

**UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA -
PROPPEC
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS, POLÍTICAS E SOCIAIS - CEJURPS
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – CPCJ
PROGRAMA DE MESTRADO ACADÊMICO EM CIÊNCIA JURÍDICA – PMCJ**

**O POSITIVISMO JURÍDICO E SUA CRÍTICA CONTEMPORÂNEA:
UMA ANÁLISE A PARTIR DA PROPOSTA TEÓRICA
NEOCONSTITUCIONALISTA**

FÁBIO FERNANDES DE OLIVEIRA LYRIO

Itajaí, outubro de 2006

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA -
PROPPEC
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS, POLÍTICAS E SOCIAIS - CEJURPS
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – CPCJ
PROGRAMA DE MESTRADO ACADÊMICO EM CIÊNCIA JURÍDICA – PMCJ

**O POSITIVISMO JURÍDICO E SUA CRÍTICA CONTEMPORÂNEA:
UMA ANÁLISE A PARTIR DA PROPOSTA TEÓRICA
NEOCONSTITUCIONALISTA**

FÁBIO FERNANDES DE OLIVEIRA LYRIO

Dissertação submetida à Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI), como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica.

Orientadora: Professora Doutora Claudia Rosane Roesler

Itajaí, outubro de 2006

AGRADECIMENTO

Este trabalho não teria sido possível sem a ajuda, sempre presente, de minha orientadora, Professora Doutora Claudia Rosane Roesler. Mais do que por me guiar com segurança pelas nuances que o tema em estudo oferece, agradeço-lhe, sinceramente, por ter me provocado, no primeiro dia de um longo processo, a enxergar um fenômeno jurídico muito mais belo, complexo e fascinante do aquele que, com ingênua arrogância, repousava árido e seguro em minha compreensão.

Agradeço, também, à Associação Catarinense do Ministério Público (ACMP) pelo custeio de significativa parcela dos estudos que resultaram na presente dissertação.

DEDICATÓRIA

Aos meus pais, Marcello e Maria Célia, pelos valores que me ensinaram com devoção e sensibilidade; virtudes daqueles que se lançam, com amor sincero, à mais nobre das empresas: a construção da essência humana de um filho.

A meu padrinho, Cid, e a minha querida avó, Azeneth (*in memoriam*), pelo incentivo constante e pelo apoio firme e incondicional nos momentos mais difíceis da caminhada.

A meu irmão, Vinicius, pelo companheirismo e pela torcida de sempre.

A minha namorada, Amanda, por ter mantido, sempre, o bom humor e a alegria, apesar das infindáveis horas de dedicação e isolamento que foram necessárias à realização deste trabalho.

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Vale do Itajaí, a Coordenação do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica, a Banca Examinadora e o Orientador de toda e qualquer responsabilidade acerca deste.

Itajaí, outubro de 2006

Fábio Fernandes de Oliveira Lyrio
Mestrando

PÁGINA DE APROVAÇÃO

Será fornecida pela secretaria do CPCJ

SUMÁRIO

RESUMO	IX
INTRODUÇÃO	1
CAPÍTULO 1	4
O POSITIVISMO JURÍDICO	4
1.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS	4
1.1.1 O JURACIONALISMO	5
1.1.1.1 Dos pressupostos filosóficos	6
1.1.1.2 Dos pressupostos políticos	9
1.1.1.3 Da codificação	10
1.1.2 A Escola da Exegese.....	14
1.1.3 A Escola Histórica do Direito	19
1.1.4 A Jurisprudência dos Conceitos	22
1.1.5 O Naturismo Jurídico	26
1.1.6 A Síntese Necessária	28
1.2 CARACTERÍSTICAS FUNDAMENTAIS DO POSITIVISMO JURÍDICO	30
1.2.1 A FACTICIDADE DO DIREITO	32
1.2.2 A COERCITIVIDADE DO DIREITO	35
1.2.3 A LEI COMO FONTE PREPONDERANTE DO DIREITO.....	38
1.2.4 A NORMA JURÍDICA COMO COMANDO	43
1.2.5 O ORDENAMENTO JURÍDICO COMO UM SISTEMA UNITÁRIO DE NORMAS.....	49
1.2.6 A FUNÇÃO INTERPRETATIVA NA CIÊNCIA JURÍDICA E NA APLICAÇÃO DO DIREITO .	55
CAPÍTULO 2	61
A CRÍTICA AO POSITIVISMO JURÍDICO	61
2.1 INTRODUÇÃO	61
2.1.1 A MUDANÇA DO MARCO POLÍTICO JUSPOSITIVISTA	62
2.1.2 A MUDANÇA DO MARCO FILOSÓFICO JUSPOSITIVISTA	69
2.2 O CERNE DA CRÍTICA NEOCONSTITUCIONALISTA.....	73
2.2.1 A INTERAÇÃO ENTRE DIREITO, POLÍTICA E MORAL	75
2.2.2 O RECONHECIMENTO DE VALORES E OPÇÕES POLÍTICAS FUNDAMENTAIS NAS CARTAS CONSTITUCIONAIS CONTEMPORÂNEAS	82
2.2.3 A NORMATIVIDADE DAS CARTAS CONSTITUCIONAIS	86
2.3 A INCORPORAÇÃO (RELATIVA) DA IDÉIA POSITIVISTA DE ORDENAMENTO JURÍDICO NO DESENVOLVIMENTO DAS CONCEPÇÕES NEOCONSTITUCIONALISTAS DO DIREITO	90
2.3.1 O ORDENAMENTO JURÍDICO COMO SISTEMA	92
2.3.2 A UNIDADE SISTEMÁTICA DO ORDENAMENTO JURÍDICO.....	95
2.3.3 O DOGMA COMPLETUDE DO ORDENAMENTO JURÍDICO	96
2.3.4 O DOGMA DA COERÊNCIA DO ORDENAMENTO JURÍDICO	100

CAPÍTULO 3	104
A TEORIA DO DIREITO E O NEOCONSTITUCIONALISMO	104
3.1 NEOCONSTITUCIONALISMO: CONCEITUAÇÃO E DELIMITAÇÃO DO TEMA	104
3.2 CONSTITUIÇÃO, INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL, NORMA JURÍDICA E REALIZAÇÃO JUDICIAL DO DIREITO NA CONCEPÇÃO NEOCONSTITUCIONALISTA	109
3.2.1 A CONSTITUIÇÃO COMO ELEMENTO CENTRAL DO DISCURSO NEOCONSTITUCIONALISTA	109
3.2.2 INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL: CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO. REGRAS E PRINCÍPIOS. ARGUMENTAÇÃO E PONDERAÇÃO	112
3.2.2.1 A Constitucionalização do Direito	113
3.2.2.2 Regras e Princípios	115
3.2.2.3 Argumentação e Ponderação	117
3.2.3 REALIZAÇÃO DO DIREITO A PARTIR DA CONCEPÇÃO TEÓRICA NEOCONSTITUCIONALISTA: O PROTAGONISMO JUDICIAL NA CONSTRUÇÃO DA NORMA JURÍDICA (MAIS) ADEQUADA AO CASO CONCRETO.....	122
3.3 CIÊNCIA JURÍDICA, RACIONALIDADE DO DIREITO E NEOCONSTITUCIONALISMO	127
3.3.1 A PRETENSÃO NEOCONSTITUCIONALISTA DE SUPERAÇÃO DO DOGMA DA CIENTIFICIDADE JUSPOSITIVISTA.....	128
3.3.2 RACIONALIDADE DISCURSIVA E JUSTIFICAÇÃO.....	133
CONSIDERAÇÕES FINAIS	139
REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS	144

RESUMO

Diante do fracasso da tentativa juspositivista de tratamento do Direito como um simples produto da autoridade estatal e da razão humana, significativo esforço teórico vem sendo empreendido na tentativa de superação desse modelo de pensamento jurídico com o objetivo de compor um novo e mais amplo ideário para abordagem racional da atividade de conhecimento e realização do Direito. Assim, em vez da busca obsessiva de realização de uma Ciência Jurídica pura, objetiva e descritiva, esforços se direcionam para um desenvolvimento teórico que, sem camuflar influências morais e políticas, forneça ao fenômeno jurídico o necessário instrumental de justificação racional e de legitimação perante a comunidade que a ele está submetida, especialmente a partir da adoção de uma postura de aplicação e interpretação convergentes com a Constituição e com os valores nela consagrados. Com tal escopo, o presente trabalho científico se inicia com a análise dos aspectos políticos e filosóficos fundamentais que condicionaram o processo histórico de edificação das principais Teorias do Direito integrantes do grupamento teórico denominado Positivismo Jurídico. Em um segundo momento, busca a identificação e exposição das notas características fundamentais e comuns às teorias juspositivistas para submetê-las à confrontação com algumas das críticas que lhe são opostas na contemporaneidade. Por derradeiro, pretende a construção aproximada de uma imagem que se mostre idônea a representar um núcleo de argumentos comuns articulado pelas Teorias do Direito que hoje são tratadas como Neoconstitucionalistas.

Palavras-chave: Positivismo Jurídico. Crítica. Neoconstitucionalismo.

INTRODUÇÃO

Findo o século XX, o pensamento jurídico contemporâneo se vê diante de um inevitável e emblemático momento de transição.

Especialmente a partir da Segunda Guerra Mundial, restou evidenciado, de forma clara, o fracasso da tentativa juspositivista de tratamento do Direito como um simples produto da autoridade estatal e da razão humana, passível de compreensão objetiva e de descrição neutra por meio do emprego de um rígido modelo científico lógico-dedutivo, essencialmente formalista e avesso ao reconhecimento de qualquer interação entre o fenômeno jurídico, a Moral e a Política. As incoerências e inconsistências do discurso positivista para o Direito, tanto na teoria quanto na práxis dos juristas, e, especialmente, sua dificuldade de explicar e justificar adequadamente o fenômeno jurídico em toda a sua complexidade, são percebidas pelos estudiosos do Direito, que passam a sustentar questionamentos e reflexões cada vez mais detidas.

Nesse cenário, ainda que de forma difusa, significativo esforço teórico vem sendo empreendido na tentativa de buscar, a um só tempo, superar tal modelo de pensamento dominante no campo do Direito e, por meio dessa superação, compor um novo e mais amplo ideário para abordagem racional da atividade de conhecimento e realização do fenômeno jurídico.

Nesse contexto, o Direito, compreendido como manifestação social complexa, passa a ser percebido a partir de sua inserção em ambiente de relações humanas plurais e diversificadas e submetido, na sua realização, a um contínuo processo de construção e justificação democrática sob a influência direta da moral institucional vigente e das forças políticas atuantes em determinada comunidade.

O reconhecimento da centralidade normativa das cartas constitucionais – alçadas à função de cerne condicionante da compreensão de todo o ordenamento jurídico – e, especialmente, a tomada de consciência pelos atores jurídicos acerca da deliberada incorporação de valores e opções políticas

fundamentais nos textos das Constituições pós-bélicas aparecem como notas características a exigir uma nova imagem do labor daqueles que se ocupam, de alguma forma, do Direito.

Assim, desloca-se a problemática da qual se ocupará o jurista contemporâneo. Em vez da busca obsessiva pela realização de uma Ciência Jurídica pura, objetiva e descritiva, os esforços se direcionam para um desenvolvimento teórico que, sem olvidar as influências morais e políticas inerentes à aplicação do Direito, lhe forneça o necessário instrumental de justificação racional, legitimando-o perante a comunidade que a ele está submetida a partir aceitação de seu discurso e da adoção de uma postura de aplicação e interpretação convergentes à Constituição e aos valores nela consagrados, ultrapassando os limites da legalidade estrita adotada como dogma pelas Teorias Positivistas do Direito sob o respaldo, especialmente, do Estado Liberal.

Assim, inicia o presente trabalho científico a análise dos aspectos políticos e filosóficos fundamentais que condicionaram o processo histórico de edificação das principais Teorias do Direito que restaram reunidas, com significativo consenso doutrinário, em grupo justeorético convencionalmente denominado Positivismo Jurídico.

Em seguida, valendo-se da digressão histórica empreendida, busca-se a identificação e exposição das notas características fundamentais e comuns às Teorias Positivistas para, na seqüência, submetê-las, no segundo capítulo, à confrontação com algumas das críticas que lhe são opostas na contemporaneidade.

Por derradeiro, no terceiro capítulo, com o auxílio do argumento apresentado no curso da presente investigação, pretende-se a construção aproximada de uma imagem que se mostre idônea a representar, ainda que de forma aproximada e sem pretensão de esgotar o tema, um núcleo de argumentos comuns articulado pelas Teorias do Direito que hoje são tratadas como Neoconstitucionalistas.

Em breves considerações finais, busca-se, sem pretensões de ineditismo, uma sintética revisão dos resultados e da discussão apresentada no

decorrer do presente trabalho, com o especial objetivo de apontar o alcance e o significado do deslocamento de perspectiva no tratamento teórico das atividades de compreensão, realização e justificação democrática do Direito, na forma empreendida (ou, ao menos, pretendida) por aqueles que hoje são chamados de Neoconstitucionalistas.

CAPÍTULO 1

O POSITIVISMO JURÍDICO

1.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Qualquer tentativa de compreensão das teorias do Direito que restaram reunidas sob a denominação Positivismo Jurídico deparar-se-á, inevitavelmente, com uma dificuldade inicial: descortinar a identidade estrutural subjacente a construções teóricas significativamente diversificadas.¹

Nesse cenário, a análise das correntes filosóficas e dos movimentos políticos e jurídicos atuantes no período histórico no qual o Direito iniciou seu direcionamento para uma abordagem positivista se revela de inquestionável utilidade.

Como consciência da dificuldade apontada no parágrafo inaugural, buscar-se-á demonstrar, no curso desta parte liminar, que as idéias centrais que sustentaram a edificação das teorias positivistas do Direito não surgiram em um momento histórico certo e determinado. Tampouco essas foram decorrência de uma ou outra revolução científica ou cultural. Ao contrário. Uma análise mais detida dos elementos estruturais de tais teorias revela que o caminho até uma abordagem positivista do fenômeno jurídico foi construído a partir de contribuições teóricas produzidas pelas mais variadas correntes de pensamento,

¹ Essa diversidade teórica torna-se especialmente nítida quando se atenta para as múltiplas adjetivações que foram produzidas, sem significativo consenso, pelos pensadores do Direito para tentar individualizar as variadas formas de abordagem positivista do fenômeno jurídico. Assim, dependendo da nota teórica que se pretende evidenciar, fala-se em positivismo psicológico, positivismo sociológico, positivismo legalista, positivismo conceitual, positivismo histórico, entre outras denominações. Sobre o tema, MÜLLER, Frederich. *Métodos de Trabalho do Direito Constitucional*. Tradução de Peter Naumann. 3. ed. São Paulo: Renovar, 2005. p. 154. HESPANHA, Antônio Manoel. *Cultura Jurídica Européia: Síntese de um milênio*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005. p. 374.

como o movimento Jusracionalista e suas codificações, a Escola da Exegese, a Escola Histórica do Direito e a chamada Jurisprudência dos Conceitos.

Impõe-se, assim, que, neste momento inicial, direcionemos um olhar mais atento ao processo histórico de constituição dessas teorias para tentar identificar a contribuição específica prestada por cada uma delas ao agrupamento teórico que compôs a abordagem positivista do Direito. Ante a imperiosa necessidade de se fixar um termo inicial na linha do tempo, opta-se pela análise a partir da transição do Direito medievo para o Direito moderno; pelo movimento jusfilosófico que restou denominado por Jusracionalismo.

1.1.1 O Jusracionalismo

Segundo WIEACKER, os séculos XVII e XVIII podem ser designados como a “época do jusnaturalismo”,² da qual o “jusracionalismo se constitui um curto capítulo histórico.”³

Ainda que se reconheça razão ao renomado jurista alemão, por certo não se pode olvidar a importância do movimento jusracionalista no processo de evolução teórica do Direito.

Compreendido em seus devidos termos, pode-se dizer que o Jusracionalismo integrou um complexo e significativo momento histórico de modificação das estruturas filosóficas e políticas então vigentes, momento este no qual o pensamento jurídico medieval, fundado na teologia e na autoridade, perdeu espaço para um Direito Natural moderno, fundado na razão e na vontade, que acabaria por se impor decisivamente na cultura jurídica europeia do século XVII⁴ e por lançar algumas das idéias que serviram à base teórica de construção das teorias positivistas do Direito.

Ainda que a duração da influência das teorias jusracionalistas possa ser considerada, como acima exposto, relativamente breve, por evidente seria

² WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. Tradução de A. M. Hespanha. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004. p. 279-280.

³ WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. p. 280.

⁴ Nesse sentido, HESPANHA, Antônio Manoel. *Cultura Jurídica Européia: Síntese de um milênio*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005. p. 297.

um equívoco afirmar que um movimento de transposição dessa amplitude ter-se-ia consumado em um só golpe; ao contrário, a consolidação das idéias jusracionalistas decorreu de uma gradual evolução, sendo possível identificar, em seu percurso histórico, como faz WIEACKER, gerações distintas de teóricos:

O primeiro período dos pensadores jusnaturalistas da época moderna (os teólogos morais e cultores de direito das gentes espanhóis, Althussius e Grócio) está ainda directamente subordinado à tradição escolástica e teológica. Nele não se tenta nem a ruptura polémica a partir de uma metafísica teocêntrica do direito, nem se constituem os pressupostos metodológicos para um sistema jurídico autônomo.

[...]

Só uma segunda geração (Hobbes, Espinosa, Pufendorf) elaborou as bases metodológicas de um sistema jusracionalista autônomo e combateu a dependência metodológica da ética social profana em relação à teologia moral. [...] Com isto se libertava finalmente espaço para um sistema jusracionalista no qual os princípios de direito natural aparecessem como leis naturais da sociedade.⁵

Por certo, o adequado entendimento desse processo evolutivo impõe a prévia compreensão dos pressupostos filosóficos e políticos que propiciaram o ambiente necessário à concretização da transição jusracionalista referida no parágrafo anterior.

1.1.1.1 Dos pressupostos filosóficos

Quanto a seu marco filosófico, pode-se dizer que a doutrina jusracionalista foi gerada sob influência direta das correntes de pensamento que floresceram na Europa a partir do início da Idade Moderna,⁶ em especial no campo

⁵ WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. p. 303-304.

⁶ Por Idade Moderna se entende, de forma pacífica, o período de tempo compreendido entre o meado do século XV [1453] e o final do século XVIII [1789]. Neste intervalo, como o reconhecimento de que se trata de uma aproximação, pode-se fixar o período inicial de construção das bases filosóficas da doutrina jusracionalistas nos dois quartos intermediários do século XVII [1625-1675].

da filosofia da ciência, e do resgate de algumas idéias clássicas que rivalizavam com a tradição aristotélico-tomista⁷ dominante no pensamento jurídico medieval.

Nesse sentido, não incorreríamos em erro se afirmássemos que as manifestações iniciais do jusracionalismo decorreram de uma espécie de sincretismo entre idéias produzidas na antiguidade clássica e o ambiente filosófico europeu dos séculos XVII e XVIII; especificamente de uma peculiar composição entre a tradição dos estóicos⁸ e o idealismo⁹ cartesiano.^{10 11}

Em termos mais específicos: à convicção em uma lei eterna, universal, imutável e perceptível por todos os homens a partir da observação de sua própria natureza que norteava a filosofia moral dos estóicos, aliava-se, naquele momento histórico, a idéia de construção de um método formal que garantisse cientificidade para o saber jurídico, nos moldes da física e da matemática, e pelo qual se poderia, com o uso da razão individual e dos procedimentos intelectuais da lógica, deduzir as normas reguladoras do convívio dos homens em sociedade.

⁷ Neste sentido, LOPES afirma que: “Os jusnaturalistas divergem entre si, mas compartilham algumas características. O primeiro esforço do jusnaturalismo é escapar da esfera teológico-filosófica em que nascera (aristotelismo, tomismo e jesuitismo) para firmar-se como província dos juristas”. In LOPES, José Reinaldo de Lima. *O Direito na História: Lições introdutórias*. Rio de Janeiro: Max Limonad, 1998. p. 182-183.

⁸ Por estóico, entende-se o adepto do estoicismo, ou seja, da doutrina filosófica de Zenão de Cício, segundo o qual o ideal do sábio consiste em viver em perfeito acordo e em total harmonia com a natureza, dominando suas paixões e suportando os sofrimentos da vida cotidiana, até alcançar a mais completa indiferença e impassibilidade diante dos acontecimentos. Na concepção estoica, os princípios éticos da harmonia e do equilíbrio baseiam-se, em última análise, nos princípios que ordenam o próprio cosmo. Assim, o homem, como parte desse cosmo, deve orientar sua vida prática por esses princípios. Nesse sentido, JAPIASSÚ, Hilton e MARCONDES, Danilo. *Dicionário Básico de Filosofia*. 3. ed – rev. e ampl. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor. p. 91-92.

⁹ Conforme REALE, “Idealismo, em sentido moderno, é a doutrina ou corrente de pensamento que subordina ou reduz o conhecimento à representação ou ao processo de pensamento mesmo, por entender que a verdade das coisas está menos nelas do que em nós, em nossa consciência ou em nossa mente, no fato de serem ‘percebidas’ ou ‘pensadas’”. REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 20. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2002. p. 120.

¹⁰ Para Descartes, as idéias são representações mentais, produtos da atividade de nossa consciência, definidas como “aquilo que a mente percebe diretamente”. Distingue ele três tipos de idéias; 1) inatas, que se originam da própria mente, independentemente de qualquer experiência anterior [...]; 2) factícias, ou da imaginação, idéias produzidas pela mente e que dizem respeito a uma realidade imaginária [...] 3) adventícias, formadas pela mente a partir da experiência sensível. Podemos, assim, conhecer as idéias inatas, fundamentos da ciência, voltando-nos para nós mesmos pela reflexão. Conforme, JAPIASSÚ, Hilton e MARCONDES, Danilo. *Dicionário Básico de Filosofia*. p. 135.

¹¹ Conforme, HESPANHA, Antônio Manoel. *Cultura Jurídica Européia*. p. 296.

A partir dessa composição teórica, o Direito Natural começava a se despir de sua fundamentação religiosa para buscar, em um processo de intuição racional dos princípios imanentes ao Direito e na observação da natureza humana, a realização de ideais de perenidade, segurança, sistematização e cientificidade.

Como destaca HESPANHA:

Trata-se, como se disse, de um novo jusnaturalismo. Desde logo, emancipado de uma fundamentação religiosa [...] os fundamentos de que partiam para encontrar uma ordem imanente na natureza humana não eram qualquer vocação, destino ou finalidade sobrenaturais do homem, ou quaisquer dados da fé sobre isso, mas antes as suas características puramente temporais, como os instintos e a capacidade racional.

