

O PAPEL DO POSITIVISMO JURIDICO NO ESTADO CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEO

Bernardo Abreu de Medeiros*

RESUMO

O que é o direito? Essa pergunta que há séculos permeia a teoria do direito parece ainda não ter encontrado uma resposta definitiva. O direito natural, baseado na existência de uma ordem normativa ahistórica que dizia o que era justo ou injusto perde espaço com o surgimento de uma concepção que se inicia por fundar no conceito de soberano a noção de direito, buscando separar a moral do direito. A esta linha heterogênea de pensamento que se desenvolve denominamos positivismo jurídico, concepção de direito dominante até meados do século XX. A partir de então uma série de teorias críticas ao positivismo começam a ganhar corpo, buscando uma reinclusão da moral no direito como elemento indispensável. Este trabalho busca traçar uma breve análise do positivismo jurídico e de suas críticas para concluir que boa parte das inovações propostas pelos críticos do juspositivismo é plenamente compatível com ele, sendo assim uma concepção que se encontra longe da superação.

PALAVRAS-CHAVES

POSITIVISMO JURÍDICO; TEORIA DO DIREITO; NEOCOSNTITUCIONALISMO

RESUMEN

¿Qué es el derecho? Esta pregunta, que sigue siendo central en la teoría del derecho desde hace muchos siglos, sigue también siendo una pregunta sin respuesta precisa. El derecho natural, basado en la existencia de un orden normativo ahistórico que decía lo que era justo o injusto pierde espacio con el surgimiento de la concepción juspositivista,

* Mestrando em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Bolsista CAPES.

que originalmente fonda el derecho en el concepto de soberano y hace la separación entre derecho y moral. Esta heterogénea concepción de derecho se desarrolla casi soberana hasta la mitad del siglo XX. Desde entonces, empiezan a surgir una serie de teorías críticas al positivismo, buscando una reintegración de la moral en el derecho. Este trabajo busca hacer un repaso de la teoría juspositivista así también como de sus críticas para concluir que una grande parte de la críticas son compatibles con positivismo jurídico y que este sigue lejos de una superación.

PALAVRAS-CLAVE

POSITIVISMO JURÍDICO; TEORÍA DEL DERECHO, NEOCONSTITUCIONALISMO

Introdução

No atual debate acerca da teoria do direito a antiga polêmica da separação entre moral e direito continua ocupando um lugar central.

A concepção positivista de direito, reinante até boa parte do século XX, vem sofrendo os mais diversos ataques que buscam desconstruí-la como teoria aceitável diante de um novo modelo de Estado Constitucional.

Este sucinto trabalho pretende realizar um breve repasso da teoria juspositivista bem como das críticas pelas quais ela passou a partir da segunda metade do século XX, buscando avaliar até que ponto as novas teorias propostas inovam em relação ao positivismo jurídico tradicional e qual o papel que resta a esta teoria em nossos dias.

O Positivismo Tradicional

Levando-se em conta o amplo espectro de definição de “positivismo jurídico”, vê-se que, assim como o direito natural, não há uma homogeneidade em sua definição.

Visando iluminar a questão, Norberto Bobbio assinalou três concepções para o termo positivismo jurídico: metodológico, teórico e ideológico¹. A concepção metodológica estaria ligada à forma de abordagem do direito adotada pelos positivistas, separando o “direito real” do “direito “ideal”, ou seja, o direito tido como fato e o direito tido como valor. Assim a preocupação dos positivistas é com a descrição, e não com o seu conteúdo valorativo.

Encarado como teoria, o positivismo jurídico engloba uma série de asserções sobre a natureza do direito, que Bobbio divide em seis teorias, sendo as três primeiras – teorias *coativa*, que considera a força como elemento caracterizador e essencial do direito; *legislativa*, que subordina todas as demais fontes do direito à lei; e *imperativa* do direito, que identifica normas jurídicas com comandos – pilares da teoria juspositivista; e as demais – teorias da *coerência do ordenamento jurídico*, que afirma a ausência de contradições entre normas; da *completitude do ordenamento*, que nega a existência de lacunas; e da *interpretação mecanicista*, fundada na interpretação silogística; que comporiam assim uma teoria juspositivista em sentido amplo.

