivistas, como o positivismo de Hart que apresenta relevantes diferenças para o positivismo de Hans Kelsen.

Entretanto, é salutar observar que, a despeito de conter características específicas distintas, muitas correntes epistemológicas podem ser enquadradas como positivistas. Corroborando o entendimento da pluralidade de positivismos, Adrian Sgarbi destaca que:

“cumpre dizer também que as muitas correntes positivistas – que tornam possível incluir construções distintas como as de Kelsen, Ross e Hart – encontram espaço na rubrica positivismo jurídico justamente porque apenas acrescentam às teses centrais referidas uma ou outra particularidade. Daí que há “muitos positivismos”, tais como os positivismos jurídicos normativistas (como o de Kelsen e de Hart), realistas (como os de Olivecrona e Alf Ross), os positivismos soft, hard etc, mas o eixo central de ‘identidade’ continua presente”.⁹

Tendo completado a explanação de viés generalizante sobre o positivismo jurídico, mister se faz, pelo indiscutível protagonismo exercido no século XX, tratar, ainda que brevemente, de forma apartada do normativismo jurídico de Hans Kelsen.

⁹ SGARBI, Adrian. **Teoria do direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 717.

3.1. NORMATIVISMO JURÍDICO DE HANS KELSEN

A partir da Teoria Pura do Direito, Hans Kelsen acaba criando um normativismo jurídico que, por certo, constitui a máxima expressão do positivismo jurídico.

Com a Teoria Pura do Direito, publicada pela primeira vez em 1934, Hans Kelsen almeja libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos, o que significa dizer que a pureza da teoria está em viabilizar um conhecimento dirigido somente ao Direito.

Com essa teoria, que é proposta como uma teoria geral do direito, Kelsen pretende extirpar o sincretismo metodológico que obscurece a essência da ciência jurídica e fragiliza as barreiras que lhe são apresentadas pela natureza do seu objeto. De acordo com a visão de Hans Kelsen, a função da ciência do direito é meramente cognoscitiva.

Sobre a Teoria Pura, em especial no que concerne à pureza metodológica vislumbrada por Hans Kelsen, interessante colacionar a doutrina de Jose Castan Tobeñas.

“La llamada escuela vienesa, fundada por el profesor Hans Kelsen, ha llevado el logicismo jurídico a su culminación extrema, por cuanto ha sentado como base de su teoría filosófica del Derecho positivo (la que llama teoría pura del Derecho) el criterio de la pureza del método, entendiendo por tal el empleo de conceptos puramente formales y normativos, con exclusión de toda consideración valorativa y finalista.”¹⁰

Através do rigor metodológico, Kelsen quer purificar a ciência do direito, cujo objeto deve se restringir à norma jurídica. Kelsen afasta as considerações fáticas e valorativas do âmbito da ciência jurídica. No que diz respeito a esse processo de purificação proposto na Teoria Pura do Direito, esclarecedores são os ensinamentos de Machado Neto, segundo o qual,

“Kelsen submete a temática tradicional da jurisprudência a uma dupla purificação. A primeira é uma purificação do aspecto fático acaso ligado ao direito, entregando esse aspecto às ciências causativas como a sociologia e a psicologia. A segunda expunge do direito o aspecto ético-valorativo do ideal de justiça habitualmente associado à idéia de direito. Esse último, pelo seu caráter emocional e, pois irracional e

¹⁰ TOBEÑAS, Jose Castan. **Las diversas escuelas juridicas y el concepto del derecho**. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1947, p. 42.

extracientífico, Kelsen o relega à política, à ética e à filosofia da justiça.”¹¹

Além do rigor metodológico, é indispensável afirmar que o estudo desenvolvido por Hans Kelsen está calcado em duas esferas teóricas, quais sejam: a nomoestática e a nomodinâmica. Enquanto a nomoestática é a teoria da norma jurídica, a nomodinâmica é a teoria do ordenamento jurídico.

A nomoestática tem como objeto o Direito como um sistema de normas em vigor, ou seja, o Direito em seu momento estático. Para Kelsen, o direito é uma ordem coativa que quando da ocorrência de um delito impõe uma sanção.

Segundo Kelsen, a norma jurídica é um juízo hipotético com força imperativa, que pode ser decomposto em dois preceitos, quais sejam: o preceito primário, extraído da fórmula “dada a não-prestação, deve ser a sanção”; o preceito secundário, que é identificado com a fórmula “dado o fato temporal deve ser a prestação”.

Nesse cotejo, tendo em vista que o direito é uma ordem coativa, a fórmula pura que embasa o direito é a norma primária que estabelece a sanção.

Acerca da nomodinâmica, cabe afirmar que a exposição do conjunto de normas como um sistema coerente em que as normas se estruturam segundo uma maior ou menor especificidade é a idéia central da teoria do ordenamento jurídico.

Nesse ordenamento, as normas estão organizadas segundo seu grau de generalização. Assim, a ordem jurídica é formatada em uma estrutura hierárquica, na qual as normas se relacionam através da fundamentação ou da derivação.

Diante dessa perspectiva de um sistema de normas, é possível afirmar que uma norma jurídica não vale porque tem um determinado conteúdo, mas porque é criada por uma forma determinada.

¹¹ MACHADO NETO, Antônio Luís. **Teoria da ciência jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1975, p. 120-121.

Por fim, no que tange à dinâmica jurídica, é indispensável fazer referência a Grundnorm. A grundnorm é a norma hipotética fundamental sobre a qual o sistema jurídico está fundamentado em última instância. Sobre a norma fundamental, Hans Kelsen assevera que:

“a norma fundamental é a instauração do fato fundamental da criação jurídica e pode, nestes termos, ser designada como constituição no sentido lógico-jurídico, para a distinguir da Constituição em sentido jurídico-positivo. Ela é o ponto de partida de um processo: o processo de criação do Direito positivo.”¹²

Nesse diapasão, se constata que a norma fundamental não é uma norma posta, mas uma norma pressuposta. Ademais, a norma fundamental apenas fornece o fundamento de validade de todas as normas pertencentes a mesma ordem jurídica, mas não o conteúdo das normas que formam este sistema jurídico.

Para finalizar o breve esboço acerca da Teoria Pura do Direito, cabe asseverar que a teoria de Kelsen não passa incólume às críticas. Para Carlos Cossio, Hans Kelsen fez uma teoria da norma e não uma teoria geral do direito. Já segundo Marília Muricy, no que tange ao problema da exatidão na teoria pura do direito, falta a Hans Kelsen uma ontologia jurídica.

4. PÓS-POSITIVISMO E SUBSTANCIALISMO PRINCIPIOLÓGICO

O modelo positivista entrou em crise. A partir da segunda metade do século XX, o positivismo jurídico já não comportava mais a complexidade social que demanda um Direito mais atento ao pluralismo do mundo pós-moderno.

A absolutização do dogma por meio da tutela do Estado não encontra mais guarida no direito contemporâneo. Sobre a decadência do positivismo, assim leciona Paulo Hamilton Siqueira Jr.:

“O positivismo jurídico não tem mais lugar no direito do século XXI. A complexidade e a dinâmica social não se coadunam com o direito construído pela modernidade. Os conceitos do Estado moderno, como segurança jurídica e legalidade, devem

¹² KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 222.

ser aperfeiçoados pelo direito atual, que podem indicar pelo termo pós-positivismo.”¹³

Era necessário, então, superar o positivismo jurídico. Nesse sentido, se vislumbra uma transição de paradigma, assim abordada por Ricardo Maurício Freire Soares:

“Sendo assim, com a crise do positivismo jurídico, abriu-se espaço para a emergência de um conjunto amplo e difuso de reflexões acerca da função e interpretação do Direito, reintroduzindo, na esteira da pós-modernidade, as noções de justiça e legitimidade para a compreensão axiológica e teleológica do sistema jurídico. Buscou-se, então, conceber-se a ordem jurídica como um sistema plural, dinâmico e aberto aos fatos e valores sociais, erguendo-se um novo paradigma, denominado, por muitos estudiosos, como pós-positivismo jurídico.”¹⁴

Essa transição de paradigma se dá no contexto em que o normativismo exacerbado não atendia mais aos anseios sociais. Entretanto, não se pretendia retornar à abstração jusnaturalista e dispensar o viés de cientificidade que tinha sido alcançado pelo Direito. Assim, como uma superação da dicotomia entre jusnaturalista e positivismo, emerge o pós-positivismo jurídico, precisamente esclarecido por Luís Roberto Barroso, nos seguintes termos:

“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. 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.”¹⁵

Diante da pluralidade da sociedade pós-moderna, se faz necessário um sistema jurídico que, atrelado à segurança jurídica e à

¹³ SIQUEIRA JR. Paulo Hamilton. **Teoria do direito**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 199.

