

**POSITIVISMO INCLUSIVO E NEOCONSTITUCIONALISMO:
AS CONTRIBUIÇÕES DE HERBERT L. A. HART E DE SANTIAGO SASTRE
ARIZA PARA A INTERPRETAÇÃO, APLICAÇÃO E CONSTRUÇÃO DO
DIREITO**

Deilton Ribeiro Brasil*

RESUMO

O constitucionalismo vem passando por inúmeras transformações nos últimos anos, notadamente em virtude do problema da construção de um novo paradigma jurídico diante da crise do positivismo que se alimentava do seu contraponto: o jusnaturalismo. Com o advento das constituições após a Segunda Guerra Mundial, e o compromisso assumido pelas cortes constitucionais com a aplicação dos direitos fundamentais objetivamente consagrados nesses textos, vislumbra-se um novo constitucionalismo. As constituições, além de estruturarem o poder do Estado, apresentam-se também como sustentáculo efetivo dos direitos fundamentais positivados. Não se trata mais de um mecanismo de mera defesa do cidadão frente ao arbítrio estatal (dimensão subjetiva), mas antes de uma agenda de compromissos e base de direitos a serem garantidos (dimensão objetiva).

Assim, com a positivação de valores, a discussão entre o direito e a moral ganha novas bases. E conseqüentemente, novas concepções do direito aparecerem no cenário teórico. Fala-se, por exemplo, em positivismo inclusivo; positivismo exclusivo; pós-positivismo (que enxerga uma vinculação necessária entre o direito e a moral) etc. Com isso a discussão sobre os valores se impõe no âmbito do direito. É o que vem sendo denominado de Neoconstitucionalismo, representando, sobretudo, uma nova forma de pensar o Direito. O novo paradigma do Estado Constitucional é fortemente marcado pela crescente aproximação entre o Direito e a moral, entre o Direito Constitucional e a Filosofia do Direito, como forma de superação da clássica dicotomia jusnaturalismo-positivismo.

* Doutorando em Direito pela Universidade Gama Filho-UGF/RJ. Mestre em Direito Empresarial pela FDMC de Belo Horizonte/MG. Professor do Centro de Estudos Superiores Aprendiz-CESA. Membro do IAMG. E-mail: deilton.ribeiro@terra.com.br.

PALAVRAS-CHAVES

POSITIVISMO INCLUSIVO; INTERPRETAÇÃO; APLICAÇÃO;
NEOCONSTITUCIONALISMO; CONSTRUÇÃO DO DIREITO.

ABSTRACT

The constitutionalism comes in recent years passing for innumerable transformations, noting down in virtue of the problem of the construction of a new legal paradigm ahead of the crisis of the positivism that if it fed of its counterpoint: the jusnaturalism. With the advent of the constitutions after World War II, and the commitment assumed for the constitutional courts houses with the application of the basic rights objective consecrated in these texts, glimpses a new constitutionalism. The constitutions, beyond structuralizing the power of the State, also present as an effective base of the written basic rights. A mechanism is not more than about mere defense of the citizen front to the State will (subjective dimension), but before one set appointments of commitments and base of rights to be guaranteed (objective dimension).

Thus, with the assertiveness of values, the quarrel between the Law and the Moral gain new bases. Consequently, new conceptions of the law to appear in the theoretical scene. It is said, for example, in inclusive positivism; exclusive positivism; after-positivism (that foresees a necessary entailing between the Law and the Moral) etc. With this the quarrel on the values if imposes in the scope of the Law. He is what it comes being called of neoconstitucionalism, representing, over all, a new form to think the Law. The new paradigm of the strong constitutional State is marked by the increasing approach between the Law and the Moral, the Constitutional law and the Legal Philosophy, as form of overcoming of the classic dichotomy jusnaturalism-positivism.

KEYWORDS

INCLUSIVE POSITIVISM; INTERPRETATION; APPLICATION;
NEOCONSTITUCIONALISM; LEGAL CONSTRUCTION.

INTRODUÇÃO

Qualquer teoria jurídica suficientemente explicativa deve ser capaz de compreender o direito não apenas na perspectiva do observador, que descreve o direito positivo a partir de fora, mas também na do participante que aceita e emprega as normas jurídicas para fins de encontrar ou determinar a conduta juridicamente correta.

A distinção entre *observador* e *participante* foi originalmente introduzida na ciência do direito por Herbert L. A. Hart, que distinguiu os aspectos *interno* e *externo* das regras jurídicas: é possível estar interessado com as regras, seja como um mero observador que não as aceita, ou como um membro de um grupo que aceita e usa tais regras como guias na sua conduta. Nós podemos chamar essas perspectivas de pontos de vista *externo* e *interno*. As afirmações feitas do ponto de vista externo podem ser de diferentes tipos. Porque o observador pode, sem ele próprio aceitar as regras, afirmar que o grupo aceita as regras e pode assim referir-se do exterior ao modo pelo qual eles estão afetados por elas, de um ponto de vista interno. Mas sejam quais forem as regras, quer se trate de regras de jogos, como o críquete ou o xadrez, ou de regras morais ou jurídicas, podemos, se quisermos, ocupar a posição de um observador que não se refira, deste modo, ao ponto de vista interno do grupo. Tal observador contenta-se apenas com a anotação das regularidades de comportamentos observáveis em que consiste em parte a conformidade com as regras, e das demais regularidades, na forma de reações hostis, censuras e castigos com que os desvios das regras são combatidos. Depois de algum tempo, o observador externo pode, com base nas regularidades observadas, correlacionar os desvios com as reações hostis, e estar apto a predizer com uma razoável medida de êxito e a avaliar as probabilidades com que um desvio do comportamento normal do grupo será enfrentado com uma reação hostil ou castigo.¹

