



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

O Pós-positivismo em uma Perspectiva Crítica

Luis Felipe Fonseca Católico

Rio de Janeiro  
2011

LUIS FELIPPE FONSECA CATÓLICO

O Pós-positivismo em uma Perspectiva Crítica

Artigo científico apresentado à Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para a obtenção do título de Pós-Graduação.

Orientadores: Prof.: Guilherme Sandoval.

Prof<sup>ª</sup>: Katia Silva.

Prof<sup>ª</sup>: Mônica Areal.

Prof<sup>ª</sup>: Néli Fetzner.

Prof.: Nelson Tavares.

Rio de Janeiro  
2011

## O PÓS-POSITIVISMO EM UMA PERSPECTIVA CRÍTICA.

Luis Felipe Fonseca Católico

Graduado pela Faculdade Cândido  
Mendes – Centro. Advogado.

**Resumo:** Surge o pós-positivismo. Cria-se um novo modelo de pensamento, uma teoria que tenta reaproximar a moral do direito na tentativa de se adequar aos novos anseios de um mundo pós-moderno. A Moral e o Direito são colocados no centro das discussões modernas. Faz-se uma abordagem crítica sobre a teoria positivista, que é revista para dar espaço ao pós-positivismo. Para tal finalidade utiliza-se dos princípios, normas jurídicas abstratas, como balizas morais perante toda a ordem jurídica.

Posteriormente, procede-se a crítica a essa nova apresentação teórica por apresentar pressupostos errôneos acerca da matéria atacada, o positivismo. As críticas são divididas em tópicos que demonstram, no fundo, ser o pós-positivismo uma posição precipitada, por não se enquadrar como teoria nem como ciência, uma vez que são retorcidas colocações acerca dos fundamentos estruturais do positivismo com posições meramente ideológicas e por fim propõe-se a impossibilidade de se fazer uma teoria sucessora do positivismo.

**Palavras-chave:** Direito Constitucional. pós-positivismo; moral e direito; teoria do direito; positivismo jurídico.

**Sumário:** Introdução. 1. A perspectiva doutrinária sobre o pós-positivismo. 1.1 As Fontes do Direito como 1º Problema. 1.2 A Separação entre Direito e Moral como o 2º Problema. 2 O contraponto. 2.1 Do liame das críticas e os afastamentos das teses que embasam o pós-positivismo. 2.2 Pré-conceitos necessários e a discriminação da realidade teórica 2.2.1 O Predicado “Teoria” 2.2.2 Os Limites do “Pós-positivismo” 2.3 A aplicação formalista do direito 2.4 A legitimação incondicional do direito e sua validade 2.5 A incoerência do positivismo 2.6 A decadência política positivista x os objetivos políticos pós-positivistas. a construção positivista ao longo dos anos. Conclusão. Referências.

## INTRODUÇÃO

Este trabalho tem a finalidade de analisar, sob uma ótica positivista, a teoria que alguns doutrinadores pátrios e alienígenas denominam de “pós-positivismo” em que afastam, com base em necessidades pós-modernas, pontos fundamentais da doutrina juspositivista (que se identificam em Norberto Bobbio<sup>1</sup>).

O primeiro deles é acerca do modo e método de abordar o direito. O positivismo jurídico resolve esta problemática a partir de uma abordagem exclusivamente retida na observação do conjunto de fatos, de fenômenos ou de dados sociais - análogos ao encontrado na realidade fática – para entender o direito; e utiliza-se do método para aplicá-lo apresentado pela teoria da interpretação mecanicista (em que deve prevalecer a lei). A reformulação proposta para esse fundamento está conectada à necessária valoração moral na apreensão de uma realidade social e na aplicação do direito.

O segundo ponto é o das fontes do direito. No positivismo jurídico encontra-se a teoria da legislação como indicadora preeminente do direito, considerando-o como uma derivação da lei. Em sentido diverso, a nova teoria crê que não só da lei deve extrair-se o direito, mas também buscar outros sistemas, como a moral, para solucionar os casos em que o sistema normativo se emudece e não oferece instrumentos suficientes para adequar-se às novas realidades.

Explicar-se-ão mais detidamente tais posições (e outras), afastando-se os referidos ataques ao positivismo. O desenvolvimento será dividido em duas abordagens distintas.

Na parte expositiva do trabalho se analisa as perspectivas sobre o pós-positivismo do jusfilósofo catalão Albert Calsamiglia (1998). Esta abordagem é feita sempre fazendo referências à posição tida como abandonada (positivismo) e o novo modelo adotado (pós-

---

<sup>1</sup> BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico*: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 2006. p . 131-134.

positivismo).

Na parte crítica, é tomada uma posição defensiva em relação ao positivismo jurídico, em que são expostos cada um dos pontos centrais pelos quais os pós-positivistas atacam esta teoria e o respectivo motivo pelo qual se devem afastar as críticas elaboradas. Consistirá, fundamentalmente, em uma crítica à crítica.

## 1. A PERSPECTIVA DOUTRINÁRIA SOBRE O PÓS-POSITIVISMO.

A perspectiva que se pretende expor é a identificada por Albert Calsamiglia em seu texto “Postpositivismo”<sup>2</sup>. Nele, o autor que enfoca teoricamente sua crítica. Aponta serem os principais problemas não resolvidos pela teoria jurídica do positivismo metodológico os da (i) indeterminação do direito e sua (ii) relação com a moral e a política.

Apresenta o primeiro embate - que é por via paralela o das fontes do direito - como o mais importante dos debates, por promover a distinção do que vem a ser o direito perante os outros sistemas normativos. Perquire quais são, efetivamente, os limites pelos quais se identifica o direito dentro do complexo de orientações heterogêneas acerca dos comportamentos humanos presentes na sociedade.

Noutro ponto desenvolve a deficiência do positivismo em explicar a separação entre o direito, a moral e a política, apontando como certo o pensamento de Dworkin e Fuller<sup>3</sup>, segundo o qual a avaliação moral é necessária tanto para entender como para descobrir o direito. Demonstra a moral como parte da origem do direito, contrário ao pensamento neutro do positivismo jurídico.

### 1.1 AS FONTES DO DIREITO COMO 1º PROBLEMA. HART E CALSAMIGLIA.

Observa o autor que o pós-positivismo muda o enfoque do positivismo em explicar o direito como norma criada pelos legisladores, baseada em uma estrutura coercitivo-formal e aplicada pelo Estado.

Partindo do paradigma teórico de aplicação da norma pela subsunção ao caso

---

<sup>2</sup> CALSAMIGLIA, Albert. *Postpositivismo*. In *Doxa : cuadernos de filosofía del derecho*, núm. 21, vol. I (1998), pp. 209-220. Alicante : Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2005. Disponível em <[http://www.luisvives.com/servlet/SirveObras/doxa/23582844322570740087891/cuaderno21/volI/Doxa21\\_12.pdf](http://www.luisvives.com/servlet/SirveObras/doxa/23582844322570740087891/cuaderno21/volI/Doxa21_12.pdf)> . Acessado em: 10 de abr. de 2011.

<sup>3</sup> *ibidem*, p. 210.

concreto, encontra o problema da não previsão normativa de solução para casos tidos como difíceis e evolui a uma perspectiva futurista e solucionadora.

Para melhor exposição do tema, passar-se-á a examinar esta nova abordagem do ponto de vista do positivismo moderno de Hart, para, depois, fazê-lo sob a ótica do pós-positivismo.

Já em 1961, Herbert Hart<sup>4</sup>, grande teórico tido como positivista moderado (por sua posição menos rígida em relação a metodologia kelseniana, como se demonstrará à frente), debruçou-se neste estudo para concluir em defesa da tese oferecida pelo positivismo.