Ao prescindirem da fé, estes jusnaturalismos ficam a poder contar apenas com a observação e com a razão como meios de acesso à ordem da natureza.¹²

Diante desse quadro, constata-se que, no campo filosófico, o individualismo e o cientificismo, resultantes das influências filosóficas clássicas e modernas que então moldavam o pensamento jurídico, surgem como as notas essenciais caracterizadoras do movimento jusracionalista.

Individualismo é aqui compreendido como a efetiva assunção do homem individual e seus instintos inatos como centro das atenções da teoria do Direito. A natureza cuja observação levava os jusracionalistas à intuição de regras gerais não era a do ambiente natural, tampouco a natureza social, mas sim a natureza humana.

Por sua vez, entende-se por cientificismo, como expõe JAPIASSÚ, a ideologia daqueles que, por deterem o monopólio do saber objetivo e racional, julgam-se detentores da realidade e acreditam na possibilidade de uma racionalização completa do saber.¹³

¹² HESPANHA, Antônio Manoel. *Cultura Jurídica Européia*. p. 298.

¹³ JAPIASSÚ, Hilton e MARCONDES, Danilo. *Dicionário Básico de Filosofia*. p. 44.

Essas duas características, como será apresentado mais adiante, servirão de ponto de partida para inúmeras teorias do Direito posteriormente desenvolvidas; entre elas, as teorias positivistas do Direito.

1.1.1.2 Dos pressupostos políticos

Quanto ao marco político, pode-se dizer que as forças sociais que sustentaram a gradativa construção de um modelo específico de Estado Europeu¹⁴, no início da Idade Moderna, exerceram considerável influência na consolidação da feição terminada do Jusracionalismo, conferindo-lhe uma terceira característica essencial: o voluntarismo.

Adotando o conceito proposto por HESPANHA, por voluntarismo jurracionalista queremos designar a doutrina segundo a qual o Direito tem a sua fonte, não numa ordem objetiva (da natureza, da sociedade), não em direitos naturais e irrenunciáveis do homem, não numa lógica jurídica objetiva, mas no poder da vontade.¹⁵

E, nesse sentido, deve-se atentar para o fato de que manifestações voluntaristas podem ser encontradas na maioria das doutrinas políticas que sustentaram a consolidação do Estado Moderno Europeu, sejam estas de cunho liberal, sejam de cunho não liberal.

Em HOBBS, percebe-se com nitidez que ao poder da vontade – entendida esta como a vontade do soberano – cabe estabelecer o Direito, ainda que o intuindo da natureza humana pela razão:

A única forma de constituir um poder comum, capaz de defender a comunidade das invasões dos estrangeiros e das injúrias dos próprios comuneiros, garantindo-lhes assim uma segurança suficiente para que, mediante seu próprio trabalho e graças aos

¹⁴ Segundo Pierangelo Schiera, o Estado Moderno Europeu representou uma forma de organização do poder historicamente determinada que teve como traço essencial a progressiva centralização do poder segundo uma instância cada vez mais ampla, que terminou por compreender o âmbito completo das relações políticas, através de um processo fundado na afirmação do princípio da territorialidade da obrigação política e na progressiva aquisição da impessoalidade do comando político. In BOBBIO, Norberto; MATTEUCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Vol. I. Tradução de Carmem C. Varrialle [et. al.]. 5. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000. p. 425-426.

¹⁵ HESPANHA, Antônio Manoel. *Cultura Jurídica Européia*. p. 310.

frutos da terra possam alimentar-se e viver satisfeitos, é conferir toda a força e poder a um homem ou assembléia de homens, que possa reduzir suas diversas vontades, por pluralidade de votos, a uma só vontade. [...] Todos devem submeter suas vontades à vontade do representante e suas decisões à sua decisão.¹⁶

[...]

Não é suficiente que a lei seja escrita e publicada. É preciso também que haja sinais manifestos de que ela deriva da vontade do soberano.¹⁷

Este último componente jusracionalista assume peculiar importância quando, com o passar do tempo, a idéia de vontade capaz de pôr o Direito se modifica. A vontade que cria as normas deixa de ser entendida como a vontade do soberano e passa a ser presumida como a vontade geral do povo, para, assim, assumir o papel de elemento de legitimação do Direito.

Neste último contexto, surge o contributo mais concreto das teorias jusracionalistas às futuras teorias juspositivistas: o movimento de codificação do Direito.

1.1.1.3 Da codificação

Além do voluntarismo, o movimento de codificação do Direito, em muito, derivou da inserção pelos jusracionalistas da idéia de Sistema no campo do saber jurídico.

Ao tempo que situa essa importante inserção teórica no campo do Direito, GUERRA FILHO apresenta um conceito operacional de Sistema que, por sua contemporaneidade com os pressupostos filosóficos e políticos ora em estudo, revela-se absolutamente adequado à análise histórica que se busca neste momento:

Uma noção muito cara para a moderna metodologia das ciências é a de “sistema”. Em Direito, o termo aparece já no século XVIII, com o

¹⁶ HOBBS, Thomas. *Leviatã: ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. Tradução de Alex Martins. São Paulo: Editora Martin Claret, 2004. p. 130.

¹⁷ HOBBS, Thomas. *Leviatã*: p. 202.

¹⁹ GUERRA FILHO, Santiago Willis. *Teoria da Ciência Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 31.

Movimento do Direito Racional Jusnaturalista, surgido sob o influxo das meditações cartesianas, fundamentantes da concepção de ciência vigente nos termos modernos. “Sistema”, conforme se entendia à época, coincidia com a idéia geral que se tem de um todo funcional composto por partes relacionadas entre si e articuladas de acordo com um princípio comum.¹⁹

Deve-se registrar que as meditações cartesianas referidas por GUERRA FILHO estavam inseridas em contexto mais amplo de idéias Iluministas que dominavam a cultura européia no século XVIII.

Justamente dessa relação estabelecida entre o Direito Natural Moderno – Jusracionalismo – e o Iluminismo,²⁰ resultou a primeira grande onda de codificações modernas, inicialmente nos Estados absolutos do centro e sul da Europa, e posteriormente na Europa ocidental.²¹

Segundo WIEACKER, o movimento de codificação jusracionalista, influenciado pelo pensamento iluminista, dirigia-se a uma planificação global da sociedade através de uma reordenação sistemática e inovadora da ordem jurídica:

O pressuposto interno mais geral deste empreendimento [codificação] é constituído pela convicção, própria do iluminismo, de que a actuação morigeradora e racional dos governantes ou da vontade comunitária geral criaria por si só uma sociedade melhor. O direito natural parecia indicar a uma tal actuação um caminho mais seguro, ao fornecer projectos gerais de uma sociedade regida por preceitos éticos-naturais e ao permitir a esperança de se descobrirem, de uma vez por todas, os critérios de um direito justo do ponto de vista do seu conteúdo.²²

²⁰ Por iluminismo, entendemos conforme JAPIASSÚ, Hilton e MARCONDES, Danilo. *Dicionário Básico de Filosofia*. p. 137-138, o movimento filosófico também conhecido como Esclarecimento, Ilustração ou Século das Luzes, que se desenvolve particularmente na França, Alemanha e Inglaterra no século XVIII, caracterizando-se pela defesa da ciência e da racionalidade crítica, contra a fé, a superstição e o dogma religioso. Na verdade, o Iluminismo é muito mais do que um movimento filosófico, tendo uma dimensão literária, artística e política. No plano político, o Iluminismo defende as liberdades individuais e os direitos do cidadão contra o autoritarismo e abuso de poder. Os iluministas consideravam que o homem poderia se emancipar através da razão e do saber, ao qual deveriam ter livre acesso.

²¹ WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. p. 365-366.

²² WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. p. 366.

Entre os principais exemplos históricos de codificações concluídas, pode-se citar, segundo HESPANHA, o Código Criminal da Toscana (*Leopoldina*, 1786), o Código da Prússia (*Allgemeines Landercht f. den preussischen Staaten, A.L.R.*, 1794), o Código da Áustria (*Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch, A.B.G.B.*, 1811), e o *Code Civil* francês, de 1804.²³

Todavia, além das influências iluministas precursoras da busca de sistematização do Direito por meio de um modelo de organização lógico-formal que pudesse atender ao ideal moderno de ciência, e da convicção própria do racionalismo de que, pela observação da natureza humana, se poderia extrair o verdadeiro Direito, perene e universalmente aplicável, não se pode deixar de reconhecer que o movimento de codificação deflagrado pelos juracionistas foi fortemente motivado pela necessidade de se conferir segurança, estabilidade e previsibilidade à prática jurídica.

Especificamente em relação à questão da previsibilidade do Direito, ao comentar o processo de codificação francês, BOBBIO afirma que, de acordo com visão generalizada à época, somente se poderia ter do Direito um critério seguro de conduta por meio do conhecimento antecipado e preciso das conseqüências jurídicas de cada comportamento possível. Assim, segundo o referido professor italiano, de acordo com tal concepção:

[...] a certeza só é garantida quando existe um corpo estável de leis e aqueles que devem resolver as controvérsias se fundam nas normas nele contidas e não em outros critérios. Caso contrário, a decisão se torna arbitrária e o cidadão não pode mais prever com segurança as conseqüências das próprias ações.²⁴

A forma como a solução das controvérsias era empreendida pelos juízes e tribunais não mais satisfazia as necessidades da sociedade burguesa que chegava ao poder no momento de consolidação do Estado Moderno Europeu. Tal circunstância, por si só, demandava modificações estruturais na prática jurídica, as quais o movimento de codificação veio, em certa medida, a atender.

²³ HESPANHA, Antônio Manoel. *Cultura Jurídica Européia: Síntese de um milênio*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005. p. 332-333.

²⁴ BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito*. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues – São Paulo: Ícone, 1995. p. 80.

HESPANHA destaca a medida da influência que a necessidade de modificação da prática jurídica teve no processo jusracionalista de codificação do Direito:

[...] a vida forense conhecia uma grande desorganização e insegurança. Primeiro, pelo excesso de dissensões doutrinárias favorecidas pelo proliferar de opiniões; depois, pela complexidade e morosidade dos trâmites processuais. Por fim, pela complicada organização dos tribunais – inerente à pluralidade jurisdicional do Antigo Regime -, que dava origem a intermináveis conflitos de competência.

Dá que a actividade dos tribunais fosse olhada, em todos estes países com imensa desconfiança.

Aproveitando o ensinamento de Francis Bacon (1561-1626), segundo o qual “judges ought to remember that their office is jus dicere and not jus dare, to interpret the law, and not make or give de law” (On Judicature, em *Essays*), os mais ilustres juristas da segunda metade do século XVIII propõem uma profunda reforma judiciária que ponha termo ao “despotismo dos tribunais” (Condorcet, 1743-1749), depositando exclusivamente na mão do legislador a tarefa de interpretar a lei obscura.²⁵

Sob esse pano de fundo, aliando-se o ambiente político aos ideais filosóficos já apresentados e tendo como produto final as grandes codificações empreendidas, necessitava o Direito mais um passo. Dessa vez, para se adaptar à nova estrutura de poder político e econômico que se firmava no continente europeu e, especialmente, para adequar-se a sua própria reinvenção, na forma concretizada pelos jusracionalistas.

Assim, pode-se afirmar que o sucesso das codificações jusracionalistas possibilitou o surgimento de uma nova manifestação teórica no campo do saber jurídico no início do século XIX: a chamada Escola da Exegese.

²⁵ HESPANHA, Antônio Manoel. *Cultura Jurídica Européia*: p. 332-333.

1.1.2 A Escola da Exegese

Como já dito, das condicionantes filosóficas e políticas apresentadas no item anterior surgiram os componentes fundamentais de um conjunto de forças que resultou no inicial direcionamento do saber jurídico para uma abordagem positivista e, ainda, acabou por legar às futuras teorias do Direito uma realização material decisiva: as codificações legislativas europeias do século XIX.

O Direito Legislado Estatal, posteriormente encampado, em grande medida, pelas teorias juspositivistas como objeto da verdadeira ciência do Direito, atinge, com a sua reunião sistemática no corpo de códigos legislativos, uma posição central até então desconhecida no processo histórico de evolução do saber jurídico. Normas jurídicas, produzidas em nome do povo, almejavam reconhecimento universal como única fonte do Direito, uma vez que fruto da vontade popular e produto de sua melhor razão.

O movimento de codificação do Direito, à época, especialmente na França napoleônica, surgia como uma forma de triunfo do racionalismo e do novo modelo de Estado²⁶ que se firmava no período imediatamente posterior à Revolução Francesa de 1789. Como destaca HESPANHA, representava uma espécie de positivação da razão e, ao mesmo tempo, continha um forte ingrediente voluntarista, consistente na identificação que passava a existir entre a vontade do legislador e a vontade geral da nação.²⁸

Por evidente que, diante de tal obra, observada com a expectativa correspondente à amplitude das características já apresentadas e, deve-se registrar, legitimada por um intenso movimento social de modificação da estrutura

²⁶ Referimo-nos aqui ao Estado Liberal Moderno que surge em substituição ao Estado Absolutista característico do período anterior ao movimento revolucionário francês. Segundo Pierangelo Schiera, as modificações empreendidas por este novo modelo estatal atingiam mais diretamente sua forma de legitimação, uma vez que: "O Estado continuou a existir em sua dimensão histórica; no plano institucional bem pouco mudou na passagem do antigo para o novo regime; pelo contrário, os traços essenciais do Estado moderno foram ulteriormente aperfeiçoados e reforçados, [...] O fenômeno se enquadrava, por sua vez, num processo mais geral de formalização do próprio Estado para o qual se tornava cada vez menos necessária a figura do monarca e sempre mais indispensável a conotação abstrata dentro de esquemas logicamente convencionais, o principal dos quais era exatamente a lei, a norma jurídica." In BOBBIO, Norberto; MATTEUCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. p. 430.

²⁸ HESPANHA, Antônio Manoel. *Cultura Jurídica Européia*. p. 377.

de poder político até então existente, a atividade dos juristas não poderia ficar imune a transformações.

Nesse contexto, coube à Escola da Exegese empreender profunda mudança de postura em relação à atividade de aplicação do Direito.

Nesse sentido, BOBBIO esclarece que:

A escola da exegese deve seu nome à técnica adotada pelos seus primeiros expoentes no estudo e exposição do Código de Napoleão, técnica que consiste em assumir pelo tratamento científico o mesmo sistema de distribuição de matéria seguido pelo legislador e, sem mais, em reduzir tal tratamento a um comentário, artigo por artigo, do próprio Código.³⁰

Para os integrantes da Escola da Exegese, a atividade do aplicador do Direito e da doutrina se limitava à simples análise dos textos legislativos. A interpretação (ou exegese) do Direito codificado passava a ser o limite da empresa dos juristas, uma vez que esses não deveriam impor suas convicções pessoais à Lei. Ao contrário, deveriam ser simples locutores da vontade dessa Lei.

Como exposto anteriormente, não se pode dissociar o fenômeno jurídico do ambiente político e filosófico no qual aquele está inserido. Com esse alerta em mente, por certo não soará incoerente a compreensão da chamada Escola da Exegese sob a imagem de um movimento de tentativa de inserção da atividade jurídica em um espectro de relações sociais no qual os vetores de poder político, econômico e ideológico direcionavam-se em busca de afirmação após recente processo de ruptura com a ordem estatal anterior.

A leitura das obras dos autores políticos influentes nos primeiros anos do século XIX, época do surgimento da escola da Exegese, *verbi gratia*, o clássico *L'esprit des Lois* de MONTESQUIEU (1748), permite que se

³⁰ BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito*. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues – São Paulo: Ícone, 1995. p. 83.

chegue a uma imagem nítida o suficiente da pressão social então exercida sobre a atividade de aplicação do Direito no contexto de transformação do Estado francês:

O poder de julgar não deve ser confiado a um senado permanente, mas exercido por pessoas escolhidas do seio do povo, em certas épocas do ano, de maneira prescrita pela lei para formar um tribunal que dure senão durante o tempo requerido pela necessidade.

Desse modo, o poder de julgar, tão temível entre os homens, não se achando preso a um certo estado e nem a uma certa profissão, toma-se, por assim dizer, indivisível e nulo. Não se tem continuamente o juiz perante os olhos; tem-se a magistratura e não os magistrados.

[...]

Mas, se os tribunais não devem ser fixos, os julgamentos devem sê-lo, a um tal ponto, que se pareçam com um texto preciso da lei. Se eles constituíssem uma opinião particular do juiz, viveríamos na sociedade sem conhecer, com precisão, as obrigações que com elas contraímos.³¹

A aspereza do texto deixa transparecer com clareza a desconfiança então existente em relação ao exercício da jurisdição, especialmente decorrente da desorganização e da insegurança que dominavam a solução judicial de controvérsias no chamado *Ancien Régime*³², período histórico imediatamente anterior à consolidação do modelo de Estado Liberal Moderno.

Segundo CAMARGO:

Crédulos nas inúmeras virtudes daquele corpo sistemático de normas, os componentes da Escola da Exegese propugnam uma atuação restrita do poder judiciário, mediante o apego excessivo às

³¹ MONTESQUIEU, Charles de Scondat, Baron de La Brède. *O Espírito das Leis*. Tradução de Henrique de Carvalho. Belo Horizonte: Editora Líder, 2004. p. 46-47.

³² Segundo Ettore Rotelli, por *Ancien Regime* se entende um certo modo de ser que caracterizou o Estado e a sociedade francesa num período de tempo bastante definido em seu termo final (1789-1791), e menos definido em seu termo inicial (o qual, contudo, segundo a opinião clássica, seria o final da Idade Média, entre a Guerra dos Cem Anos e a Guerra das Religiões). In BOBBIO, Norberto; MATTEUCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. p. 29.

³⁴ CAMARGO, Margarida Lacombe Camargo. *Hermenêutica e Argumentação: Uma contribuição ao estudo do direito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 66.

palavras da lei. A atividade dos juízes, na França, então comprometidos com o Antigo Regime, seria controlada pelo atendimento severo e restrito aos termos da lei. Lei feita pelo povo, em cujo conteúdo encontra-se a *vontade geral*.³⁴

Nesses termos, a Escola da Exegese buscava, justamente, ser o reflexo jurídico nesse complexo ambiente de transformação social e política do continente europeu no fim do século XVIII e no início do século de XIX; mostrava-se como uma forma de realizar o Direito de acordo com as exigências do seu tempo. Tal circunstância é apontada com argúcia por REALE:

A Escola da Exegese, que ainda exerce notável influência na *forma mentis* de muitos juristas contemporâneos, apresentou mestres do maior relevo, como, por exemplo, Demolombe, Troplong, Laurent, Marcadé. De modo geral, suas teses fundamentais acham-se consignadas em dois grandes Tratados de Direito Civil, que representam esplêndidos monumentos da civilística francesa. Referimo-nos ao *Curso de Direito Civil Francês*, de Aubry et Rau, de 1838-44 e ao *Tratado* de Baudry-Lacantinerie e de seus colaboradores, na última década do século passado, o segundo de caráter mais expositivo, aquele de maior força inovadora.

Nesses dois tratados refletem-se todas as tendências da Escola da Exegese em sua evolução. Não foi uma Escola estática, apegada ferrenhamente às mesmas teses, mas uma grande corrente que procurou se adaptar as exigências do tempo, resistindo, durante meia centúria, com grande equilíbrio e finura, às críticas formuladas contra seus postulados.³⁵

As codificações e a Escola da Exegese representaram, simultaneamente, o ápice e o colapso do jusracionalismo iluminista e acabaram, a um só tempo, por fornecer o instrumental prático e por criar o ambiente cultural necessário para a reação ao Direito Natural Moderno que, em última instância, acabaria por resultar no Positivismo Jurídico.

Quanto ao instrumental prático, a reunião sistematizada de cada ramo do Direito em diplomas legislativos que tinham a pretensão de

³⁵ REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 20. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2002. p. 415.

completude, na forma empreendida pelo movimento de codificação, aliada à ampla difusão da idéia de prevalência do Direito legislado como Fonte do Direito por excelência, fruto das concepções políticas e sociais da época, estavam destinadas a se tornar, em um futuro não muito distante, em pilares a serviço da construção de algumas das mais influentes teorias juspositivistas.

A realização, nos campos político e jurídico, do ideal de onipotência do legislador que se extrai do movimento de codificação será abraçado pelos positivistas como profissão de fé e inserida entre os elementos basilares daquela concepção teórica do Direito.

Ao discorrer sobre a importância das codificações européias para o futuro do Positivismo Jurídico, BOBBIO assevera que:

O fato histórico que constitui causa imediata do positivismo jurídico deve, ao contrário, ser investigado nas grandes codificações ocorridas entre o fim do século XVIII e o início do século XIX, que representaram a realização política da onipotência do legislador. [...] As codificações representam o resultado de uma longa batalha conduzida, na segunda metade do século XVIII, por um movimento político-cultural francamente iluminista, que realizou aquilo que podemos chamar de “positivação do direito natural”. Segundo este movimento, o direito é expressão ao mesmo tempo da autoridade e da razão. [...] O movimento pela codificação representa, assim, o desenvolvimento extremo do racionalismo, que estava na base do pensamento jusnaturalista, já que a idéia de um sistema de normas descobertas pela razão ele une a exigência de consagra tal sistema em um código posto pelo Estado.³⁶

Por sua vez, a idéia de perenidade do Direito encontrado pela razão, a partir da observação da natureza humana e consagrado em monumentos legislativos definitivos, acabou por conferir ao Direito Natural Moderno uma rigidez incompatível com constante exigência de sua adequação às novas demandas sociais e ao progresso cultural e tecnológico da época, gerando o ambiente cultural necessário ao surgimento de movimentos de contestação. Tal momento histórico é retratado com clareza por WIEACKER:

³⁶ BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico*: p. 54-55.

Cristalizados nas receitas de uma legislação que pretendia ter encontrado de uma vez por todas o direito certo para um Estado concreto, eles transformaram-se no travão de uma justiça viva que exigia, precisamente como norma imutável, um direito positivo diferente para situações históricas diferentes.³⁷

No mesmo sentido, REALE:

É claro que esta concepção, de repassado otimismo, prevaleceu enquanto perdurou um equilíbrio relativo entre os Códigos e a vida social e econômica. Quanto mais esta se renovava, sob o impacto da Técnica e da nova Ciência, quanto mais se aprofundavam abismos no mundo dos interesses econômicos, mais se sentia a necessidade de recorrer ao subterfúgio ou ao expediente da “intenção presumida” do legislador. Por essa brecha, relações de fato, forças econômicas e morais irrompiam no plano da cogitação dos juristas, dando *conteúdo* à regra insuficiente em sua abstração: - a Escola da Exegese encontrava em si mesma o princípio de sua negação, revelando-se a “unilateralidade” de suas concepções, que puderam prevalecer até e enquanto o mundo das normas constituiu a expressão técnica de uma realidade histórico-social, não dizemos subjacente, mas sim implícita em seu conteúdo.³⁸

Posto isso, importante se torna a análise das reações dirigidas contra Jusnaturalismo moderno que se seguiram a partir de então e que se vão constituir em nota essencial às teorias positivistas, especialmente na Alemanha, na forma conduzida pela chamada Escola Histórica do Direito.