Finalmente, visto como uma ideologia, o positivismo é classificado por Bobbio em duas versões: uma fraca, que estatui que o direito realiza determinados valores, e uma forte; que implica numa obediência incondicional do direito, qualquer que seja seu conteúdo.

Assim, Bobbio deixou claro que as ambigüidades que rondam o termo “positivismo jurídico” não podem ser resolvidas se encarmos o termo de maneira unitária, como um “bloco monolítico”.

Estas três concepções estão fortemente ligadas ao surgimento do Estado moderno, que trouxe a monopolização e centralização

¹ BOBBIO, 1995, p. 233-237

normativa do poder, a separação de poderes, a defesa dos direitos individuais e a codificação.

Analisando a luz de nossos dias estas concepções, vemos que a concepção ideológica de positivismo é a menos convincente, e não por outro motivo é o alvo dos principais ataques dirigidos ao positivismo. Segundo seus críticos, ao assumirem que todo direito se resume ao direito positivo, os positivistas deram uma aceitação incondicional a qualquer sistema legal, inclusive os moralmente aberrantes, como regimes totalitários.

Só que esta atitude de aceitação moral acrítica, ligada a uma versão “forte” do positivismo ideológico, nunca foi seriamente defendida por nenhum positivista à exceção de Thomas Hobbes, sendo que até mesmo ele, como destaca Bobbio, estabelecia um limite ao dever absoluto de obediência às leis, limites este representado pelo respeito ao contrato social.² Pelo contrário, esta posição foi criticada e rejeitada por importantes positivistas. Alf Ross denominou esta atitude como um “quase-positivismo”, sendo uma variante do jusnaturalismo.³

Ademais, como bem ressalta Giorgio Pino, esta versão extrema do positivismo metodológico não deriva dos mais básicos requisitos epistemológicos do positivismo metodológico, pois ao contrário da neutralidade propugnada, esta visão considera a lei como uma forma de moralidade em si.⁴

Por esta razão muitos críticos do positivismo tem ignorado a clara pretensão positivista de descrever o direito, não de criá-lo. O que se pretende estar isento de valoração é a descrição das normas, e não o seu conteúdo. E isso Kelsen deixa bem claro logo nos parágrafos iniciais de *Teoria Pura do Direito*, ao afirmar que aquilo por ele proposto é uma teoria pura do direito, e não uma teoria do direito puro. Isto quer dizer que a pureza se refere exclusivamente a teoria, e não ao direito, pois este

² BOBBIO, 1995, p. 235

³ ROSS, “Validity and the Conflict Between Legal Positivism and Natural Law” in *Revista Jurídica de Buenos Aires*, 1960, apud PINO, 1999, p. 522.

⁴ PINO, 1992, p. 523

é, inevitavelmente, fruto de decisões políticas e portanto imbricado de valores⁵.

Assim, como bem destaca Sgarbi, quando alguém descreve algo, não precisa concordar com o que está descrevendo. A tarefa do teórico é descrever o direito positivo independente de sua bondade ou maldade, ficando a de consagrar valores para política do direito⁶. Descrever não é prescrever. Isto esteve bem claro na maior parte pensamento juspositivista do século XX, embora muitos de seus críticos não tenham conseguido ou querido vê-lo.

Não foi por outra razão que Martin Farrell chamou de “dramatizada” e “equivocada” a visão que opõe positivismo e jusnaturalismo com base na distinção de que o primeiro rejeita qualquer tipo de avaliação moral e o segundo o considera. Assim, esclarece:

O positivista jurídico avalia moralmente o direito, para o efeito de determinar sua obrigatoriedade, tanto quanto faz o partidário do direito natural. A única diferença entre ambos é momento em que esta avaliação é levada a cabo.(...) O partidário do direito natural realiza esta avaliação no começo do seu trabalho; antes de permitir que uma norma seja considerada direito, o jusnaturalista a submete a um escrutínio moral: se a norma não se ajusta aos ditames da moral, a norma não é jurídica (...) Já o positivista jurídico realiza esta mesma avaliação no final do seu trabalho. Portanto, depois de identificar quais são as normas de uma determinada ordem jurídica um positivista avalia se irá cumpri-la ou não (o que gera reflexos para sua eficácia)⁷