Em sua clássica obra, defende que o direito é extraído de fatos sociais e, portanto, seu núcleo e gênese se encontram nas fontes sociais. Assim, cria a teoria das fontes sociais, na qual sustenta que o direito é produto de decisões tomadas no passado, que determinam a resposta jurídica que deve ser dada a algum conflito social, solucionando-o, exclusivamente, pela simples subsunção da norma ao fato. Partindo desta conclusão, e em respostas às críticas sobre a insuficiência na aplicação das normas por subsunção, Hart (e aqui o motivo de sua moderação) foi a fundo no mundo casuístico e admitiu que podem existir casos difíceis em que o juiz-aplicador cumpriria o papel de legislador, utilizando-se de critérios extrajurídicos, para solucioná-los, desde que admitidos pelo ordenamento jurídico. Criou para separar este dois mundos e critérios - jurídico e extrajurídico - a regra de reconhecimento:

A forma mais simples de remédio para a incerteza do regimes das regras primárias é a introdução daquilo que chamaremos de “regra de reconhecimento”. Esta especificará algum aspecto ou aspectos cuja existência de uma dada regra é tomada como uma indicação afirmativa e concludente de que é uma regra do grupo que deve ser apoiada pela pressão social que ele exerce. (...) Onde exista tal reconhecimento, existe uma forma muito simples de regra secundária: uma regra para a identificação concludente das regras primárias de obrigação.<sup>5</sup>

A regra de reconhecimento se revela, assim, como identificadora do direito e denota-se como o grande filtro de validade das normas de um ordenamento.

Frente à colaboração de Hart, o centro de atenção se moveu para a solução a ser dada aos casos difíceis apresentados pela sociedade, aqueles que atavam as possibilidades de

---

<sup>4</sup> HART, Herbert L.A.. *O conceito de direito*. 5. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2007, p. 104

<sup>5</sup> *ibidem*, p. 104.

jurisdição às normas de “textura aberta” e forçavam uma aplicação dos critérios extrajurídicos reconhecidos pelo ordenamento.

E estabilizou no positivismo moderno a maneira de solução destes casos: recorrer aos textos normativos escritos por legisladores no passado e, em casos excepcionais, utilizar-se do juiz-legislador, que cria nova solução (norma) dentro do arcabouço normativo que o próprio sistema o apresenta (por métodos de interpretação).

Frente a isso a pergunta crítica é posta: é esta a solução adequada diante de um caso difícil?

Para os pós-positivistas, não. Fica a insatisfação com a incapacidade do método positivista em dar uma resposta jurídica adequada (aos casos difíceis) e em qualquer sentido que possa uma norma conter, independentemente do grau de abstração ou a indeterminabilidade linguística apresentada por esta. Para eles é insuficiente a tese do fato social e, ainda mais, o direito da clássica “Teoria Pura”. Revelaram a necessidade de um novo modelo de pensamento: que não só está posto com teor cognoscitivo e descritivo, e que nem só ofereça informações de decisões políticas tomadas no passado como pautas de soluções aos problemas jurídicos apresentados (as convenções normativas).

Apontam como motivo desta insuficiência a desatenção do positivismo em progredir em sua teoria da interpretação das normas jurídicas e da aplicação mecanicista, por impossibilitarem decidir casos difíceis com a utilização de critério valorativos – pois que, se usados, poluiriam a clássica concepção de ciência do direito tão perseguida pelo princípio juspositivista da separação do direito e da moral.

Logo, a insuficiência da solução exige uma ferramenta teórica que possua feição prescritiva e que ofereça instrumentos passíveis de utilização para resolução de casos difíceis e futuros - ainda não resolvidos ou previstos nas normas. Partiram, então, os pós-positivistas para a busca desses instrumentos, além daqueles métodos apontados pelo positivismo. Com

efeito, o novo objetivo é o de encontrar soluções não só com referência ao passado, como se previam nas normas, mas também ao futuro, para os casos não exaltados pela legislação.

E estabelecem que, das decisões dos casos não legislativamente decididos, interessa persuadir argumentativamente os destinatários das normas de que a solução proposta para o caso é a mais correta. O que alimenta tal possibilidade de solução é a indeterminação do direito, e aí, neste plano, fora dos limites de potencial solução dos conflitos ou casos concretos apresentados pelas normas jurídicas, é que a nova teoria mergulha; nos sistemas normativos extrajurídicos.

Esta posição frente aos casos difíceis revela a tentativa de ultrapassar os limites da fonte do direito – a lei – para atender a necessidade da inafastabilidade e indeclinabilidade do Poder Judiciário – utilizando-se de valorações pela moral.

Para tanto, os pós-positivistas se focalizaram na filosofia moral e política com o pretexto de que trariam ao mundo jurídico meios - muito maiores que a intuição e com contextos de justificação plausíveis - para a aplicação dos sistemas normativos extrajurídicos, fora dos limites das fontes sociais.

Como um dos maiores autores em referência a este específico tema, Ronald Dworkin<sup>6</sup>, para legitimar a adoção da moral, considera a pretensa neutralidade do positivismo como hipócrita e salienta em sua obra a importância de se fazer a leitura moral da constituição, trazendo o estandarte do referido discurso argumentativo, ou seja, revelando o papel da moral - que é um sistema normativo extrajurídico - para solução dos problemas constitucionais concretamente vividos.

Segundo Caslamiglia<sup>7</sup>, a judicialização da teoria jurídica trazida por Dworkin, ou seja, este movimento de trazer para a prática jurídica e para o cotidiano a aplicação da teoria do direito através da moral e do discurso argumentativo, fora muito aceita e constitui, nesta nossa

---

<sup>6</sup> DWORKIN *apud* CALSAMIGLIA, p. 213.

<sup>7</sup> CALSAMIGLIA, *op. cit.*, p. 213.

época, um dos pilares do conhecimento jurídico moderno, em que encontram-se ferramentas para a solução de casos não resolvidos.

Ainda que da afirmação de ampla aceitação, em reduzidíssimas explicações fornecidas por Calsamiglia, o autor destaca importantes críticas recebidas pela teoria de Dworkin, uma do ceticismo e outra do realismo.

A cética aponta como incompleto os argumentos dos teóricos do direito em construir grandes teorias abstratas e gerais para alcançar fundamentos para soluções jurídicas e a minimização da indeterminação do direito, mostrando que o máximo atingível para tal pretensão é a utilização de métodos de analogia – ressalta-se que estes acreditam na existência da teoria do direito, contudo em dimensões menos pretensiosas e abstratas que as trazidas pelos pós-positivistas.

Já o realismo extremo anglo-saxão do movimento *Critical Legal Studies* encontra a resposta na própria indeterminação, dizendo ser o direito indeterminado e não eficaz para resolver os litígios, solução esta que está fadada, objetivamente, à perspectiva política de quem se utiliza do poder, aproximando o direito do conceito de política.

Enfim, com referência ao problema das fontes do direito, é possível concluir que a teoria moderna volta seus olhos para a área onde há a indeterminação do direito. Aqui está o cerne dos problemas que alegam os pós-positivistas existirem no positivismo sobre o tema das fontes sociais: (i) a omissão em dar soluções por não estarem previstas pelo direito posto e (ii) a inadequada e excepcional utilização dos juízes de outras fontes sem serem as fontes sociais (costumes). A questão, a grosso modo, é a de que o direito posto, realmente, não resolve todas as questões. Assim, o enfoque contemporâneo muda. O centro dos debates, que era ocupado pelos legisladores, passa agora para os intérpretes e juízes. Esta preocupação na mudança de foco revela que os instrumentos positivistas são somente suficientes para que seja feita um análise das normas jurídicas, porém insuficientes quando se fala da aplicação do direito, ou

seja, de dar conta do complexo fenômeno jurídico em seus diversos âmbitos de compreensão. Mostra-se também, e principalmente, que esta insatisfação gera reflexos claros na prática jurídica, onde a utilização dos critérios antigos imprime os mais variados erros (judiciais), verdadeiras fontes de invenção dos aplicadores na busca de uma solução. Faz-se mister a utilização de sistemas normativos de índole extrajurídica reconhecidos pela ordem jurídica para remediar esta problemática.