Contudo se o observador se confinar de forma estrita a este extremo ponto de vista externo e não der qualquer conta do modo por que os membros do grupo que aceitam as regras encaram o seu próprio comportamento regular, a descrição por si feita da vida dele não pode ser referida de forma alguma em termos de regras e, por isso, não pode ser feita em termos das noções, em si dependentes de regras, de obrigação e dever. Em vez disso, será feita em termos de regularidades observáveis de conduta, de

¹ HART, Herbert L. A. *O conceito do direito*. 1994, pp. 98-9.

predições, de probabilidades e de sinais. Para tal observador, os desvios de conduta normal por parte de um membro do grupo serão um sinal de que é provável que se siga uma reação hostil, e nada mais. O seu ponto de vista será semelhante ao daquele que, depois de ter observado durante algum tempo o funcionamento de um sinal de trânsito numa rua de grande movimento, se limita a dizer que, quando as luzes passam a encarnado, há uma probabilidade elevada de que o trânsito pare. Ele trata a luz apenas como um sinal natural de que as pessoas se comportarão de certos modos, tal como as nuvens são um sinal de que virá chuva. Ao fazer assim, escapar-lhe-á uma dimensão total da vida social daqueles que ele observa, uma vez que para estes a luz encarnada não é apenas um sinal de que os outros vão parar: encaram tal como um sinal para eles pararem, e, por isso, como uma razão para parar em conformidade com as regras que transformam o ato de parar, quando a luz está encarnada, num padrão de comportamento e numa obrigação. Mencionar isto é trazer para o relato o modo por que o grupo encara o seu próprio comportamento. Significa referir-se ao aspecto interno das regras, visto do ponto de vista interno dele.²

O ponto de vista externo pode reproduzir de forma bastante aproximada o modo por que as regras funcionam como tais, relativamente à vida de certos membros do grupo, nomeadamente dos que rejeitam as respectivas regras e só se preocupam com elas quando e porque consideram que provavelmente se seguirão conseqüências desagradáveis à respectiva violação: o seu ponto de vista necessitará para se exprimir de frases como *estava obrigado a fazer tal, provavelmente sofrerei por causa disso, se ..., provavelmente sofrerás por causa disso se..., far-te-ão aquilo se*. Mas não precisarão de formas de expressão como *tinha a obrigação* ou *tens a obrigação* porque estas são exigidas só por aqueles que vêem a sua própria conduta e a das outras pessoas do ponto de vista interno. O que o ponto de vista externo, que se limita a regularidades observáveis de comportamento, não pode reproduzir é o modo pelo qual as regras funcionam como regras relativamente às vidas daqueles que são normalmente a maioria da sociedade. Estes são os funcionários, os juristas ou as pessoas particulares que as usam, em situações sucessivas, como guias de conduta da vida social, como base para pretensões, pedidos, confissões, críticas ou castigos, nomeadamente em todas as circunstâncias negociais familiares da vida, de harmonia com as regras. Para eles, a

² Id. Ibid. 2004, pp. 99-100.

violação da regra não é apenas uma base para a predição de que se seguirá uma reação hostil, mas uma razão para a hostilidade.³

O câmbio de agenda na teoria do direito fez com que o positivismo jurídico desde o *Post script* de H. Hart se dirigisse para determinadas concepções conforme as quais os critérios de validade em um sistema jurídico não poderiam estar assentados tão-só em fatores escritos de ordem fático (positivismo duro), senão que estariam, também, atravessados pela incorporação de princípios de justiça ou valores morais (positivismo brando). Este particular giro na doutrina de Hart fez surgir, duas formas básicas de positivismo jurídico – o positivismo exclusivo e o positivismo inclusivo – os quais pretendem formular teses que, a seus modos, tentam dar conta do panorama complexo que envolve o fenômeno jurídico nas democracias constitucionais.⁴

O positivismo jurídico exclusivo tem como postulado uma questão de necessidade conceitual, as determinações do direito nunca podem estar em função de considerações morais. Caracteriza-se ainda por sustentar que a existência e conteúdo das normas jurídicas podem e devem ser determinados, sempre e em todo caso, com independência de considerações e argumentos de índole moral, nos quais entra em jogo uma instância valorativa.⁵

O positivismo jurídico inclusivo é conceitualmente possível, mas não necessário, que determinações do direito possam estar em função de considerações morais. A tese da incorporação da moral se constitui no argumento sendo o qual a moralidade pode ser uma condição de legalidade: que a legalidade das normas pode algumas vezes depender de seus méritos (morais) substantivos, não somente de seu *pedigree* ou fonte social.⁶ Em conseqüência, a tese central do positivismo inclusivo indica que quando os juízes apelam a determinados padrões morais na resolução dos casos jurisdicionais suscitados, em verdade, terminam por incorporar ditos conteúdos de moralidade na composição do direito juridicamente válido.⁷

³ Id. Ibid. 2004, *loc. cit.*

⁴ DUARTE, Écio Oto Ramos e POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico*. 2006, p. 41.

⁵ ESCUDERO, Rafael. *Los calificativos del positivismo jurídico: el debate sobre la incorporación de la moral*. 2004, p. 208.

⁶ COLEMAN, J. Incorporationism, conventionality and the practical difference thesis (1998). In: COLEMAN, J. (ed.), *Hart's postscript*. Essays on the postscript to the concept of law. 2001, p. 100.