Visto como teoria, vimos que o juspositivismo engloba uma série de teses que caracterizaram um determinado tipo de Estado. Atualmente, muitas destas teses foram abandonadas ou revisadas, como a concepção imperativista da norma jurídica que, tendo em John Austin seu principal fundador, sofreu uma profunda revisão pela teoria

⁵ KELSEN, 2003, p.02

⁶ SGARBI, 2007, p. 717

⁷ SGARBI, 2007, p. 719.

normativista de Kelsen, e esta, por sua vez, fora revisada por Hart. A supremacia da lei como fonte legal foi desafiada pela introdução de constituições rígidas. A teoria da interpretação mecanicista do direito foi rejeitada por quase todo positivista do século XX, como se pode depreender da teoria kelseniana da interpretação judicial ou na crítica ao formalismo interpretativo de Hart, para reaparecer, mesmo que em termos distintos, na teoria de alguns antipositivistas como Ronald Dworkin, numa teoria de um sistema legal coerente e sem lacunas.⁸ Assim também se passou com a tese da supremacia da lei, que sofreu constantes ajustes com o evoluir da teoria do Direito, com a introdução de conceitos como “norma fundamental” e “regra de reconhecimento” por Kelsen e Hart respectivamente.

Giorgio Pino vê nestes três concepções traçadas por Bobbio de positivismo jurídico uma certa linha de evolução⁹, sendo o positivismo ideológico o primeiro a aparecer, com a filosofia política de Hobbes; já no século XIX, aspectos teóricos começam a se tornar proeminentes, e com o século XX, os aspectos epistemológicos ganham importância. É com essa evolução do pensamento positivista que, a partir da segunda metade do século XX e tendo como base o positivismo proposto por Hebert Hart e as objeções a ela feitas por Ronald Dworkin que se propõem, de um lado, na esteira das críticas dworkianas, teorias antipositivistas, com abordagens neoconstitucionalistas; e de outro, numa defesa da teoria hartiana, teorias pós positivistas, que, ao invés de negarem o positivismo jurídico, propõem sua releitura sob distintas perspectivas.

O Pensamento Neoconstitucionalista

Esta corrente de pensamento, talvez tão ou mais heterogênea que o próprio positivismo jurídico, tem por substrato a passagem de um estado de direito, isto é, daquela concepção de estado moderno que

⁸ PINO, 1999, p. 524

⁹ PINO, 1999, p. 525

originou o positivismo, para um estado constitucional contemporâneo, marcado pela mútua interferência entre os poderes, por uma interpretação criativa do direito e por uma vinculação moral do Estado.

Alfonso Figueroa denomina “constitucionalização” o processo e o resultado da transformação do direito causada pela constituição.¹⁰ Ocorre que o termo constitucionalização vem sido empregado por diversos autores com os mais diversos sentidos, o que levou Adrian Sgarbi a assentar três sentidos distintos para o termo¹¹: constitucionalização como elaboração de uma primeira constituição escrita para um determinado ordenamento; como atribuição ao Estado de uma série de contenções normativas, denominado constitucionalismo moderno; e a infiltração de valores constitucionais por todo o ordenamento jurídico, denominado constitucionalismo contemporâneo, ou ainda neconstitucionalismo.

Para Daniel Sarmento o estabelecimento de um constitucionalismo contemporâneo traz consigo a mudança do papel da constituição como um mero repositório de conselhos para se tornar norma jurídica¹². O direito até então era essencialmente legicêntrico e sua aplicação era mecânica. Isso se devia, de um lado, a uma crença na legitimidade do parlamento e na ilegitimidade dos juizes para criar o direito, e de outro a um pensamento liberal que defendia uma não intervenção estatal na esfera social.

Mas estas premissas são profundamente abaladas no decorrer do século XX, com a emergência de um Estado Social no lugar de um Estado Liberal, associado a uma inflação legislativa que leva à desvalorização da lei, sentimento que é agravado ante a barbaridades cometidas pelo legislador, como as que marcaram o holocausto, o que teria levado a um desencantamento geral com o positivismo jurídico¹³. Mas este desencantamento não levou a um ressurgimento do

¹⁰ FIGUEROA, 2005, p. 163

¹¹ SGARBI, 2007, p 722

¹² SARMENTO, 2006, p. 170.

¹³ SARMENTO, 2006, p. 171.

jusnaturalismo, porque o pluralismo valorativo então vigente não permitiria um consenso sobre o Direito Natural. Assim, o constitucionalismo surge como melhor alternativa, pois as constituições europeias do segundo pós guerra teriam positivado o Direito Natural, pois ao proteger direitos humanos a moral racional fora trazida para dentro do direito positivo e posta em seu patamar mais elevado¹⁴.

Assim, conclui Sarmiento, sem querer adentrar no “infidável debate sobre a existência ou não de uma relação necessária entre moral e direito, pode-se dizer que a constitucionalização dos direitos humanos, ao incorporar à regra de reconhecimento do ordenamento, no sentido de Herbert Hart, princípios dotados de forte conteúdo moral, assegurou, no mínimo, uma ligação contingente entre estas esferas.”¹⁵

É nesse panorama que as diversas abordagens neocosntitucionalistas se desenvolvem. Não pretendemos analisar neste trabalho cada uma delas em separado, mas podemos traçar alguns postulados gerais e comuns a boa parte do pensamento neoconstitucionalista:¹⁶

(1) A existência de uma conexão necessária entre moral e direito, sendo que alguns autores chegam a contestar a existência de direito quando esta conexão não é respeitada. Em sua base encontram-se os valores constitucionais consagrados;

(2) A defesa de um ponto de vista do participante (ou interno) como condição *sine qua non* para compreensão do próprio fenômeno jurídico;

(3) O questionamento da possibilidade do estabelecimento de um conhecimento jurídico que prescindia de valorações e seja meramente descritivo do fenômeno jurídico; e

(4) A defesa da idéia de ser o Estado constitucional o “marco justo” para o exercício do poder. Desta forma, quando este

¹⁴ SARMENTO, 2006, p. 172.

¹⁵ Ibid

¹⁶ SGARBI, 2007, p723

modelo é adotado, torna-se sustentável a obrigação de obediência ao direito”

(5) O surgimento de uma “nova interpretação constitucional”, uma “interpretação criativa”, marcada pela maior atuação do poder judiciário, uso da ponderação para os “casos difíceis” e adotando a argumentação como mecanismo de controle.

O contra-ataque positivista

Como visto anteriormente, foi a partir do diálogo entre Dworkin e Hart que se estruturou o debate contemporâneo. Se foi a partir das críticas de Dworkin que o neocostitucionalismo lançou suas bases, é a partir da resposta de Hart em seu pós-escrito de *O Conceito de Direito* que se estrutura uma releitura do positivismo em defesa de Hart, dividida, basicamente, em duas correntes: o positivismo exclusivo ou forte, e o positivismo inclusivo ou fraco.

Ambas as teses refutam a existência de uma conexão necessária entre direito e moral. Mas elas divergem, em síntese, pois a proposta do positivismo inclusivo, cujo maior expoente é Wilfrid Waluchow, é compatibilizar o positivismo jurídico com o constitucionalismo contemporâneo, através da aceitação de critérios morais que influam em decisões judiciais, desde que estes sejam estabelecidos como critérios de validade do ordenamento. Já os positivistas exclusivos, que tem em Joseph Raz seu representante mais evidente, sustentam a tese clássica do positivismo de que não se precisa recorrer a nenhuma referencia moral pra se obter o conteúdo das normas jurídicas.

A tese central de Raz¹⁷ está na “autoridade como serviço”, pois autoridade existe para servir aos destinatários, mesmo que nem sempre suas diretivas coincidam com seus interesses, pois elas correspondem a razões pra a ação independentemente de seu conteúdo. Já Waluchow¹⁸ sustenta que outros valores além da validade devem ser

¹⁷ V. *Exclusive Legal Positivism*.

¹⁸ V. *Inclusive Legal Positivism*

considerados para se precisar o quanto uma norma é relevante para uma decisão.¹⁹

Assim é que se estrutura o quadro de defesa do pensamento hartiano em oposição às críticas de Dworkin, sendo ainda relevante a contribuição de Frederick Shauer²⁰, ao incorporar a idéia de presunção de força de um ordenamento, sendo somente possível não aplicar determinada regra se houver razões particularmente exigentes para não aplicá-la, e este afastamento de regras em função da magnitude de determinados valores é, por vezes, apenas uma questão de terminologia.

Considerações Finais

De todo o exposto, vimos que as três concepções clássicas de positivismo jurídico estabelecidas por Bobbio separam a denominação que parece monolítica em três abordagens distintas do termo. Tal distinção é fundamental para se analisar com precisão as críticas pelas quais tal teoria tem passado.

Como vimos, boa parte das contestações feitas ao juspositivismo tomam por base uma ideologia forte de positivismo que não foi defendida seriamente por nenhum juspositivista, nem mesmo por Thomas Hobbes. Isto levou a uma caracterização do positivismo que por ora é dramatizada ou mesmo equivocada.

Isto porque se deve ter clara a distinção entre descrição e prescrição. A proposta metodológica positivista é realizar uma descrição do direito vigente independente de seu conteúdo. Isso não significa que o juspositivista não “tenham coração” ou desprezem qualquer tipo de valor moral, simplesmente sustentam que pode-se identificar algo como direito sem a necessidade de se recorrer a valores morais.

Muitas das teses sustentadas pelos neoconstitucionalistas num ataque ao positivismo ou são plenamente compatíveis com ele, ou

¹⁹ SGARBI, 2007, p.735

²⁰ V. *Playing by the Rules: A philosophical Examination of Ruled-Based Decision Making in Law and in Life*

são apenas novas roupagens de antigas categorias. É o que ocorre, por exemplo, com a idéia de uma “nova interpretação constitucional”.

Interpretar é atribuir sentido ao texto. Só há que se falar numa nova interpretação se ela fizer algo diferente disso. E definitivamente não é o que ocorre. A idéia de uma interpretação assentada em um modelo de princípios, aplicáveis mediante ponderação, cabendo ao intérprete proceder à interação entre fato e norma e realizar escolhas fundamentadas dentro das possibilidades e limites oferecidos pelo sistema jurídico continua buscando atribuir sentido ao texto, simplesmente dando enfoque ao uso da técnica de ponderação em detrimento da subsunção em alguns casos.

Finalmente, a conexão entre moral e direito, antes de ser necessária, é contingente. O fato de alguns valores estarem consagrados na constituição não implica na vinculação individual a estes valores. Esta pode ocorrer ou não

Assim, parece-nos que o positivismo jurídico não deixou de ter espaço neste novo modelo de Estado constitucional. Apenas deve sofrer alguns ajustes como já vinha sofrendo desde sua elaboração. A consagração de princípio e a introdução de novas técnicas interpretativas implicam em correções e não no abandono da teoria juspositivista.

“O objetivo do positivismo jurídico é entender os modos de funcionamento do direito, seguindo um caminho descritivo que tenta eliminar a subjetividade. Temos aqui a busca de um ideal de neutralidade que, mesmo se não puder ser atingido, não deve ser abandonado”²¹

Referências Bibliográficas

BARROSO, Luis Roberto. *Temas de Direito Constitucional – Tomo III*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

²¹ DIMOULIS, 2006, p.273

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

CAMPBELL, Tom. “El sentido del positivismo jurídico” In *Doxa*, n.25, 2002.

CARBONELL, Miguel. “Sobre Constitucionalismo y Positivismo de Luis Prieto Sanchís” in *Isonomia*, n. 8, 1998.

COMANDUCCI, Paolo. “Formas de (neo)constitucionalismo: um analisis metatorico”. In CARBONELL, Miguel (org.) *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2005.

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

FIGUEROA, Alfonso Garcia. “La teoria del Derecho em tiempos del constitucionalismo”. In CARBONELL, Miguel (org.) *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2005.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Rio de Janeiro: Martins Fontes, 2003.

NAVARRO, Pablo. “Tensiones Conceptuales en el Positivismo Jurídico”. In *Doxa*, n. 24, 2001.

PINO, Giorgio. “The Place of Legal Positivism in Contemporary Constitutional States”. In *Law and Philosophy*, 18, p. 513-536, 1999.

SARMENTO, Daniel. *Livres e Iguais. Estudos de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

SGARBI, Adrian. *Clássicos da Teoria do Direito*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

SGARBI, Adrian. *Teoria do Direito (Primeiras Lições)*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.