## 1.2 A SEPARAÇÃO ENTRE DIREITO E MORAL COMO O 2º PROBLEMA

A segunda grande crítica que Calsamiglia<sup>8</sup> tece é a da tese positivista da separação necessária entre o direito e a moral (e a política), revelada pelas máximas de que o direito não “*pierde su juridicidad por ser injusto*”, e “*una cosa es el derecho que es y otra muy distinta es el que debe ser*” - distinções estas tipicamente positivistas. Este debate pode se dar por diversas maneiras, que correspondem às formas de infiltração dos sistemas normativos extrajudiciais no mundo jurídico.

O primeiro meio pelo qual se desenvolve esta crítica é a questão da introdução dos princípios morais nos ordenamentos jurídicos, através de conceitos abstratos que demandam posturas de concretização e de atribuição de significados com justificação de índole moral pelo aplicador - conforme já se expôs acima.

A problemática dos princípios passa por admitir ou uma conexão necessária, ou uma relação de contingente entre o direito e a moral. Assim é posto: naquela (conexão necessária), a moral deve estar presente por um liame de necessidade, tendo em vista ser inerente ao direito a existência da moral em sua formação e conteúdo; e nesta (relação de contingência), a moral pode estar, ou não, presente por existir um liame de desnecessidade, não estando

---

<sup>8</sup> CALSAMIGLIA, *op. cit.*, p. 215.

inerentemente conexa à sua formação. E desse panorama vem o problema que se põe a validade do direito: O direito, em sendo injusto, perde sua qualidade jurídica?

Para a solução deste grande problema, outro ponto importantíssimo (outra maneira de abordagem) da crítica da relação entre a moral e o direito há de ser, antes, ventilado. É o dos conceitos jurídicos indeterminados (presentes em normas de textura aberta, como já posto acima), e como estes funcionam e se instrumentalizam perante o direito.

O direito positivo possui, em algumas de suas normas, conceitos de muitos significados abstratos e cheios de valorações, dos quais a aplicação fica diretamente vinculada aos casos concretos em que incidem, e assim denotam uma concepção moral e política necessária que justificam a sua aplicação. Não há uma instrumentalidade adequada e segura para as concreções destes conceitos indeterminados, como por exemplo, os de igualdade, a liberdade, a privacidade, incluídos nas Constituições do mundo.

Com efeito, os conceitos indeterminados possuem intenções em seus sentidos que podem tomar formas muito diversas e que assim, demandam dos responsáveis por sua aplicação a decisão de qual das concepções possíveis serão institucionalizadas, para então se transformar em normas efetivamente aplicadas. Surge aí a necessidade de estabelecer um critério para se definir qual das possíveis concepções é a mais adequada para o conflito. Para os pós-positivistas são os sistemas normativos extrajurídicos (a moral principalmente). Explica-se.

A análise do passado e da estrutura conceitual que traz a norma tem, dentro de sua disposição normativa (texto), um núcleo de desacordo valorativo, e a crítica é posta na concepção de que a mera descrição trazida pelo positivismo destes desacordos nas prescrições normativas postas pelo criador da norma não esgota o problema. Os critérios positivistas são tidos como precários e não solucionantes.

E Calsamiglia afirma que a resposta se perfaz pela união de uma análise do passado (a

positivista) e de uma justificação moral e política do presente (a pós-positivista), para se obter uma postura de soluções para o futuro (como já dito, ser esta a postura objetiva da moderna teoria pela aproximação da moral e direito).

Tal discussão remete a problema de maior volume, pois entra no campo da identificação do direito, ou seja, das fontes, como acima se colocou. Assim, além de se determinar o uso dos conceitos por meio de justificativas de índole moral e política, identificam-se nestes instrumentos de justificação, ainda, a sua qualidade jurídica e sua existência para o direito (e aqui reside também a problemática dos princípios como sendo os meios de justificativa moral).

Revelada a necessidade da utilização da moral e política para que se determine o uso destes conceitos indeterminados, e a fim de nortear o problema da validade de qualquer direito (mesmo contrário a moral), problemas estes não solucionados, é trazida a proximidade entre direito e moral através da inserção dos princípios jurídicos. Conceitos estes que, segundo o pós-positivismo, devem estar estabelecidos e institucionalizados em um ordenamento jurídico através de uma relação de necessidade entre a moral e o direito, ou seja, o direito deve ser criado com conteúdos morais. Aqui as soluções pós-positivistas para o problema das fontes se interligam.

Calsamiglia resume o que encara como o grande debate pós-positivista para as soluções dos casos difíceis e a utilização dos princípios e normas de conceitos indeterminados dada pelo positivismo jurídico, mediante a atuação do juiz, nos casos de omissão, como um legislador positivo (que faz nova norma jurídica para aplicar ao caso):

*[...] consistiria en enfocar la crítica de las dos tesis procedentes – la tesis de las fuentes y la separación entre derecho y moral – dependiente de una tercera tesis fuerte que mantendría que en los casos difíciles el juez actúa discrecionalmente. El principal ataque de los postpositivistas tiene como objetivo la tesis positivista de la discreción judicial, y, para atacarla, se ven obligados a poner en cuestión tanto la tesis de las fuentes sociales del derecho como la tesis de la separación entre el derecho y la moral.<sup>9</sup>*

---

<sup>9</sup> CALSAMIGLIA, *op. cit.*, p. 219.

## 2 O CONTRAPONTO.

### 2.1 DO LIAME DAS CRÍTICAS E OS AFASTAMENTOS DAS TESES QUE EMBASAM O PÓS-POSITIVISMO.

O que se viu até agora foi, neste reduzido apanhado, as críticas ao positivismo jurídico e as respectivas justificações para que utilize de uma nova teoria, ou uma nova concepção teórica. Contudo, o alvo em que o positivismo é colocado, pelos ditos sucessores, é putativo.

A evolução das correntes positivistas nas últimas décadas e a correta releitura dos clássicos teóricos refaz totalmente a ideia em que se baseiam as críticas e também, por consequência, as soluções propostas. Assim, não há correspondência entre as teses atacadas pelos pós-positivistas e o conhecimento moderno e remontado do juspositivismo do século XX.

Falar-se-á, nesta segunda parte, sobre os motivos relevantes para serem afastadas as teses de superação do juspositivismo - ou pelo menos a nomenclatura de “pós-positivismo” - infundadas perante as presentes evoluções positivistas e as devidas análises de obras-primas desta teoria evoluída. Serão utilizados, para melhor elucidar essa perspectiva, os contra-ataques teóricos de Dimitri Dimoulis<sup>10</sup>.

Assim, partindo de suas ideias, serão tecidas considerações na tentativa de afastar as críticas mais importantes feitas ao positivismo jurídico. Considerar-se-ão estas demonstradas pelos seguintes tópicos que se seguem.

---

<sup>10</sup> DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. São Paulo: Método, 2006. (Coleção Professor Gilmar Mendes; v.2), p. 104.

## 2.2 PRÉ-CONCEITOS NECESSÁRIOS E A DISCRIMINAÇÃO DA REALIDADE TEÓRICA

### 2.2.1 O PREDICADO “TEORIA”

Teoria é definida por Bergel como sendo o “estudo do ordenamento jurídico em sua totalidade a partir da observação dos vários sistemas jurídicos, com o objetivo de definir os grandes eixos de construção e aplicação do direito”<sup>11</sup>. Esta abordagem idealiza qual o intuito dos teóricos do direito na elaboração de uma teorização da estrutura do direito. Utilizam-se para tanto de paradigmas dos vários ramos do direito e ordenamentos jurídicos, na tentativa de explicar métodos e definir manifestações do fenômeno jurídico, correndo assim dentre várias abordagens interdisciplinares e críticas dos conceitos jurídicos fundamentais do direito e dos sistemas jurídicos.

Desta estrita forma apresentada não faz sentido denominar exposições doutrinárias, parciais, como teorias do direito. Esta disciplina científica não é dogmática, e tem por intuito um saber onipresente na prática jurídica e nos confrontos jurídicos dos mais diversos casos - ainda que seus operadores não estejam conscientes disso.

Válido é salientar que é fragmentária a utilização do termo definidor “teoria do direito”, ou seja, para ser assim chamada, devem ser apresentados elementos comuns de vários sistemas normativos pertencentes a um domínio. Portanto, resta impossível, como bem afirma Dimoulis<sup>12</sup>, a denominação “geral” a essas teorias, diante da constatação de que os estudiosos da teoria do direito com quem se toma contato somente adotam por horizonte o direito moderno ocidental.

---

<sup>11</sup> BERGEL *apud* DIMOULIS, p. 18.

<sup>12</sup> DIMOULIS, *op. cit.*, p. 26.

Em posição extrema a uma teoria fragmentada, Dworkin<sup>13</sup> - o autor que embasa todo o pensamento pós-positivista - limita suas obras a um espaço geográfico-cultural bem restrito, o americano e o inglês, assumindo em sua obra que considera arriscado a aplicação de sua descrição em outros países ou períodos históricos. Tal posição gera crítica devido ao não êxito na tentativa em definir o direito de forma ampla, tentativa esta que é intrínseca às teorias do direito.

Dimoulis<sup>14</sup> alerta que qualquer obra que tenha o intuito de se limitar em seu objeto científico deve apresentar indicações claras do ordenamento jurídico estudado e analisado.

Com todas estas colocações, parece que, com a devida vênua dos grandes doutrinadores que se debruçaram e desenvolveram a tese do pós-positivismo, a “teoria” elaborada não merece tal nomenclatura. Não há padrões desenvolvidos para um conhecimento onipresente, muito menos para explicar o fenômeno jurídico, tendo em vista que se utiliza de uma teoria cujo objeto científico é extremamente reduzido e não recomendado para aplicação externas – como a teoria de Dworkin.

Assim, como mostrou a exposição do pós-positivismo, o que decorreu desta colocação foi um atendimento às necessidades de nosso tempo. Longe de se mostrar um rompimento ou uma nova percepção do modelo positivista que teve por base a “teoria pura” de Kelsen. Provam-se existirem ainda normas, incidência, coercitividade, sanção, Estado, legisladores e aplicadores. Para que destas novas posições pudessem emergir uma teoria do direito - como o positivismo - teria que encontrar nova fórmula para a percepção do fenômeno jurídico e não, apesar de sua importância no debate teórico, adicionar novos conceitos aos antigos parâmetros.

A própria nomenclatura “pós-positivismo” já se revela intencionalmente sucessora. E também inapropriada. “Pós” é prefixo de origem grega que denota uma ideia do

---

<sup>13</sup> *ibidem*, p. 27.

<sup>14</sup> *ibidem*, p. 27.

que ocorre após, momento histórico posterior. Traça-se então nesta denominação para informar que existe uma nova teoria que surgiu após o positivismo, contudo, seria mais correto e técnico afirmar que o pós-positivismo surgiu no positivismo, tendo em vista toda a superfície teórica em que se ergueu esta nova abordagem.

### 2.2.2 OS LIMITES DO “PÓS-POSITIVISMO”

Vale salientar quais são os limites que enfrenta o pós-positivismo para que seja aplicado nos sistemas positivos como uma pretensa sucessora “teoria do direito”. O primeiro limite enfrentado é de cunho geográfico. O outro tem relação com a receptividade obtida pela comunidade jurídica.

A falsa ideia que se pode vender é a de que nessa corrente de pensamento existem muitos adeptos e que é mundialmente conhecida. Não parece ser a verdade. O termo é praticamente desconhecido em outros países, esporadicamente encontrado na doutrina de origem alemã. No Brasil, prega-se a inclusão de valores, a distinção entre regras e princípios, a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre o direito e a ética, sob a necessidade de superar a ideologia das desigualdades e dar cidadania à maioria da população, dando-lhes poder de consumo e ditando-lhes padrões de civilidade, conforme afirmam Barroso e Barcellos<sup>15</sup> em seus pronunciamentos dogmáticos acerca do pós-positivismo. Baseiam-se na doutrina de Ronald Dworkin. Caminha assim a corrente brasileira em uma mistura entre o ser e o dever ser do direito, trazendo para dentro das colocações positivas realidades que as normas conferem ao aplicador a verdadeira escolha. Existem ainda outros doutrinadores brasileiros que se referem ao pós-positivismo como uma teoria moralista em versão dworkiana, ou indicam abordagens feitas por Alexy e outros, como fazem Maciel e

---

<sup>15</sup> BARROSO; BARCELLOS *apud* DIMOULIS, p. 49.

Guerra Filho<sup>16</sup>.

Para todas as perspectivas brasileiras, cabe ressaltar neste ponto que a doutrina de Ronald Dworkin, amplamente utilizada pelos pós-positivistas nacionais, merece um esclarecimento acerca dos fatos pelos quais ela e seus seguidores, como Robert Alexy, surgiram.

Dworkin rejeita o positivismo jurídico, esclarecendo, em sua obra “Levando os Direitos a sério”, que seu objetivo ao desenvolver sua teoria é “lançar um ataque geral contra o positivismo”<sup>17</sup>, opção esta que o acompanhou por toda sua obra. Para tal, ele utiliza-se de plataforma teórica de seu antecessor no magistério de *Jurisprudence*<sup>18</sup> na Universidade de Oxford, Herbert Hart. Hart<sup>19</sup>, no pós-escrito em sua obra “O Conceito de Direito”, afasta algumas das críticas esposadas por aquele.

Parece impróprio adotar como base “pós-positivista” a teoria de Dworkin. Seriam melhor denominadas as posições embasadas nos pensamentos deste celebrado teórico como de “antipositivista”, ao invés de tratá-la como teoria que sucede o juspositivismo. Nomenclatura e posição histórica parecem estar equivocadas. Neste mesmo posicionamento de classificação estão Pintore, Schiavello e Giordano<sup>20</sup>.

### 2.3 A APLICAÇÃO FORMALISTA DO DIREITO

Segundo afirmam os seus críticos pós-positivistas o juspositivismo prega um direito afastado, lógico e formalmente incidido em cada caso concreto que se tente solucionar.

Utiliza-se para esta manobra de exclusivo raciocínio, o uso, também exclusivo, da lei. Fica o

---

<sup>16</sup> MACIEL; GUERRA FILHO *apud* DIMOULIS, p. 50.

<sup>17</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 35

<sup>18</sup> Esta disciplina jurídica encontrada nos países de língua inglesa, cuja expressão *jurisprudence* significa teoria do direito, em que se estuda questões teóricas de dizem respeito à natureza das leis e dos sistemas jurídicos, à relação do direito com a justiça e a moralidade e à natureza social do direito.

<sup>19</sup> HART, Herbert L.A.. *O conceito de direito*. 5. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2007. p. 299-300

<sup>20</sup> PINTORE, SCHIAVELLO; GIORDANO *apud* DIMOULIS, p. 50.

positivismo, na perspectiva destes críticos, fechado à comunicação entre o aplicador e os sistemas normativos extrajurídicos, impossibilitando que se crie direito. Está vedada, segundo eles, a construção para o caso concreto a partir das normas jurídicas preexistentes.

Tais colocações apostam que o positivismo jurídico possui “mecanismo ingênuo do formalismo” na aplicação do direito segundo seus preceitos, deixando-o atado para solução de casos não previstos concreta e claramente na legislação (tidos como casos difíceis, conforme já apresentado). E estes não se revelam como argumentos sólidos para criticar, conforme fora feito pelos pós-positivistas.

A inverdade se revela com clareza em contato com a clássica obra de Hans Kelsen. O autor, como expoente máximo do positivismo, analisa com sua peculiar logicidade a manobra do intérprete e aplicador ao se deparar com uma norma jurídica e um caso concreto, discursando sobre a interpretação e indicando-a como um instrumento de atuar tendente à solução, que se tange logicamente a um ato de vontade, de escolha:

Na medida em que, na aplicação da lei, para além da necessária fixação da moldura dentro da qual se tem de manter o ato a pôr, possa ter ainda lugar uma atividade cognoscitiva do órgão aplicador do Direito, não se tratará de um conhecimento do Direito positivo, mas de outras normas que, aqui, no processo da criação jurídica, podem ter sua incidência: normas de Moral, normas de Justiça, juízos de valor sociais que costumamos designar por expressões correntes do bem comum, interesse do Estado, progresso, etc. (...) Relativamente a este (Direito positivo), a produção do ato jurídico dentro da moldura da norma jurídica aplicada é livre, isto é, realiza-se segundo a livre apreciação do órgão chamado a produzir o ato. Só assim não seria se o próprio Direito positivo delegasse em certas normas metajurídicas como a Moral, a Justiça, etc. Mas, neste caso, estas transformar-se-iam em normas de Direito positivo.<sup>21</sup>

Fica a constatação de que, ao se debruçar sobre uma norma jurídica, abre-se uma moldura - onde os limites (as bordas) são prontamente demonstrados ao intérprete pelo conteúdo normativo -, e uma tela que é livremente preenchida com o que o sistema normativo diz ser o direito e com o que o caso concreto demanda para a solução.

Nesta apresentação sobre as possíveis aplicações do direito se vislumbra também

---

<sup>21</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 7. ed. Tradutor: João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 393-394.

o problema das fontes do direito - apontada como crítica nos capítulos acima. Contudo, não há problemas em afirmar que o intérprete poderá utilizar princípios e normas mais abstratas e concretizá-las no caso, podendo, e somente podendo utilizar-se destes se se encontrarem devidamente encampados pelo direito positivo (explícita ou implicitamente reconhecidos pelo ordenamento jurídico). Kelsen fala em normas jurídicas, não fala no seu conteúdo, ou densidade normativa.

Não há interpretação mecânica, há criação limitada a aspectos legais e formais.

Adentrando na crítica das normas que trazem conceitos indeterminados e o problema da aplicação formal das normas que se enfrenta na solução dos casos difíceis, o autor positivista já citado, Herbert Hart, faz observações sobre as normas jurídicas de conceitos indeterminados e identifica, entre elas, um amplo espaço de discricionariedade do aplicador. Adverte existir um papel criativo frente a normas que, segundo ele, possuem “textura aberta”. Este aspecto tange o problema da validade do sistema jurídico em relação ao direito – pela utilização de critérios extrajurídicos para a solução de aplicação ou não das normas - como afirma:

Todas as regras envolvem o reconhecimento ou a classificação de casos particulares como exemplos de termos gerais e, considerando tudo aquilo que nós aceitamos chamar regra, é possível distinguir casos centrais nítidos em que se aplica a certamente e outros em que há razões, tanto para afirmar, como para negar que se aplique. Nada pode eliminar esta dualidade de um núcleo de certeza e de uma penumbra de dúvida, quando nos empenhamos em colocar situações concretas sob as regras gerais. Tal atribui a todas as regras uma orla de imprecisão, ou uma “textura aberta”, e isto pode afectar a regra de reconhecimento que especifica os critérios últimos usados na identificação do direito, tanto como duma lei concreta.<sup>22</sup>

A textura aberta é apontada como um problema de comunicação ao aplicador dos parâmetros de conduta impostos pela norma. Para o autor<sup>23</sup> trata-se de um problema geral da linguagem humana, como um aspecto da condição humana, e que apresenta como centro desta desvantagem a ignorância (desconhecimento da realidade da instituição da norma) e a relativa

---

<sup>22</sup> HART, *op. cit.*, p. 134-135.

<sup>23</sup> *ibidem*, p. 141.

indeterminação de finalidade (dos textos) cujo paradigma são as infinitas possibilidades que o mundo jurídico e real oferecem.

Fala o autor que, no direito, muitas possibilidades de aplicação devem ser delegadas aos aplicadores, tribunais e juízes, para seu correto desenvolvimento. Para ele estes sujeitos “determinam o equilíbrio, à luz das circunstâncias, entre interesses conflitantes que variam em peso, de cada caso para caso”<sup>24</sup>. Revelada fica, por um dos mais célebres positivistas, a possibilidade da criação judicial frente o problema da indeterminação do caso e da norma.

Reforça tal tese o teórico Joseph Raz, representante de uma corrente denominada “positivismo exclusivo”, quando diz sobre a possibilidade de o juiz, ao se deparar com uma não explícita previsão legislativa, criar perante a norma apresentada à interpretação do direito posto. Metaforicamente, sua elucidação: “(...) a interpretação judicial pode ser tão criativa como a interpretação de uma sonata para piano de Beethoven por Glen Gould.”<sup>25</sup>

Parece que este último autor citado aproxima-se bem da ideia já apresentada por Kelsen, acima retratada, acerca da livre produção do ato jurídico dentro de uma moldura normativa.

Assim, não parece confortável imputar ao positivismo a ideia do formalismo, ou da prisão normativa, alegando que a criação, ou a fuga à subsunção objetiva feriria a teoria perante os autores que a representam. Há uma necessidade de forma para identificar e aplicar o direito, mas não um necessário e estrito apego às palavras do escrito normativo.

#### 2.4 A LEGITIMAÇÃO INCONDICIONAL DO DIREITO

Outro ataque que fazem os pós-positivistas expõe que, para os positivistas, a

---

<sup>24</sup> *Ibidem*. p. 148.

<sup>25</sup> RAZ *apud* DIMOULIS, p. 134.

validade das normas jurídicas é condição suficiente para auferir seu caráter justo, ou seja, a própria validade basta para que se aplique uma norma e a tenha como concretização da Justiça.

Como premissa necessária, adota-se, para desmistificar a conexão feita pelos referidos críticos do positivismo acerca da aceitação de que a validade gera conseqüentemente uma norma justa, as observações ímpares feitas por Norberto Bobbio, que bem salienta: há que se diferenciar uma ideologia de uma teoria. Esta se verifica por uma atitude puramente cognoscitiva que o homem assume perante a realidade, com única e exclusiva finalidade de informar os outros acerca do seu conhecimento, já a ideologia conota uma posição avaliativa do homem perante a realidade, consistente no “conjunto de juízos de valores relativos a tal realidade, juízos estes fundamentados no sistema de valores acolhido por aquele que formula, e que têm o escopo de *influírem* sobre a realidade.”<sup>26</sup>

Bobbio ainda, no correr destas mesmas páginas de seu livro “O Positivismo Jurídico”<sup>27</sup>, revela, ao analisar o pensamento de Bentham, Austin e a Escola da Exegese, como encarar o aspecto ideológico da concepção juspositivista. Entende que tais autores (e movimento), ao invés de descreverem o direito na realidade, criticam-no ou analisam em suas perspectivas, com fim de que se modifique para corresponder às concepções ético-políticas que possuem.

Assim é possível afirmar *a priori*, muito satisfatoriamente, que o positivismo, em suas reservadas exceções, não apregoa uma ideologia e sim uma teoria, uma observação da realidade e uma tentativa de descrição científica sobre o mundo jurídico.

Trazendo o embate para níveis e critérios jurídicos, Dimitri Dimoulis<sup>28</sup>, utiliza, para explicar a problemática apresentada sobre a validade e a legitimação, a teoria da dupla identificação objetiva da validade (tanto da norma, quanto do ordenamento).

---

<sup>26</sup> BOBBIO, *op. cit.*, p. 223.

<sup>27</sup> *ibidem* p. 223

<sup>28</sup> DIMOULIS, *op. cit.*, p.115.

Para a validade das normas, adota o termo “validade” como expressão da “validade formal”, que remete a um problema restritamente de pertença da norma ao ordenamento jurídico que lhe dá força vinculante. Justifica o uso deste sentido dizendo ser o “conceito prestável” a uma discussão que objetiva definir a validade do direito de forma genérica, ampla (por isso, também adotá-lo nestas linhas para explicar a crítica).

Esclarece que o termo “formal” indica tão-somente que a validade de uma norma nunca pode ser julgada por critérios de mérito externos, decorrentes de outros sistemas normativos, como sua adequação com a moral, a política, a economia, etc. Define posicionamento de que, para a norma existir, ela deve estar de acordo exclusivamente com o procedimento estabelecido para sua criação, ou seja, de acordo com uma norma de hierarquia superior das fontes do direito.

Do outro lado (onde reside o problema), continua o autor, para afirmar que há validade do ordenamento jurídico, ou seja, do direito objetivo vigente em um país em determinado período histórico, vale-se da teoria da identificação objetiva da validade do ordenamento jurídico, que estabelece como requisitos para sua verificação: (i) o objetivo de regulamentar a conduta humana, (ii) a produção de efeitos sociais e (iii) a imposição vinculante das normas a partir de um ato do poder prevacente.

Conclui-se do entendimento destes três requisitos que a verificação da validade do ordenamento jurídico pelo positivismo não está eminentemente desvinculada de outros sistemas normativos, aproximando os termos “validade” e “legitimidade” (no sentido da validade material do ordenamento jurídico).

Aqui, para enquadrar os requisitos observados por Dimoulis e melhor explicá-los no campo positivista, mostram-se necessárias maiores explicações.

Para melhor focar o que os positivistas pensam sobre a validade do ordenamento jurídico, em um primeiro momento, resgata-se os conceitos trazidos por Kelsen

acerca dos pressupostos do ser e do dever ser. Assim, não há como confundir os dois conceitos:

É um dado imediato de nossa consciência. Ninguém pode negar que o enunciado: tal coisa é – ou seja, o enunciado através do qual descrevemos um ser fático – se distingue essencialmente do enunciado: algo deve ser – com o qual descrevemos uma norma – e que da circunstância de algo ser não se segue que algo deva ser, assim como a circunstância de que algo deve ser se não segue algo que seja.<sup>29</sup>

Como se percebe do extrato, a impossibilidade de o direito ser deduzido de outros sistemas normativos advém da impossibilidade de haver comunicação ou confusão entre estes dois conceitos apresentados, ou seja, o que é o direito, tendo qualidade de dever ser, não pode ser deduzido de algo do mundo dos fatos, elementos do ser.

Porém, tal raciocínio, basilar de toda a teoria positivista de Kelsen, sofre concessões.

Concessões estas, por parte do próprio Kelsen, na apresentação da chamada norma fundamental hipotética, que diz ele ser necessária às normas que ocupam o topo da pirâmide normativa que se extrai de sua obra. Esta norma fundamental desempenha duas funções, (i) a que ordena a todos os súditos a obediência as normas positivas supremas do ordenamento e (ii) a consideração de validade de todas as normas que decorrem da manifestação de vontade do criador das normas supremas, apesar de:

O fato, porém, de o conteúdo de uma ordem coercitiva eficaz poder ser julgado como injusto, não constitui de qualquer forma um fundamento para não considerar como válida essa ordem coercitiva.<sup>30</sup>

Contudo, em relação a esta norma fundamental ele abre sua verificação de validade a dados fáticos da sociedade, alertando cuidadosamente para que sua teoria não perca o caráter puro que tais concessões à realidade são verdadeiras condições ou pré-requisitos de validade.

Primeiro, considera necessário que o direito instituído com base na norma

---

<sup>29</sup> KELSEN, *op. cit.*, p.6.

<sup>30</sup> *Ibidem*, p. 55.

hipotética fundamental, para ser válido, possua certo grau de eficácia social. Para tanto, salienta que “uma norma deixará de ser considerada válida quando permanecer duradouramente ineficaz”<sup>31</sup> e prevê, em outras palavras, “que, no entanto, as ordens coercitivas revolucionariamente instituídas provaram ser duradouramente eficazes, passaram a ser reconhecidas como ordens jurídicas”<sup>32</sup>, ligando indubitavelmente a eficácia social à validade jurídica.

Em segundo, para diferenciar o que são normas jurídicas das normas não jurídicas, devem-se comparar os diversos sistemas normativos existentes em uma sociedade, curvando-se ao mundo fático para esta observação (observação que deve ser feita através do mundo do ser). Portanto, atribui juridicidade e imposição coercitiva do poder estatal para normas que possuam “eficácia duradoura”<sup>33</sup>, constatável na realidade.

Estas duas observações, que fazem um claro ponto de encontro – como observa Dimitri<sup>34</sup> - entre o ser e dever ser, relacionam a validade ao impacto social que as normas jurídicas produzem na realidade.

Não longe desta perspectiva está a regra de reconhecimento de Hart<sup>35</sup>. O autor considera que a validade das normas decorre desta regra, que estabelece quais comandos devem ser reconhecidos como juridicamente válidos no sistema. Esta regra é denominada pelo autor como “secundária”, ou de segundo grau, e deve determinar o que é direito em uma dada sociedade. Para tanto está formulada de forma implícita, externa, decorrente dos legitimados para produzi-la, e faz depender sua própria validade de práticas sociais que a reconhece como tal. Assim, a regra de reconhecimento varia seu conteúdo e forma de acordo com as mudanças das práticas sociais, só podendo fixar seu conteúdo a partir de observações detidas à realidade. É, portanto, assunto fático.

---

<sup>31</sup> *Ibidem*, p. 12.

<sup>32</sup> *Ibidem*, p. 55.

<sup>33</sup> *Ibidem*, p. 53.

<sup>34</sup> DIMOULIS, *op. cit.*, p.121.

<sup>35</sup> HART, *op. cit.*, p. 94-95.

Assim, como exposto, o positivismo se afasta de perspectivas morais ao descrever um ordenamento jurídico; entretanto, se reconhece uma intersecção das normas com sua aceitação social. Para esta teoria, somente pode legitimar-se uma ordem jurídica se os próprios sofreadores das limitações impostas por elas concordem com o direito posto (ou pelo menos com o poder que o impõe). E assim sempre ocorrera na história. O problema de justiça das normas é político e social, e não dogmático e justeórico, tangendo a filosofia e ao entendimento dos poderes atuantes na criação de uma nova ordem jurídica. Independentemente da ordenação jurídica aceita, ela somente é uma ordem.

## 2.5 A INCOERÊNCIA DO POSITIVISMO

Autores como Arnaldo Vasconcelos, em seu livro *Direito e Força*<sup>36</sup>, apesar dos ataques de alegações formalistas acima descritos, criticam Hart e Kelsen de possuírem posições que se aproximam do jusnaturalismo. Interpretam tal incoerência como um reconhecimento de inadequação da teoria juspositivista por se aproximarem de conceitos de direito natural quando se referem a necessidade de eficácia social das normas para sua validade – como referimos acima.

Como crítica especial às incoerências alegadas, fazem referência ao que Hart entendeu ser o núcleo jusnaturalista do direito positivo, ou “conteúdo mínimo de direito natural”<sup>37</sup>, significando que os sistemas jurídicos devem possuir certos elementos normativos para que possam adquirir a qualidade de direito.

O autor qualificou esses elementos como uma expressão mínima de jusnaturalismo, tendo em vista que “sem um tal conteúdo, o direito e a moral não podiam apoiar o desenvolvimento do propósito mínimo da sobrevivência que os homens têm, ao

---

<sup>36</sup> VASCONCELOS *apud* DIMOULIS, p. 58.

<sup>37</sup> HART, *op. cit.*, p. 209.

associar-se uns com os outros” e ainda “na ausência deste conteúdo os homens, tais como são, não teriam a razão para obedecerem voluntariamente a quaisquer regras”<sup>38</sup>. Dentre esses direitos o autor pontua (i) a tutela da vida e da integridade física, (ii) procedimentos que possibilitem o consenso social, (iii) limitações as liberdades, (iv) proteção da propriedade e (v) previsão de sanções para transgressores das normas.

Apesar dessas colocações, julgar Hart como jusnaturalista é errôneo. Seu pensamento não estabelece consequências em que se o legislador eventualmente não obedecer a estas regras mínimas estaria violando um dever supra-legal, e - por muito menos - que este ordenamento jurídico, desprovido das citadas normas de conteúdo jusnaturalista, não possuiria validade por estar em desacordo com o valor justiça.

A concepção do autor é voltada exclusivamente para garantir um mínimo pressuposto para a existência e permanência lógica do sistema, ou seja, a possibilidade de criação de um sistema coerente e não autodestrutivo. Em hipótese nenhuma significa que este autor se aproximou do posicionamento jusnaturalista de conhecer, por intermédio da razão, o direito através da natureza (em sentido amplo), como se fosse algo de preexistente à sociedade.

Menos ainda caberia essa crítica à posição de Hans Kelsen, que permeia toda a sua obra com a rejeição das concepções jusnaturalistas, marcando-a pela independência do ordenamento jurídico de elementos metafísicos e tendencialmente imutáveis, tais como os mandamentos divinos ou os imperativos da razão humana. Kelsen define o direito com base em elementos empíricos que necessariamente constituem produto de atos de vontade, e adverte sobre o direito positivo:

Se o considerarmos em relação a uma ordem “superior” que tem a pretensão de ser o Direito ideal, o Direito “justo”, e exige que o Direito positivo lhe corresponda – em relação, por exemplo, com o Direito natural ou com uma Justiça por qualquer forma concebida -, então o Direito positivo, isto é, o Direito estabelecido por ato humanos, o Direito vigente, o Direito que, de um modo

---

<sup>38</sup> *ibidem*, p. 209.

geral, é aplicado e seguido, apresenta-se como o Direito “real”, e uma teoria do Direito positivo que o confunda com um Direito natural ou com qualquer outra ideia de Justiça, com o intuito de justificar ou desqualificar aquele, tem de ser rejeitada como ideológica.<sup>39</sup>

Neste ponto, Kelsen afirma não querer ir além daquilo que o direito representa, indo para um patamar ideal. Quer ele rechaçar tudo que há de ideológico na ciência do direito positivo, tornando esta uma captura da própria essência do direito positivo e a compreensão através de uma análise da sua estrutura de forma descritiva. Agrega que a ideologia obscurece e desfigura a realidade, e tem como sua raiz a vontade, e não o conhecimento. Ou seja, afasta o positivismo do jusnaturalismo por alegar ser este ideológico e nascido do interesse, contrário ao positivismo que tem “interesse pela verdade”<sup>40</sup>.

A todo este exposto acerca da “incoerência” do positivismo, faz-se por enxergar que o próprio pós-positivismo é que se faz aproximar dos direitos naturais perante sua postura de utilização dos critérios e sistemas extrajurídicos como bases para auferir a validade das normas e dos ordenamentos, e quando se apoiam nos direitos supra-positivos (justiça, moral, bem comum, etc), como já citado na exposição.

## 2.6 A DECADÊNCIA POLÍTICA POSITIVISTA *VERSUS* OS OBJETIVOS POLÍTICOS PÓS-POSITIVISTAS

É de se passar ao afastamento da análise já colocada sobre a condenação de cunho moral e político do positivismo, na qual o conecta à superação histórica dos movimentos nacional-socialistas e o imputa como maior legitimador do nazismo e fascismo. Em sequência, tentar-se-á argumentar contra o suposto abandono teórico que sofrera o positivismo neste último século como consequência da queda desses regimes.

Com frequência no meio jurídico o fracasso do positivismo vem sendo aliado a

---

<sup>39</sup> KELSEN, *op. cit.*, p. 118.

<sup>40</sup> *ibidem*, p. 119.

sua utilização histórica como instrumento para legitimar a atuação dos piores regimes autoritários, ditatoriais e de governos que praticaram os mais diversos crimes contra a humanidade.

Fazendo referência a isso, os autores que tomam tal posicionamento revelam que sua crítica está relacionada diretamente com o argumento do *reductio ad hitlerum* (regresso a Hitler). Descrevem o positivismo como teoria que fizera parte do sistema nazista e fascista, regimes estes em que se legitimou a barbárie em nome da lei. Desta forma, os críticos tomam como raciocínio lógico-dedutivo que a lei e o ordenamento jurídico possuem a mesma culpa sobre a barbárie quanto quem a praticou, e por vias de consequência, a mesma responsabilidade deve ser imputada ao instrumento que possibilitou estas estruturas normativas: a verificar, o positivismo.

Tal expressão, *reductio ad hitlerum*, que fora apontada pelo filósofo Leo Strauss<sup>41</sup>, também conhecida como “jogando com as cartas dos nazistas”, e é, em si, uma moderna lógica falaciosa. O argumento que nos faz reduzir uma causa a Hitler, o expoente maior do nazismo, geralmente é trazido da seguinte forma:

“Se Hitler (ou os nazistas) apoiaram X, então X deve ser maligno/indesejável/ruim”

Neste sentido que se revela que os pós-positivistas, utilizando-se de conteúdo emocional e retórico e desta mesma forma acima exposta, somente traduzida em palavras diversas, tentaram imprimir ao positivismo argumentos de que, como esta teoria foi usada pelo nazismo, ela faz parte dele.

No berço desta responsabilização, como dito nas primeira páginas deste trabalho, por meio desta ferramenta é que os pós-positivistas se utilizam e fazem referência à decadência política e aos movimentos nacional-socialistas, para os ligarem ao juspositivismo.

---

<sup>41</sup> *Natural Right and History*. University Of Chicago Press : 1999, p. 42-43. Disponível em <<http://www.fallacyfiles.org/adnazium.html>>. Acessado em: 23 out. 2008. Nele faz a seguinte citação: “Unfortunately, it does not go without saying that in our examination we must avoid the fallacy that in the last decades has frequently been used as a substitute for the reductio ad absurdum: the reductio ad Hitlerum. A view is not refuted by the fact that it happens to have been shared by Hitler.”

E concluem, com o discurso atraente de que esta legitimação possibilitada pela estrutura jurídica apresentada pelo positivismo jurídico “custou caro à humanidade”<sup>42</sup>.

Tal informação, além de ser um preconceito linguístico, de fato não ocorreu e é uma inverdade apontada contra o positivismo jurídico. A acusação é desprovida de base história e teórica. A tentativa de elevar o pós-positivismo como teoria sucessora não corresponde com os fatos históricos, muito menos os relacionados a pesquisa científica da matéria.

Para afastar esta imputação de culpa, Dimitri Dimoulis<sup>43</sup>, apontando elementos discutidos e documentados em uma profusão de estudos sobre o direito nacional-socialista, utiliza-se de quatro perspectivas que, em suma, se passam a expor.

- a) O regime nazista não introduzira no ordenamento jurídico alemão modificações importantes. Não inauguraram um novo modelo de sistema, para que se possa imputar a sua ascensão ao positivismo. O que ocorreu foram ilegalidades praticadas pelo governo alemão e reinterpretações acerca do direito já existente. Invocaram para isso discursos para o povo alemão que faziam referência a “valores” e “necessidades”. Neste âmbito, as autoridades judiciárias amarradas por ordens superiores praticavam a interpretação sem limites, adotando uma postura frontalmente oposta ao positivismo jurídico.
  