⁷ DUARTE, Écio Oto Ramos e POZZOLO, Susanna. *op. cit.* p. 47.

Conforme Juan Carlos Bayón enquanto que o positivismo exclusivo entende que a argumentação dos juízes que segue critérios extra-jurídicos está amparada pelo exercício da discricionariedade outorgada pelo direito mesmo, o positivismo inclusivo, por sua vez, nega que se esteja seguindo necessariamente critérios extrajurídicos: desde que este ponto de vista pode ser certo que, ao mesmo tempo, os juízes desenvolvem, nesse caso, uma genuína argumentação moral e aplicam o direito, porque precisamente o que sustenta o incorporacionismo é que as normas que estariam aplicando podem havido sido convertidas pela regra de reconhecimento em parte do direito em virtude não de sua fonte, senão de seu conteúdo, de seu valor moral.⁸

A idéia de textura aberta do direito está relacionada, na obra de Herbert Hart, à questão da interpretação jurídica e a um problema que vem se arrastando por muito tempo na literatura jurídica: se os intérpretes *revelam* o sentido dos textos ou se eles *criam* o sentido do texto.

O relevante desse debate é que, se os intérpretes *revelam* o sentido dos textos legais, há, por conseguinte, um sentido *correto* e um sentido *errado* relacionados ao êxito do intérprete em sua tarefa ou ao seu malogro; por outro lado, se se entende que os intérpretes *criam* o sentido dos textos, não há que se falar em sentido correto ou incorreto, pois não existe qualquer *sentido exato* ao qual o intérprete deva aceder. Por outras palavras, se há um sentido correto e outro incorreto, no primeiro caso o significado do texto jurídico preexiste à atividade interpretativa, tornando a atividade legislativa vinculada a este significado preexistente; mas, se inexistente sentido correto e incorreto dos textos, por não preexistir significado algum, a atividade interpretativa passa a ser puramente discricionária.⁹

Conforme Hart boa parte da teoria do direito deste século tem-se caracterizado pela tomada de consciência progressiva (e, algumas vezes, pelo exagero) do importante fato de que a distinção entre as incertezas da comunicação por exemplos dotados de autoridade (precedente) e as certezas de comunicação através da linguagem geral dotada de autoridade (legislação) é de longe menos firme do que sugere este contraste ingênuo. Mesmo quando são usadas regras gerais formuladas verbalmente, podem, em casos

⁸ BAYÓN, Juan Carlos. Derecho, convencionalismo y controversia. In: *La relevancia del derecho: ensayos de filosofía jurídica, moral y política*. NAVARRO, Pablo E.; REDONDO, Maria Cristina [comp.]. Barcelona: Gedisa, 2002, p. 70.

⁹ SGARBI, Adrian. *Clássicos de teoria do direito*. 2006, p. 130.

particulares concretos, surgir incertezas quanto à forma de comportamento exigido por elas. Situações de fato particulares não esperam por nós já separadas umas das outras, e com etiquetas apostas como casos de aplicação da regra geral, cuja aplicação está em causa; nem a regra em si mesma pode avançar e reclamar os seus próprios casos de aplicação. Em todos os campos de experiência, e não só no das regras, há um limite, inerente à natureza da linguagem, quanto à orientação que a linguagem geral pode oferecer. Haverá na verdade casos simples que estão sempre a ocorrer em contextos semelhantes, aos quais as expressões gerais são claramente aplicáveis (se existir algo qualificável como um veículo, um automóvel é o certamente) mas haverá também casos em que não é claro se se aplicam ou não (a expressão veículo) usada aqui inclui bicicletas, aviões e patins). Estes últimos são situações de fato, continuamente lançadas pela natureza ou pela invenção humana, que possuem apenas alguns dos aspectos dos casos simples, mas a que lhes faltam outros. Os cânones de *interpretação* não podem eliminar estas incertezas, embora possam diminuí-las; porque estes cânones são eles próprios regras gerais sobre o uso da linguagem e utilizam termos gerais que, eles próprios exigem interpretação. Eles, tal como outras regras, não pode fornecer a sua própria interpretação. Os casos simples, em que os termos gerais parecem não necessitar de interpretação e em que o reconhecimento dos casos de aplicação parece não ser problemático ou ser *automático* são apenas os casos familiares que estão constantemente a surgir em contextos similares, em que há acordo geral nas decisões quanto à aplicabilidade dos termos classificatórios.¹⁰

Neste ponto, a linguagem geral dotada de autoridade em que a regra é expressa pode guiar apenas de um modo incerto, tal como ocorre com um exemplo dotado de autoridade. O sentido em que a linguagem da regra nos permitirá simplesmente escolher casos de aplicação facilmente recognoscíveis, esboroa-se neste ponto: a subsunção e a extração de uma conclusão silogística já não caracterizam o cerne do raciocínio implicado na determinação do que é a coisa correta a fazer-se. Pelo contrário, a linguagem da regra parece agora só delimitar um exemplo dotado de autoridade, nomeadamente o constituído pelo caso simples. Tal pode ser usado de forma bastante semelhante à do precedente, embora a linguagem da regra limite os aspectos que exigem atenção, não só de forma mais permanente, como de modo mais preciso do que faz o

¹⁰ HART, Herbert L. A. *Op. cit.* 2004, p. 139.

precedente. Confrontada com a questão sobre se a regra que proíbe o uso de veículos no parque é aplicável a certa combinação de circunstâncias em que surge indeterminada, tudo o que a pessoa chamada a responder-lhe pode fazer é considerar (como o faz aquele que recorre a um precedente) se o caso presente se assemelha *suficientemente* ao caso simples em aspectos *relevantes*. O poder discricionário que assim lhe é deixado pela linguagem pode ser muito amplo; de tal forma que, se ela aplicar a regra, a conclusão constitui na verdade uma escolha, ainda que possa não ser arbitrária ou irracional. A pessoa opta por acrescentar a uma série de casos um caso novo, por causa das semelhanças que podem razoavelmente ser consideradas, quer como juridicamente relevantes, quer como suficientemente próximas. No caso das regras jurídicas, os critérios de relevância e de proximidade da semelhança dependem de fatores muito complexos que atravessam o sistema jurídico e das finalidades ou intenção que possam ser atribuídos à regra. Caracterizá-los seria caracterizar tudo o que é específico ou peculiar no raciocínio jurídico.¹¹

Seja qual for o processo escolhido, precedente ou legislação, para a comunicação de padrões de comportamento, estes, não obstante a facilidade com que atuam sobre a grande massa de casos correntes, revelar-se-ão como indeterminados em certo ponto em que sua aplicação esteja em questão; possuirão aquilo que foi designado como *textura aberta*. Até aqui, apresentamos tal, no caso da legislação, como um aspecto geral da linguagem humana;

Herbert L. A. Hart estabelece a distinção entre regras primárias e secundárias. As regras primárias impõem deveres positivos (ações) ou negativos (omissões) aos indivíduos. As regras secundárias foram classificadas por Hart da seguinte forma: a) Regras de Câmbio - proporcionam aos particulares e legisladores a criação das regras primárias; b) Regras de Adjudicação - São normas sobre o exercício da função judicial; c) Regra de Reconhecimento - Esta tem uma importância particular na teoria jurídica de Hart, onde representa um dos pilares da reconstrução do positivismo. É a possibilidade de identificar o direito vigente em uma sociedade a partir de um parâmetro independente da moral.¹²

A base para a tese de Herbert Hart sobre a interpretação do direito e as decisões judiciais nos casos difíceis é a constatação lingüística inicial, onde a precisão da

¹¹ Id. Ibid. 2004, p. 140.

¹² Cf. RODRÍGUEZ, César. *La decisión judicial, de H. Hart y Ronald Dworkin*. 1997, *passim*.

linguagem humana, em especial, a linguagem jurídica, é limitada. O tipo mais freqüente de caso difícil é aquele no qual a norma aplicável é de textura aberta, ou contém uma ou mais expressões lingüísticas vagas, como diria Hart. A *textura aberta* da linguagem se acentua no campo das regras jurídicas por razões fundamentais: a) as regras jurídicas não estão dirigidas a pessoas ou coisas particulares, senão a classe de pessoas ou coisas. Consoante exemplo de Hart, as normas sobre trânsito não se referem ao automóvel de *fulano de tal*, mas, sim, a veículos e condutores; e b) as regras permanecem vigentes durante períodos largos e, portanto, se aplicam a situações que não podem ser previstas no momento de sua criação. Neste passo, cabe a pergunta: Como se interpretam as palavras de textura aberta?

Hart propõe utilizar a técnica da analogia para solucionar esses casos difíceis de interpretação. Assim, vejamos: Toda expressão lingüística apresenta um núcleo e uma zona de penumbra. Nesta estariam localizados os casos difíceis de interpretação, naquele, os casos fáceis de interpretação (caso em que todos os intérpretes estariam de acordo no que a expressão se aplica, ou não).¹³

Um exemplo de textura aberta é encontrado na controvérsia em torno do exato sentido da expressão *justa causa*, em especial, no processo penal. Em todas as hipóteses enumeradas nos incisos II a VII do mencionado art. 648, registra-se a falta de justa causa. Funciona, portanto, o item número I, como norma genérica ou de encerramento, porquanto toda coação antijurídica, que não se enquadre nos demais itens do art. 648, será subsumível no preceito amplo em que se fala de justa causa. A expressão *justa causa*, como todo o conceito de amplitude incontrolada, presta-se a um grande número de interpretações. Assim, doutrinadores, juízes e tribunais concorrerão de maneira preciosa para que se chegue a uma melhor compreensão da vaga expressão.

Outro exemplo pode ser identificado na regra do art. 692 do Código de Processo Civil: *Não será aceito lanço que, em segunda praça ou leilão, ofereça preço vil.* Inexiste critério apriorístico do que seja, afinal, *preço vil*. Logo, o valor grandemente inferior ao estimado na avaliação do bem a ser arrematado estaria compreendido no núcleo da expressão preço vil. E quanto aos valores compreendidos até 30 ou 40% abaixo do valor de avaliação do bem? Estes valores estariam inclusos na zona de penumbra da expressão preço vil.

¹³ Id. Ibid. 1997, p. 26.

Santiago Sastre Ariza ¹⁴ ao fazer seus comentários sobre as observações de Robert Alexy no que tange à crítica à tese da separação do direito e da moral aduz o seguinte:

O discurso jurídico não se caracteriza por sua insularidade uma vez que está integrado em um discurso mais amplo que é a moral;

O ponto de vista interno, relaciona as normas jurídicas com os princípios morais, o que pode gerar uma superfluidade destas no momento de se justificar ações e decisões.

Para Alexy segundo Sastre Ariza, o Direito pode ser analisado tanto em seu conjunto como na perspectiva de normas isoladas, que por outro lado, preceitua que os pontos de vista influem decisivamente no momento de se identificar o direito.

A não insularidade do discurso jurídico se manifesta na teoria alexiana mediante a concepção do discurso jurídico como um caso especial do discurso prático geral. O discurso jurídico forma parte do discurso prático geral porque em ambos se abordam questões práticas – o que está ordenado, proibido e permitido – e seu caráter especial deriva de que não somente se encontra submetido às regras do discurso prático geral, mas também as limitações que estabelecem as leis, os precedentes e a dogmática.

A proximidade do discurso jurídico com o discurso moral possibilita que se possa aplicar ao primeiro à *pretensão de correção*. Habermas a conceitua como os atos da fala, que também é formulada para as decisões, as normas e os sistemas jurídicos; é também dizer, do mesmo modo que os enunciados descritivos apresentam uma *pretensão de verdade*, os enunciados normativos expressam uma pretensão de correção.

Tese da vinculação: Alexy demonstra a estreita relação que existe entre o Direito e a moral. A existência de uma relação necessária entre Direito e Moral, que pode ser analisada de duas maneiras:

I – A *conexão qualificante* que pressupõe que as normas e os sistemas jurídicos que não satisfaçam certos critérios morais não perdem sua condição jurídica, mas são classificados como débeis não somente de um ponto de vista da moral, como também do jurídico, devido ao fato de que *na realidade de um sistema jurídico estão necessariamente incluídos os ideais jurídicos*.

II – A *conexão classificante* implica que as normas e os sistemas jurídicos que ofendem alguns critérios morais deixam de pertencer ao âmbito jurídico; ou melhor,

¹⁴ SASTRE ARIZA, Santiago. *Ciência jurídica positivista y neoconstitucionalismo*. Madrid: McGraw Hill, 1999, pp. 163 *et seq.*

neste caso o cumprimento de pautas morais se converte em condição de *validez jurídica*. Alexy defende esse tipo de conexão com o *argumento da injustiça*, que pressupõe a perda da *juridicidade* quando se ultrapassa certo grau de injustiça.

Para se compreender como Alexy defende a tese da vinculação necessária se faz distinguir a partir da perspectiva do *observador* e do *participante*:

Sob o olhar do observador. A pretensão de correção possui importância para os sistemas jurídicos. O contrário é para as normas jurídicas isoladas. Alexy considera que o observador que quiser se informar sobre as normas jurídicas de uma determinada comunidade deverá dar notícia de todas as normas jurídicas existentes, independentemente do conteúdo que tiverem. Desse modo, o argumento de injustiça não seria aplicável em relação às normas isoladas uma vez que as normas injustas e as extremamente injustas formariam parte do Direito. Neste caso, a relação com a moralidade adota a forma de uma *conexão qualificante*, vez que a transgressão de certas pautas morais não pressupõe a perda de *validez jurídica*.

Do contrário, quando o observador quiser informar dos sistemas jurídicos vigentes a questão é diferente, vez que deve ter em conta que somente possuem caráter jurídico aqueles sistemas que formulam implícita ou explicitamente uma *pretensão de correção*. Para ele, a conexão entre Direito e moral que se estabelece através da pretensão de correção possui nesse caso um *caráter classificante*, vez que somente os ordenamentos normativos que não expressem dita pretensão careceriam de caráter jurídico.

Para ele, não possuem caráter jurídico os ordenamentos absurdos e os ordenamentos predatórios ou de bandidos, devido a fato de que, independentemente de gozar uma eficácia duradoura, não apresentam uma pretensão de correção.

Conclusões: 1) Para um observador que quiser informar das normas jurídicas vigentes em uma comunidade é correta a tese positivista da separação; 2) Quando o observador externo quiser conhecer que ordenamentos normativos são jurídicos tão somente no caso extremo ou faticamente improvável de que não formulem a mínima pretensão de correção que propõe Alexy se poderia questionar a tese positivista da separação, mesmo que devido a aquela que não representa uma exigência do tipo moral não parece que possua suficiente força para refutar a tese positivista.

Sob o olhar do participante. Alexy a coloca como a mais adequada para enfrentar a tese positivista da separação entre Direito e moral. Sob essa perspectiva se pode responder as críticas que se fizeram ao argumento de correção: frente a quem defende que a ausência de uma pretensão de correção poderia ocasionar uma conexão qualificante e não classificante opondo ao argumento da injustiça, e frente a quem sustenta que a citada pretensão carece de implicações morais responde com o *argumento dos princípios*.

O argumento da injustiça. Esse argumento sustenta que tanto as normas isoladas como os sistemas jurídicos que fossem extremamente injustos perderiam sua condição jurídica; de modo que a vinculação com a moral que se propõe se articula através de uma conexão classificante. O argumento de injustiça,¹⁵ cuja versão mais conhecida aparece em teorias como as de Gustav Radbruch.¹⁶ Alexy defende a viabilidade deste argumento procurando responder as críticas, que, em sua opinião, podem agrupar-se em oito:

1. O argumento lingüístico. Este argumento mantém a conveniência de usar um conceito de direito moralmente neutro. Alexy, em compensação, considera que a inclusão de normas extremamente injustas no Direito pode ser certa sob a ótica do observador, que contempla as normas como resultados de certos procedimentos que participam outras pessoas, mas não para o participante, que colabora com esse

¹⁵ A fórmula de Radbruch foi forjada como uma reação ao nazismo e às atrocidades praticadas durante esse período supostamente *em nome do direito*. Ao formulá-la, foi sem dúvida nenhuma um participante na difícil empreitada de reconstruir uma sociedade minimamente civilizada, além de uma ética e um direito, no contexto de barbaridade e destruição deixado por Hitler. Em seus ensaios publicados no pós-guerra, Radbruch sustenta que o direito é informado por três valores básicos: bem público (*public benefit*), segurança jurídica (*legal certainty*) e justiça (*justice*). Radbruch sustenta a possibilidade de ponderação entre esses três valores, de modo que *pode haver leis que sejam tão injustas e socialmente danosas que a validade, e o próprio caráter jurídico, devem lhes ser negados* com base em um núcleo duro de princípios que gozam de um *consenso de largo alcance*, estabelecido através do trabalho de séculos e consagrado nas declarações de direitos humanos. (RADBRUCH, Gustav. Five minutes of legal philosophy In: *Oxford Journal of Legal Studies*. 1: 1-13-5, 2006, p. 14).

¹⁶ Na aplicação e harmonização desses princípios e dos três valores fundamentais, Radbruch propõe que *o conflito entre a justiça e a segurança jurídica pode ser bem resolvido da seguinte maneira: o Direito positivo, garantido pela legislação e pelo poder, tem precedência mesmo quando o seu conteúdo é injusto e falha em garantir o bem comum, a não ser que o conflito entre a lei positiva e a justiça alcance um grau tão intolerável que a lei, enquanto 'Direito defeituoso', deve sucumbir à justiça. É impossível traçar uma fronteira clara entre os casos de 'antijuridicidade legal' e de leis que são válidas apesar de suas imperfeições. Uma distinção, no entanto, pode ser traçada com especial clareza: Onde não há sequer uma busca da justiça, onde a igualdade, núcleo da justiça, é deliberadamente traída na criação do Direito positivo, então a lei positiva não é apenas 'Direito defeituoso', mas carece por completo da própria natureza de Direito.* (RADBRUCH, Gustav. Statutory lawlessness and supra-statutory law. In: *Oxford Journal of Legal Studies*. 1: 7, 2006).

procedimento cujo resultado apresenta uma pretensão de correção. Por esta razão, o conceito de Direito que maneja o participante não deve ser neutro a não ser que deve incluir argumentos morais.

2. O argumento de clareza. Segundo esse argumento, se ganha em clareza conceitual utilizando-se de um conceito de Direito que não contenha elementos morais, uma vez que desse modo é possível distinguir o que exige o Direito e o que exige a moral. De acordo com o ponto de vista não positivista de Alexy, nos casos de extrema injustiça o problema moral é ao mesmo tempo jurídico, de tal modo que se extraem as consequências jurídicas do juízo moral.

3. O argumento da efetividade. Este argumento afirma que um conceito não positivista de Direito não pode fazer nada frente a uma injustiça jurídica, pois as normas injustas seriam finalmente aplicadas. É dizer, que as normas injustas podem formar parte do Direito, de tal modo que frente a estas normas cabe fazer uma atitude crítica. O problema é determinar quando uma norma ultrapassa a zona cinzenta da injustiça extrema e perde o seu caráter jurídico. Alexy sustenta que essa zona cinzenta se constitui por uma moral composta por exigências morais mínimas (do tipo do direito a vida e a integridade física) que podem ser suscetíveis de fundamentação racional. Alexy defende que essas exigências morais mínimas ou esse consenso moral podem opor-se em certo modo frente a um regime jurídico injusto.

4. O argumento da seguridade jurídica. De acordo com esse argumento um conceito não positivista de Direito que negasse o caráter jurídico às leis afetaria gravemente a seguridade jurídica. No caso que nos ocupa, se trata de saber se negar a condição jurídica às leis de uma injustiça insuportável (tese débil da vinculação) importaria uma importante perda da seguridade jurídica. Por um lado, a determinação da injustiça extrema é suscetível de uma fundamentação racional, ainda que seja devido a que *são concebíveis casos nos quais não pode dizer com total certeza se ocorre ou não uma injustiça extrema* poderia produzir uma perda mínima de seguridade. Esta perda mínima somente poderia ser aposta a quem afirmar que a seguridade jurídica é um princípio absoluto.

5. O argumento do relativismo. O relativismo em sua versão radical afirma que os juízos de justiça não são suscetíveis de uma fundamentação racional. Alexy replica que existe um amplo consenso em torno de certas exigências morais, que poderiam estar

representadas nos direitos humanos, e que permitiria manter a tese de que é possível realizar uma fundamentação racional nos casos de injustiça extrema.

6. O argumento da democracia. Este argumento alega que um conceito não positivista de Direito permitiria que o juiz, *invocando a justiça, enfrente as decisões do legislador democraticamente legitimado*. Alexy somente nega o caráter jurídico das leis de uma injustiça extrema (tese débil da vinculação) e que o legislador democrático se encontra sujeito a outros tipos de limitações mais estritas, como as que derivam de um modelo de Justiça constitucional.

7. O argumento da inutilidade. Com este argumento se insiste em que uma injustiça jurídica poderia ser sanada sem necessidade de se recorrer a negação do caráter jurídico das normas, a não ser mediante uma lei retroativa que eliminasse dita injustiça. Esta medida não é aplicável no âmbito do Direito penal, onde vige o princípio *nulla poena sine lege*. Por outro lado, o problema ocorre se o legislador não atua e o juiz tem que pronunciar-se sobre uma falha embasando-se em uma norma de extrema injustiça. Por tudo isto, por respeito aos direitos do cidadão e porque as sentenças também devem formular uma pretensão de correção, Alexy considera que é conveniente utilizar um conceito não positivista de Direito.

8. O argumento da honestidade. O conteúdo deste argumento é no sentido de que um conceito de Direito não positivista iria contra o princípio penal da *nulla poena sine lege*, vez que modificaria as situações jurídicas que se realizassem de acordo com as normas de extrema injustiça.

Em conclusão, para um participante é aplicável o argumento da extrema injustiça - que supõe uma conexão classificante entre Direito e moral - às normas isoladas. Agora é preciso delinear a partir desta perspectiva interna se este argumento também é aplicável aos sistemas jurídicos concebidos como um todo.

Já sabemos que para que se possa ser classificados como jurídicos os sistemas normativos devem propor uma pretensão de correção. Uma vez que se formula essa pretensão, pode ocorrer que não seja satisfeita e que o sistema jurídico ultrapasse a zona e cinzenta da injustiça extrema (como se sucede no exemplo citado da ordem de dominação), a partir desse momento cabe suscitar a aplicação do argumento da injustiça aos sistemas jurídicos, melhor dizendo, se podem perder seu caráter jurídico pela extrema injustiça das normas que o compõem.

Em relação aos sistemas jurídicos, o argumento da injustiça é interpretado de duas maneiras: mediante a *tese da irradiação* e mediante a *tese da derrotabilidade*.

De acordo com a primeira tese, a falta do caráter jurídico das normas substanciais básicas levaria consigo a perda da juridicidade de outras normas jurídicas do sistema. Desta forma, o argumento da injustiça afetaria também as normas que não são de uma injustiça extrema, o que produziria nesse caso uma considerável perda de seguridade jurídica.

A segunda tese defende que um sistema jurídico perde sua condição jurídica quando possui muitas normas extremamente injustas. Mesmo assim, seria possível a sobrevivência do sistema jurídico, se bem que se torna difícil estabelecer a quantidade mínima de normas que necessitaria um sistema jurídico para subsistir. Por tudo isto, devido a dificuldade de se concretizar as conseqüências que se derivariam do argumento de injustiça – sobre tudo que ocorreria com aquelas normas que não estão afetadas por uma injustiça extrema e as que não se obtém resultados distintos de sua aplicação às normas isoladas, tem-se que se chegar a uma conclusão, como afirma Alexy, de que *o campo de aplicação do argumento da injustiça está limitado aos das normas isoladas*.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os desafios postos aos positivismo jurídico pelo neoconstitucionalismo ideológico¹⁷ fazem com que aquela teoria jurídica venha a assumir posições dogmáticas até então totalmente incompatíveis com seus postulados básicos originais. Por causa dessa *mudança* ocorrida no positivismo jurídico, provocada pela assunção de teses marcadamente antipositivistas, é que se diz atualmente na doutrina que ocorreu um verdadeiro *eclipse do positivismo jurídico* ou que *o positivismo jurídico se haveria autodestruído*.¹⁸

¹⁷ Sobre o tema da conexão entre o neoconstitucionalismo e o positivismo ideológico ver o trabalho de RODRÍGUEZ URIBES, J. M. *Formalismo ético y constitucionalismo*. 2002, *passim*.

¹⁸ Pablo Navarro examina as três seguintes condições, as quais tentam evidenciar a assunção de teses antipositivistas pelo positivismo jurídico: 1) se os positivistas devem admitir que as normas jurídicas possuem alguma força moral; 2) se a relação entre identificação das normas jurídicas e o processo de interpretação do direito compromete a aceitar a união entre direito e moral, e 3) o problema da relação entre justificação jurídica e atitudes morais. (NAVARRO, Pablo E. Tensiones conceptuales en el positivismo jurídico. In: *Doxa*, nº 24, 2001, p. 135).

Para Santiago Sastre Ariza não há dúvidas de que uma das principais particularidades da teoria de Hart é ressaltar a importância da prática social (sobretudo a prática convergente dos órgãos de aplicação jurídica) no Direito. Para explicar a dimensão normativa do Direito é insuficiente se valer de um sentimento de obrigatoriedade ou de um hábito de obediência. Hart considera que para descobrir a existência das normas jurídicas tem que se ter em conta as reações e comportamentos daqueles que as tomam como pautas para atuar. Este aspecto externo simplesmente reflete que no aspecto interno se teve produzido a aceitação de alguma norma.¹⁹

A aceitação, que é o critério que define que ponto de vista interno, pode estar motivada não somente por razões morais como também por outros tipos de razões (como as prudenciais). Esta é a interpretação que parece propor Hart.²⁰

A ordem e a unidade do Direito, sob a idéia de sistema, aponta para o seu caráter axiológico e teleológico, enquanto recusa a lógica puramente axiomático-dedutiva. O sistema, afirma, devendo exprimir a unidade aglutinadora das normas singulares, não podem, pelo que lhe toca, consistir apenas em normas; antes deve apoiar-se nos valores que existam por detrás delas ou que nelas estejam compreendidos (...) Trata-se, pois, de encontrar elementos que, na multiplicidade dos valores singulares, tornem claras as conexões interiores, as quais não podem, por isso, ser idênticas à pura soma delas.²¹ Karl Larenz, por sua vez, aproxima as idéias de princípio e valor, ao dimensionar a ordem jurídica sob a *idéia de direito*, tida como princípio fundamental ou algo devido, a comportar determinações mais detalhadas, que podem ser caracterizadas como princípios de direito justo, a servirem de pensamentos diretores e causas de justificação para as regulações concretas de direito positivo.²²

Com o avanço do direito constitucional, as premissas ideológicas sobre as quais se erigiu o sistema de interpretação tradicional deixaram de ser integralmente satisfatórias. Assim: (I) quanto ao papel da norma, verificou-se que a solução dos problemas jurídicos nem sempre se encontra no relato abstrato do texto normativo. Muitas vezes só é possível produzir a resposta constitucionalmente adequada à luz do

¹⁹ SASTRE ARIZA, Santiago. Sobre el papel de la ciencia jurídica en el estado constitucional: notas al comentario de Antonio Peña Freire. In: *Anales de la Cátedra Francisco Suarez*. 35 (2001), pp. 349-55.

²⁰ HART, Herbert L. A. *O conceito do direito*. 1994, p. 203.

²¹ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 1989, pp. 41, 76.

²² LARENZ, Karl. *Derecho justo: fundamentos de ética jurídica*. 1993, pp. 38 et seq.

problema, dos fatos relevantes, analisados topicamente; (II) quanto ao papel do juiz, já não lhe caberá apenas uma função de conhecimento técnico, voltado para revelar a solução contida no enunciado normativo. O intérprete torna-se co-participante do processo de criação do Direito, completando o trabalho do legislador, ao fazer valorações de sentido para as cláusulas abertas e ao realizar escolhas entre soluções possíveis.²³

O reconhecimento de normatividade aos princípios e sua distinção qualitativa em relação às regras é um dos símbolos do pós-positivismo. Princípios não são, como as regras, comandos imediatamente descritivos de condutas específicas, mas sim normas que consagram determinados valores ou indicam fins públicos a serem realizados por diferentes meios. A definição do conteúdo de cláusulas como dignidade da pessoa humana, razoabilidade, solidariedade e eficiência também transfere para o intérprete uma dose importante de discricionariedade. Como se percebe claramente, a menor densidade jurídica de tais normas impede que delas se extraia, no seu relato abstrato, a solução completa das questões sobre as quais incidem.

As decisões que envolvem a atividade criativa do juiz potencializam o dever de fundamentação, por não estarem inteiramente legitimadas pela lógica da separação de Poderes – por esta última, o juiz limita-se a aplicar, no caso concreto, a decisão abstrata tomada pelo legislador. Para assegurar a legitimidade e a racionalidade de sua interpretação nessas situações, o intérprete deverá, em meio a outras considerações: (I) reconduzi-la sempre ao sistema jurídico, a uma norma constitucional ou legal que lhe sirva de fundamento – a legitimidade de uma decisão judicial decorre de sua vinculação a uma deliberação majoritária, seja do constituinte ou do legislador; (II) utilizar-se de um fundamento jurídico que possa ser generalizado aos casos equiparáveis, que tenha pretensão de universalidade: decisões judiciais não devem ser casuísticas; (III) levar em conta as conseqüências práticas que sua decisão produzirá no mundo dos fatos.²⁴

Em suma: o neoconstitucionalismo ou novo direito constitucional, na acepção aqui desenvolvida, identifica um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, em meio às quais podem ser assinalados, (a) como marco

²³ BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. In: *Jus Navegandi*. Teresina, ano 9, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>. Acesso em: 06/07/2007.

²⁴ Id. Ibid. 2005, *passim*.

histórico, a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; (b) como marco filosófico, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética; e (c) como marco teórico, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. Desse conjunto de fenômenos resultou um processo extenso e profundo de constitucionalização do Direito.²⁵

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. In: *Jus Navegandi*. Teresina, ano 9, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>. Acesso em: 06/07/2007.

BAYÓN, Juan Carlos. Derecho, convencionalismo y controversia. In: *La relevancia del derecho: ensayos de filosofía jurídica, moral y política*. NAVARRO, Pablo E.; REDONDO, Maria Cristina [comp.]. Barcelona: Gedisa, 2002.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

COLEMAN, J. Incorporationism, conventionality and the practical difference thesis (1998). In: COLEMAN, J. (ed.). *Hart's postscript. Essays on the postscript to the concept of law*. Oxford: Oxford University Press, 2001.

DUARTE, Écio Oto Ramos e POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da Constituição*. São Paulo: Landy Editora, 2006.

ESCUADERO, Rafael. *Los calificativos del positivismo jurídico: el debate sobre la incorporación de la moral*. Madrid: Thomson-Civitas. Cuadernos Civitas, 2004.

HART, Herbert L. A. *O conceito do direito*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

LARENZ, Karl. *Derecho justo: fundamentos de ética jurídica*. Madrid: Civitas, 1993.

²⁵ Id. Ibid. 2005, *loc. cit.*

NAVARRO, Pablo E. Tensiones conceptuales en el positivismo jurídico. In: *Doxa*, n° 24, 2001.

RADBRUCH, Gustav. Five minutes of legal philosophy [translation of Bonnie Litchwski Paulson and Stanley Paulson]. In: *Oxford Journal of Legal Studies*. 1: 1-13-5, 2006.

_____. Statutory lawlessness and supra-statutory law. In: *Oxford Journal of Legal Studies*. 1: 7, 2006.

RODRÍGUEZ, César. *La decisión judicial, de H. Hart y Ronald Dworkin*. Santa-Fé de Bogotá. Colômbia, 1997.

RODRÍGUEZ URIBES, J. M. *Formalismo ético y constitucionalismo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002.

SASTRE ARIZA, Santiago. *Ciência jurídica positivista e neoconstitucionalismo* [monografía]. Madrid: McGraw Hill, 1999.

_____. Sobre el papel de la ciencia jurídica en el estado constitucional: notas al comentario de Antonio Peña Freire. In: *Anales de la cátedra Francisco Suarez*. 35 (2001).

SGARBI, Adrian. *Clássicos de teoria do direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2006.