1.1.3 A Escola Histórica do Direito

Pode-se dizer que a reação ao Jusracionalismo e às suas codificações, na forma empreendida pela chamada Escola Histórica do Direito, foi fruto do surgimento tardio na Alemanha de uma consciência política nacional. Tal movimento de conscientização nacional que, segundo WIEACKER,³⁹ na França preparou e de certa forma provocou a integração revolucionária do Estado francês,

³⁷ WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. 398-399.

³⁸ REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. p. 417.

³⁹ WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. p. 399.

fez-se sentir de forma igualmente intensa na Alemanha, aliada aos movimentos culturais que eclodiam naquele país.

Nesse mesmo sentido, assevera HESPANHA:

[...] que certas nações européias, algumas das quais – como a Alemanha e a Itália – ocupavam lugares centrais no panorama do saber jurídico europeu, não conheceram um Estado nacional até o terceiro quartel do século XIX. Nestes casos de privação de identidade política, a consciência nacional não apenas se manifestou de forma mais intensa, cunhando muito fortemente em todas as áreas da cultura, como reagiu contra a idéia de que o estado e o seu direito (legislado) pudessem ser a única forma de manifestar a identidade política e jurídica de uma nação.⁴⁰

Produto do momento histórico acima retratado, a Escola Histórica do Direito teve como principais nomes Gustavo HUGO, Friedrich Carl von SAVIGNY e Georg Friedrich PUCHTA. Diretamente influenciada pelo romantismo⁴¹ e pelo idealismo filosófico⁴², que dominavam o pensamento alemão na primeira metade do século XIX, apresentou-se frontalmente avessa às pretensões de racionalidade, universalidade e perenidade preconizadas pelas codificações elaboradas pelo jusnaturalismo tardio. Em franca oposição à razão iluminista, buscou na idéia de uma consciência jurídica nacional – o chamado “espírito do povo” – o alicerce para construção de uma ciência jurídica sistemática, que teria como cerne a intuição de institutos jurídicos historicamente reconhecidos na cultura da nação e a dedução, a partir desses, das demais normas jurídicas.

⁴⁰ HESPANHA, Antônio Manoel. *Cultura Jurídica Européia* p. 383.

⁴¹ Por romantismo, entendemos conforme JAPIASSÚ, Hilton e MARCONDES, Danilo. *Dicionário Básico de Filosofia*. p. 237, a doutrina filosófica que do final do século XVIII até a metade do século XIX, em reação ao racionalismo da filosofia das Luzes, põe-se a depreciar os valores racionais e a enaltecer a imaginação, a intuição, a espontaneidade e a paixão.[...] o romantismo filosófico, representado sobretudo na Alemanha, por Fichte, Schelegel e Schelling, passou a ser considerado como um recurso nos momentos de crise do racionalismo. Segundo PINHEIRO, Homero. *Temas e Textos Interdisciplinares*. Rio de Janeiro: Aula, 1992. p. 1001, o romantismo, enquanto movimento filosófico, deve ser entendido com a fase inicial do *idealismo alemão*, surgiu em 1775, estendendo-se até 1850, aproximadamente a todos os países europeus, particularmente à Alemanha e à França. Na Alemanha, manifestou-se de modo impetuoso, nucleizando-se no chamado “círculo romântico” de Jena, no qual Schelling (Frederich Wilhelm Joseph von, - 1775-1854) foi figura central.

⁴² Por idealismo filosófico alemão no século XIX, entendemos, conforme JAPIASSÚ, Hilton e MARCONDES, Danilo. *Dicionário Básico de Filosofia*. p. 135, o desenvolvimento da doutrina kantiana, sobretudo por Fichte e Schelling, que deram a essa doutrina uma interpretação mais subjetiva e menos crítica, prescindindo da noção de coisa-em-si e considerando o real como constituído pela consciência.

LARENZ, ao analisar as idéias centrais de SAVIGNY, expõe com propriedade tais características:

Assim como o legislador tem de ter sempre presente “a intuição integral do instituto jurídico” como um todo “orgânico” e há-de, a partir dela, “por um processo artificial, estabelecer a preceituação abstrata da lei”, se quer que esta corresponda aos respectivos desígnios, assim quem precisa de aplicar a lei tem, por seu turno, e “por um processo inverso, de lhe restituir o nexu orgânico de que a lei mostra uma simples secção”.⁴³

Como se extrai do texto acima, a atividade de produção do Direito legislado foge do ideal de descobrimento racional das normas imanentes à natureza humana e passa a ser uma atividade de intuição a partir da percepção histórica dos verdadeiros institutos jurídicos reconhecidos por uma nação. Modifica-se o eixo de atenção dos juristas e, especialmente, daqueles que buscavam a realização de ciência jurídica.

Nesse aspecto em particular, segundo WIACKER, o que a Escola Histórica do Direito pretendia, de fato, era a reconstituição de uma ciência jurídica consciente dos seus próprios métodos e de sua sistemática; e o núcleo desta reconstituição seria composto de um processo interno de mutação da própria ciência jurídica que, por volta de 1800, tinha em vista um ideal ao mesmo tempo positivo (autônomo) e filosófico (sistemático-metódico).⁴⁴

Dessa forma, esse fortalecimento da intenção dos juristas de construir um saber jurídico que pudesse ser, ao mesmo tempo, autônomo, científico e sistemático, aliado às críticas severas às teorias jusnaturalistas modernas, inevitáveis ante a mudança na forma de compreender o Direito e a própria ciência jurídica sob influência das correntes de pensamento anti-racionalistas no início do século XIX, acabou por catalisar o direcionamento do Direito às teorias juspositivistas.

Nesse sentido, BOBBIO afirma que

⁴³ LARENZ, KARL. *Metodologia da Ciência do Direito*. Tradução de José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1997. p. 14.

⁴⁴ WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. p. 419.

[...] foi precisamente no quadro geral da polêmica anti-racionalista, conduzida na primeira metade do século XIX pelo historicismo (movimento filosófico-cultural de que falaremos no próximo parágrafo), que acontece a “dessacralização” do direito natural.

O surgimento do positivismo teve de passar por essa polêmica acontecida no clima do romantismo.⁴⁵

Impõe-se reconhecer que, ao formular sua crítica ao jusnaturalismo moderno e ao firmar sua compreensão do fenômeno jurídico de forma histórica e filosófica,⁴⁶ a Escola Histórica do Direito termina por representar o momento de ruptura com o pensamento jurídico anterior e surge como verdadeira predecessora das correntes juspositivistas.⁴⁷

Nesse sentido, a obra de Frederich Carl von SAVIGNY acaba servindo como um divisor de águas e o desenvolvimento posterior das duas características principais de sua proposta de teoria do Direito – a sistematização e a historicidade do Direito – deu origem aos dois movimentos justeoréticos que acabariam por gerar os dois grandes grupos de correntes juspositivistas: as abstracionistas (positivismo normativista) e as concretistas (positivismo sociológico); as primeiras decorreram do desenvolvimento da idéia de sistema, especialmente por Georg Friedrich PUCHTA e sua “Jurisprudência dos Conceitos”; as segundas, da idéia de realidade do Direito e de sua elaboração a partir da segunda fase da obra de Rudolf von JHERING.

1.1.4 A Jurisprudência dos Conceitos

Entendida com um movimento teórico decorrente da Escola Histórica do Direito, chamada também de Pandectística, a Jurisprudência dos Conceitos teve por principal mérito a introdução de forma definitiva do ideário científico, formal e sistemático, no campo do Direito.

⁴⁵ BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico*. p. 45.

⁴⁶ Importante destacar que a elaboração filosófica que integrava, juntamente como o historicismo, o programa da Escola Histórica do Direito, deve ser entendida como equiparada à elaboração sistemática. Neste sentido: LARENZ, KARL. *Metodologia da Ciência do Direito*. Tradução de José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1997. p. 10, e WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004. p. 421.

⁴⁷ Neste sentido, BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico*. p. 45.

Como já exposto, o processo de agrupamento de todo o substrato teórico utilizado na construção das propostas juspositivistas foi um movimento lento, gradual. Muitas das idéias que restaram consagradas nas concepções positivistas do Direito foram se consolidando durante séculos, até serem definitivamente absorvidas pelo Positivismo Jurídico.

Dentre essas idéias surge, com particular destaque, a de Sistema, recepcionada a partir das concepções teóricas jusracionalistas e do tratamento que lhe foi dispensado pela primeira fase da Escola Histórica do Direito, para, então, ser definitivamente incorporada ao universo jurídico no início do século XIX sob a influência do idealismo alemão.⁴⁸

Tal incorporação se fez sentir de forma definitiva a partir da elaboração teórica de Georg Friedrich PUCHTA, considerado o fundador do movimento que ficou conhecido como Jurisprudência dos Conceitos,⁴⁹ e dos trabalhos de Bernhard WINDSCHEID.⁵⁰

Tomando por base a idéia de que o ordenamento jurídico representaria um sistema logicamente ordenado de conceitos jurídicos a partir dos quais se poderiam extrair outros conceitos inferiores e assim, sucessivamente, até a solução jurídica do caso concreto, PUCHTA desenvolve uma espécie de pirâmide conceitual, na qual um conceito fundamental, por meio de seu conteúdo, limitaria os conceitos inferiores. Tal conceito fundamental seria encontrado na filosofia, não no Direito.

Nesse sentido específico, LARENZ destaca que

A “genealogia dos conceitos” ensina, portanto, que o conceito supremo, de que se deduzem todos os outros, codetermina os restantes através de seu conteúdo. Porém, de onde procede o conteúdo desse conceito supremo? [...] Segundo PUCHTA, esse conteúdo procede da filosofia do Direito: assim consegue um ponto de partida seguro com que construir dedutivamente todo o sistema e

⁴⁸ Neste sentido LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Tradução de José Lamego. 3. ed. Lisboa: fundação Calouste Gulbekian, 1997. p. 1.

⁴⁹ Conforme WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. p. 456.

⁵⁰ HESPANHA, Antônio Manoel. *Cultura Jurídica Européia*: p. 391. Nota 510.

inferir novas proposições jurídicas. Mas se analisarmos mais em concreto, o *a priori* jusfilosófico do sistema de PUCHTA não é senão o conceito kantiano de liberdade.⁵¹

É certo que a idéia de um ordenamento jurídico sistemático já estava presente nas doutrinas do Direito Natural tardio. Todavia, resta claro que tais antecedentes jusracionalistas não têm o condão de obstar o reconhecimento do caráter inovador da concepção de Direito construída a partir de PUCHTA.

Nesse momento de particular desenvolvimento da ciência jurídica, a idéia de sistema jusnaturalista, ou seja, a de um conjunto vivo de normas descobertas a partir da observação da natureza humana e dispostas de forma funcional e articulada a partir de um princípio comum, cede lugar à idéia de um sistema de conceitos jurídicos elaborados pelos juristas e organizado segundo as regras da lógica formal, a partir dos quais seria possível, por dedução, a obtenção de novos e sucessivos conceitos.

É essa construção de PUCHTA que apresenta à história do pensamento jurídico, ainda que de forma embrionária, o formalismo científico que influenciaria sobremaneira as concepções positivistas do Direito. Especificamente acerca dessa nuance da obra de PUCHTA, destaca WIEACKER:

Ao contrário de Christian Wolff e dos seus discípulos juristas, nos quais a dedução conceitual se remata, ao fim e ao cabo, na pura especulação, este espírito superior[PUCHTA], a melhor cabeça da Escola Histórica do direito, conferiu com este método ao direito positivo de seu tempo a forma clássica de uma ciência dogmática e, com isto, consumou aquele formalismo científico no qual a ciência jurídica se tem movido desde o princípio do século.⁵²

No mesmo sentido, caminha LARENZ, ao afirmar que:

PUCHTA abandonou pois a relação, acentuada por SAVIGNY, das regras jurídicas com o instituto jurídico que lhes é subjacente, em favor de uma construção conceptual abstracta, e colocou, no lugar de todos os outros métodos [...] o processo lógico-dedutivo da “Jurisprudência dos conceitos”, preparando o terreno para o

⁵¹ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. p. 25.

⁵² WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. p. 457-458.

“formalismo” jurídico que viria a prevalecer durante mais de um século.⁵³

Todavia, a contribuição da chamada Jurisprudência dos Conceitos à construção do arcabouço teórico juspositivistas não está limitada ao lançamento das bases do formalismo científico que iria se tornar palavra de ordem na ciência do Direito até a primeira metade do século XX. Segundo HESPANHA,⁵⁴ a Jurisprudência dos Conceitos produziu outros resultados que tiveram grande influência na dogmática jurídica dos períodos históricos subseqüentes.

De acordo com o que aponta o autor português, seriam eles: a teoria da subsunção, o dogma da plenitude lógica do ordenamento jurídico e a interpretação objetivista.

A teoria da subsunção seria aquela:

[...] segundo a qual a realização da justiça nos casos concretos seria assegurada subsumindo os “factos” ao “direito”, nos termos de um raciocínio de tipo silogístico, em que a premissa maior era um princípio de direito e a premissa menor a situação de facto (Tatbestand) a resolver.⁵⁵

Por sua vez, o dogma da plenitude lógica do ordenamento jurídico corresponderia à possibilidade de recurso ao sistema de conceitos jurídicos para obtenção sucessiva de outros conceitos até que se consiga, no interior do ordenamento jurídico, a solução para todo e qualquer caso imaginável.

Por fim, a idéia de uma interpretação objetivista aloca a concepção sistêmica do ordenamento jurídico como norte a orientar o jurista no momento de realização do Direito. Assim, qualquer interpretação de uma norma jurídica deveria estar relacionada com o contexto sistemático no qual se encontra inserida. O sentido da norma derivaria de sua posição no sistema de normas, abandonando-se as tentativas de busca de um sentido supostamente pretendido por um legislador histórico.

⁵³ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. p. 28-29.

⁵⁴ HESPANHA, Antônio Manoel. *Cultura Jurídica Européia*: p. 399.

⁵⁵ HESPANHA, Antônio Manoel. *Cultura Jurídica Européia*: p. 399.

Certamente quando se desloca o olhar para as principais características do Positivismo Jurídico, não há como deixar de se identificarem, em suas notas essenciais, os contributos prestados pela Jurisprudência dos Conceitos acima referidos, como se procurará demonstrar no desenvolvimento do presente trabalho.

1.1.5 O Naturismo Jurídico

Conforme destaca HESPANHA, a partir da segunda metade do século XIX, o panorama de fundo da sensibilidade cultural e política europeia assim como os contextos sociais que sustentaram o liberalismo burguês começaram a mudar. O formalismo epistemológico kantiano (que tinha como ponto de referência as ciências físico-matemáticas) perde espaço perante o empirismo e o experimentalismo característicos da biologia e da química. O ambiente social e político assiste o vigor dos movimentos socialistas e o surgimento da questão operária.⁵⁶

Nesse cenário, a teoria do Direito é momentaneamente instada a, em certa medida, afastar-se das pretensões de constituir um saber abstrato, formal e isolado da vida social e a assumir uma postura mais atenta ao substrato de relações sociais sobre o qual se assentava. O Direito deveria ser compreendido como uma realidade, não como uma abstração ideal.

Surge, assim, o derradeiro movimento teórico predecessor do positivismo jurídico: o Naturismo Jurídico, que teve como figura central Rudolf von JHERING.

Essa proposta teórica do Direito significou, naquele momento histórico, uma tentativa de transposição para a ciência jurídica do método das ciências naturais, em crescente prestígio.

Nesse sentido, WIEACKER destaca que:

A concepção do direito como um puro fenômeno da realidade leva a que se conceba a ciência jurídica como uma ciência da realidade e o seu método como a explicação causal desta realidade. As

⁵⁶ HESPANHA, Antônio Manoel. *Cultura Jurídica Européia*: p. 399.

modalidades desta concepção mais ricas em conseqüências são o naturismo mecanicista, que interpreta as concepções jurídicas a maneira dos processos originados por causas e influências externas (como, v.g., a física clássica o fazia em relação à natureza inanimada); o vitalista, que interpreta o direito como uma função da vida biológica, nos moldes das ciências biológicas; e o psicológico, que o concebe como um fenômeno da consciência, relevando do domínio da psicologia individual ou da psicologia coletiva.⁵⁷

No que se refere à obra de JHERING, é difundida a opinião de que essa se divide em dois momentos perfeitamente distinguíveis:

O primeiro ainda ligado por essência à Escola Histórica do Direito e à Jurisprudência dos Conceitos e sob influência direta das idéias de SAVIGNY e PUCHTA, no qual JHERING, acolhendo o ideal científico formal vigente, propõe uma abordagem metodológica do Direito a partir de sua compreensão histórica como um organismo natural. Tal método passou a ser conhecido como método histórico-natural.⁵⁸

E o segundo, já passados os meados do século XIX, vinculado à idéia de uma jurisprudência teleológica, comprometida, em última instância, com a compreensão de que a finalidade e o interesse são as entidades geradoras do Direito.⁵⁹

Sem a pretensão de empreender uma abordagem detalhada de toda a construção teórica elaborada por JHERING, o que interessa para os objetivos da presente pesquisa é a percepção da mudança de perspectiva provocada pela compreensão do Direito a partir de uma ciência que tem por objeto a realidade social. Tal fato, como já mencionado, propiciará o nascimento das correntes juspositivistas concretistas.

Com propriedade, LARENZ sintetiza esse movimento:

⁵⁷ WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. p. 652.

⁵⁸ Nesse sentido, LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Tradução de José Lamego. 3. ed. Lisboa: fundação Calouste Gulbekian, 1997. p. 29; e GUERRA FILHO, Santiago Willis. *Teoria da Ciência Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 52.

⁵⁹ HESPANHA, Antônio Manoel. *Cultura Jurídica Européia*: p. 405.

[...] a crítica ao pensamento lógico-formal da chamada “Jurisprudência dos conceitos” ficou reservada à nova orientação “empirista” introduzida pelo JHERING da última fase – vindo a florescer num mundo espiritual completamente diverso do da ciência jurídica do século XIX, que, sob as vestes do historicismo, acolhia genericamente uma matriz “racionalista” e que (embora inconfessadamente), na medida que considerava o Direito “positivo” como um “organismo racional” e assim o procurava compreender, algo conservava ainda do pensamento “jusnaturalista”. Essa nova orientação que se esforçava por “liquidar” radicalmente todos os “resíduos” jusnaturalistas, era o positivismo.

Assim, abandona-se, em JHERING e, posteriormente, nas doutrinas que se desenvolveram a partir de seu pensamento, a busca de uma aplicação silogística do Direito sistematizado para se introduzir, com o método teleológico de interpretação, a de uma ponderação de interesses em conflito dentro do plasma de relações desenvolvidas em sociedade.

1.1.6 A Síntese Necessária

Visualizado o caminho percorrido pelas teorias do Direito, desde de o início da idade moderna até o início da segunda metade do século XIX, é possível identificar os componentes teóricos que foram, no decorrer desse período, consolidando-se e somando-se rumo a uma abordagem positivista do Direito.

Do Jusracionalismo e da Escola da Exegese, no campo filosófico, restaram o individualismo e o cientificismo; no campo político, o voluntarismo e a codificação; esta última trazendo consigo as idéias estratégicas de sistema, de segurança jurídica e de redução das fontes do Direito às normas legislativas.

Da Escola Histórica do Direito e da Jurisprudência dos Conceitos, a reação ao Jusnaturalismo, o formalismo, a evolução do conceito de sistema, em um primeiro momento com SAVIGNY e, posteriormente, com PUCHTA, a teoria da subsunção, o dogma da plenitude lógica e a interpretação objetivista.

Por derradeiro, de JHERING restou ao menos a idéia de um direito real, palpável, extraído das relações sociais e comprometido com a finalidade intrínseca de promoção da paz, justiça e segurança.⁶⁰

Postos assim estavam os elementos necessários ao surgimento do Positivismo Jurídico.

Após essa digressão histórica, apontadas as contribuições deixadas por cada um dos movimentos teóricos anteriores, as quais, acredita-se, constituíram a fundação das teorias positivistas do Direito, torna-se lícita a empresa de descrição dos elementos centrais dessas teorias, ou seja, a exposição das idéias principais e particulares que nortearam a construção das diferentes formas de compreensão do fenômeno jurídico a partir de um enfoque positivista.

⁶⁰ Nesse sentido, GUERRA FILHO, Santiago Willis. *Teoria da Ciência Jurídica*. p. 66.

1.2 CARACTERÍSTICAS FUNDAMENTAIS DO POSITIVISMO JURÍDICO⁶¹

Como já exposto no item anterior, as teorias do Direito que restaram reunidas sob a denominação Positivismo Jurídico apresentam-se construídas sobre argumentos significativamente diversificados.

Em decorrência dessa peculiaridade, a procura da identidade subjacente a tais teorias, que as teria conduzido a uma compreensão generalizada como integrantes de um mesmo movimento justeorético, é, não raro, razão de perplexidade.

Posta a questão nesses termos, retomando a advertência liminar formulada no parágrafo inaugural,⁶² impõe-se reconhecer que há várias formas de se tratar o fenômeno jurídico positivamente⁶³. Tal amplitude de possibilidades de abordagem deriva fundamentalmente das inúmeras facetas de observação que o Direito oferece àqueles que buscam sua compreensão. Cada uma dessas facetas (a norma jurídica, a sociedade e seus integrantes e objetivos comuns, a psique do indivíduo submetido ao Direito, apenas para citar algumas) constitui um fenômeno factual, logo, positivo⁶⁴, passível de compreensão e tratamento sob moldes positivistas.

⁶¹ No desenvolvimento do presente item buscar-se-á apontar as principais características das teorias positivistas do Direito, tomando-se como norte a sistematização temática elaborada por Norberto BOBBIO, em sua obra *O Positivismo Jurídico*. Especificamente p.133-134. Como forma de análise, em vez uma caracterização genérica do Positivismo Jurídico, opta-se aqui pela abordagem de aspectos fundamentais das obras de Hans KELSEN, Alf ROSS e H.L. A. HART, quando relacionados com as características enumeradas por BOBBIO. Opção semelhante de tratamento pode ser encontrada em SASTRE ARIZA, Santiago. *La Ciencia Jurídica ante el Neoconstitucionalismo*. In Neoconstitucionalismo(s). CARBONELL, Miguel (organizador). 2. ed. Madri: Editorial Trotta, 2005. p. 246.