- b) O nazismo atacava a ideia de um Estado formalista e individualista, rechaçando a ideia de Estado de Direito e reimplantando a de Estado de “Justiça”. Assim, imprimiam pressão política para que fossem introduzidos pensamentos “éticos” na aplicação da lei, fazendo os juízes abandonarem o pensamento baseado na norma,

---

<sup>42</sup> 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, nº. 6, setembro, 2001, p. 25-26. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 07 out. de 2010.

<sup>43</sup> DIMOULIS, *op. cit.*, p. 260-264.

o que por consequência, levou o Estado ao abandono da segurança jurídica e das formalidades jurídicas. Com colocações de que o direito coincide com a moral, a valoração política e social como medida para aplicação das leis (se aproximando ao moralismo moderno, ao próprio pós-positivismo), demonstraram uma posição diametralmente contrária ao juspositivismo.

- c) As teorias jurídicas adotadas pelos nazistas tinham claras referências políticas, decorrente lógico de discursos de purificação, e como apontamos infiltrados de valores e ideais nacionalistas e racistas. O maior exemplo disso foram as manifestações de Carl Schmitt, um dos principais representantes da ideologia nacional-socialista, que redigiu várias críticas ao juspositivismo, em que citava que “o axioma jurídico de que a lealdade, a disciplina e a honra não podem ser separadas da direção unitária”. A tentativa de Schmitt de acusar o positivismo e de culpá-lo pelos males do mundo teve por base que esta teoria, prezando sim pelos direitos individuais, a separação dos poderes e o liberalismo, não inseria em seus fundamentos os méritos e valores interessantes à comunidade nacional. Este autor era, como visto, inimigo declarado do positivismo em sua versão kelseniana.
- d) O modo de aplicar o direito era norteado pelo critério teleológico objetivo, que consistia em adaptar a norma à situação do momento, independentemente das orientações do legislador histórico, criando-se assim uma jurisprudência anti-positivista, contrária as abordagens da fonte e do método positivista.

Então, a pergunta que Dimitri coloca - que obedece a uma lógica e reposiciona os argumentos históricos de um lado e teóricos do outro - demonstra que a conexão de legitimidade do nazismo dada ao positivismo se trata de dois pontos de análise totalmente diferentes: “Como uma teoria sobre a validade do direito pode permitir a imposição de um regime político?”. E ele mesmo responde que “as mudanças políticas ocorrem em virtude das

lutas políticas e da imposição de interesses de certos grupos sociais; não se baseiam em crenças teóricas e, muito menos, em análises sobre a validade jurídica”<sup>44</sup>.

Conclui-se que o positivismo jurídico não fala dos méritos dos conteúdos das normas dos ordenamentos jurídicos, fala das formas. Não há conexão entre o conceito de validade e de justiça, pois o positivismo não enxerga justiça, nem injustiça, na teoria como ela cientificamente se apresenta. Portanto, não pode legitimar nada que, para uma teoria, não exista. Seria a mesma situação de se imputar crítica de não harmonia de cores pintadas nas fachadas das casas de um mundo de cegos, bem como críticas de um trânsito desorganizado neste mesmo mundo. As leis da harmonia das cores e da organização do trânsito não foram violadas, pois estes critérios não correspondem à realidade dos cegos, mesmo que pintem e dirijam.

Saliento ainda, apesar destas falsas imputações aos fatos históricos lamentáveis do nazismo e fascismo, que nada tem a ver com o positivismo jurídico, não se apaga a colaboração trazida sem balizas, principalmente, por Kelsen, e remontado por Hart, para a teoria do direito do mundo ocidental, que fomentam até hoje os mais autorizados debates deste século sobre o tema.

Portanto, a teoria juspositivista, longe de ser abandonada, encontra-se hoje viva, no centro das discussões no âmbito da teoria e da filosofia do direito, vinte obras publicadas nas últimas duas décadas em cinco idiomas e dedicada à análise e defesa, na maioria dos casos, do positivismo jurídico<sup>45</sup>.

---

<sup>44</sup> *ibidem*, p. 260.

<sup>45</sup> GAVISON; GREENAWALT; LYONS; WALUCHOW; CAMPBELL; GUEST; SEEBOK; GEORGE; COLEMAN; COLEMAN; TUORI; KRAMER; VILLA; SCHIAVELLO; GIORDANO; HOERSTER; OTT; SZÉKESSY; TROPER; ALDAY *apud*, DIMOULIS, p. 133.

## CONCLUSÃO

Nestas páginas em que, a princípio, tentou-se discutir e expor as questões principais do tema “pós-positivismo”, houve por detê-lo uma verdadeira crítica que, por fim, este trabalho se dispôs a apresentar.

No meio de muitas posições acerca da teoria do direito em que se teve contato ao longo das pesquisas sobre o tema, observou-se que as reviravoltas teóricas poucas vezes apontaram para soluções. Problemas acerca do encontro da moral e do direito e da possível aplicação dos sistemas extrajurídicos no direito não demonstraram de forma definitiva uma resposta. É um debate longe de chegar a algum entendimento. Parece que as colocações possuem importâncias, e que estas importâncias devem ser colocadas em lugares de discussão certos.

O embate entre as maiores correntes da teoria do direito moderno, o juspositivismo e o jusmoralismo (de Dworkin), é recente e se demonstra longe de ser despolarizado.

Poucas são as certezas sobre o tema das teorias do direito, mas se pode apontar que se encontra afastado o reconhecimento, nas sociedades ocidentais, de um direito concebido por alguma outra fonte (divina, por exemplo) sem ser uma fonte social (o poder político, a moral de uma sociedade, etc). Assim, mostra-se, como há muito tempo já fora constatado, estar ultrapassado o debate do clássico jusnaturalismo (das crenças em que o direito advinha de alguma fonte sobrenatural, divina), constando como nossa realidade que o direito é produto de situações fáticas, observáveis no seio da sociedade (teoria da fonte social).

Outra constatação que toca uma certeza (ao menos vivida) acerca das teorias do

direito é sobre a discussão da decadência teórica do positivismo jurídico pela dogmática moderna. Esta constatação inverídica fica inócua perante as citações e os modelos da teoria que foram apresentados, como, por exemplo, Herbert Hart e Joseph Raz. São ainda ricas as contribuições positivistas, assim como são fortes estas evidências teóricas.

## REFERÊNCIAS

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, nº. 6, setembro, 2001. Disponível em: <[http://www.direitopublico.com.br/pdf\\_6/DIALOGO-JURIDICO-06-SETEMBRO-2001-LUIS-ROBERTO-BARROSO.pdf](http://www.direitopublico.com.br/pdf_6/DIALOGO-JURIDICO-06-SETEMBRO-2001-LUIS-ROBERTO-BARROSO.pdf)> . Acesso em: 16 de maio de 2011.

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

CALSAMIGLIA, Albert. *Postpositivismo*. In Doxa : cuadernos de filosofía del derecho, núm. 21, vol. I (1998), pp. 209-220. Alicante : Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2005. Disponível em: <[http://www.lluisvives.com/servlet/SirveObras/doxa/23582844322570740087891/cuaderno21/volI/Doxa21\\_12.pdf](http://www.lluisvives.com/servlet/SirveObras/doxa/23582844322570740087891/cuaderno21/volI/Doxa21_12.pdf)>. Acessado em 10 de abril de 2011.

COELHO, Fábio Ulhôa. *Para entender Kelsen*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. São Paulo: Método, 2006. (Coleção Professor Gilmar Mendes; v.2)

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

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 7. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008

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

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

STRAUSS Leo. *Natural right and history*. Chicago: University Of Chicago Press, 1999. Trecho disponível em: <<http://www.fallacyfiles.org/adnazium.html>>. Acesso em 16 de maio de 2011.