¹⁴ SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Curso de Introdução ao estudo do direito**. Salvador: JusPODIVM, 2011, p. 273

¹⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro**. (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/7655>>. Acesso em: 16 jul. 2011.

legalidade, se pautar também pela legitimidade do mesmo com vistas ao ideal de justiça.

Enquanto no positivismo o sistema jurídico é fechado e rotulado por uma única dimensão disciplinar, no pós-positivismo o sistema jurídico é aberto, tendo como marca a interdisciplinariedade.

Sob o influxo do pensamento pós-positivista, ganha relevo a esfera da comunicação e da análise do discurso. Nessa seara, é importante que o papel do intérprete.

Enquanto no positivismo o intérprete deve se pautar por uma postura neutra, no pós-positivismo o intérprete há de ter uma postura construtiva diante do texto legal. Nesse diapasão, enquanto a função desempenhada pelo juiz no contexto positivista é passiva, sendo mero reproduzidor da lei, no paradigma pós-positivista o papel do juiz é ativo.

No pós-positivismo jurídico os princípios ganham especial relevância. Acerca da evolução da juridicidade dos princípios durante as mudanças emanadas das escolas do pensamento jurídico abordadas no presente trabalho, é essencial sintetizar a doutrina de Paulo Bonavides¹⁶, segundo o qual a juridicidade dos princípios passa por três fases distintas (a jusnaturalista, a positivista e a pós-positivista).

A primeira, a mais antiga e tradicional, é a fase jusnaturalista, na qual os princípios habitavam ainda uma esfera por inteiro abstrata e sua normatividade, que era basicamente nula e duvidosa, contrastava com o reconhecimento de sua dimensão meramente ético-valorativa de idéia que inspira os postulados de justiça.

A segunda fase da teorização foi a juspositivista. Aqui, os princípios adentram nos Códigos, tornando-se inequivocamente jurídicos, contudo somente como válvula de segurança. Nesse contexto, ao ser encarado como mera pauta programática supralegal, o princípio ficava carente de normatividade.

¹⁶ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 259-266.

Já na atual fase pós-positivista, se potencializa a hegemonia axiológica dos princípios. Nesta etapa, os princípios são concebidos como pilares normativos que possuem força vinculante dentro do sistema jurídico eminentemente constitucional.

Nesse contexto de pós-positivismo e substancialismo principiológico, dois autores que se destacam são Robert Alexy e Ronald Dworkin.

Robert Alexy desenvolve uma Teoria dos direitos fundamentais da Constituição alemã. Alexy enaltece a importância da efetivação dos direitos fundamentais positivados na Constituição, uma característica notória do mundo pós-moderno.

Em face da importância dos princípios no bojo do paradigma pós-positivista, é importante apresentar a distinção que Alexy estabelece entre princípios e regras.

Robert Alexy defende que os princípios são mandamentos de otimização, cuja principal característica é o fato de poderem ser cumpridos em diferentes graus. Neste ponto, mister se faz indicar, conforme destacado por Alexy, que “a máxima da proporcionalidade em sentido estrito decorre do fato de princípios serem mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas”.¹⁷ Já as regras, que estão determinadas na esfera do fática e juridicamente possível, podem ou não ser cumpridas.

No que tange aos conflitos, um conflito entre as regras somente pode ser solucionado com a introdução, em uma das regras, de uma cláusula de exceção que suprima o conflito. Já na colisão entre princípios, um terá que ceder, o que não quer dizer que um princípio será declarado inválido, nem que existirá a necessidade da criação de uma cláusula de exceção. Em verdade, um princípio cede, uma vez que o outro tem precedência sob determinadas condições.

Feita a apresentação de Alexy, se começa, então, a tratar de Dworkin. Tendo em vista o contexto pós-positivista em que se encontra Ronald

¹⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 118.

Dworkin, é salutar iniciar uma análise acerca do pensamento dworkiano a partir da observação de Alberto Alonso Muñoz, que destaca o seguinte:

“Dworkin parte de uma recusa peremptória do que considera ser o pressuposto fundamental do positivismo e do jusnaturalismo: a ideia de que o direito seja um conjunto de fatos normativos, sobre cujo caráter se controverte, mas que não escondem sua natureza de coisa.”¹⁸

Para Dworkin, a abordagem do direito está intrinsecamente ligada a uma forte atividade interpretativa. Nesse diapasão hermenêutico, Ronald Dworkin enalteceu a importância dos princípios para o sistema jurídico.

Ademais, Dworkin, rebateu os postulados positivistas. Nesse sentido, acerca dessa característica de Dworkin, Marília Muricy corrobora o *quantum* exposto, com os seguintes verbetes:

“Crítico exacerbado do positivismo jurídico, contrapõe-se à regra de reconhecimento como fundamento de obigatoriedade do sistema jurídico, compreendido não como um puro sistema de normas alheio às regras da equidade e da justiça, mas, sim, como um conjunto complexo de normas, diretrizes e princípios, responsáveis, estes últimos, pela configuração geral do sistema, com a incumbência de informar a aplicação das normas, sobretudo quando a literalidade destas últimas sugere solução desarrazoada.”¹⁹

Nesse diapasão, Dworkin²⁰ estabelece a distinção entre princípios jurídicos e regras jurídicas de natureza lógica. Para Dworkin, a diferença reside na natureza da orientação de cada conjunto de padrão. Enquanto as regras jurídicas são aplicáveis na base do tudo ou nada, os princípios, mesmo os que mais se aproximam da forma de uma regra, não apresentam consequências jurídicas que são aplicadas automaticamente quando as condições previstas como suficientes para sua aplicação se manifestam.

Ademais, os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm, que é a dimensão do peso ou importância. Quando os princípios se inter cruzam, o intérprete tem que levar em consideração a força relativa de cada princípio. Diferentemente, quando duas regras entram em conflito, uma delas não pode ser válida.

¹⁸ MUÑOZ, Alberto Alonso. **Argumentação e Interpretação do Jusnaturalismo ao Pós-positivismo**. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 233.

¹⁹ MURICY, Marília. **O pensamento filosófico de A. L. Machado Neto e a nova hermenêutica jurídica**. Revista da Faculdade de Direito da UFBA, Salvador, v.37, p.69-91, 1997/1998.

²⁰ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 39.

Explicitada a distinção entre princípio e regra, segundo Dworkin, é salutar pontuar que este insiste que as afirmações jurídicas são opiniões interpretativas²¹. Nesse bojo, cabe lembrar que para expor sua complexa estrutura da interpretação jurídica, Dworkin utiliza a figura de Hércules, um juiz imaginário, de capacidade e paciência sobre-humanas, que aceita o direito como integridade.

O pensamento de Ronald Dworkin contribui para arejar o sistema jurídico, antes congelado diante do império do positivismo jurídico. Contudo, seu pensamento também sofre críticas. Uma das contestações que sofre a teoria de Dworkin pode ser extraída da doutrina de Eros Roberto Grau²², que, ao contrário de Dworkin, entende que as regras comportam exceções.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de tudo que foi assinalado, é possível concluir que:

1. O jusnaturalismo é uma posição jusfilosófica marcante que passou por diversas fases, como as etapas com enfoques sofistas, estoicos e escolásticos
2. O movimento jusnaturalista tem na superioridade do direito natural em face do direito positivo uma marca importante.
3. O jusnaturalista não nega a existência do direito positivo. O jusnaturalista, portanto, aceita o direito positivo, desde que este se atente para os preceitos emanados do direito natural.
4. De acordo com o jusnaturalista, para a existência do direito, que precisa ser justo, é indispensável a presença do teor substantivo, e não somente formal.
5. A despeito de toda tradição, a doutrina jusnaturalista não forneceu um lastro adequado para a formatação de

²¹ DWORKIN, Ronald. **Império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 271.

²² GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 168.

uma ciência jurídica, sendo assim uma compreensão pré-científica do direito.

6. A transição da concepção jusnaturalista à positivista está conectada ao advento do Estado moderno que emerge com a dissolução da sociedade medieval.
7. Com a formação do Estado moderno, o juiz deixa de recorrer ao direito natural, uma vez que esta não se encontra mais no mesmo patamar do direito positivo.
8. O positivismo jurídico pode ser considerado sob três aspectos, quais sejam: a) como um certo modo de abordar o estudo do direito; b) como uma certa teoria do direito; c) como uma certa ideologia do direito.
9. Para o positivista, o direito é considerado como um fato, e não como um valor.
10. O exegetismo pregava que a lei devia ser a única fonte das decisões jurídicas. De acordo com essa corrente ultralegalista, o jurista devia se ater à interpretação literal do texto legal, uma vez que a lei continha todo o direito.
11. Com a Teoria Pura do Direito, publicada pela primeira vez em 1934, Hans pretende extirpar o sincretismo metodológico que obscurece a essência da ciência jurídica e fragiliza as barreiras que lhe são apresentadas pela natureza do seu objeto.
12. Segundo Kelsen, a norma jurídica é um juízo hipotético com força imperativa, que pode ser decomposto em dois preceitos, quais sejam: o preceito primário, extraído da fórmula “dada a não-prestação, deve ser a sanção”; o preceito secundário, que é identificado com a fórmula “dado o fato temporal deve ser a prestação”.
13. O modelo positivista entrou em crise. A partir da segunda metade do século XX, o positivismo jurídico já não comportava mais a complexidade social que

demanda um Direito mais atento ao pluralismo do mundo pós-moderno.

14. Como uma superação da dicotomia entre jusnaturalista e positivismo, emerge o pós-positivismo jurídico.
15. Enquanto no positivismo o intérprete deve se pautar por uma postura neutra, no pós-positivismo o intérprete há de ter uma postura construtiva diante do texto legal.
16. Na atual fase pós-positivista, se potencializa a hegemonia axiológica dos princípios. Nesta etapa, os princípios são concebidos como pilares normativos que possuem força vinculante dentro do sistema jurídico eminentemente constitucional.
17. Nesse contexto de pós-positivismo e substancialismo principiológico, dois autores que se destacam são Robert Alexy e Ronald Dworkin.
18. Robert Alexy desenvolve uma Teoria dos direitos fundamentais da Constituição alemã. Alexy enaltece a importância da efetivação dos direitos fundamentais positivados na Constituição, uma característica notória do mundo pós-moderno
19. Robert Alexy defende que os princípios são mandamentos de otimização, cuja principal característica é o fato de poderem ser cumpridos em diferentes graus.
20. Para Dworkin, a abordagem do direito está intrinsecamente ligada a uma forte atividade interpretativa. Nesse diapasão hermenêutico, Ronald Dworkin enalteceu a importância dos princípios para o sistema jurídico.
21. Para Dworkin, enquanto as regras jurídicas são aplicáveis na base do tudo ou nada, os princípios, mesmo os que mais se aproximam da forma de uma regra, não apresentam consequências jurídicas que são aplicadas automaticamente quando as condições

previstas como suficientes para sua aplicação se manifestam.

22. Para Ronald Dworkin, os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm, que é a dimensão do peso ou importância. Quando os princípios se inter cruzam, o intérprete tem que levar em consideração a força relativa de cada princípio.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro**. (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/7655>. Acesso em: 16 jul. 2011.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**: Lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2010.

COSSIO, Carlos. **La valoración jurídica y la ciencia del derecho**. Buenos Aires: Arayú, 1954.

DINIZ, Maria Helena. **Compêncio de introdução à ciência do direito**. São Paulo: Saraiva, 2005.

DWORKIN, Ronald. **Império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____ **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**. São Paulo: Atlas, 2003.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. São Paulo: Malheiros, p. 168.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MACHADO NETO, Antônio Luís. **Teoria da ciência jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1975.

MUÑOZ, Alberto Alonso. **Argumentação e Interpretação do Jusnaturalismo ao Pós-positivismo**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

MURICY, Marília. **O pensamento filosófico de A. L. Machado Neto e a nova hermenêutica jurídica**. Revista da Faculdade de Direito da UFBA, Salvador, v.37, p.69-91, 1997/1998.

SGARBI, Adrian. **Teoria do direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SIQUEIRA JR. Paulo Hamilton. **Teoria do direito**. São Paulo: Saraiva, 2011.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Curso de Introdução ao estudo do direito**. Salvador: JusPODIVM, 2011.

TOBEÑAS, Jose Castan. **Las diversas escuelas juridicas y el concepto del derecho**. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1947.