⁶² Ver item 1.1, nota 1.

⁶³ Não se pode olvidar, conforme JAPIASSÚ, que em um sentido amplo “o termo positivismo designa várias doutrinas filosóficas do séc. XIX, como as de Stuart Mill, Spencer, Mach e outros, que se caracterizam pela valorização de um método empirista e quantitativo, pela defesa da experiência sensível como fonte principal do conhecimento, pela hostilidade em relação ao idealismo e pela consideração das ciências empírico-formais como paradigmas de cientificidade e modelos para as demais ciências. Contemporaneamente, muitas doutrinas filosóficas e científicas são consideradas ‘positivistas’ por possuírem algumas destas características, tendo este termo adquirido uma conotação negativa nesta aplicação”. In JAPIASSÚ, Hilton e MARCONDES, Danilo. *Dicionário Básico de Filosofia*. 3. ed – rev. e ampl. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor. p. 217.

⁶⁴ Por positivo entende-se aquilo que “existe, que é real, palpável, concreto, fatural”. Conforme JAPIASSÚ, Hilton e MARCONDES, Danilo. *Dicionário Básico de Filosofia*. 3. ed – rev. e ampl. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor. p. 217.

Assim, neste momento, uma opção fundamental se faz necessária para que seja possível uma abordagem coerente do Positivismo Jurídico que seja condizente com os estreitos limites do presente trabalho e que garanta unidade ao argumento subsequente.

Devemos, pois, de forma clara e liminar, indicar qual das múltiplas variações de abordagem positivista do Direito será objeto de análise na investigação que nos propomos realizar; em outros termos, qual faceta do fenômeno jurídico é objeto central de análise pelas correntes de pensamento que aqui tratamos como Positivismo Jurídico.

Assim, serão referidas como juspositivistas, no curso do presente trabalho, as compreensões do fenômeno jurídico que, em maior ou menor escala, vêm na lei posta pelo Estado (fato positivo) a fonte principal do Direito.

Adotando o conceito formulado por BOBBIO, como Positivismo Jurídico, entender-se-á neste trabalho “a doutrina segundo a qual não existe outro direito senão o positivo”.⁶⁵

Para a adequada compreensão do conceito adotado torna-se igualmente estratégico o estabelecimento de um conceito operacional para a categoria Direito Positivo. Assim, a partir do mesmo BOBBIO, propõe-se a compreensão do termo Direito Positivo como o conjunto de normas de comportamento temporariamente existentes em determinado Estado e cuja observância é obrigatória nos limites da soberania deste, mutáveis no decurso do tempo e produzidas por manifestação de vontade dos órgãos estatais previamente estabelecidos para tal finalidade, mediante observância de procedimentos igualmente previstos de forma prévia.⁶⁶

Posto isso, integrando os conceitos operacionais referidos nos dois últimos parágrafos, podemos considerar como juspositivistas aquelas teorias

⁶⁵BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico*: p. 26.

⁶⁶ De forma mais sintética e se referindo especificamente a norma jurídica, mas em sentido similar ao conceito operacional composto acima, KELSEN afirma que: “Uma norma posta na realidade do ser por um realizante ato de vontade é uma norma *positiva*. Do ponto de vista de um positivismo moral ou jurídico, interessam como objeto do conhecimento apenas normas positivas fixadas, ou seja, estabelecidas por um ato de vontade, e precisamente por atos de vontade humanos”. In KELSEN, Hans. *Teoria Geral das Normas*. p. 6.

que concebem como Direito tão-somente aquele conjunto de normas de comportamento produzidas pelos órgãos estatais competentes em estrita observância a procedimentos previamente estabelecidos e cujo acatamento por seus destinatários é cogente nos limites da soberania do ente político que as estabelece.

A partir desse conceito tentaremos extrair as características principais do movimento teórico que ficou conhecido como Positivismo Jurídico.

1.2.1 A facticidade do Direito

Um dos pilares da proposta teórica juspositivista é a tentativa de abordar o Direito com uma realidade a ser descrita de forma objetiva e absolutamente isenta de qualquer juízo de valor que pudesse levar a subjetivismos. BOBBIO, com propriedade, afirma que

O positivismo jurídico nasce do esforço de transformar o estudo do direito numa verdadeira e adequada *ciência* que tivesse as mesmas características das ciências físico-matemáticas, naturais e sociais. Ora, a característica fundamental da ciência consiste em sua avaloratividade, isto é, na distinção entre juízos de fato e juízos de valor e na rigorosa exclusão destes últimos do campo científico: a ciência consiste somente em juízos de fato.⁶⁷

Segundo WARAT, esse distanciamento pretendido pelo pensamento juspositivistas em relação às concepções teóricas que buscavam uma abordagem axiológica do fenômeno jurídico se explicava a partir da necessidade de se colocar a verdadeira ciência do Direito a salvo de eventuais influências da filosofia, da sociologia e da ciência política. Nesse sentido, assevera o jurista argentino:

A teoria positivista pretende apenas ser lógica, método, sistema e assim manter-se, respeitosamente, distante das valorações, dos efeitos míticos e políticos de sua própria prática social. Assim, a ciência jurídica imuniza-se contra a filosofia, a sociologia e a ciência política.⁶⁸

⁶⁷ BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico*: p. 135.

⁶⁸ WARAT, Luis Alberto. *Introdução Geral ao Direito: II A epistemologia jurídica da modernidade*. Tradução de José Luis Bolzan. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1995. p. 104.

Se é certo que tal pretensão de descrição do fenômeno jurídico com expurgação de toda e qualquer carga valorativa dos limites do Direito ganha destaque na Teoria Pura do Direito de KELSEN,⁶⁹ não se pode olvidar sua presença, como maior ou menor luz, na construção teórica de todos os juspositivistas.⁷⁰

Para os positivistas, o estudo do Direito deve ser realizado nos limites estreitos de sua realidade, evitando-se análises baseadas em um suposto (ou pressuposto) Direito ideal. Para os juspositivistas, o Direito deve ser tratado de forma descritiva – o Direito compreendido como é, e não de forma prescritiva – o Direito como deveria ser.⁷¹

Tal forma de abordar o Direito, afastando por completo juízos valorativos e, em especial, negando *a priori* qualquer tentativa de determinação de um conteúdo do Direito que estivesse de acordo com determinados valores, acaba por induzir três questões relevantes: a) a delimitação dos campos da ciência do Direito e da filosofia do Direito; b) a clarificação da relação existente entre validade e eficácia do Direito; e c) a assunção de uma postura formalista diante fenômeno jurídico.

No que tange à primeira questão, ao limitar a ciência jurídica ao estudo descritivo do Direito, sem inserção de componentes valorativos nas análises empreendidas, os positivistas acabaram por transferir tal abordagem axiológica à

⁶⁹ Sobre este prisma é emblemático o prefácio à segunda edição de sua Teoria Pura do Direito onde o jurista de Viena, respondendo às críticas que lhe foram dirigidas no período posterior a segunda grande guerra, afirma: “Agora como antes, uma ciência jurídica que se limita a descrever o seu objeto esbarra com a pertinaz oposição de todos aqueles que, desprezando os limites entre a ciência e política, prescrevem ao Direito, em nome daquela, um determinado conteúdo, quer dizer, crêem poder definir um Direito justo e, conseqüentemente, um critério de valor para o Direito positivo”. In KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. p. XVIII.

⁷⁰ HART, *verbi gratia*, em posfácio da obra *O Conceito de Direito*, ao responder a críticas que lhe foram dirigidas por DWORKIN, deixa transparecer esta postura. Afirma o autor inglês: “O meu objetivo neste livro foi o de fornecer uma teoria sobre o que é direito, que seja, ao mesmo tempo, geral e descritiva. Geral, no sentido de que não está ligada a nenhum sistema ou cultura jurídica concretos, mas procura dar um relato explicativo e clarificador do direito como instituição social e política complexa, com uma vertente regida por regras (e, nesse sentido, normativa) [...] O meu relato é descritivo, na medida em que é moralmente neutro e não tem propósitos de justificação; [...]” In HART, Herbert. L. A. *O Conceito de Direito*. p. 300-301.

⁷¹ Neste sentido, KELSEN afirma que: “A ciência jurídica, porém, apenas pode descrever o Direito; ela não pode, como o Direito produzido pela autoridade jurídica (através de normas gerais ou individuais), *prescrever* seja o que for”, In KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. p 82.

seara da filosofia do Direito. Assim, é traçada uma linha divisória clara⁷² que coloca em lados distintos formas distintas de abordagem do fenômeno jurídico: a filosófica e a científica.

BOBBIO ressalta que a filosofia do Direito pode ser definida como o estudo do Direito do ponto de vista de um determinado valor, com base no qual se julga o Direito passado e se procura influir no Direito vigente e, assim, passa a ser responsável por definições do Direito que podem ser classificadas como ideológicas, valorativas ou deontológicas, em oposição às definições fatuais, avalorativas ou ontológicas oferecidas pela ciência jurídica.⁷³

Esse aspecto axiológico da filosofia é igualmente destacado por REALE:

A crítica filosófica é sempre a apreciação dos *pressupostos* de algo segundo critérios de valor, tanto assim que se pode afirmar que toda *crítica* se distingue por sua natureza axiológica.

[...]

Neste trabalho de perquirição do essencial ou de busca dos pressupostos de algo, a valoração é, de certo modo, constitutiva da experiência. Quem filosofa *valora*.⁷⁴

Como se percebe, ainda que de forma excludente, ao limitarem o campo de atuação da ciência do Direito, livrando-a das análises valorativas, acabam os juspositivistas definindo de forma nítida o campo das especulações filosóficas do Direito.

⁷² Nesse sentido, BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico*: Lições de Filosofia do Direito. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues – São Paulo: Ícone, 1995. p. 138. Em sentido contrário, ROSS afirma que “Os limites entre a ciência do direito e a filosofia do direito não são rígidos. [...] Inexistem critérios internos que determinem onde finda a ciência do direito e começa a filosofia do direito”. In ROSS, Alf. *Direito e Justiça*. Tradução de Edson Bini. Bauru: Edipro, 2000. p. 50. Entendemos, todavia, que a aparente oposição de ROSS à idéia de ausência de delimitação precisa entre os campos da filosofia do Direito e da ciência do Direito se deve a sua concepção de filosofia do Direito como sendo “a lógica da ciência”, cujo objeto seria “a linguagem da ciência”, In ROSS, Alf. *Direito e Justiça*. p. 49. Tal concepção se aproxima da sustentada por SAVIGNY, conforme apresentado por WIACKER, em nota 38.

⁷³ BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico*. p. 138.

⁷⁴ REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 20. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2002. p. 67.

Quanto à segunda questão apresentada, ao definir como único Direito o que é posto pelo Estado (fato), torna-se impositiva à lógica de argumentação juspositivista a realização liminar de uma opção estratégica, qual seja: a escolha entre o Direito abstratamente previsto e o Direito efetivamente realizado para ocupar o lugar central em sua proposta teórica como o legítimo objeto da ciência do Direito. E, nesse diapasão, a tomada de posição em favor do primeiro acaba por se constituir na nota distintiva essencial entre as teorias juspositivistas em sentido estrito e as teorias realistas do Direito.⁷⁵

E, por fim, a exclusão de qualquer possibilidade de identificação de conteúdo prévio inerente ao Direito acaba por fazer surgir, como características das teorias juspositivistas, o chamado Formalismo Jurídico.

BOBBIO destaca que se deve compreender, por Formalismo Jurídico, a postura de consideração exclusiva do Direito como forma. Segundo tal concepção, o Direito não prescreve aquilo que cada um deve fazer, mas simplesmente o modo como cada um deve agir se quiser alcançar os próprios objetivos. Assim, não caberia ao direito estabelecer o conteúdo da relação intersubjetiva, mas a forma que ela deve assumir para ter certas conseqüências.⁷⁶

A forma do Direito, apreendida pelo combativo rigor metodológico de sua ciência e de sua prática, acaba por assumir posição de prevalência, relegando ao conteúdo do Direito a condição de irrelevante detalhe; assim, norma jurídica juspositivista poderia ter qualquer conteúdo imaginável pela mente humana.

1.2.2 A coercitividade do Direito

Igualmente, em maior ou menor escala, a coercitividade surge nas teorias juspositivistas como um dos elementos essenciais e caracterizadores do

⁷⁵ É importante atentar que Alf Ross, assim com alguns outros autores escandinavos e norte-americanos, é rotineiramente referido como integrante de uma corrente de pensamento jurídico denominada por “realista”. Contudo, a análise de sua construção justeorética leva à conclusão de que nela estão presentes, em grande medida, as características aqui apontadas como inerentes à abordagem positivista do Direito. Tal circunstância se deve ao fato dos “realistas” serem igualmente partidários da idéia de descrição neutra do fenômeno jurídico, apenas modificando o objeto da Ciência do Direito, a qual passa a ver a norma jurídica tal como aplicada pelos tribunais, visando a previsão de eventuais decisões a serem tomadas.

⁷⁶ BOBBIO, Norberto. *Teoria da Norma Jurídica*. p.71.

Direito, capaz de distingui-lo de outros regramentos sociais, como, por exemplo, o ordenamento moral.⁷⁷

Por coercitividade, entende-se a potencialidade de realização do Direito por meio do uso da força estatal; e é nesses termos que tal característica assume posição de destaque nas construções teóricas positivistas.

Esse elemento de integração das concepções juspositivistas, destaca BOBBIO, tem suas formulações embrionárias com os teóricos contemporâneos à formação do Estado Moderno.⁷⁸

Já em HOBBS é possível se verificar prescrição de imposição pelo soberano, para manutenção da paz social, da compulsória observância à Lei imposta pelo Estado aos súditos, como se percebe nesta passagem do *Leviatã*:

Tendo em vista conseguir a paz e através disso a própria conservação, os homens criaram um homem artificial, ao qual chamamos Estado, assim também criaram cadeias artificiais, chamadas leis civis, as quais eles mesmos, mediante pactos mútuos, prenderam uma das pontas à boca daquele homem ou assembléia a quem confiaram o poder soberano e a outra ponta a seus próprios ouvidos.⁷⁹

Não obstante a distância que separa, na linha do tempo, a criação hobbesiana das construções juspositivistas dos séculos XIX e XX, é por meio desse exato prisma – o Direito compreendido como técnica de controle social⁸⁰ – que se torna mais clara a imagem, inerente à estrutura da ordem jurídica, da possibilidade de afirmação impositiva de suas normas pela subjugação da vontade daqueles que se recusem a obedecê-las. Sem tal elemento integrativo, para as

⁷⁷ REALE aponta tal elemento de distinção, classificando o Direito como coercível e a Moral como incoercível. In REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. p. 712. No mesmo sentido, BOBBIO: “O que distingue o direito da moral é precisamente o fato, que enquanto o primeiro é coercitivo, a segunda não o é; [...]” In BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico*. p. 152.

⁷⁸ BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico*: p. 147.

⁷⁹ HOBBS, Thomas. *Leviatã: ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. p. 159.

⁸⁰ Quando nos referimos ao termo técnica de controle social, fazemos no sentido exposto por MELO, para quem “O Direito, de fato, exerce um forte papel controlador por vários meios” entre os quais “pela prescrição de condutas com a expectativa de que as pessoas agirão diferentemente de como o fariam se apenas seguissem seus impulsos e inclinações”. In MELO, Osvaldo Ferreira de. *Fundamentos de Política Jurídica*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor/CPGD-UFSC, 1994. p. 94.

teorias positivistas do Direito, a ordem jurídica perderia nota essencial e transmudar-se-ia em um mero conjunto de regras de conduta, cuja observância decorreria tão-somente das convicções internas de cada indivíduo ou de receio de eventual censura a ser dirigida pelos demais membros do grupamento social àqueles que as descumprissem, por evidente, insuficiente para garantia da paz social.

Exposta a idéia e apontada a sua origem histórica, impositivo se torna consignar que ainda que o sentido do termo coercitividade seja praticamente unívoco entre os teóricos, sua incorporação às construções positivistas do Direito ocorreu em duas vias diferentes, correspondentes a formas distintas de relacionar norma e força.

Para um primeiro grupo de teóricos, que reúne autores que adotam uma concepção de coercitividade por BOBBIO denominada “clássica”, a ameaça de imposição do Direito pela força funciona como um meio se fazerem valer as normas; a coercitividade é instrumental, serve ao ordenamento jurídico.⁸²

Contudo, para um segundo grupo de doutrinadores, a possibilidade de imposição do Direito por meio da força é o próprio objeto do ordenamento jurídico; dito em outros termos: as normas jurídicas é que servem ao aparelho de força estatal, regulando os casos de seu funcionamento; a coercitividade, nessa concepção, é central, sendo disciplinada pelo Direito.

Nesse sentido, KELSEN, criticando a concepção clássica do caráter coercitivo do Direito, ressalta a figura do ordenamento jurídico como regulador da coação:

Costuma caracterizar-se o Direito como ordem coativa, dizendo que o Direito prescreve uma determinada conduta humana sob “cominação” de atos coercitivos, isto é, de determinados males, como a privação da vida, da liberdade, da propriedade e outros. Esta formulação, porém, ignora o sentido normativo com que os atos de coerção em geral e as sanções em particular são estatuídas pela

⁸² Seriam representantes desta corrente, segundo BOBBIO: Del Vecchio, Carnelutti e Jhering. *In* BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico*: p. 153-155.

⁸⁴ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. p 48-49.

ordem jurídica. O sentido de uma cominação que será aplicada sob determinados pressupostos; o sentido da ordem jurídica é que certos males devem, sob certos pressupostos, ser aplicados, que – numa fórmula mais genérica – determinados atos de coação devem, sob determinadas condições, ser executados.⁸⁴

ROSS não destoa desse entendimento, afirmando que, além das normas jurídicas que estabelecem as condições em que o uso da força estatal estará autorizado, o ordenamento nacional é integrado por regras de organização do aparato de força do estado, ou seja, de suas autoridades públicas e tribunais.⁸⁵

Não obstante a divergência de tratamento do tema, qualquer que seja a concepção adotada, de todo o exposto no presente item, o que deve restar como conclusão é que a possibilidade de recurso à força assume posição estratégica na doutrina juspositivista, especialmente em um sistema de controle social em que o Estado aparece com figura central, quer mediante o monopólio do uso da força, quer como titular único da capacidade de estabelecer as normas jurídicas a serem obedecidas; este último aspecto será objeto de análise no próximo item.

1.2.3 A Lei como fonte preponderante do direito

Dentre os elementos estruturais que constituem o cerne das construções teóricas juspositivistas, encontra-se a afirmação da primazia da Lei posta pelo Estado como Fonte preponderante do Direito.

Esse papel protagonista reservado à legislação, dentre as Fontes do Direito, em grande parte, deriva da visceral relação que se estabeleceu entre as então recém elaboradas teorias juspositivistas e o ideário político do Estado Moderno Europeu, ambos em consolidação no curso dos séculos XVIII e XIX; mais especificamente, da simbiose estabelecida entre as construções teóricas que viam, no Direito Positivo, a única forma de Direito e o ideal político de monopolização da produção jurídica pelo Estado.

Na análise das obras dos principais autores positivistas, pode-se perceber que a questão das Fontes do Direito e a de sua hierarquização é objeto de atenção e tratamento específico.

⁸⁵ ROSS, Alf. *Direito e Justiça*. Tradução de Edson Bini. Bauru: Edipro, 2000. p. 58.

Para o fim pretendido na presente investigação e para o êxito de qualquer tentativa de abordagem do tema, impõe-se a liminar determinação de um conceito operacional para o termo Fontes do Direito que seja particularmente adequado, não somente à representação de seu conteúdo, mas especialmente à revelação de sua forma de inserção no contexto geral das teorias juspositivistas, uma vez que tal idéia é trabalhada de forma razoavelmente distinta em cada autor que se propõe ao seu tratamento jurídico-científico nos moldes positivistas.

Assim, com o intuito único de facilitar a argumentação que se deduzirá em seguida, propõe-se a construção de um conceito operacional a título precário, o qual, sem a pretensão de precisar com nitidez absoluta os contornos do termo Fontes de Direito em sua acepção juspositivista, tem o escopo de buscar evidenciar as duas idéias estratégicas principais que necessariamente integram a forma de abordar o tema dos autores centrais do Positivismo Jurídico. Tais idéias estratégicas são: (i) a idéia de Direito Positivo; e (ii) a idéia de fenômenos sociais idôneos à produção do Direito.

Nesses termos, provisoriamente, com o uso do termo Fontes do Direito pretende-se induzir, de forma ampla, a compreensão de todos aqueles fenômenos sociais idôneos à produção daquilo que é compreendido como Direito Positivo.

Admitida tal conceituação, abordaremos as concepções de KELSEN e ROSS para cada uma das duas idéias estratégicas acima expostas e para o termo Fontes do Direito, buscando evidenciar que eventual distinção de tratamento em relação à primeira ou à segunda idéia estratégica apresentada, na forma realizada por diferentes autores juspositivistas, não impede que se reconheça que subjaz entre eles uma idéia comum de Fontes do Direito e de primazia conferida à Lei (como Fonte) sobre as demais.

Nesse sentido, para KELSEN, que concebe o Direito Positivo como um sistema escalonado de normas em que uma norma superior dita a criação de uma que lhe é imediatamente inferior, emprestando-lhe validade,⁸⁶ somente é

⁸⁶ Neste sentido, afirma KELSEN: “[...] quando confrontamos uns com os outros os objetos que, em diferentes pontos e em diferentes épocas, são designados como “Direito”, resulta logo que todos eles se apresentam como ordens de conduta humana. Uma ‘ordem’ é um sistema de normas cuja

possível se compreender adequadamente o termo Fonte do Direito num sentido jurídico-positivo se este se reportar ao próprio Direito.

Assim, para KELSEN, por Fonte do Direito, deve-se compreender a norma jurídica que empresta validade a uma nova norma que se produz e, em última instância, a norma fundamental. Nas palavras do jurista de Viena:

Fontes do Direito é uma expressão figurativa que tem mais do que uma significação. Esta designação cabe não só aos métodos acima referidos mas a todos os métodos de criação jurídica em geral, ou a toda norma superior em relação à norma inferior cuja produção ela regula. Por isso, por fonte de Direito entender-se, também, o fundamento de validade de uma ordem jurídica, especialmente o último fundamento de validade, a norma fundamental. No entanto, efetivamente, só costuma designar-se como “fonte” o fundamento de validade jurídico-positivo de uma norma jurídica, quer dizer, a norma jurídica positiva do escalão superior que regula a sua produção. [...] Num sentido jurídico-positivo, fonte do Direito só pode ser o Direito.⁸⁷

Percebe-se, a partir da leitura da proposta teórica de KELSEN, que seu conceito de Fontes de Direito está diretamente vinculado à idéia de sistema, ou para usar a terminologia do próprio autor, à sua compreensão da dinâmica inerente à ordem jurídica, por meio da qual as atividades de aplicação e produção do Direito seriam fases necessárias e coexistentes em um processo contínuo de concretização das normas jurídicas a partir da norma fundamental. Assim, a aplicação do Direito seria “a criação de uma norma inferior com base em uma norma superior ou a execução do ato coercitivo estatuído por uma norma” e, dessa forma, somente o próprio Direito poderia ser qualificado como Fonte do Direito, nos termos da definição inicialmente proposta.⁸⁸

Por sua vez, ROSS concebe o Direito vigente como

unidade é constituída pelo fato de todas elas terem o mesmo fundamento de validade. E o fundamento de validade de uma ordem normativa é – como veremos – uma norma fundamental da qual se retira validade de todas as normas pertencentes a essa ordem.” In KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. p 33.

⁸⁷ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. p 259.

⁸⁸ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. p.261.

[...] o conjunto abstrato de idéias normativas que serve como um esquema interpretativo para os fenômenos do direito em ação, o que por sua vez significa que essas normas são efetivamente acatadas e que o são porque são experimentadas e sentidas como socialmente obrigatórias (pelos aplicadores do direito).⁸⁹

Mantendo tal concepção em mente, para dela se tentar extrair, de forma no mínimo aproximada, o alcance do conceito de Fontes do Direito adotado na construção teórica de ROSS,⁹⁰ torna-se produtivo prospectar, em sua argumentação, quais os fenômenos sociais a que o autor atribui o condão de produzir o referido conjunto abstrato de idéias normativas.

ROSS aborda, como Fontes de Direito, a legislação, os precedentes jurisprudenciais, o costume e a tradição de cultura (razão). O autor dinamarquês propõe a idéia de que tais fontes são estabelecidas em uma escala decrescente de objetivação, ou seja, enquanto a legislação seria uma fonte completamente objetivada, sem margem para subjetivismos dos aplicadores do Direito, o costume e o precedente seriam fontes parcialmente objetivadas, possibilitando alguma atividade subjetiva quando da aplicação do Direito, e, por fim, a razão, que seria um tipo de fonte não objetivada, permitiria uma construção subjetiva livre do Direito.⁹¹

Como se percebe, ao tempo que, ao contrário de KELSEN,⁹² reconhece a coexistência de uma pluralidade de Fontes do Direito, ROSS apresenta, em termos bastante claros, a posição de preponderância da Lei em relação às demais fontes, neste sentido afirma que

A fonte mais importante no direito da Europa continental, atualmente, é constituída, sem dúvida, pelas normas sancionadas pelas

⁸⁹ ROSS, Alf. *Direito e Justiça*. p. 41.

⁹⁰ ROSS conceitua fontes do direito da seguinte forma: “[...] por ‘fontes do direito’, por conseguinte, entender-se-á o conjunto de fatores ou elementos que exercem influência na formulação do juiz da regra na qual ele funda a sua decisão.” In ROSS, Alf. *Direito e Justiça*. p. 103.

⁹¹ ROSS, Alf. *Direito e Justiça*. p. 104.

⁹² KELSEN alerta que a expressão “fontes do direito” também é empregada em um sentido não jurídico, quando utilizada para designar todas as representações que influenciam a função criadora e a função aplicadora do Direito, tais como, especialmente, os princípios morais e políticos, as teorias jurídicas, pareceres de especialistas e outros. Todavia, tais fontes não podem ser confundidas com as fontes de Direito Positivo. Conforme, KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p.260.

autoridades públicas. Com efeito, os juízes se sentem obrigados, em alto grau, ante as declarações da legislatura e a doutrina ideológica oficial assevera que o direito legislado (em alto sentido) possui força obrigatória absoluta.⁹³

Apesar de não olvidar a força que o precedente dispõe nos países que adotam o sistema da *common law*, ROSS acaba por reconhecer que essa espécie de Fonte do Direito não exerce a mesma influência no convencimento dos juízes do que aquela que é exercida de forma inerente pela legislação, situando-a, assim, como fonte preponderante do Direito.

Como se pode observar, num e noutro caso, não obstante a diferença conceitual existente em relação aos conceitos de Direito e de Fontes de Direito, as duas idéias estratégicas apontadas no conceito provisório proposto se mostraram intactas tanto na versão kelseniana quanto na doutrina do professor de Copenhague: ambas buscam determinar o conceito de Fontes do Direito a partir de suas concepções acerca das idéias de Direito Positivo e de fenômenos sociais idôneos a produzi-lo e elas reconhecem à Lei o predicado de Fonte do Direito por excelência.

BOBBIO, para quem o termo Fonte do Direito designa “aqueles fatos ou aqueles atos aos quais um determinado ordenamento jurídico atribui a competência ou a capacidade de produzir normas jurídicas”,⁹⁴ corrobora o que foi dito acima, ao afirmar que

A doutrina juspositivista das fontes assume os movimentos da existência de ordenamentos jurídicos complexos e hierarquizados, e sustenta que a fonte predominante, quer dizer, a fonte que se encontra no plano hierárquico mais alto, é a lei, visto que ela é a manifestação direito do poder soberano.⁹⁵

Situada a função central atribuída pela doutrina juspositivista à legislação como Fonte do Direito, concepção esta, como dito, em muito decorrente da vinculação do Positivismo Jurídico com o movimento de criação do Estado

⁹³ ROSS, Alf. *Direito e Justiça*. p. 104.

⁹⁴ BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico*: p. 161.

⁹⁵ BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico*: p. 164.

Moderno, impositiva se torna a abordagem de uma outra característica das construções teóricas elaboradas pelo Positivismo Jurídico que mantém estreita relação com o modelo estatal europeu moderno e com a função organizadora que, na estrutura política estatal, é atribuída ao Direito: a concepção imperativista da norma jurídica.⁹⁶

1.2.4 A norma jurídica como comando

Segundo BOBBIO, “os expoentes do positivismo jurídico concordam em definir a norma jurídica como tendo a estrutura de um comando[...]”;⁹⁷ ou seja: a forma estrutural da proposição jurídica é a de um imperativo.⁹⁸ Daí se falar que a concepção imperativista do Direito é uma das notas essenciais do Positivismo Jurídico.

Também essa característica das construções teóricas juspositivistas, como dito no encerramento do item anterior, tem sua origem na ligação estreita que se estabeleceu entre o Positivismo Jurídico e o pensamento político que possibilitou o surgimento e a consolidação do Estado Moderno. A partir da concentração da produção legislativa e do monopólio do uso legítimo da força nas mãos do ente estatal, a Lei não poderia servir a seus destinatários como um simples conselho de conduta; ao contrário, seu caráter imperativo exigia que se procedesse de uma determinada maneira, sob pena de imposição das conseqüências previstas no ordenamento jurídico para a hipótese de comportamento dissonante. Tais conseqüências são, em sentido amplo, tratadas por sanções.

Apesar de tal compreensão ser algo que se aceita, em um primeiro momento, com relativa facilidade, especialmente diante da nota caracterizadora de técnica de controle social que é inerente ao Direito, controle este

⁹⁶ Sobre tal vinculação, por todos, remete-se a HOBBS, teórico do Estado Absolutista, que, ao discorrer sobre o Estado na segunda parte de seu *Leviatã*, após distinguir as ordens dos conselhos, tomando por critério a imperatividade inerente àquelas, afirma que “[...] é evidente que a lei em geral não é um conselho, e sim uma ordem. Não é uma ordem dada por qualquer um a qualquer um, pois é dada por quem dirige a alguém que é obrigado a obedecer”. In HOBBS, Thomas. *Leviatã*: p. 197.

⁹⁷ BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico*: p. 181.

⁹⁸ Por Imperativo se quer significar uma determinação de autoridade cuja observância se impõe por dever.

que por certo estaria fadado ao insucesso caso não se instituísse obrigatoriedade no acatamento do padrão de conduta estabelecido pela norma, as doutrinas juspositivistas, em seu desenvolvimento, divergem quanto à imperatividade inerente à norma em alguns pontos específicos.

Tais divergências pontuais acabam por dar espaço a uma espécie de zona turva, onde a nota imperativista da norma jurídica não se mostra com tanta nitidez, são elas: a) a questão de (in)existência de um comando contido nas normas permissivas encontradas no ordenamento jurídico; e b) a questão do destinatário do comando veiculado pela norma jurídica; passemos, então, a uma análise mais detalhada de cada um desses aspectos da teoria imperativista da norma jurídica.

O primeiro ponto de dificuldade enfrentado pelas construções teóricas juspositivistas diz respeito à crítica que é dirigida à concepção de norma jurídica como um comando estatal, decorrente da constatação, levada a efeito inclusive pelos próprios positivistas, de que há certas normas integrantes do ordenamento jurídico positivo que não se subsumem às características de um verdadeiro comando; tais normas seriam as tratadas por normas permissivas, em sentido amplo.

Explica-se.

Entendendo-se por comando, a partir de BOBBIO,⁹⁹ a proposição, comumente expressa na forma imperativa, cuja função é influir no comportamento alheio para modificá-lo, resta estabelecido que as teorias imperativistas concebem a norma jurídica como um conjunto de palavras que possuem um significado em sua unidade e que visam a prescrever, de forma obrigatória, determinada conduta a seus destinatários.¹⁰⁰

Tendo por norte o conceito acima sugerido, é de fácil percepção que, no interior do ordenamento jurídico, há certas espécies normativas que não se amoldam de imediato a esse conceito, tendo em vista que não

⁹⁹ BOBBIO, Norberto. *Teoria da Norma Jurídica*. p.75.

¹⁰⁰ BOBBIO, Norberto. *Teoria da Norma Jurídica*. p.74.

prescrevem de forma imperativa determinada conduta, mas sim facultam a seus destinatários certo modo de agir.¹⁰¹

Tal constatação acaba por servir de fundamento para inúmeras críticas que refutam a identificação absoluta da norma jurídica como uma formulação verbal imperativa dirigida a outrem, ou seja, como um comando. Em termos gerais, tal contestação se estabelece sobre as seguintes bases: se, no interior do ordenamento jurídico, há, indiscutivelmente, normas que, ao contrário de impor este ou aquele comportamento, permitem ou facultam determinados modos de agir, não há como se criar, de forma coerente, qualquer identificação absoluta das normas jurídicas como proposições imperativas.

Sem contestar a efetiva existência de normas jurídicas permissivas, BOBBIO entende que a crítica posta é superável¹⁰² quando se compreende que as permissões inseridas no ordenamento jurídico seriam simplesmente acessórias e que teriam a função exclusiva de limitar ou negar um imperativo antes estabelecido.

Partindo-se do princípio que aquelas condutas que não são expressamente proibidas pelo ordenamento jurídico são tidas permitidas, não faria sentido se pensar no estabelecimento de normas jurídicas permissivas se não em articulação ou contraposição a uma anterior norma imperativa. Nesse sentido, esclarece BOBBIO:

As normas permissivas em sentido próprio não contrariam na realidade a doutrina imperativista pelo fato de não serem normas autônomas, mas simples disposições normativas que servem para *limitar* (isto é, para negar entre certos limites ou em certos casos) um imperativo anteriormente estabelecido. Observam os juspositivistas

¹⁰¹ Nesse sentido, HART, ao expor acerca da diversidade das leis, afirma e questiona: “Por certo nem todas as leis impõe às pessoas que façam ou não façam algo. Não será enganador classificar assim as leis que conferem poderes aos particulares para outorgarem testamentos, celebrarem contratos ou casamentos, e leis que dão poderes aos funcionários, por exemplo, a um juiz para julgar casos, a um ministro para fazer regulamentos ou a um conselho municipal para fazer posturas?” *In* HART, Herbert. L. A. *O Conceito de Direito*. 3. ed. Lisboa: fundação Calouste Gulbekian, 2001. p. 33. Da mesma forma, KELSEN, quando discorre sobre regulamentação positiva e negativa em acerca de suas manifestações: ordenar, conferir poder e permitir. *in* KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. p. 16-17.

¹⁰² BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico*: p. 186.

que a fim de atribuir permissões não são necessárias normas jurídicas permissivas correspondentes, visto que todo ordenamento jurídico se baseia no postulado fundamental pelo qual é permitido tudo que não seja ordenado nem vetado.¹⁰³

Assim, ainda que se reconheça a existência de normas no interior do ordenamento jurídico que não são formuladas como comandos, tal constatação não é suficiente para afastar o caráter preponderante da formulação imperativa do Direito, por dois aspectos: primeiro, como técnica de controle social, é de sua essência a imposição coativa de comportamentos que devem ser obedecidos por aqueles que a ele encontram-se submetidos. Tal nota seria indicativa e tributária da vinculação que se estabeleceu em determinado momento histórico entre as teorias juspositivas e o Estado Moderno europeu. Segundo, ainda que se reconheça a formulação de normas jurídicas que não se exprimem como imperativos (comandos), tais normas têm existência acessória e razão de existir em outras normas, estas, sim, imperativas.

Quanto à questão da determinação do destinatário da norma jurídica, as teorias positivistas se desenvolveram em duas vertentes: a primeira, para a qual os destinatários do comando contido na norma seriam os cidadãos; e a segunda, que sustenta que os destinatários do imperativo seriam os órgãos do Estado encarregados da aplicação do Direito, em especial, os juízes.

Uma vez que as teorias juspositivistas concebem, como demonstrado acima, a norma jurídica como um comando (imperativo), a determinação do destinatário da norma significava, tão-somente, a determinação daquele a quem tal comando é dirigido; em outros termos, concebendo-se a norma jurídica como um comando, isto é, como uma proposição imperativa com função é de influir no comportamento alheio, o destinatário da norma seria aquele de quem se espera a atividade comportamental, seja uma ação, seja uma omissão, normatizada.

Para a primeira concepção exposta, mais intimamente ligada à perspectiva estatal do Direito, com a concentração da produção jurídica e do monopólio da aplicação legítima da força no ente político, o comportamento

¹⁰³BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico*: p. 187.

normatizado deve ser compreendido como o comportamento do súdito ante as determinações do soberano.

Essa forma de perceber o destinatário da norma jurídica, integra uma primeira fase da evolução das doutrinas que concebiam a norma como um comando. BOBBIO, que qualifica esse movimento inicial por imperativismo ingênuo,¹⁰⁴ afirma que tal concepção logrou prestígio entre os primeiros teóricos juspositivistas, como HOBBS, chegando a influenciar o pensamento jurídico de AUSTIN.

Para a segunda vertente, que BOBBIO qualifica como imperativismo crítico,¹⁰⁶ o comando contido na norma jurídica (imperativo) seria dirigido aos agentes estatais encarregados da aplicação do Direito.

Tal concepção é tributária da idéia sustentada por JHERING, para quem as normas jurídicas seriam dirigidas aos órgãos jurídicos encarregados de exercitar o poder coativo,¹⁰⁷ e foi abraçada por KELSEN.

Não se pode olvidar que se estabeleceu, dentro do próprio Positivismo Jurídico, uma corrente intermediária entre as duas acima apresentadas no que se refere aos destinatários do comando estatal, para quem as normas jurídicas, *recitus* os comandos veiculados pelas normas jurídicas, são dirigidos tanto aos cidadãos quanto aos aplicadores do Direito.

Nesse sentido, ROSS, após distinguir as expressões lingüísticas em três grupos – expressões de asserção, exclamações e diretivas-, afirma:

Agora, considerando tais antecedentes, formulamos a pergunta: à qual destas categorias pertencem as orações encontradas nas regras jurídicas? Parece óbvio que devem ser diretivas, e não

¹⁰⁴ BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico*: p. 195.

¹⁰⁶ BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico*: p. 195.

¹⁰⁷ BOBBIO, Norberto. *Teoria da Norma Jurídica*. p.121.

¹¹⁰ ROSS, Alf. *Direito e Justiça*. p. 31.

exclamações nem asserções. As leis não são promulgadas a fim de comunicar verdades teóricas, mas sim a fim de dirigir as pessoas – tanto juízes quanto cidadãos particulares – no sentido de agirem de uma certa maneira desejada.¹¹⁰

No mesmo sentido, BOBBIO afirma julgar

que à doutrina dos órgãos estatais como únicos destinatários [da norma] possam ser feitas algumas objeções; 1) é possível um ordenamento jurídico composto de normas voltadas apenas aos órgãos judiciais; mas de fato, mesmo os ordenamentos jurídicos estatais compreendem normas voltadas tanto aos juízes quanto aos cidadãos;¹¹¹

Em síntese, diante dos argumentos apresentados no decorrer deste item, pode-se afirmar que a concepção da norma jurídica como um comando (imperativo) é nota essencial das teorias positivistas do Direito, vindo a cerrar fileiras coerentemente com as idéias de preponderância da legislação como Fonte do Direito e de sua coercitividade, para se constituir em um dos pilares das construções teóricas juspositivistas.

Nesse diapasão, as variações de tratamento porventura verificadas entre as propostas teóricas de autores positivistas, quer no que tange ao caráter absoluto ou relativo das normas jurídicas como comandos, quer com relação aos destinatários desses comandos, não têm o condão de obscurecer que as normas jurídicas, em uma compreensão positivista, são estruturadas lingüísticamente como imperativos que têm como objetivo a obtenção de um determinado comportamento dos integrantes do grupamento social que busca disciplinar.

Deve-se destacar, contudo, que a eficiência dos imperativos jurídicos como instrumentos de disciplina social está diretamente vinculada à adequada compreensão sistêmica das diversas normas de comando postas pelo Estado. Tal necessidade é atendida nas construções teóricas juspositivistas a partir da elaboração da teoria do ordenamento jurídico.

¹¹¹ BOBBIO, Norberto. *Teoria da Norma Jurídica*. p.123.

1.2.5 O ordenamento jurídico como um sistema unitário de normas

Como já afirmado, quando da análise do processo histórico que possibilitou o surgimento das correntes de pensamento juspositivistas, a viragem para um enfoque positivista na abordagem do Direito não decorreu diretamente de qualquer revolução científica ou cultural, tampouco de uma conjuntura histórica ou social específica. O caminho percorrido até que se chegasse a essa forma característica de abordagem do fenômeno jurídico foi edificado a partir de contribuições teóricas produzidas pelas mais variadas correntes de pensamento.

Nesse diapasão, dentre as idéias recepcionadas pelas teorias juspositivistas na construção de seu discurso está a de sistema, a qual foi inserida no contexto do saber jurídico de forma original pelos juracionistas.¹¹²

Após sua introdução no campo do conhecimento do Direito, a compreensão sistemática do conjunto de normas jurídicas assumiu posição central na edificação das concepções juspositivistas, evoluindo até a construção da chamada Teoria do Ordenamento Jurídico.

Os juspositivistas construíram uma forma de compreender o Direito, não como um conjunto de normas jurídicas individualmente consideradas e eventualmente reunidas em um mesmo monumento legislativo, mas sim como uma entidade unitária constituída pelo conjunto sistemático de todas as normas.¹¹⁴ Neste sentido, por ordenamento jurídico, passou-se a entender, conforme BOBBIO, o contexto de co-existência entre normas jurídicas com relações particulares entre si.¹¹⁵

¹¹² FERRAZ JÚNIOR situa historicamente a inserção da compreensão do ordenamento jurídico com um sistema afirmando que: A concepção do próprio ordenamento jurídico como *sistema* é, porém, uma tendência historicamente localizada da Era Moderna. A bem da verdade pode-se, por exemplo, falar do ordenamento jurídico na Roma antiga, mas o sistema do direito romano é uma criação do século XIX. A celebre codificação de Justiniano, o Corpus Juris Civilis, não só não era um sistema, no sentido que lhe empresta a dogmática atual, como sequer essa expressão era, então, conhecida (a palavra se introduz no pensamento jurídico só no século XVI e se torna um termo técnico no século XVIII, com grande repercussão no século XIX até os nossos dias). In FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*: p. 166.

¹¹⁴ BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico*. p. 197.

¹¹⁵ BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. p. 19.

Entendido o termo em sua devida amplitude, torna-se lícito afirmar que a construção da idéia de ordenamento jurídico acabou por representar o elemento teórico faltante para o fechamento das propostas positivistas para o Direito.

À doutrina que concebia como único Direito os imperativos produzidos por manifestação de vontade do ente político e cuja cogente observância era garantida, em última instância, pelo aparato de força estatal, soma-se a compreensão de que tais imperativos somente teriam o atributo de imperativos jurídicos válidos a partir da verificação de sua legítima inserção no sistema normativo vigente.

Admitindo-se inevitáveis variações de tratamento, as principais teorias juspositivistas trazem em si, de forma suficientemente nítida, uma proposta de tratamento unitário e sistemático das normas jurídicas; tornando-se a Teoria do Ordenamento Jurídico nota essencial do Positivismo Jurídico.¹¹⁷

Nesse sentido, pode-se afirmar com tranqüilidade que a tomada de consciência de KELSEN acerca da peculiar problemática decorrente da compreensão sistemática do Direito foi fundamental para o desenvolvimento da Teoria do Ordenamento tal como concebida pelo Positivismo Jurídico.¹¹⁸ Ao apresentar as características de sua Dinâmica Jurídica, afirmou o jusfilósofo de Viena:

Se o Direito é concebido como uma ordem normativa, como um sistema de normas que regulam a conduta de homens, surge a questão: O que é que fundamenta a unidade de uma pluralidade de normas, por que é que uma norma determinada pertence a uma determinada ordem? E esta questão está intimamente relacionada

¹¹⁷Deixando transparecer a importância da Teoria do Ordenamento Jurídico como nota caracterizadora do Positivismo Jurídico, BOBBIO, em linguagem poética, afirma que através dela “chega-se ao coração desta corrente jurídica”. In BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico*. p. 197.

¹¹⁸ Neste sentido BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. p. 21.

com esta outra: Por que é que a norma vale, o que é que constitui o seu fundamento de validade?¹¹⁹

Aos questionamentos formulados, o próprio KELSEN oferece solução: a unidade de tal pluralidade de normas e, especialmente, a avaliação da pertinência de quaisquer das normas individuais ao conjunto normativo seriam obtidas a partir do cotejo dessas com a Norma Fundamental do ordenamento jurídico. Essa Norma Fundamental representaria uma espécie normativa fictícia,¹²⁰ da qual todas as demais normas integrantes do ordenamento retirariam seu fundamento de validade. Assim, segundo a concepção kelseniana do ordenamento jurídico, a partir da ficção da norma fundamental, o conjunto de normas jurídicas vigentes em determinado tempo e espaço poderia ser compreendido como uma entidade unitária.

Por sua vez, HART recorre à compreensão do Direito como uma reunião de regras primárias e secundárias¹²¹ para estruturar a sua Teoria do Ordenamento Jurídico.

Segundo o autor inglês, regras primárias são aquelas que estabelecem obrigações a serem seguidas pelos indivíduos e regras secundárias são aquelas estabelecidas para permitir o reconhecimento, a alteração e a aplicação das normas primárias. Um conjunto isolado de regras primárias não teria o condão de formar um sistema, mas seria “simplesmente um conjunto de padrões separados, sem qualquer identificação ou marca comum, excepto, é claro, a de que são regras aceites por um grupo particular de seres humanos. Nesta medida, as regras assemelhar-se-ão às nossas próprias regras de etiqueta.”¹²²

A idéia de sistema também se encontra presente na teoria ROSS. Ao discorrer sobre a vigência do ordenamento jurídico, o autor dinamarquês sustenta que o ordenamento jurídico nacional deve ser considerado como um sistema vigente de normas e pode ser definido como “o conjunto de normas que

¹¹⁹ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. p.216.

¹²⁰ KELSEN, Hans. *Teoria Geral das Normas*. p.238.

¹²¹ HART, Herbert. L. A. *O Conceito de Direito*. p. 122.

¹²² HART, Herbert. L. A. *O Conceito de Direito*. p. 102.

efetivamente operam na mente do juiz, porque ele as sente como socialmente obrigatórias e por isso as acata.”¹²³

Não obstante a diferença de tratamento dispensada por KELSEN, HART e ROSS em relação à forma de descrever o ordenamento jurídico, vislumbra-se com nitidez que todos consideram imperativa a compreensão do conjunto de normas como um ente sistemático dotado de unidade. Tal unidade pode ser fornecida pela norma fundamental kelseniana,¹²⁴ ou pela interação de regras de obrigação e regras secundárias (especialmente de reconhecimento), na forma sustentada por HART,¹²⁵ ou, ainda, pelo reconhecimento da influência unitária do ente normativo sobre o comportamento do juiz no momento de aplicação do Direito, como pretende ROSS.

Além da unidade acima tratada, BOBBIO sustenta que a compreensão positivista do Direito, entendido em seu conjunto como um ente novo e distinto das normas singulares que o constituem, acaba por induzir outros atributos que seriam inerentes ao ordenamento jurídico: a coerência e completitude.¹²⁶

No que se refere à coerência do ordenamento jurídico, BOBBIO a faz significar a negativa de que, no seu interior, possa haver antinomias, isto é, normas incompatíveis entre si.¹²⁷ FERRAZ JÚNIOR, por sua vez, trata o que BOBBIO chama de coerência do ordenamento por consistência, entendida esta como a incoerência ou a extirpação de antinomias, ou seja, da presença de normas válidas que se excluem mutuamente.¹²⁸

¹²³ ROSS, Alf. *Direito e Justiça*. p. 59.

¹²⁴ “Bastante importante é a questão do ordenamento como sistema unitário, isto é, a sua concepção como repertório e estrutura marcados por um princípio que organiza e mantém o conjunto como um todo homogêneo. Este princípio recebe em Kelsen o nome de norma fundamental [...]”. FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*: p. 166.

¹²⁵ “Hart [...] também concebe o ordenamento jurídico como um sistema dinâmico e unitário. Para identificar esta unidade e, simultaneamente, a validade das demais normas, é necessário uma norma de reconhecimento, isto é, de identificação de normas como pertencentes ao sistema (norma válida), que seja última na série”. FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*: p. 166.

¹²⁶ BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico*. p. 198.

¹²⁷ BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico*: p. 203.

¹²⁸ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*: p. 184.

Por antinomias jurídicas, devem ser entendidas as oposições que ocorrem entre duas normas contraditórias, emanadas de autoridades competentes num mesmo âmbito normativo, que colocam seu sujeito [destinatário] numa posição insustentável pela ausência ou inconsistência de critérios aptos a permitir-lhe uma saída nos quadros de um ordenamento dado.¹²⁹

Posta a questão nesses termos e partindo-se do pressuposto positivista de que normas jurídicas podem ter qualquer conteúdo, há que reconhecer ser impossível de evitar, *a priori*, eventual ocorrência de antinomias resultantes do conflito lógico entre normas de conduta em tese contraditórias emanadas por autoridades igualmente competentes (ou até pela mesma autoridade).

Logo, a coerência do ordenamento jurídico, entendida, como já dito, com ausência de antinomias, representa, de fato, a identificação prévia de critérios de solução inseridos no interior do próprio ordenamento; em outros termos, o reconhecimento prévio dos critérios aptos a determinar, diante do caso concreto, qual das normas antinômicas é efetivamente válida, integrando ordenamento jurídico, e qual não é válida e, por isso, não é pertencente a esse mesmo ordenamento jurídico.

KELSEN, em sua Teoria Pura, delinea, em traços firmes, a figura acima apresentada:

Como a norma fundamental é o fundamento de validade de todas as normas, pertencentes a uma mesma ordem jurídica, ela constitui a unidade na pluralidade destas normas. Esta unidade também se exprime na circunstância de uma ordem jurídica poder ser descrita em proposições jurídicas que não se contradizem. Não pode naturalmente negar-se a possibilidade de os órgãos jurídicos efetivamente estabelecerem normas que entrem em conflito umas com as outras. [...] Não é, portanto, inteiramente descabido dizer-se que duas normas jurídicas se “contradizem” uma a outra. E, por isso mesmo, somente uma delas pode ser tida com objetivamente válida.¹³⁰

¹²⁹ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*: p. 189.

¹³⁰ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. p.228-229.

Em relação ao dogma da completitude, esse deve ser entendido como a concepção de que o ordenamento jurídico é um conjunto de normas livre de lacunas, ou seja, de hipóteses de situações possíveis e juridicamente relevantes não previstas pelo legislador e sem solução satisfatória a partir do próprio ordenamento.

Antes de qualquer abordagem, importante é a advertência feita por BOBBIO, ao distinguir os termos Lacunas da Lei e Lacunas do Direito:

Dizer que o direito é completo (e, portanto, não tem lacunas) é uma afirmação óbvia, mas de pouca importância, se por “direito” se entende as normas que derivam de qualquer fonte, incluso a judiciária (visto que é pacífico que se as outras fontes deixam lacunas, o juiz, ao resolver as controvérsias, é constrangido a preenchê-las). É necessário, em lugar disso, falar de lacunas da lei, como referência, portanto, às normas postas por uma fonte específica do direito, o poder legislativo.¹³¹

Dessa forma, desde já, impõe-se deixar claro que as referências feitas, na presente investigação, ao dogma da completude do ordenamento (ou completitude do ordenamento, como preferem alguns) são dirigidas à representação do conjunto de normas jurídicas postas pelo legislador, desconsiderando outras fontes do direito.

Pode-se trazer como exemplo de abordagem positivista típica a teoria formulada por KELSEN, para quem não há que falar em lacunas da lei, já que toda vez que surge uma hipótese não disciplinada por uma regra geral se está diante de uma regulamentação negativa, ou seja, tal situação fática é regulada pelo fato de não ser juridicamente proibida e, nesse sentido, ser permitida.¹³² BOBBIO chama a postura teórica expressa por KELSEN e por outros autores, *verbi gratia*, ZITELMANN e DONATI, de teoria da norma geral exclusiva.¹³³

Outra forma de justificar a completude do ordenamento jurídico apresentada pelas teorias positivistas do Direito seria a teoria do espaço jurídico

¹³¹ BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico*: Lições de Filosofia do Direito. p. 208.

¹³² KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. p.216.

¹³³ BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico*: p. 208.

vazio. Segundo BOBBIO, os defensores dessa teoria sustentam que não faria sentido falar em lacunas do Direito, porque o fato não regulado pelo Direito seria juridicamente irrelevante, ocupando um espaço além da esfera jurídica.¹³⁴

Não obstante, ainda que se considere o ordenamento jurídico como livre de lacunas, as teorias juspositivistas se depararam com a questão das limitações da linguagem como forma de expressão das normas. Assim, surgiu a necessidade de se estabelecer uma teoria da interpretação positivista.

1.2.6 A função interpretativa na ciência jurídica e na aplicação do Direito

Por fim, igualmente caracterizador das teorias juspositivistas é o seu posicionamento acerca dos limites da função interpretativa da ciência jurídica e da atividade de aplicação do Direito,¹³⁵ especialmente no que se refere à questão da possibilidade de criação do Direito por meio de sua interpretação.

Já, neste momento inicial, impõe-se uma divisão essencial: a questão da interpretação do Direito pode ser analisada a partir de um enfoque externo à atividade de aplicação do Direito, ou a partir de um enfoque interno a essa mesma atividade.

Quando se trata da questão da interpretação jurídica sob o enfoque externo, a análise é dirigida à atividade de determinação do sentido da norma jurídica com um objetivo meramente descritivo, ou seja, apresentar a partir da análise do texto das normas, as variações de significados possíveis. Nesse caso, fala-se em interpretação científica (Kelsen) ou doutrinária (Ferraz Júnior).

Abordando a questão posta a partir desse primeiro enfoque, BOBBIO propõe a delimitação das funções de interpretação do Direito em uma concepção positivista:

[...] o positivismo jurídico concebe a atividade da jurisprudência como sendo voltada não para a produção do direito, mas para a sua

¹³⁴ BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico*: p. 208.

¹³⁵ FERRAZ JÚNIOR afirma que a ciência jurídica, compreendida como uma teoria da interpretação, tem como tarefa central a determinação do sentido das normas, o correto entendimento do significado dos seus textos tendo em vista a decidibilidade de conflitos. In FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*: p. 232.

reprodução, isto é, para explicitar com meios puramente lógico-rationais o conteúdo de normas jurídicas já dadas.¹³⁶

KELSEN, em sua Teoria Pura do Direito, reflete com clareza essa forma de conceber a função interpretativa do Direito que é destacada por BOBBIO, separando com rigor a atividade de produção do Direito da atividade de conhecimento do Direito:

A ciência jurídica tem por missão conhecer – de fora, por assim dizer – o Direito e descrevê-lo com base em seu conhecimento. Os órgãos jurídicos têm – como autoridade jurídica – antes de tudo por missão produzir o Direito para que ele possa então ser conhecido e descrito pela ciência jurídica.¹³⁷

Nesse sentido, a função do jurista ao interpretar o Direito estaria limitada, tão-somente, ao conhecimento do conjunto de normas postas em determinado momento histórico e à determinação dos possíveis sentidos de seu texto a partir da atividade interpretativa. Não seria admissível qualquer construção do Direito a partir da atividade jurista; tal função seria exclusiva da autoridade estatal a quem foi atribuído o poder de pôr normas.

Mais adiante, conclui o jurista de Viena:

A interpretação científica é pura determinação cognoscitiva do sentido das normas jurídicas. Diferentemente da interpretação feita pelos órgãos jurídicos, ela não é criação jurídica. A idéia de que é possível, através de uma interpretação simplesmente cognoscitiva, obter Direito novo, é o fundamento da chamada jurisprudência dos conceitos, que é repudiada pela Teoria Pura do Direito.¹³⁸

De acordo com esse modo de compreender a função de interpretação do direito, quando o jurista se lançava em uma empreitada de interpretação, ele estava buscando, tão-somente, estabelecer os significados possíveis de uma dada norma e nada mais. E, dessa forma, diante das variadas

¹³⁶ BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico*: p. 212. Deve-se registrar que o termo jurisprudência é utilizado pelo jusfilósofo italiano na passagem acima transcrita como sinônimo do termo ciência jurídica, e não para designar o conjunto de decisões tomadas pelos tribunais, sentido em que o signo é ordinariamente compreendido na tradição jurídica brasileira.

¹³⁷ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. p. 81.

¹³⁸ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. p. 395.

possibilidades de significado, qualquer tentativa de fixação de um único sentido correto para determinada norma jurídica decorreria, por certo, de uma interpretação não científica.

Além dessa primeira forma de abordar a função de interpretação do Direito, algumas teorias positivistas acabaram por realizar um deslocamento de perspectiva nessa mesma análise, buscando descrever a função interpretativa que se verifica na aplicação do Direito a um caso concreto. De acordo com essa abordagem do problema, qualquer forma de aplicação concreta do Direito passa por um momento inicial e necessário de fixação do sentido da norma a ser aplicada.¹³⁹ Assim, da mesma forma que os cientistas do Direito têm de interpretar a norma, devem fazê-lo os aplicadores do Direito.

Por tal prisma, ROSS, ao tempo que critica, descreve a postura positivista diante da necessidade de interpretação do Direito na função de administração da justiça:

A antiga teoria positivista-mecanicista da função da administração da justiça oferecia um quadro muito simples desses componentes. Supunha-se que o motivo era (ou devia ser) a obediência à lei, isto é, uma postura de acatamento e respeito em relação ao direito vigente (concebido como vontade do legislador). Supunha-se que as concepções operativas consistiam em um conhecimento do verdadeiro significado da lei e dos fatos comprovados.

[...]

O juiz é um autômato. Tem-se como pacífico que é necessário que se ajuste à lei e sua função se limita a um ato puramente racional: compreender o significado da lei e comparar a descrição desta dos fatos jurídicos aos fatos do caso que ele tem diante de si.¹⁴⁰

Essa forma de se compreender o Direito deriva da concepção, já abordada na presente investigação, da atividade de administração da justiça

¹³⁹ Esta circunstância é inclusive reconhecida por KELSEN ao afirmar que; “Quando o Direito é aplicado por um órgão jurídico, este necessita fixar o sentido das normas que vai aplicar, tem de interpretar estas normas. A interpretação é, portanto, uma operação mental que acompanha o processo da aplicação do Direito no seu progredir de um escalão superior para um escalão inferior”. In KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. p. 387.

¹⁴⁰ ROSS, Alf. *Direito e Justiça*. p. 166-167.

desenvolvida pela Escola da Exegese no início do século XIX; contudo, não obstante tenha sido recepcionada pelo positivismo jurídico em seu processo de surgimento e consolidação, foi sendo gradualmente modificada, a fim de tentar lidar com duas dificuldades principais que lhe surgiram de forma inevitável: a primeira, referente à plurivocidade das normas; e a segunda, à inerente nota voluntarista existente na atividade de aplicação do Direito.

A multiplicidade de sentidos contida em uma única construção normativa levou a pretensão positivista inicial a uma aporia: não seria possível sustentar que a atividade de interpretação levada a efeito pelo juiz no momento de aplicação do Direito seria direcionada ao descobrimento do verdadeiro significado da lei. No máximo, chegaria a um dos significados possíveis.

Nesse sentido, HART acentua:

Em todos os campos da experiência, e não só no das regras, há um limite, inerente à natureza da linguagem, quanto à orientação que a linguagem geral pode oferecer.

[...]

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.¹⁴¹

Diante de tal cenário, passa a ser inevitável o reconhecimento de que há momentos em que, diante de várias opções possíveis de sentido, deverá o aplicador do Direito realizar uma escolha; um ato de vontade discricionário. O mesmo HART, ao abordar a forma de solução de conflitos diante de um dilema de interpretação, em que vários sentidos se mostram possíveis para uma mesma norma jurídica, assevera que

A textura aberta do direito significa que há, na verdade, áreas de conduta em que muitas coisas devem ser deixadas para serem desenvolvidas pelos tribunais ou pelos funcionários, os quais

¹⁴¹ HART, Herbert. L. A. *O Conceito de Direito*. p. 139.

determinam o equilíbrio, à luz das circunstâncias, entre interesses conflitantes que variam de peso, de caso para caso.¹⁴²

Posta a questão nesses termos, impõe-se registrar que as teorias positivistas não conseguiram vencer as dificuldades que erigiram desta identificação da limitação da linguagem como instrumento de veiculação do Direito e da constatação da inevitável atitude discricionária do jurista diante de plurivocidade de sentidos das normas jurídicas. Ao contrário, a ausência de resposta no interior das teorias juspositivistas para tais questões acabou por desnudar incongruências invencíveis no pensamento positivista do Direito.

FERRAZ JÚNIOR expõe com clareza esse dilema positivista. Partindo de uma leitura do pensamento kelseniano, afirma o referido autor:

Ora, por que não dizer que, agindo com método e conforme procedimentos racionais, não pode o doutrinador chegar a uma interpretação verdadeira?

Kelsen responde que esta hipótese é irrealizável porque, se admitida, estaria criando uma ilusão, a ficção de univocidade das palavras da norma. Entendamos: para o autor, cumpre a ciência jurídica conhecer o direito, *descrevendo-o* com rigor. Exige-se, pois, método, obediência a cânones formais e materiais. A ciência, assim, é um saber rigoroso e que, por isso, caminha numa bitola bem determinada e se impõe limites. Ora, se o objeto da hermenêutica são conteúdos normativos essencialmente plurívocos, se o legislador, porque age por vontade e não por razão, sempre abre múltiplas possibilidades de sentido para os conteúdos que estabelece, então à ciência jurídica cabe descrever esse fenômeno nos seus devidos limites. Isto é, apenas *mostrar a plurivocidade*. Querer, por artifícios ditos metódicos, ir além desta demonstração, tentar descobrir uma univocidade que não existe, é falsear o resultado e ultrapassar a fronteira da ciência.¹⁴⁴

Justamente a partir dessa e outras incongruências, como se verá na seqüência do presente trabalho, é que se edificaram as críticas

¹⁴² HART, Herbert. L. A. *O Conceito de Direito*. p. 148.

¹⁴⁴ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*: p. 238.

contemporâneas ao Positivismo Jurídico, dentre elas as que lhe são dirigidas pelas chamadas Teorias Neoconstitucionalistas do Direito.

CAPÍTULO 2

A CRÍTICA AO POSITIVISMO JURÍDICO

2.1 INTRODUÇÃO

A partir do quadro apresentado no capítulo anterior, ante as características apontadas, torna-se possível um delineamento mais preciso dos pontos da proposta justeorética positivista que são, em maior ou menor escala, objeto de crítica no pensamento jurídico contemporâneo, especialmente pelas teorias do Direito que se desenvolveram em torno do ideário que restou denominado por Neoconstitucionalismo.¹⁴⁶

Valendo-nos das considerações já apresentadas, podemos com segurança afirmar que, em um cenário positivista, o fenômeno jurídico exsurgia reduzido ao Direito posto. Esse Direito, fruto da vontade soberana do legislador, caracterizava-se pela potencialidade de tornar efetivos, pelo uso legítimo da força, seus comandos. Imaginado como um conjunto unitário, sistemático, coerente e pleno de imperativos, era concebido como um fato passível de ser compreendido por uma

¹⁴⁶ Como será exposto no desenvolvimento do presente trabalho, a construção de um conceito operacional para a categoria Neoconstitucionalismo não se trata de empresa simples. Como assevera CARBONELL, “Lo que haya de ser el neoconstitucionalismo en su aplicación práctica y e su dimensión teórica es algo que está por verse. No se trata, como acaba de apuntar de un modelo consolidado, y quizá ni siquiera pueda llegar a estabilizarse en el corto plazo, pues contiene em su interior una serie de equilibrios que dificilmente pueden llegar a convivir sin problemas”. In CARBONELL, Miguel. *Nuveos tiempos para el constitucionalismo*. In Neoconstitucionalismo(s). CARBONELL, Miguel (organizador). 2 ed. Madri: Editorial Trotta, 2005. p.11. Neste sentido, com o objetivo de conferir coerência ao argumento que será apresentado a seguir, propõe-se a adoção de uma idéia liminar, a ser desenvolvida posteriormente, construída a partir de ARIZA, e que delinea o Neoconstitucionalismo como o novo modelo jurídico que se vincula ao Estado Constitucional. In SASTRE ARIZA, Santiago. *La Ciencia Jurídica Ante el Neoconstitucionalismo*. In Neoconstitucionalismo(s). CARBONELL, Miguel (organizador). 2. ed. Madri: Editorial Trotta, 2005. p.239.

ciência própria, descritiva e objetiva, cuja missão era conhecer seu objeto – as normas jurídicas – e revelar seus possíveis sentidos. Como técnica de controle social, concentrava a função de solucionar, por meio de sua lógica, todo e qualquer conflito de interesse que lhe fosse apresentado.

Não obstante a sofisticação do argumento juspositivista, forjado, como já afirmado, sob influências filosóficas e políticas contemporâneas ao surgimento do Estado Moderno europeu, com o desenvolvimento cada vez mais rápido de complexas relações sociais, as incoerências que lhe eram subjacentes restaram progressivamente realçadas, assim como sua incapacidade de explicar nuances relevantes do fenômeno jurídico.

E é justamente sobre tais incoerências e incapacidades que se estrutura a crítica neoconstitucionalista que será abordada no presente capítulo.

2.1.1 A mudança do marco político juspositivista

Como restou assentado na primeira parte deste trabalho, a construção da proposta teórica juspositivista se constituiu através de processo longo e contínuo de amadurecimento e aporte de idéias variadas e concebidas por diversas correntes de pensamento. Como também já dito, tal processo foi permeado por forte ingrediente de ordem política: em uma etapa inicial, o surgimento de uma nova formatação de ente político, o Estado Moderno, o qual representava uma ruptura com o sistema político europeu do medievo; em um segundo momento, pelo triunfo da concepção liberal de Estado Moderno a partir da Revolução Francesa, com a derrocada do absolutismo característico do Antigo Regime e imposição de limites ao exercício do poder político pelo soberano.¹⁴⁷

É justamente neste segundo momento, ante a necessidade de se controlar a atividade estatal de aplicação do Direito, quer pela administração, quer pelos juízes, que a redução de todo e qualquer Direito às normas postas pelo Estado surge como base fundamental para o desenvolvimento das teorias mais relevantes

¹⁴⁷ Acerca deste momento histórico específico, SANCHÍS destaca que “[...] el absolutismo iluminista encerraba aún la contradicción de defender al mismo tiempo la limitación del poder judicial y la carencia de límites del poder político; una contradicción que será superada por el iluminismo liberal-democrático y la Revolución francesa [...]” In SANCHÍS, Luis Pietro. *Ley, Principios, Derechos*. Editorial Dykinson: Madrid, 1998. p. 12.

do Positivismo Jurídico. Em homenagem à limitação da ingerência estatal na esfera privada, à segurança jurídica e à previsibilidade das decisões judiciais, a atividade de aplicação do Direito estaria, a partir de então, contida nos limites impostos pelos comandos ditados pelo legislador.

Assim surgia, como forma de atender aos interesses sociais dominantes naquele momento histórico, o modelo estatal fundado sobre o dogma da legalidade: o Estado Legislativo.

Nesse sentido, MARINONI afirma que:

O Estado Liberal de Direito, diante da necessidade de condicionar a força do Estado à liberdade da sociedade, erigiu o princípio da legalidade como fundamento para sua imposição. Esse princípio elevou a lei a um ato supremo com a finalidade de eliminar as tradições jurídicas do Absolutismo e do *Ancien Regime*. A administração e os Juízes, em face desse princípio, ficaram impedidos de invocar qualquer direito ou razão pública que se chocasse com a lei".¹⁵⁰

Idêntica é a percepção de ZAGREBELSKY. Segundo o professor italiano:

[...] os aspectos do Estado liberal de direito indicados remetem todos à primazia da lei frente à Administração, a jurisdição e os cidadãos. O Estado liberal de direito era um *Estado legislativo* que se afirmava a si mesmo através do *princípio da legalidade*.¹⁵¹

Assim, o princípio da legalidade, entendido como a observância estrita e acrítica ao Direito posto como tal, constituiria, a partir de então, dogma

¹⁵⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *A Jurisdição no Estado Constitucional*. Teresina, 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6550>>. Acesso em 19 de abril de 2006.

¹⁵¹ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: Ley, derechos, justicia*. 5. ed. Editorial Trota; Madri, 2003. p. 24.

incontestável do Estado Liberal, cujo prestígio perduraria por todo o século XIX, somente encontrando contestação após as primeiras décadas do século XX.

Nesse sentido, segundo SANCHÍS:

A filosofia ilustrada e a política da Revolução aportaram o substrato ideológico que ao largo do século XIX permitiria aclarar na Europa o mais rigoroso legalismo: a lei é a suprema e quase única fonte do Direito, não reconhecendo nenhuma superior, e os juízes podem e devem resolver todo conflito com seu único auxílio. [...] Apesar dos desmentidos da experiência e apesar das críticas [...] a invocação da vontade geral, das virtudes intrínsecas da lei e de sua presumida capacidade para anular a força do poder com as Luzes da razão seguiram presentes quase até nossos dias como justificação ou, se se quer, como encobrimento ideológico da irresistível força da lei e de suas exigências de obediência incondicionada.¹⁵³

Esse início de contestação de tal postura legalista extremada diante do Direito, que acabaria por ser tratada por alguns autores como “a decadência da lei”, põe-se em movimento de forma paulatina durante o primeiro terço do século XX, encontrando voz inicialmente nas chamadas teorias antiformalistas do Direito,¹⁵⁴ como o Movimento do Direito Livre¹⁵⁵ e o ressurgimento do Jusnaturalismo,¹⁵⁶ atingindo seu ápice após a Segunda Grande Guerra.

Todavia, impõe-se destacar que tal movimento de insurgência contra a concepção legalista do Direito não representava, tão-somente, uma reformulação do pensamento jurídico. Assim como ocorrera quando do advento do

¹⁵³ SANCHIS, Luis Pietro. *Ley, Principios, Derechos*. p. 16-17

¹⁵⁴ Neste sentido SANCHIS, Luis Pietro. *Ley, Principios, Derechos*. p. 20-21.

¹⁵⁵ O Movimento do Direito Livre tem como marco inicial a conferência apresentada por Eugen Ehrlich na Alemanha, em 1903, sobre a *A luta pela ciência do direito*, quando o citado autor defendeu a livre busca do Direito em lugar da aplicação mecânica da vontade do legislador prevista na lei. A nota característica deste movimento doutrinário seria a recusa do dogma legalista, com a possibilidade do juiz prescindir da lei sempre que nela não encontrasse a solução justa para o caso concreto. O juiz teria compromisso não com a lei, mas com a justiça. Outros autores representativos deste movimento seriam Herman Kantorowicz e Oskar Von Bülow. Conforme, CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e Argumentação: uma contribuição ao estudo do direito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 97-100.

¹⁵⁶ Para uma análise mais detida acerca do movimento teórico que ficou conhecido como renascimento do Jusnaturalismo, por todos, ver BOBBIO, Norberto. *Locke e Il Diritto Naturale*. Torino: G. Giappichelli Editore, 1963. p. 15-24.

jusnaturalismo moderno e, posteriormente, quando da viragem positivista, a crítica à concepção jurídica dominante constituía-se na vertente jurídica de um fenómeno de transformação sócio-político mais amplo: a transição do Estado Liberal Moderno para o chamado Estado Constitucional.

Por Estado Constitucional, entende-se aquele Estado onde o exercício de todo poder é limitado e organizado por uma Constituição com força normativa, cuja observância é garantida por um procedimento efetivo de controle de constitucionalidade das leis.¹⁵⁷

A partir dessa nova concepção de Estado, desloca-se no cenário político, a Lei da posição de primazia que ocupava na concepção liberal de Estado e se passa a exigir que essa se coadune com as disposições do texto constitucional. Nesses termos, como assevera ZAGREBELSKY, “A lei, em um momento medida exclusiva de todas as coisas no campo do direito, rende-se assim ao progresso da Constituição e se converte ela mesma em objeto de medição”.¹⁵⁹

Essa modificação da concepção do Direito é, ao mesmo tempo, causa e efeito dos fracassos do modelo político do Estado Liberal Moderno e de seu fundamento jurídico, o Princípio da Legalidade, diante das modificações sociais que se intensificaram a partir do segundo terço do século XX. Destacam-se três aspectos em particular: primeiro, a impossibilidade da realização do valor liberdade a partir do princípio da igualdade entre os homens perante a Lei, na forma pretendida pela proposta liberal de Estado; segundo, a constatação de que a ficção da “vontade geral do povo”, outro dogma político do modelo liberal de Estado era insustentável; terceiro, o reconhecimento da existência de Fontes infra-estatais e supra-estatais do Direito.

¹⁵⁷ Conceito operacional composto a partir de BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: O triunfo tardio do Direito Constitucional No Brasil*. Teresinha, 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>>. Acesso em: 19 de abril de 2006; FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Constituição Brasileira e Modelo de Estado: hibridismo ideológico e condicionantes históricas*. São Paulo. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/revista/tes6.htm>> Acesso em 20 de abril de 2006 e SANCHIS, Luis Pietro. *Ley, Principios, Derechos*. Editorial Dykinson: Madrid, 1998. p. 32.

¹⁵⁹ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*: p.40.

No que se refere ao primeiro aspecto apontado, a preocupação com o controle da atuação da administração e com a previsibilidade das decisões judiciais alçou a idéia de submissão incondicional dos poderes políticos e dos cidadãos à manifestação de vontade inserta no texto da lei soberana a um papel de garantidor dos ideais da burguesia, classe social então hegemônica, em especial do ideal de liberdade.

Nesse cenário, a figura teórica de uma suposta igualdade entre os homens perante a lei assumia a condição de dogma estratégico na concepção liberal de Estado, por meio da garantia de tratamento igualitário dispensado pela lei a todos os homens, estes, sem qualquer distinção pessoal, estariam, a um só tempo, a salvo dos abusos estatais que porventura pudessem lhe ser dirigidos.

Essa pretensão de tratamento igualitário de todos perante a Lei encontrou instrumentalização devida na concepção de uma estrutura normativa que reunisse os predicados de generalidade e abstração.

Com a generalidade, garantia-se a imparcialidade do Direito, a sua aplicação igualitária a todos os cidadãos, sem distinção de qualquer natureza. Por sua vez, por meio da abstração, ou seja, não vinculação do regramento jurídico a qualquer caso concreto, garantia-se a estabilidade do ordenamento e a previsibilidade das decisões judiciais.

Segundo ZAGREBELSKY, além de significar a realização dos ideais de separação e de uso moderado do poder, em última análise, a generalidade da Lei:

[...] era, enfim, garantia da imparcialidade do Estado em relação aos componentes sociais, assim, como de sua igualdade jurídica. Em todas as Cartas constitucionais liberais do século XIX está inserido o importante princípio da igualdade ante a lei como defesa frente aos ‘privilégios’ (etimologicamente: *leges private*) típicos da sociedade pré-liberal do Antigo Regime. [...] A abstração respondia a uma exigência da sociedade liberal tão essencial como a generalidade: se

tratava de garantir a estabilidade do ordenamento jurídico e, por conseguinte, a certeza e previsibilidade do direito.¹⁶¹

Todavia, as evidentes desigualdades sociais, econômicas e intelectuais existentes entre os homens, em um mesmo grupamento social, acabaram por revelar que a igualdade perseguida pelo modelo liberal de Estado tinha caráter meramente formal e, na prática, revelava-se inútil para que se alcançasse o ideal de liberdade pretendido.

Em retrato nítido da insuficiência da idéia de igualdade formal entre os homens para garantia da liberdade como valor, MARINONI assevera:

A igualdade, que não tomava em conta a vida real das pessoas, era vista como garantia da liberdade, isto é, da não discriminação das posições sociais, pouco importando se entre elas existissem gritantes distinções concretas. O Estado Liberal tinha preocupação com a defesa do cidadão contra as eventuais agressões da autoridade estatal e não com as diferentes necessidades sociais. A impossibilidade de o Estado interferir na sociedade, de modo a proteger as posições sociais menos favorecidas, constituía conseqüência natural da suposição de que para se conservar a liberdade de todos era necessário não discriminar ninguém, pois qualquer tratamento diferenciado era visto como violador da igualdade – logicamente formal.¹⁶³

Da mesma forma que os valores inspiradores do Estado Legislativo – a igualdade entre os homens e, como sua conseqüência, a liberdade dos homens –, o argumento instrumental da política liberal também não resistiu a um confronto mais direto com a realidade social. Com a crescente complexidade das relações sociais,¹⁶⁴ a manutenção da concepção da norma jurídica genérica e abstrata impunha a desconsideração de um número cada vez maior de fenômenos normativos integrantes do ordenamento jurídico que, apesar de imperativos e coativos, apresentavam-se com características particulares e concretas que não

¹⁶¹ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. p.29.

¹⁶³ MARINONI, Luiz Guilherme. *A Jurisdição no Estado Constitucional*. Teresina, 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6550>>. Acesso em 19 de abril de 2006.

mais se podia olvidar. Podemos citar como exemplo a atividade regulamentadora da administração, cada vez mais detalhada e próxima tecnicamente do setor social regulamentado (e, conseqüentemente, menos abstrata).

Conforme destaca SANCHÍS, “a função de criar normas se escapa do âmbito das Assembléias para ser assumida pelo Executivo, de maneira que os tecnocratas substituem a vontade geral dos velhos Códigos.”¹⁶⁶

Da mesma forma, a anterior ficção de que a Lei derivaria de uma vontade geral da nação, expressa por uma assembléia de representantes do povo, acabou por ruir ante a realidade social posta.

Em um ambiente social cada vez mais plural e multifacetado, os atos dos parlamentos deixaram de ser a expressão da vontade (e, evidentemente, da ideologia) geral de uma única classe social dominante para representar a expressão momentânea e efêmera de acordos políticos sem perenidade e passíveis de modificação, a qualquer tempo, ante os sabores do diuturno movimento de acomodação de forças de persuasão existentes no interior das casas legislativas.

Dessa feita, o dogma da vontade geral do povo não tinha mais força para sustentar, de forma legítima, a estabilidade da ordem jurídica, como era pretendida, e, até então, a contento desenvolvida pelo Estado Liberal.

Por derradeiro, não se pode olvidar o enfraquecimento do dogma do monopólio estatal na produção normativa, decorrente de uma dinâmica realidade social, carente de regulamentação e crescente em complexidade, especialmente diante da dificuldade de acompanhamento dessa dinâmica pelo ordenamento jurídico legislado.

Ao tempo que se percebeu a absoluta inaptidão do Estado Legislativo para regradar satisfatoriamente todas as relações sociais que, em processo contínuo e incessante, surgiam dia após dia, pôs-se por terra a pretensão do Estado

¹⁶⁶ SANCHIS, Luis Pietro. *Ley, Principios, Derechos*. p. 22.

Liberal de concentração do poder de ditar o Direito, abrindo-se espaço para a produção de Direito supra-estatal e infra-estatal.¹⁶⁷

Como se percebe do acima exposto, a concepção Liberal de Estado,¹⁶⁸ marco político que sustentou as construções teóricas positivistas, restou modificada pelo próprio progresso das relações interpessoais desenvolvidas nas sociedades modernas. O ambiente social onde o Direito se desenvolvia não mais poderia ser entendido como um grupamento de homens iguais que, por meio de um pressuposto acordo de vontades, resolveu estabelecer um regramento de suas condutas a partir de um centro único, impessoal e soberano, de produção normativa. Surgia nítida a compreensão de que o fenômeno jurídico deveria estar inserido em um contexto político plural, em que multiplicidades de forças e de grupos de interesses distintos demandavam acomodação e, especialmente, unidade.¹⁶⁹ Tal unidade, por sua vez, demandava o reconhecimento de um novo marco político, o qual foi encontrado nas cartas constitucionais.

Assim, o Estado Constitucional substituía o Estado Liberal como sustentáculo político das teorias jurídicas contemporâneas.

2.1.2 A mudança do marco filosófico juspositivista

Como restou assentado no primeiro capítulo do presente trabalho, a construção da proposta teórica juspositivista se constitui em um processo longo e contínuo de amadurecimento e aporte de idéias variadas e concebidas por

¹⁶⁷ SANCHÍS menciona como exemplo de ordenamento supra-estatal as normas da comunidade européia integrada e como exemplo de ordenamento jurídico que se desenvolve no interior do Estado, decorrente de fontes não institucionais, as negociações entre empregados, sindicatos e trabalhadores. In SANCHIS, Luis Pietro. *Ley, Principios, Derechos*. p. 29-30.

¹⁶⁸ Não obstante a vinculação, continuamente enfatizada no curso deste trabalho, entre as doutrinas juspositivistas e o Estado Liberal, impõe-se destacar que, por mais paradoxal que possa parecer, o mesmo ideário jurídico positivista foi utilizado pelos Estados Totalitários europeus (v.g. soviético, nazista e fascista) como instrumento de legitimação de sua estrutura política. Neste sentido, por certo nada impediria a identificação das características de abordagem juspositivistas já aludidas naqueles modelos estatais. Todavia, uma vez que o propósito da presente investigação é analisar a crítica sofrida pelo modelo justeorético positivista a partir da proposta de superação neoconstitucionalista, entendemos que tal desiderato não se compatibilizaria devidamente com uma abordagem que tivesse como pano de fundo modelos políticos excepcionais e que sofreram forte solução de continuidade. Assim, justificamos a opção estratégica realizada.

¹⁶⁹ Fala-se em unidade aqui no sentido empregado por SANCHIS, ou seja, para designar uma unidade material ou uma ordem de valores que permeia, de ora de forma mais, ora de forma menos, consensual a aludida pluralidade de grupos de interesses inseridos na sociedade contemporânea. Conforme, SANCHIS, Luis Pietro. *Ley, Principios, Derechos*. p. 36.

diversas correntes de pensamento. Como também já dito, tal processo foi permeado por forte ingrediente de ordem política: em uma etapa inicial, o surgimento de uma nova formação de ente político, o Estado Moderno europeu, o qual representava uma ruptura com o sistema político europeu do medievo; em um segundo momento, pelo triunfo da concepção liberal de Estado a partir da Revolução Francesa, com a derrocada do absolutismo característico do Antigo Regime e com a imposição de limites ao exercício do poder político pelo soberano.¹⁷⁰

Além desse componente de ordem política, a construção de uma concepção positivista do fenômeno jurídico recebeu direta influência das correntes de pensamento dominantes nos séculos XVIII e XIX, especialmente do idealismo cartesiano.

Assim, como já afirmado, as teorias juspositivistas surgiram com a pretensão de garantir cientificidade, por meio da utilização rígida e intransigente de um método formal, ao saber jurídico, nos moldes da física e da matemática. Da mesma forma, com o uso da razão individual e dos procedimentos intelectuais da lógica, pretendiam deduzir as normas jurídicas reguladoras do convívio dos homens em sociedade.

Sobre esses termos, em grande medida, desenvolveram-se as teorias positivistas do Direito. Partindo-se da admissão do Direito posto pelo ente estatal como único Direito existente na sociedade – evidência – e da construção de uma estrutura sistemática que permitia a dedução de toda e qualquer norma jurídica a partir da simples aplicação silogística do ordenamento jurídico em confronto com o caso concreto, o conhecimento do Direito atendia ao ideal de cientificidade cartesiano.¹⁷²

¹⁷⁰ Acerca deste segundo momento histórico, de superação do Estado Moderno absolutista e sua transição para uma feição liberal, SANCHÍS destaca que “[...] el absolutismo iluminista encerraba aún la contradicción de defender al mismo tiempo la limitación del poder judicial y la carencia de límites del poder político; una contradicción que será superada por el iluminismo liberal-democrático y la Revolución francesa [...]” In SANCHÍS, Luis Pietro. *Ley, Principios, Derechos*. p. 12.

¹⁷² “O projeto cartesiano de cientificação do conhecimento – escorado no método de raciocínio *more geométrico*, dedutivista – vinculou a ciência racional a um sistema de proposições universalmente válidas e irrefutáveis. O dedutivista não se preocupa em saber o que funda o seu conhecimento, mas limita-se a aplicação de correta do método que utiliza.” In MONTEIRO, Cláudia Servilha. *Teoria da Argumentação Jurídica e Nova Retórica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 17.

Detalhando essa feição embrionária das propostas teóricas juspositivistas, FERRAZ JÚNIOR assevera que:

Como latente herança dos métodos dedutivos do jusnaturalismo, permeados pelo positivismo formalista do século XIX, podemos lembrar, inicialmente, algumas teorias jurídicas, sobretudo do Direito Privado, cujo empenho sistemático está presente em muitos de nossos manuais. O jurista aparece, aí, como o teórico do direito que procura uma ordenação dos fenômenos a partir de conceitos gerais obtidos, segundo uns, por processos de abstração lógica, e, segundo outros, pelo reconhecimento tácito de institutos historicamente moldados e tradicionalmente mantidos.¹⁷³

Não obstante a sofisticação do argumento, o controle da cientificidade do conhecimento do Direito, única e exclusivamente, a partir da verificação lógico-formal de um suposto raciocínio jurídico dedutivo, acabou por se revelar insuficiente, ante a própria natureza do Direito como manifestação social.¹⁷⁴

Os problemas inerentes à falta de univocidade dos signos da linguagem dos enunciados jurídicos, a inegável carga valorativa contida na escolha subjetiva dos juristas diante das várias interpretações possíveis de uma mesma norma e a existência de raciocínios jurídicos não dedutivos¹⁷⁷ acabaram por descortinar que o arcabouço filosófico das propostas justeoréticas positivistas deixava sem resposta satisfatória uma considerável parcela da experiência humana no campo do Direito.

Acerca do tema, STRECK assevera que

¹⁷³ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *A ciência do direito*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 1980. p. 36.

¹⁷⁴ “A insuficiência desse modelo de Lógica [lógica formal] faz-se presente sobretudo quando se tenta operar racionalmente os raciocínios típicos de áreas como a Filosofia, as Ciências Humanas e Sociais e o Direito.” In MONTEIRO, Cláudia Servilha. *Teoria da Argumentação Jurídica e Nova Retórica*. p. 22.

¹⁷⁷ Por argumentos não dedutivos entende-se, com Atienza, aqueles nos quais a passagem das premissas à conclusão não é necessariamente feita. Conforme ATIENZA, Manuel. *As Razões do Direito*: p. 32.

É preciso ter claro que as palavras da lei não são unívocas, mas plurívocas. O 'elo'(imanência) que 'vinculava'significante e significado está irremediavelmente perdido nos confins da viragem lingüística ocorrida no campo da filosofia.

[...] pelo processo interpretativo, o jurista "não reproduz ou descobre o verdadeiro sentido da lei, mas cria o sentido que mais convém a seus interesses teórico e político".¹⁷⁸

Nesse sentido, tornava-se inconteste a necessidade de reconhecimento de que o recurso à lógica formal dedutiva não era suficiente para a aplicação e para o conhecimento do Direito.

Surge, assim, a partir da segunda metade de século XX, no exercício da atividade de compreensão e aplicação do Direito, espaço para a utilização de uma lógica não formal. Tal lógica, antes de buscar a demonstração do raciocínio utilizado para alcançar uma determinada conclusão, almeja justificá-la e, por meio de tal procedimento, controla a sua racionalidade.

Nesse sentido, MONTEIRO, referindo-se à possibilidade de recurso a alternativas à lógica formal, especificamente aquelas relacionadas à justificação de determinada conclusão pela utilização de uma argumentação racionalmente controlável, assevera que

A Lógica Formal não é o único campo do conhecimento que tem como objeto os meios de prova. Uma lógica informal também promove o estudo das provas utilizadas em Filosofia do Direito e Ciências. [...] A argumentação apresenta-se em um contexto do pensamento em que a Lógica já não representa a única possibilidade de conhecimento. Diferentes lógicas são propostas, fornecendo inclusive espaço para o verossímil, o plausível, como resultado válido de uma ação gnoseológica. A Lógica da Argumentação é destituída de um resultado necessário e não opera em função do binômio verdadeiro/falso. A figura do orador e do auditório passam a tomar parte do discurso, não mais como elementos subjetivos e portanto,

¹⁷⁸STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*:. p. 96.

¹⁸⁰ MONTEIRO, Cláudia Servilha. *Teoria da Argumentação Jurídica e Nova Retórica*. p. 22.

irracionais, mas como fatores indispensáveis para a determinação de um resultado razoável.¹⁸⁰

É justamente por esse prisma, confrontando a lógica formal dedutiva adotada pelas teorias juspositivistas como dogma com este novo modelo de conhecimento racional do Direito, que se assentam em certa medida as críticas formuladas pelas Teorias Neoconstitucionalistas do Direito.

2.2 O CERNE DA CRÍTICA NEOCONSTITUCIONALISTA

Partindo-se da modificação dos marcos político e filosófico na forma apresentada no item anterior, é possível estabelecer as linhas gerais da argumentação a ser apresentada a seguir acerca do núcleo essencial da crítica dirigida pelos teóricos neoconstitucionalistas às propostas justeoréticas que restaram reunidas sob a denominação Positivismo Jurídico.

Inicialmente, impõe-se registrar que, com constatação de que a idéia da igualdade de tratamento dos homens perante a Lei, entendida como meio para a realização do ideal de liberdade almejado pela burguesia então dominante, era inatingível em um contexto de relações sociais complexas e plurais, em que uma multiplicidade cada vez maior de forças políticas, de grupos de interesses e valores em constante embate buscava acomodação, a hermética separação entre os fenômenos sociais do Direito, da Política e da Moral, na forma concebida pelos juspositivistas, mostrou-se de difícil sustentação.

Em decorrência dessa constatação, ante a necessidade de redução e, especialmente, de contenção de tal multiplicidade de forças e valores em uma unidade principiológica que lhe conferisse harmonia e coerência,¹⁸¹ as

¹⁸¹ZAGREBELSKY concebe que tal unidade pode ser resumida “en un conjunto de principios y valores constitucionales superiores sobre los que, a pesar de todo, existe un consenso social suficientemente amplio. El pluralismo no degenera en anarquía normativa siempre que, pese la diferencia de estrategias particulares de los grupos sociales, haya una convergencia de algunos aspectos estructurales de la convivencia política y social que puedan, así, quedar fuera de toda discusión y ser consagrados en un texto indisponible para los ocasionales señores de la ley y de las fuentes concurrentes con ella”. In ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. p. 40.

construções teóricas do Direito se viram diante da imperiosa necessidade de empreender um deslocamento do fundamento validade da ordem jurídica.

Especificamente acerca da necessidade de acompanhamento dessa transição por parte do fenômeno jurídico, pertinentes são as ponderações de DUARTE, para quem:

Iniludivelmente, hoje, o Estado constitucional ‘não é somente um ser, mas também e principalmente um dever ser que incorpora uma série de elementos, fins, valores, imperativos ou exigências que o definem de modo constitutivo’ vindo, nesse sentido, a “reclamar” da Teoria do Direito um modelo construtivo-metodológico capaz de *compreender* a heterogeneidade de sua própria formação constitutiva.¹⁸³

Nesse diapasão, as Constituições, a partir de uma concepção conteudística, foram materialmente alçadas à posição de supremacia dentro da sistemática jurídica, afastando-se a anterior concepção formalística construída pelo projeto juscientífico de influência cartesiana.

Para que as cartas políticas materialmente compreendidas atingissem seu desiderato, desempenhando a contento a função de conter, refletir e harmonizar a já referida multiplicidade de forças políticas e de valores sociais (não raro, postos em colisão) existentes nas sociedades contemporâneas, tornou-se necessário o reconhecimento de que as Constituições são intencionalmente permeadas, em suas regras e seus princípios, pelos valores fundamentais de cada sociedade.

Por fim, as cartas constitucionais deixavam de ser o simples fecho do sistema conceitual normativo; deixavam de ser identificadas como uma mera declaração de intenções e objetivos. As disposições contidas nas cartas

¹⁸³DUARTE, Écio Oto Ramos. *Teoria do Discurso e Correção Normativa do Direito: Aproximação à metodologia discursiva do direito*. 2 ed. São Paulo: Landy Editora, 2004. p. 41.

¹⁸⁷ Acerca da oposição das teorias positivistas a uma compreensão axiológica do fenômeno jurídica, remete-se a WARAT, Luis Alberto. *Introdução Geral ao Direito: II A epistemologia jurídica da modernidade*. Tradução de José Luis Bolzan. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1995. p. 104.

políticas recebiam dessa nova concepção teórica o predicado da normatividade, ou seja, passavam a ser compreendidas como verdadeiras e legítimas normas jurídicas e, como tais, exigíveis de plano.

É sobre esses três aspectos da crítica neoconstitucionalista – interação entre o Direito, Política e a Moral; o reconhecimento de valores e opções políticas fundamentais nas Constituições contemporâneas; e a consagração da normatividade das cartas constitucionais – que se desenvolverá a análise proposta no presente estudo.

2.2.1 A interação entre Direito, Política e Moral

Como afirmado, quando da abordagem das características das teorias juspositivistas, um dos pontos marcantes de sua concepção do Direito e, mais especificamente, da sua proposta para uma ciência jurídica, seria a compreensão do fenômeno jurídico como um simples fato, ou seja, a faticidade inerente ao Direito.

Partindo-se dessa característica essencial, o Direito, compreendido como simples fato, deveria ser tratado, quer pelo cientista do Direito, quer por seus aplicadores, nos limites de sua realidade e de forma objetiva. Com tal postura diante do fenômeno jurídico, estaria garantida a pureza do objeto da ciência dos juristas, afastando a matéria jurídica de influências que eventualmente pudessem ser exercidas pelo poder político ou por valores morais¹⁸⁷ reconhecidos no meio social.

Nesse sentido, abordando a proposta justeorética de KELSEN, WARAT afirma que

Kelsen trata de distinguir a verdade do poder, a ciência da política, empreendendo assim, a busca de uma racionalidade jurídica definitivamente despolitizada, como um meio idôneo para alcançar a certeza e a objetividade da tarefa científica.¹⁸⁸

¹⁸⁸ WARAT, Luis Alberto. *Introdução Geral ao Direito: II A epistemologia jurídica da modernidade*. Tradução de José Luis Bolzan. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1995. p. 252.

Como opção estratégica diante do objeto de seu conhecimento, dentre outras questões relevantes,¹⁸⁹ os teóricos do Positivismo Jurídico acabaram por induzir os operadores e os cientistas do Direito à adoção de uma postura essencialmente formalista diante do fenômeno jurídico: a existência do Direito – este sempre identificado com as normas jurídicas – era um simples fato, absolutamente independentemente do conteúdo das normas que o integravam.

Em outros termos, uma vez que o Direito estava limitado ao conjunto de normas postas pelo Estado, das quais, para que pudessem ser compreendidas como integrantes de um sistema jurídico, exigia-se tão-somente a inserção legítima¹⁹⁰ dentro deste sistema, qualquer consideração acerca de eventual conteúdo normativo passou a ser compreendida como algo irrelevante.

Dessa forma, garantia-se que as ponderações acerca de valores, pertinentes à moral, e as ponderações decorrentes de interesses vinculados ao manejo do poder social, inerentes à política, não se imiscuiriam na matéria jurídica.

Esse argumento positivista inicial é alvo de crítica pelas Teorias Neoconstitucionalistas do Direito no que se refere a sua premissa (de que não há interação entre o Direito, a Moral e a Política)¹⁹¹ e no que tange à sua indução

¹⁸⁹ Sobre o tema, v. item 1.2.1, p. 32.

¹⁹⁰ Por legitimidade da inserção de uma norma no ordenamento jurídico na concepção juspositivista, como já destacado, entende-se a sua elaboração de acordo com os procedimentos previamente estabelecidos e a declaração de sua existência por ato de autoridade da instância política que teve reconhecido o poder de ditar normas.

¹⁹¹ Neste aspecto é importante relativizar afirmação e coloca-la em seus devidos termos: Não obstante a defesa firme da tese de que, teoricamente, Direito e Moral constituiriam fenômenos sociais que não se condicionariam reciprocamente (logo um seria independente do outro), a existência de influências morais na prática jurídica não passou despercebida dos teóricos juspositivistas. Todavia, estes tratavam essa ocorrência com algo excepcional; como uma limitação inerente ao sistema jurídico que deveria ser combatida. Conforme CALSAMIGLIA: “Los positivistas no niegan que los jueces hagan juicios Morales y políticos para fundamentar sus decisiones o cuando responden a las cuestiones jurídicas. [...] Los positivistas simplemente señalan que es excepcional y que los jueces no sólo aplican el derecho sino que a veces los jueces directamente inventan el nuevo derecho sin seguir las fuentes sociales”. In CALSAMIGLIA, Albert. *Postpositivismo*. Alicante, 2000. Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/23582844322570740087891/index.htm>>. Acesso em 15 de maio de 2006. No mesmo sentido, RÓDENAS, Ángeles. *¿Qué Queda del Positivismo Jurídico?* Alicante, 2005. Disponível em: <www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/3469840432129275632457/015793/index.htm>. Acesso em: 15 de maio de 2006.

metodológica (no sentido de que qualquer consideração acerca de um certo e determinado conteúdo do Direito seria irrelevante para o seu conhecimento e aplicação).

Para as propostas teóricas neoconstitucionalistas, o fenômeno jurídico passa a ser compreendido e fundamentado não somente em um arcabouço sistemático formal, como o positivista, mas também, e de forma central, em “perspectivas axiológicas e políticas a partir de um marco de legitimidade racional concomitantemente formal e substancial, positivista e moral”.¹⁹²

Posta a questão nesses termos, o argumento positivista no sentido de que, *prima facie*, não há possibilidade de influência legítima recíproca entre os fenômenos sociais do Direito, da Moral e da Política, segundo as Teorias Neoconstitucionalistas do Direito, não se sustentaria.

A crítica neoconstitucionalista se desenvolve em torno de duas constatações principais: a primeira relacionada ao recurso pelos juristas a valores morais e a opções políticas na atividade de determinação do Direito aplicável ao caso concreto, ante as várias possibilidades de significado de uma mesma norma ou, ainda, a ausência de previsão normativa específica; a segunda relacionada à utilização de valores morais como parâmetros na avaliação do conteúdo de uma norma jurídica e, partir dessa avaliação, de verificação da validade de tal norma.

O primeiro aspecto da crítica neoconstitucionalista acerca da concepção positivista que sustenta a ausência de conexão entre os universos do Direito, da Moral e da Política se desenvolve a partir da constatação de que, ante a imprecisão e a abertura da linguagem, meio pelo qual as normas jurídicas se materializam, o recurso a valores morais e a opções políticas na atividade de identificação do Direito aplicável a um determinado caso concreto é algo inevitável;

¹⁹² CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. *Os Fundamentos de Legitimidade do Estado Constitucional: As análises de Weber e Habermas. In* Temas de Política e Direito Constitucional Contemporâneos. Luiz Henrique Urquhart Cademartori (org.). Florianópolis: Editora Momento Atual, 2004. p. 5.

e, assim sendo, não pode ser, simplesmente, alijado de uma abordagem teórica sobre o Direito que almeje consistência.

A constatação de que os atores jurídicos, diante de um impasse, recorrem a padrões específicos de solução de controvérsias que não se enquadram no modelo de regras proposto pela concepção normativa positivista, segundo DWORKIN, impõe o reconhecimento definitivo da função jurígena desses padrões jurídicos (princípios, políticas e outros), essenciais para adequada compreensão do Direito como prática social. Nesse sentido, afirma o jusfilósofo norte-americano:

[...] quando os juristas raciocinam ou debatem a respeito de direitos e obrigações jurídicas, particularmente naqueles casos difíceis nos quais nossos problemas com esses conceitos parecem mais agudos, eles recorrem a padrões que não funcionam com regras, mas operam diferentemente, como princípios, políticas e outros tipos de padrões. Argumentarei que o positivismo é um modelo de e para um sistema de regras e que sua noção central de um único teste fundamental para o direito nos força a ignorar os papéis importantes desempenhados pelos padrões que não são regras.¹⁹⁴

Segundo os neoconstitucionalistas, há casos submetidos à apreciação do jurista em que o Direito posto, em decorrência do caráter vago de uma ou de várias expressões lingüísticas que compõem o texto da norma em análise, não se apresenta claro. Diante de tal norma jurídica, a determinação do seu significado, ante a pluralidade de hipóteses possíveis, passará, inevitavelmente, por uma opção valorativa ou política.

Nesse mesmo sentido, CALSAMIGLIA assevera que:

Nos direitos positivados encontramos conceitos controvertidos que são muito abstratos e que estão tingidos de valoração. Esses conceitos controvertidos só podem ser usados se existem

¹⁹⁴ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 36.

¹⁹⁶ CALSAMIGLIA, Albert. *Postpositivismo*. Alicante, 2000. Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/23582844322570740087891/index.htm>>. Acesso em 15 de maio de 2006.

concepções que determinam o conteúdo significativo do conceito, mas se admite – por razão do pluralismo – que existem concepções contraditórias que convivem em um mesmo direito. Para justificar as concepções se necessitam critérios morais e políticos. Essas concepções dotam de sentido os casos concretos que justificam. Exemplos de conceitos controvertidos são os de igualdade, liberdade de expressão, liberdade de associação, privacidade, ou vida, todos esses conceitos inseridos nas constituições e que requerem uma concepção determinada para poderem ser usados. Desde a filosofia da linguagem dominante no positivismo se vislumbra o problema da vaguidade.¹⁹⁶

E como tal opção política ou moral não poderia ter sua racionalidade controlada a partir do método formal positivista, os teóricos neoconstitucionalistas propõem que essa racionalidade seja controlada a partir da justificação da opção e por meio de sua verificação com o uso de procedimentos lógicos não-formais.

Rejeitam-se, assim, as teorias que pressupõem que os aplicadores do Direito usam basicamente os mesmos critérios (lingüísticos) para decidir quando as proposições jurídicas são falsas ou verdadeiras e se afirma que o Direito se mantém em um processo contínuo de identificação de regras e práticas, de busca de justificação dessas e de definição de qual é a melhor forma para se conceber tal prática diante da justificação encontrada. Para os neoconstitucionalistas, o Direito aplicável a um caso específico não será, tampouco pode ser, encontrado através de um processo de (re)leitura dos signos legislativos. Ao contrário, o Direito aplicável a um caso específico será construído em cada caso específico, mediante a interpretação do ordenamento jurídico, de seus fundamentos e princípios.

O segundo aspecto apontado pelos teóricos neoconstitucionalistas atinge o já referido formalismo científico positivista e a sua sustentação de que a validade do Direito não estaria vinculada a sua correspondência a um determinado valor. Critica-se, pois, o argumento de que toda e qualquer valoração acerca do conteúdo de uma norma jurídica seria irrelevante para o conhecimento e a aplicação do Direito, uma vez que uma norma

legitimamente inserida no ordenamento normativo poderia ter qualquer conteúdo. Como destaca CALSAMIGLIA, para os juspositivistas, “o direito não perde sua jurisdição por ser injusto. Uma coisa é o direito que é e outra muito distinta é o que deve ser”.¹⁹⁸

Como mencionado, quando da análise da mudança do marco político juspositivista, com o advento de um ambiente humano cada vez mais plural e multifacetado, as cartas constitucionais contemporâneas acabaram por assumir a função de conferir um mínimo de unidade a uma ordem de valores e interesses sociais, não raras vezes contraditórios entre si, que acabava por permear de forma decisiva, todo o Direito legislado¹⁹⁹.

A realização dessa função, como se analisará mais detidamente no decorrer dos dois itens seguintes do presente trabalho, desenvolveu-se por meio do reconhecimento e da consagração nos textos constitucionais de valores e opções políticas,²⁰⁰ que, então, passariam a condicionar a produção normativa infraconstitucional a partir de seu conteúdo, impedindo que o Direito produzido pelos órgãos estatais, ainda que formalmente legítimo no que se refere a seus critérios de produção por autoridade, estabelecesse normas cujo conteúdo fosse contrário a tais valores constitucionalmente reconhecidos.

Nesse sentido, ZAGREBELSKY²⁰² afirma que

[...] a antiga exigência de submeter a atividade do executivo e dos juízes a regras gerais e estáveis se estende até alcançar a própria atividade do legislador. E aqui, então, a oportunidade de resumir dita

¹⁹⁸ CALSAMIGLIA, Albert. *Postpositivismo*. Alicante, 2000. Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/23582844322570740087891/index.htm>>. Acesso em 15 de maio de 2006.

¹⁹⁹ Sobre o tema, v. item 2.1.1, p. 70.

²⁰⁰ Segundo BARCELOS, tais valores, em regra, são associados à dignidade da pessoa humana e aos direitos fundamentais. In BARCELOS, Ana Paula de. *Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas*. Rio de Janeiro, 2005. Disponível em: <www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto853.pdf>. Acesso em: 17 de maio de 2006.

²⁰² ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*: p.29.

unidade em um conjunto de princípios e valores constitucionais superiores sobre os quais, apesar de tudo, existe um consenso social suficientemente amplo. O pluralismo não degenera em anarquia normativa sempre que, apesar da diferença de estratégias particulares dos grupos sociais, haja uma convivência política e social que possa, assim, permanecer fora de toda discussão e ser consagrada em um texto indisponível para os ocasionais senhores da lei e de las fontes concorrentes com ela.

Assim, a máxima positivista de que o Direito posto pelo poder soberano, desde que obedecidos os procedimentos previstos para sua produção e inserção no ordenamento jurídico, seria reconhecido como válido, independentemente de seu conteúdo, via-se em contradição com o reconhecimento de valores nas cartas constitucionais que não poderiam ser atingidos por tais normas, ainda que produzidas de forma legítima.

RÓDENAS, após apresentar várias hipóteses de utilização de opções valorativas na atividade de aplicação do Direito, muitas das quais presentes, já há tempos, nos ordenamentos jurídicos, afirma que

A estas e outras figuras [...] se somam as previsões legislativas características do constitucionalismo moderno que permitem, bem seja aos órgãos jurisdicionais ordinários, bem aos tribunais de categoria constitucional, invalidar normas cujo conteúdo vulnere valores fundamentais da constituição.²⁰⁵

No próximo item, analisar-se-á detidamente tal aporte axiológico nas Constituições contemporâneas; no item subsequente, a sua forma de realização.

²⁰⁵ RÓDENAS, Àngeles. *¿Qué Queda del Positivismo Jurídico?* Alicante, 2005. Disponível em: <www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/3469840432129275632457/015793/index.htm>. Acesso em: 15 de maio de 2006.

2.2.2 O reconhecimento de valores e opções políticas fundamentais nas cartas constitucionais contemporâneas

Como acima exposto, as Teorias Neoconstitucionalistas do Direito rechaçam, em duas frentes, a idéia positivista de que não há que falar em sincretismo entre as esferas de interesse do Direito, da Política e da Moral. Sua crítica se sustenta na constatação de que, na atividade de realização do Direito, são feitas opções políticas e axiológicas e, também, no fato de as Constituições contemporâneas contarem com um número cada vez maior de disposições normativas relacionadas a opções políticas e morais.

Este último aspecto tornou-se evidente a partir da segunda metade do século XX²⁰⁶ e, em certa medida, representou uma forma de reação social espontânea à barbárie promovida pelos regimes totalitários europeus, cuja ação era pretensamente legitimada pelo Direito e pela tese juspositivista da ausência de vinculação necessária do Direito, Moral e Política.

Mais do que um movimento político ou normativo, a utilização de argumentos das teorias juspositivistas pelos regimes nazista e fascista acabou por deflagrar um movimento de reflexão mais detida acerca do Direito como manifestação social e sua validade.

Nesse sentido, como reflexo da barbárie nazista no campo do conhecimento e da aplicação do Direito, MELO destaca a mudança de posicionamento de alguns teóricos do Positivismo Jurídico, como RADBRUCK. Segundo o citado autor:

[...] o kelseniano Radbruck, após ter sido vítima da bestialidade do regime nazista, mudaria sua concepção da validade dos sistemas jurídicos, que já não entendia só dependente de seus aspectos

²⁰⁶ BARROSO refere como marco desta mudança de postura constitucional a Lei Fundamental de Bonn, de 1949. In BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: O triunfo tardio do Direito Constitucional No Brasil*. Teresinha, 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>>. Acesso em: 19 de abril de 2006.

²⁰⁸ MELO, Osvaldo Ferreira de. *Fundamentos da Política Jurídica*. p. 124.

Éticos-formais, mas também de elementos essenciais, materiais, ou seja, em última análise de juízos de valor.²⁰⁸

Como o fim da Segunda Grande Guerra, as Constituições passaram a introduzir em seus textos “elementos relacionados a valores e opções políticas fundamentais, na esperança de que eles formassem um consenso mínimo a ser observado pelas maiorias”²⁰⁹ políticas que eventualmente detivessem o poder estabelecer as normas jurídicas com força vinculante a toda a sociedade.

Tal consenso²¹⁰ seria considerado o cerne moral da comunidade e representaria o conjunto de valores especialmente caros ao grupamento social, os quais, com seu reconhecimento constitucional, seriam alçados acima das possibilidades de tergiversação por acordos políticos eventuais e inconsistentes, tão comuns nas assembléias legislativas.

CANOTILHO se refere à função de revelação de consensos fundamentais inerente às Constituições. Segundo o jurista português:

Uma das principais funções de uma lei constitucional continua a ser a da *revelação normativa do consenso fundamental* de uma comunidade política relativamente a princípios, valores e idéias diretrizes que servem de padrões de conduta política e jurídica desta comunidade [grifo no original].²¹²

²⁰⁹ BARCELOS, Ana Paula de. *Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas*. Rio de Janeiro, 2005. Disponível em: <www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto853.pdf>. Acesso em: 17 de maio de 2006.

²¹⁰ Quanto à possibilidade de se falar em consenso social acerca de valores fundamentais, GIDDENS sustenta: “Será que podemos realmente dizer que estão surgindo determinados princípios éticos mais ou menos universais que tendem a unir todas as perspectivas fora dos domínios dos diversos fundamentalismos? Acredito que sim, [...] Uma ética de uma sociedade pós-tradicional globalizante implica o reconhecimento da santidade da vida humana e o direito universal à felicidade e a auto-realização – ligado à obrigação de promover a solidariedade cosmopolita e a uma postura de respeito perante as ações e seres não-humanos, atuais e futuros. Longe de vermos o desaparecimento de valores universais, talvez esta seja a primeira vez na história da humanidade em que esses valores apresentam um verdadeiro ponto de apoio”. In GIDDENS, Anthony. *Para Além da Esquerda e da Direita: o futuro da política radical*. Tradução de Álvaro Hattner. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1996. p. 285-286.

²¹² CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 1438.

Dessa forma, todo legislador, fruto de qualquer composição de forças políticas, quando do desempenho de sua função legiferante, estaria vinculado a observar aqueles valores e aquelas opções políticas fundamentais inseridas nos textos constitucionais.

Nesse sentido, ZAGREBELSKY afirma que

As Constituições contemporâneas almejam remediar estes efeitos destrutivos do ordenamento jurídico mediante a previsão de um direito mais alto, dotado de força obrigatória inclusive para o legislador. O objetivo é condicionar e, por tanto, conter, orientando-os, os desdobramentos contraditórios da produção do direito, gerados pela heterogeneidade e ocasionalidade das pressões sociais que se exercem sobre o mesmo.²¹⁴

Assim, a norma jurídica passaria a ser objeto de medida, a partir do texto constitucional permeado de conteúdo axiológico,²¹⁵ e sua validade estaria condicionada à observância não só de critérios constitucionais formais referentes à sua produção legislativa mas também, e especialmente, de critérios materiais, relativos a seu conteúdo.

Sobre o tema, assevera DUARTE:

O constitucionalismo de conteúdos, constitucionalismo de direitos, resultante desta dinamicidade e complexidade das relações

²¹⁴ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*: p.29.

²¹⁵ Ao analisar a compreensão dos juristas contemporâneos acerca deste fenômeno, BONAVIDES se refere “às tendências axiológicas de compreensão do fenômeno constitucional, cada vez mais atado à consideração dos valores e à fundamentação do ordenamento jurídico, conjugando, assim, em bases axiológicas, a Lei com o Direito, ao contrário do que costumavam fazer os clássicos do positivismo, preconceituosamente adversos à juridicidade dos princípios e, por isso mesmo, abraçados, por inteiro, a uma perspectiva lastimavelmente empobrecedora da teoria sobre a normatividade do Direito”. In BONAVIDADES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. p. 266.

²¹⁷ DUARTE, