

## **MÉTODOS PARADIGMÁTICOS DE INTERPRETAÇÃO DO DIREITO – UMA INVESTIGAÇÃO HISTÓRICA**

**RESUMO:** Trata-se de uma investigação histórico-analítica das correntes jurídico-filosóficas de interpretação do Direito, sob a ótica dos paradigmas do Jusnaturalismo, Positivismo Jurídico e Pós-positivismo Jurídico, através da qual pretende-se demonstrá-los como métodos funcionais do Direito que visam atingir seu escopo fundamental – a Justiça – que varia segundo a concepção de cada uma dessas correntes. Este trabalho não pretende demonstrar o que é Justiça, nem mesmo o que é justo ou injusto. Pretende-se aqui, apenas desvendar de modo analítico como cada um destes sistemas hermenêuticos surgiu e como contribuiu para a evolução do Direito enquanto um sistema que busca fundamentalmente atingir a Justiça. Após uma breve introdução histórico-social do direito, inicia-se o trabalho discorrendo acerca do Jusnaturalismo, em suas diversas acepções, desde a Antiguidade até o movimento de positivação do início do século XIX, com o intuito de demonstrar sua íntima relação com o sentimento de justiça de cada época, evoluindo da justificação divina para a racional. Em seguimento, discorre-se a relação do positivismo com o surgimento da escrita nas sociedades antigas, passando pela idade média e chegando aos movimentos de positivação do final do século XVIII e início do século XIX, culminando na formulação do Código Napoleônico. Segue-se ponderando sobre a Escola de Exegese e posteriormente sobre a pureza positivista idealizada por Hans Kelsen. Por fim, demonstra-se os questionamentos de um ordenamento jurídico puramente positivista e sua atual “superação” por um movimento chamado de pós-positivista. Movimento pautado em uma ótica valorativa do Direito, que o vê como um sistema que está interligado com outras ciências. Passando por autores como Tércio Sampaio Ferraz Junior, Luís Roberto Barroso, Karl Larenz e Karl Engisch, apresenta-se o Direito como um sistema cognitivo aberto, com enfoque nos princípios constitucionais e nos valores sociais de alta magnitude, que tem o intuito de tornar o Direito mais equilibrado e justo.

**PALAVRAS-CHAVE:** Jusnaturalismo; Positivismo; Pós-positivismo.

**KEYWORDS:** Natural Law; Positivism; Post-positivism.

## **1. INTRODUÇÃO**

Ao longo da história do Direito surgiram diversos modelos hermenêuticos. Este trabalho busca investigar e revisitar as correntes jurídico-filosóficas de interpretação do Direito, bem como a sua evolução ao longo do tempo, sob a ótica dos paradigmas do Jusnaturalismo, Positivismo Jurídico e Pós-positivismo Jurídico.

Concomitantemente ao conhecimento dos modelos hermenêuticos construídos no decorrer da história, pretende-se demonstrá-los como métodos funcionais do Direito que visam atingir seu escopo fundamental – a Justiça – que varia segundo a concepção de cada uma dessas correntes, conforme será demonstrado.

Este trabalho não tem a pretensão de concluir o que é Justiça, nem mesmo o que é justo ou injusto. Deseja-se aqui, apenas desvelar de modo analítico como cada um destes sistemas hermenêuticos surgiu e como contribuiu para a evolução do Direito enquanto um sistema que busca fundamentalmente atingir a Justiça.

Antes de discorrer e analisar cada um dos referidos modelos – Jusnaturalismo, Positivismo e Pós-positivismo – faz-se necessário uma breve incursão da evolução histórica do Direito, bem como das sociedades para que se possa contextualizar cada um dos sistemas a serem apresentados.

## **2. INCURSÃO HISTÓRICA DO DIREITO**

Maria Helena Diniz, em seu Dicionário Jurídico, define Direito como “uma ordenação heterônoma das relações sociais baseada numa integração normativa de fatos e valores” (DINIZ, 2008, pág. 148). Deste conceito, pode-se extrair que o Direito surge das relações sociais, ou melhor, surge dos valores e costumes de uma dada sociedade e com ela evolui.

Nas sociedades arcaicas ou primitivas já existia Direito, um Direito baseado nos laços de consangüinidade, nos hábitos sociais, nas crenças e tradições, conforme

explica Wolkmer (WOLKMER, 2009). Gilissen, por sua vez, afirma que os direitos arcaicos eram oriundos dos costumes – Direitos Consuetudinários – e eram marcados por algumas características em comum, *verbi gratia*: não eram codificados ou escritos, pois as sociedades desconheciam a escrita; variavam bastante de comunidade para comunidade e eram bastante numerosos; eram “relativamente diversificados”, ou seja, possuíam muitas diferenças e ao mesmo tempo muitas semelhanças; eram altamente impregnados de fatores e crenças religiosas; e por fim, eram “direitos em nascimento”, ou seja, distinguia-se mal o que era e o que não era jurídico (GILISSEN, 2008).

Nas sociedades antigas, concomitantemente ao surgimento da escrita e da evolução do Estado, nascem as primeiras codificações do Direito. Segundo Gilissen, as codificações, de cunho jurídico, mais antigas surgem cerca de 3000 a.C. nas civilizações egípcias e mesopotâmicas e posteriormente difundem-se pelas regiões limítrofes, como Elam, Fenícia, Israel, Creta e Grécia (GILISSEN, 2008). Em relação aos primeiros códigos da Antiguidade – Código de Ur-Nammu, Hammurabi, Manu, Sólon, Lei das XII Tábuas etc. – Wolkmer afirma que eram eles, uma mistura de prescrições de cunho civil, religioso e moral (WOLKMER, 2009).

Na Grécia há de se ressaltar a obra dos filósofos Platão e Aristóteles, que além de escreverem sobre política e criarem a base do Direito Público Moderno, escreveram sobre justiça – o escopo fundamental do Direito – e criaram a base do Direito Romano. Os Romanos, durante a República e sobretudo na fase do Império, criaram diversas codificações e regularam as mais variadas matérias, além de criarem a Ciência do Direito (GILISSEN, 2008). Foi em Roma onde surgiram as primeiras escolas de Direito, dentre elas a Escola do *ius commune*, uma escola Jusnaturalista, ou seja, uma escola do *jus gentium* advinda das idéias de filósofos gregos, dentre eles Aristóteles, que falava da justiça natural, que se contrapunha às escolas do *Jus civile* – equivalente as escolas positivistas - conforme explica Bobbio (BOBBIO, 1999).

Durante o período medieval o Direito se desenvolveu através de fundamentos e objetivos de cunhos religiosos. A Igreja Católica, que dominava as mentes e os corpos dos fiéis, submeteu a todos aos seus devaneios de crueldade criando Instituições de Direito, como a Santa Inquisição, capaz de julgar, condenar e executar a qualquer cidadão que ousasse dizer que não acreditava em Deus, ou que a Santa Igreja estava errada em determinado ponto, tudo em nome de uma justiça divina que se

pautava em métodos cruéis e desumanos de execução judicial, conforme demonstra Michel Foucault no início de sua obra – Vigiar e Punir – onde expõe uma típica execução Católica (FOUCAULT, 2008).

Após este longo período de escuridão, com o advento das grandes navegações, o movimento da reforma protestante, o distanciamento e posteriormente a cisão entre Igreja e Estado e por fim, com a ascensão da burguesia e sua chegada ao Poder através das grandes revoluções burguesas, o Direito passou por uma reformulação gigantesca, deixando de se pautar em motivações e fins religiosos e passando a se orientar por motivações racionais e humanas, bem como regular matérias de todos os tipos e interesses sociais, tais como: economia, comércio, tributos, política, direitos naturais – liberdade, igualdade, fraternidade etc. – matérias de direito penal, civil e outras.

E atualmente o que temos?

Temos uma mudança estrutural que modificou a sociedade atual, a partir do final do século XX como conta Stuart Hall, transformações ocorridas que dão novas identidades pessoais, o autor fala em deslocamento ou descentração dos indivíduos tanto de seu lugar no mundo social e cultural quanto de si mesmo, preferiu chamar de “crise de identidade”. (STUART HALL, 2005).

Sobre o momento há quem decidiu chamar a sociedade de pós-moderna, segundo Jean-François Lyotard a palavra é usada, no continente americano por sociólogos e críticos e designa o estado da cultura após as transformações que afetaram as regras dos jogos da ciência. (LYOTARD, 2006).

### **3. O JUSNATURALISMO**

Norberto Bobbio define o jusnaturalismo como a corrente do Direito que tem a convicção de que “uma lei para ser lei, deve ser conforme a justiça” e completa dizendo que “a teoria do direito natural é aquela que considera poder estabelecer o que é justo de modo universalmente válido” (BOBBIO, 2007, pag. 35).

Já Ronald Dworkin, em *Império do Direito*, afirma que as teorias jusnaturalistas “sustentam que os juristas seguem critérios que não são inteiramente factuais, mas, pelo menos até certo ponto, morais, para decidirem que proposições jurídicas são verdadeiras” (2003, pág. 44) e segundo o próprio Dworkin as correntes mais radicais do Jusnaturalismo afirmam que Direito e Justiça são coisas idênticas.

Bobbio, em outra obra – *O Positivismo Jurídico* – divide o Jusnaturalismo em três fases: Jusnaturalismo clássico, Jusnaturalismo no pensamento medieval e Jusnaturalismo moderno (BOBBIO, 1999).

O Jusnaturalismo clássico é aquele que se desenvolve através das idéias dos filósofos gregos, como Platão e Aristóteles que buscam uma justiça universal baseada em uma razão natural – *naturalis ratio* – e que posteriormente é adotado pelas escolas do *ius gentium* em Roma. Bobbio afirma que para Aristóteles, “o direito natural é aquele que tem em toda parte (*pantachou*) a mesma eficácia” e que prescreve ações “cuja bondade é objetiva”, ou seja, trata-se de um direito justo e universal (BOBBIO, 1999, pág.17).

O Jusnaturalismo que se desenvolve no pensamento medieval é extremamente pautado em fundamentos religiosos e caracteriza-se por pregar um Direito universal, geral (genérico) que tenha como escopo fundamental a busca por uma justiça dentro dos liames do cristianismo, ou melhor, da Igreja. Dentre as obras de Direito Natural desta época, destacam-se as do filósofo católico Santo Tomás de Aquino que definia a *Lex naturalis*, como: “*Partecipatio legis aeternae in reionali creatura*” – aquilo a que o homem é levado a fazer pela sua natureza racional (BOBBIO, 1999, pág. 20).

Conforme Grócio, citado por Bobbio, Jusnaturalismo moderno ou racional é aquele que busca através de uma justa razão atingir os ideais de moral e justiça respeitando a natureza racional do homem (BOBBIO, 1999). Neste mesmo sentido, afirma Luís Roberto Barroso, que o Jusnaturalismo moderno é aquele que se desenvolve através de filósofos racionalistas a partir do séc. XVI e pauta-se em uma “lei ditada pela razão” dando ênfase a natureza e a razão humana, o que “é um dos marcos da Idade Moderna e base de uma nova cultura laica, consolidada a partir do século XVII” (BARROSO, 2009, pág. 236).

Ainda sobre o Jusnaturalismo racional, Lopes, Queiroz e Acca, em seu Curso de História do Direito, afirmam que “o jusnaturalismo moderno manifesta-se enquanto o sistema de justiça real é ainda operado por gente formada na escola do *ius commune*” (LOPES, QUEIROZ, ACCA, 2006, pág. 95). Desta afirmação pode-se extrair que o Jusnaturalismo moderno pauta-se em um Direito Consuetudinário sobre a ótica da Justiça aos olhos dos filósofos enquanto escopo fundamental do Direito, justiça comum, justiça derivada dos costumes e valores da sociedade. Percebe-se também que este sistema fora superado, como veremos mais a frente.

Miguel Reale – em Filosofia do Direito – divide o Jusnaturalismo em duas teorias, sem excluir outras: a Transcendente e a Transcendental. Segundo Reale a primeira concebe o Jusnaturalismo “como um arquétipo ideal, uma realidade ontológica válida em si mesmo”, ou seja, que independe de qualquer outra coisa para existir, que é auto-suficiente. Já a segunda restringe a esfera de ação do jusnaturalismo “ao plano deontológico, em correlação e funcionalidade necessária com o plano da experiência histórica do Direito” (REALE, 2002, pág. 590).

Bobbio compila de modo geral os critérios que caracterizam o Jusnaturalismo, sendo os Direitos Naturais: universais, ou seja, válidos para todos; imutáveis, ou seja, válidos em qualquer tempo; conhecidos através da razão humana; produzidos pela natureza, ou pela razão humana ou ainda por Deus ou qualquer outra entidade divina; estabelecem aquilo que é bom para a sociedade, ou seja, aquilo que é justo; e por fim, não são indiferentes aos comportamentos regulados, ou seja, eles os valoram (BOBBIO, 1999).

Em Teoria Geral do Direito, Bobbio critica abertamente o jusnaturalismo, pois segundo o autor não existe um direito que seja válido em todos os lugares e em todos os tempos, pois as concepções sociais variam, assim o que é bom e justo hoje, não era ontem ou não será amanhã, bem como o que é justo para uma sociedade oriental pode não o ser em uma sociedade ocidental etc. Critica ainda, afirmando que é impossível existir um ordenamento jurídico completamente justo, ou seja, que não contenha regras injustas. Nesse mesmo sentido, afirma que “vale como direito também o direito injusto” (BOBBIO, 2007, pág. 36).

Na linha evolutiva da História, após a cisão entre Igreja e Estado e a ascensão dos Soberanos, na prática pouca coisa mudou, os comerciantes continuaram a

se submeter de forma extrema aos governantes, as atrocidades não diminuíram, os nobres e o clero continuaram a ter privilégios, em suma, a realidade social continuou intacta. Tudo isso despertou um movimento revolucionário burguês, que a luz do iluminismo levou as classes burguesas a se organizarem em busca de poder político, liberdade, igualdade e muitos outros direitos jusnaturalistas. Conforme afirma Barroso, “a Revolução Francesa e sua Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) e, anteriormente, a Declaração de Independência dos Estados Unidos (1776) estão impregnadas de idéias jusnaturalistas” (BARROSO, 2009, pág. 237).

Ainda segundo Barroso, os iluministas e os jusnaturalistas estiveram juntos no movimento de codificação do Direito, durante o século XVIII, “cuja maior realização foi o Código Civil Francês – o Código Napoleônico”. Conclusa a Revolução Francesa e com a codificação dos direitos em diversos países da Europa, o Jusnaturalismo se viu – conforme afirma Barroso citando José Reinaldo de Lima Lopes – “domesticado e ensinado dogmaticamente”, ou seja, a codificação, grosso modo, “cortou as pernas” do Jusnaturalismo limitando-o e impedindo-o de se desenvolver livremente como até então se desenvolvia e por fim o substitui por uma nova doutrina – o Positivismo Jurídico (BARROSO, 2009, pág. 238).

Luis Roberto Barroso, citando os autores Bobbio, Matteucci e Pasquino:

O advento do Estado Liberal, a consolidação dos ideais constitucionais em textos escritos e o êxito do movimento de codificação simbolizaram a vitória do direito natural, o seu apogeu. Paradoxalmente, representaram, também, a sua superação histórica (BARROSO, 2009, pág. 238).

Nessa mesma linha, Tercio Sampaio, citando Luhmann, afirma que a constitucionalização dos Direitos Naturais, ou ainda Direitos Fundamentais, não só “os positivou”, mas provocou gradativamente sua trivialização, o que, conseqüentemente, gerou uma indiferença em relação as suas próprias diferenças (FERRAZ JR., 2003).

#### **4. O POSITIVISMO JURÍDICO**

Inspirado nas idéias do positivismo filosófico de Auguste Comte, o Positivismo Jurídico é a corrente do Direito que acredita que o direito é a norma, e que a norma é o direito, ou seja, que não há direito além do texto normativo e aquilo que nele está escrito é justo, pois a justiça para o Positivismo Jurídico consiste no preenchimento do Dever Ser. Assim, toda vez que a conduta humana (Ser) está de acordo com a prescrição legal (Dever Ser), esta conduta é boa e é justa, já quando esta conduta está em desacordo com a prescrição legal, ou seja, quando ela contraria a lei, ela é uma conduta má e injusta, conforme explica Hans Kelsen:

...o juízo segundo o qual uma determinada conduta humana é boa traduz que ela corresponde a uma norma objetivamente válida, e o juízo segundo o qual uma determinada conduta humana é má traduz que tal conduta contraria uma norma objetivamente válida, o valor “bom” e o desvalor “mal” valem em relação às pessoas cuja conduta assim é apreciada ou julgada, e até em relação a todas as pessoas cuja conduta é determinada como devida (devendo ser) pela norma objetivamente válida, independente do fato de elas desejarem ou quererem essa conduta ou a conduta oposta (KELSEN, 2003, pág. 22).

Norberto Bobbio, em Teoria Geral do Direito, conceitua o Direito Positivo como “a doutrina que reduz a justiça a validade” afirmando que para esta corrente do Direito “só é justo o que é comandado, e pelo fato de ser comandado” (BOBBIO, 2007, pág. 38 - 39). Já em O Positivismo Jurídico, Bobbio discorre sobre o Positivismo Jurídico em diversos períodos da história, como será apresentado.

Segundo o renomado autor supracitado, o Direito Positivo já se encontrava no pensamento clássico e foi motivo de muita discussão, principalmente na Grécia e em Roma. Bobbio cita um trecho de Ética a Nicômaco de Aristóteles, onde o filósofo diz que uma parte da justiça é fundada na lei, o chamado direito legal (*nomikón díkaion*) que corresponde ao Direito Positivo. Para Aristóteles o Direito Positivo caracterizava-se por ter eficácia somente nas comunidades políticas em que era posto, e também, por ser de cumprimento obrigatório, ou seja, aquelas atividades reguladas por ele deviam ser desempenhas de acordo com o que prescrevia a lei (BOBBIO, 1999).

Já na Roma Antiga o Direito Positivo, lá chamado de *jus civile* referia-se as estatuições do *populus*, ou seja, do povo, dos cidadãos e caracterizava-se por ser limitado e posto por um determinado povo, não necessariamente o mesmo, já que Roma

dominava outros povos, além disso, para os romanos o Direito Positivo era sujeito a mudanças, ab-rogações e derrogações, pois estabelecia aquilo que era útil, podendo uma lei ser útil hoje e não mais amanhã (BOBBIO, 1999).

Em relação ao pensamento medieval, Bobbio afirma que o Direito Positivo fora discutido por diversos escritores medievais, tais como teólogos, filósofos e canonistas. Bobbio afirma que, segundo Abelardo, a característica fundamental do Direito Positivo é a de ser posto pelos homens – *Lex humana* (BOBBIO, 1999).

Em relação aos pensadores modernos, Bobbio cita uma passagem de Glück, que por sua vez, afirma que “chama-se direito positivo, o conjunto daquelas leis que se fundam apenas na vontade declarada de um legislador e que, por aquela declaração, vêm a ser conhecidas” (BOBBIO, 1999, pág. 21).

Já em sua Teoria Geral do Direito, Bobbio discorre sobre o Positivismo Jurídico de Thomas Hobbes e afirma que segundo o Contratualista “não existe outro critério do justo e do injusto fora da lei positiva, vale dizer, fora do comando do soberano”. Afirma ainda que para Hobbes “não existe justo por natureza, mas apenas um justo por convenção” e que “a justiça e a injustiça nascem juntamente com o direito positivo” e diz ainda que “onde há justiça significa que há um sistema constituído de direito positivo” (BOBBIO, 2007, pág. 39 - 41).

As leis são as regras do justo e do injusto, não havendo nada que seja reputado injusto sem ser contrário a alguma lei. Ninguém pode fazer as leis, a não ser o Estado, pois estamos sujeitos unicamente ao Estado; e as ordens devem estar expressas por sinais suficientes, pois, de outro modo, ninguém saberia como obedecer a elas (HOBBS, 2009, pág.188).

Dentre as doutrinas positivistas dos últimos séculos, uma das que mais se destaca é a da Escola de Exegese, uma doutrina do século XIX, seguida na França por diversos autores, tais como: Melville, Blondeau, Bugnet, Delvincourt, Huc e outros. Maria Helena Diniz, em seu Dicionário Jurídico, acerca da doutrina da Escola de Exegese, afirma tratar-se de uma doutrina:

... que identificava a totalidade do direito positivo com a lei escrita, entendendo que a função específica do jurista e do julgador era ater-se com rigor absoluto ao texto legal e revelar seu sentido, aplicando-o,

mecanicamente, mediante a lógica dedutiva. Essa doutrina ultralegalista proclamou que a lei deve ser a única fonte das decisões jurídicas; logo, toda solução jurídica não podia ser mais do que a conclusão de um silogismo, em que a premissa maior é a lei e a menor, o enunciado de um fato concreto (DINIZ, 2008, pág. 400).

A Escola de Exegese possui diversas características, dentre as a quais se destacam: o fato de focar-se exclusivamente na lei; possuir uma concepção estritamente estatal do direito; e interpretar a lei baseando-se na intenção do legislador.

Dentre os autores do Positivismo, o mais importante, ou pelo menos, o mais renomado e comentado é Hans Kelsen – jurista austríaco que se mudou para os Estados Unidos em detrimento da Segunda Guerra Mundial. Segundo Haradja Leite Torrens, Kelsen foi um dos principais expoentes da doutrina sistemática e formalista do direito, doutrina esta “que conduz à visualização do Direito como uma pirâmide, ou seja, estrutura hierárquica de normas jurídicas, sistema apto a solucionar o caso concreto sem a ingerência de outros elementos”, ou seja, de outras instituições e, ou ciências, como: a filosofia, a sociologia, a psicologia, a política etc. (TORRENS, 2004).

Segundo Kelsen, em sua Teoria Pura do Direito, o Direito exige uma teoria pura, uma teoria positiva do direito, que se proponha a garantir um conhecimento exclusivamente dirigido ao direito, um conhecimento puro, que exclua “tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito”, ou seja, um conhecimento que exclua todos os outros, tais como a sociologia, a filosofia, a ética, a psicologia, a teoria política, para que com estas não se confunda, nem se misture (KELSEN, 2003, pág. 1).

Na página 19 da obra supracitada, Kelsen afirma que “o juízo segundo o qual uma conduta real é tal como deve ser, de acordo com uma norma objetivamente válida, é um juízo de valor, e, neste caso, um juízo de valor positivo”, que implica em dizer que a conduta real (fática) é “boa”. Já “o juízo, segundo o qual uma conduta real não é tal como, de acordo com uma norma válida, deveria ser, porque é o contrário de uma conduta que corresponde à norma, é um juízo de valor negativo”, o que implica em dizer que a conduta real é “má”. Já na página 21, Kelsen afirma que “uma norma não é verdadeira ou falsa, mas apenas válida ou inválida” (KELSEN, 2003).

Por fim vale ressaltar que Kelsen acreditava que o Positivismo jurídico conduzia ao bem, a justiça, àquilo que era bom, pois para ele “bom” era o ser que estava em conformidade com o Dever Ser jurídico, como se verifica na seguinte afirmação:

...o conceito de “bom” não pode ser determinado senão como “o que deve ser”, o que corresponde a uma norma. Ora, se definimos Direito como norma, isto implica que o que é conforme-ao-Direito (das Rechtmässige) é um bem (KELSEN, 2003, pág. 75).

Luís Roberto Barroso observa que, apesar de algumas variações, o Positivismo Jurídico teve seu ápice no normativismo de Hans Kelsen. Barroso, também, aponta de modo simplificado algumas das características principais do Positivismo Jurídico, sendo elas: “a aproximação quase plena entre Direito e norma”; a fixação da estatalidade do Direito, ou seja, de uma ordem jurídica advinda do Estado; a auto-suficiência do ordenamento jurídico, que contém definições conceituais e elementos satisfatórios e adequados para a resolução de todos os casos concretos, fáticos, inexistindo qualquer lacuna; e por fim o formalismo, que submete o Direito a sua formação, ou seja, ao legislador, sem vinculá-lo a qualquer conteúdo. “Também aqui se insere o dogma da subsunção, herdado do formalismo alemão” (BARROSO, 2009, pág. 241).

Barroso critica incisivamente o Positivismo Jurídico por diversos motivos, dentre eles, por acreditar que os ideais positivistas de objetividade e neutralidade são impossíveis de se materializarem, ou seja, de se tornarem efetivos e reais. Mais do que isso, Barroso lembra que foi justamente o Positivismo jurídico que legitimou os regimes ditatoriais mais cruéis do último século, dentre eles a ditadura fascista italiana e a nazista alemã. Segundo o renomado Constitucionalista, esses regimes promoveram e propagaram a barbárie e a crueldade em nome da lei. Afirma ainda que, “até mesmo a segregação da comunidade judaica, na Alemanha, teve início com as chamadas leis raciais, regularmente editadas e publicadas”. Por fim, conclui afirmando que, sem excluir os movimentos filosófico-jurídicos que dele divergiam, “a decadência do positivismo jurídico é emblematicamente associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha” (BARROSO, 2009, pág. 241 - 242).

Crítica semelhante faz Haradja Torrens. A jurista afirma que o paradigma positivista enfrenta sua crise em detrimento de não encontrar soluções para determinados problemas jurídicos de alta relevância, principalmente em relação aos julgamentos das crueldades realizadas pelo Estado Alemão que foram levadas ao Tribunal de Nuremberg logo após o fim da Segunda Guerra. A autora critica também, a incapacidade do legislador acompanhar de forma célere e eficiente a velocidade da evolução técnico-científica nas últimas décadas, principalmente nas sociedades “pós-industriais”, ou “pós-modernas” (TORRENS, 2004).

Apesar das árduas críticas ao modelo de observação do Direito, é consenso de que por causa do positivismo o Direito avançou enquanto Ciência, a partir da moldura de Kelsen é que se pode pensar nas noções de sistema jurídico ou de entender que neste mundo existe uma linguagem que não pode ser desprezada pelo intérprete ou operador do Direito.

Encaixa-se perfeitamente a lição de Tercio Sampaio Ferraz Junior (que assim encerra o tema em seu artigo “por que ler Kelsen hoje” (1981), a obra de Kelsen ainda o mantém vivo, suas implicações para a ciência jurídica, para a lógica da norma, para a aplicação do direito são tão fecundas, que, por mais que o critiquemos, não deixam de desvendar novos ângulos, novos encaminhamentos. Seu sistema cerrado não está isento de objeções. Estas, contudo, se postas seriamente, nos mostram como o seu pensamento é capaz de nos empurrar para diante, evitando o parasitismo das concepções feitas. Ao contrário do que se supõe, seu espírito polêmico nunca revelou um obstinado, tanto que, em diversas ocasiões e até mesmo no fim da vida, não teve medo de enfrentar suas próprias convicções, mudando-as quando as percebia insustentáveis racionalmente.

## **5. O PÓS-POSITIVISMO JURÍDICO**

A partir da segunda metade do século passado, inicia-se um movimento de “superação” do Positivismo Jurídico, movimento este que busca incorporar ao ordenamento jurídico, valores morais, princípios políticos, fundamentos sociológicos,

filosóficos, psicológicos, em suma, que visa incorporar ao Direito tudo aquilo que é se entende como importante para se avaliar as relações sociais e principalmente as relações jurídicas, de modo que se possa garantir “Justiça” ao caso concreto. Este movimento recebe o nome de Pós-positivismo Jurídico.

Nas palavras de Barroso, o pós-positivismo “inicia sua trajetória guardando deferência relativa ao ordenamento positivo, mas nele reintroduzindo as idéias de justiça e legitimidade” (BARROSO, 2001, pág.19), ou seja, uma reaproximação do Direito com os valores, com a Ética, visando o escopo fundamental do Direito, que é a Justiça.

Existem diversas nomenclaturas e até mesmo “correntes interpretativas” deste novo sistema, dentre elas destacando-se: Direito pautado em princípios fundamentais e Constitucionais; Direito Superador da Lei; Direito *extra legem*, Direito *contra legem*, Direito conforme a natureza das coisas; Direito Supra legal etc. Contudo, insta destacar que todas elas possuem um ponto em comum, que é a busca da valoração do Direito, busca da Justiça, pois para esta corrente, o conjunto legal possui lacunas, possui falhas e pode conter disposições que criem situações fáticas injustas e é justamente quando isso acontece que o intérprete deve utilizar desses métodos para conseguir atingir a justiça.

Subentende-se que Barroso é adepto da corrente principiológica do pós-positivismo, ou seja, acredita que os princípios possuem um status muito maior do que meras disposições axiológicas, éticas, sem aplicabilidade jurisdicional. Para ele os princípios possuem *status* de norma jurídica, e entre os princípios e as regras jurídicas não há hierarquia (BARROSO, 2001).

Segundo Barroso, os valores sociais mais relevantes “materializam-se em princípios, que passam a ser abrigados na Constituição, explícita ou implicitamente”. Em sua evolução histórica, alguns já constavam na Carta Maior, porém, também, evoluíram e em alguns casos “sofreram releituras e revelaram novas sutilezas, como a separação dos Poderes e o Estado democrático de direito”. Há também, os novos princípios, que foram incorporados recentemente, ou pelo menos, “passaram a ter uma nova dimensão, como o da dignidade da pessoa humana, da razoabilidade, da solidariedade e da reserva de justiça” (BARROSO, 2001, pág. 20).

Conforme explica Barroso, com a superação do positivismo, a Constituição deixa de ser vista como o ápice de uma pirâmide normativa sistemática e formalista e

passa a ser vista como o ápice de um sistema jurídico aberto de princípios e regras, que se recheia de valores jurídicos extralegais que visam atingir a justiça e por em prática os direitos fundamentais (BARROSO, 2001). Uma idéia herdada de Ronald Dworkin, que afirmava que uma proposição jurídica decorre de forma direta dos valores e princípios e que deveriam buscar a melhor justificação moral possível, conforme explica Haradja Torrens (TORRENS, 2004).

Porém, para Barroso, existe a possibilidade de estes princípios constitucionais virem a se defrontar, neste caso, o interprete deve buscar harmonizá-los, “deve, à vista do caso concreto, fazer concessões recíprocas, de modo a produzir um resultado socialmente desejável, sacrificando o mínimo de cada um dos princípios ou direitos fundamentais em oposição” (BARROSO, 2001, pág. 22). Toda esta harmonização deve se pautar no princípio da razoabilidade – oriundo do princípio da proporcionalidade – e na preservação dos princípios em conflito, ao menos, no que for possível. Barroso, por fim, destaca que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem se pautado neste princípio para evitar, coibir, anular e impedir exigências absurdas, vantagens indevidas, discriminações descabidas etc.

Barroso destaca também, o princípio da dignidade da pessoa humana, um princípio extremamente discutido nos dias atuais. O princípio da dignidade da pessoa humana assegura a todos uma integridade moral mínima, tanto em termos de liberdade, igualdade e valores individuais, como condições materiais mínimas de sobrevivência digna, *verbi gratia*: renda mínima, saneamento básico, saúde (médica e odontológica), educação, condições de trabalho, acesso à justiça, acesso à cultura, moradia, alimentação saudável, etc. Tudo isso, segundo Barroso, forma um “mínimo existencial” para que o ser humano desfrute da própria liberdade, de forma plena (BARROSO, 2001).

Sobre o desenvolvimento do direito superador da lei, Karl Larenz, afirma que tal desenvolvimento tem de estar em consonância com os princípios gerais de direito e com a “ordem de valores” constitucionais, tratando-se assim “de um desenvolvimento do Direito certamente *extra legem*, à margem da regulação, mas *intra jus*, dentro do quadro da ordem jurídica global e dos princípios jurídicos que lhe servem de base” (LARENZ, 1997, pág. 588 - 590). Em análise a obra de Serick, Larenz afirma que a jurisprudência pode e deve utilizar a analogia e o Direito Consuetudinário para

assegurar a garantia dos direitos, tais como a propriedade plena – exemplo utilizado por Serick.

Jean-Jacques Rousseau, em *Do Contrato Social*, afirma sobre as leis que “o que é bem, e conforme à ordem, é tal pela natureza das coisas, sem dependência das convenções humanas” (ROUSSEAU, 2009, pág.44). Neste sentido e ainda sobre o desenvolvimento do direito superador da lei, Larenz, diz que onde a regulação legal falseie a natureza das coisas, mormente de forma grosseira, devem os tribunais, corrigir tais regulamentações (LARENZ, 1997).

Segundo Larenz, o direito superador da lei desenvolve-se, também, através de princípios ético-jurídicos, tanto de escalão constitucional, como de escalão legal e até mesmo de princípios não positivados ainda, bem como as novas interpretações dos princípios já existentes, destacando-se os princípios da boa-fé, da proporcionalidade e o da dignidade da pessoa humana. Segundo Larenz, o desenvolvimento do direito superador da lei se dá através do que ele chama de “pensamento orientado a valores”, ou seja, os princípios valorativos desenvolvem o direito (LARENZ, 1997).

Para Larenz o Direito superador da lei possui condições limítrofes para que possa ser usado, uma espécie de pré-requisitos para que seja posto em prática. Segundo Larenz em primeiro lugar deve-se estar frente a um caso jurídico e em segundo lugar, deve-se tratar de um caso que não se possa resolver através de uma simples interpretação da lei, nem através de um desenvolvimento do direito, imanente à lei, sem que se crie uma situação esdrúxula ou injusta. Assim, sempre que se estiver frente a um caso que preencha estes requisitos, o que ele chama de “autentico estado de necessidade jurídico”, deve o interprete utilizar das ferramentas do direito superador da lei, inclusive julgar contra a lei, se necessário for (LARENZ, 1997).

Karl Engisch, em *Introdução ao Pensamento Jurídico*, existem regras e princípios de direito, que podem ou não estar positivados no texto Constitucional ou em qualquer outro texto legal, que não dependem de positividade para existir, pois estão acima da lei, por isso pertencem ao Direito Supralegal, *verbi gratia*, o princípio da igualdade, que não necessita estar posto em um texto legal para ter validade. Segundo Engisch, aquele que aplica o direito, o magistrado, tem o poder, ou até mesmo o dever, “de declarar inválida, ou então corrigir, qualquer estatuição positiva no caso de ela estar em contradição com o Direito Supralegal” (ENGISCH, 2001, pág. 326 - 327). Engisch

cita, a título de exemplo, alguns deste princípios, como: princípios supremos da justiça, do bem comum, do Direito justo, da moralidade etc. A partir desses exemplos, nota-se a preocupação do autor de que o Direito deve focar-se na Justiça, ou em outras palavras, deve tê-la como escopo fundamental. Engisch afirma inclusive, que em casos especiais, o juiz pode, ou até mesmo, há de julgar *contra legem*.

Engisch põe em cheque o princípio positivista “*fiat iustitia pereat mundus*”, pois segundo ele, sempre que uma lei criar situação relevantemente indesejáveis e inconvenientes, sempre que uma lei contrariar os princípios supremos da justiça, ou ofender o Direito Natural, ou a lei moral, devem os operadores do direito fazerem uso das teorias da interpretação e do preenchimento de lacunas a fim de promover as “correções”. Teorias, tais como: Direito Supra legal, Interpretação restritiva, ou extensiva, etc. (ENGISCH, 2001).

Por fim, Engisch conclui dizendo que:

...quando a jurisprudência dos tribunais superiores se reporta por diversas maneiras ao <<direito natural>> ou a <<lei moral>> ou ainda a uma <<ordem de valores preestabelecida>> situada acima de um <<relativismo destruidor>>, quando outros vêem esta tábua de valores manifestar-se nos <<princípios jurídicos gerais>> ou, com alguma reserva, nas linhas superiores de orientação da nossa Lei Fundamental, e ainda outros pensam poder rastrear a decantada <<natureza das coisas>> na estrutura <<imaneente>> à relação de vida concretamente em discussão (casamento, parentesco, cargo público, relação laboral, serviço militar, etc.), trata-se aqui certamente em todos os casos de esforços justificados, e que importam ao jurista, de superar um puro <<positivismo legalista>> e de permitir à voz do <<espírito objectivo>> ressonância no Direito (ENGISCH, 2001, pág. 387).

Note que propositadamente trabalhou-se até agora que o modelo em debate ganha vida ao perceber a necessidade de superação do texto legal, e o legal aqui é visto de forma estrita, lei mesmo no sentido de enunciado prescritivo, é que foi dada uma nova interpretação ao conceito de norma jurídica, normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos, importante é que não existe correspondência entre norma e dispositivo, com um detalhe

fundamental de aproximação do Direito à noção de Justiça, é que agora inseriu-se no conceito tanto regras (enunciados prescritivos) quanto princípios (ÁVILA, 2009).

De acordo com Humberto Ávila:

*Regras* são normas imediatamente descritivas que estabelecem obrigações, permissões e proibições mediante a descrição da conduta a ser adotada. *Princípios* são normas imediatamente finalísticas, já que estabelecem um estado de coisas para cuja realização é necessária a adoção de determinados comportamentos - determinam a realização de um fim juridicamente relevante (ÁVILA, 2009, pág. 78 - 79).

Ainda sob essa ótica, de amplitude do modo de pensar o direito, passou-se a entender o direito como um sistema complexo que necessita relacionar-se com o ambiente, mandando e recebendo informações de forma a cumprir com suas duas funções primordiais: autoregulação e autogeração (CARVALHO, 2008).

Com essas noções de que o sistema jurídico é aberto cognitivamente foi possível verificar um diálogo com outras “ciências” dentre elas a economia, a política e mais fortemente a filosofia.

Assim, pode-se dizer que o pós-positivismo é a superação do positivismo legalista, pois não busca a justiça da lei, mas a justiça do direito, que é muito maior do que uma prescrição legal, justamente porque não se pode separar o Direito da Justiça, não se pode reduzir a justiça ao simples preenchimento de um dever ser, nem reduzir o Direito a uma simples norma jurídica.

## **6. CONCLUSÃO**

No mundo pós-moderno, as melhores soluções surgem do confronto entre opiniões divergentes e para isso há necessidade de um consenso racional e não a eleição arbitrária sem considerar o posicionamento do outro.

Mutatis mutandis, discutir sobre o modelo ideal ou correto para uma Ciência é algo de extremada complexidade que nos faz lembrar Stuart Hall (2005, pag. 13) ao expressar sobre as concepções de identidade dos sujeitos pós-modernos, disse ele que as três concepções de sujeito (sujeito do iluminismo, sujeito sociológico e sujeito pós-moderno) são, em alguma medida, simplificações, redução didática e no desenvolvimento do argumento que compõe as concepções perceber-se-á com maior intensidade as suas complexidades e qualificações, mesmo assim, elas se prestam como ponto de apoio para desenvolver o argumento central, que no caso daquela Ciência é o “sujeito”.

Neste mesmo caminho, as concepções aqui apresentadas servem também apenas de pressuposto ou ferramenta para o desenvolvimento de um raciocínio que é muito maior e mais amplo que é o de re-interpretar e re-discutir sempre o Direito, principalmente pensando nesse sujeito humano globalizado que tem novas formas, diferentes identidades e na maioria das vezes cada vez mais contraditório.

#### **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:**

ÁVILA, Humberto - *Teoria dos Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 9ª ed., ampliada e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. 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: 18 de abril de 2010.

BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito*. Icone, 1999.

\_\_\_\_\_. *Teoria Geral do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

CARVALHO, Cristiano. *Ficções jurídicas no direito tributário*. São Paulo: Noeses, 2008.

DINIZ, Maria Helena. *Dicionário Jurídico*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 2.

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

ENGISCH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 2003.

\_\_\_\_\_. *Por que ler Kelsen hoje*. O Estado de São Paulo, 01/11/81, nº 73, ano II, p. 12 – 13.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: nascimento da prisão*. 35. ed. Petrópolis: Vozes, 2008.

GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.

HALL, Stuart. *A identidade cultural na pós-modernidade*, 10ª ed., Rio de Janeiro: DP&A, 2005.

HOBBS, Thomas. *Leviatã*. São Paulo: Martin Claret, 2009.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LOPES, José Reinaldo de Lime; QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo; ACCA, Thiago dos Santos. *Curso de História do Direito. Método*, 2006.

LYOTARD, Jean-François. *A Condição Pós-Moderna*. 9. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 2006.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato Social*. São Paulo: Martin Claret, 2009.

TORRENS, Haradja Leite. Neo-positivismo e pós-positivismo jurídico nas doutrinas de Herbert Hart e Ronald Dworkin. In: TORRENS, H. *A expansão do direito*. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2004. p. 147-158.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Fundamentos de História do Direito*. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.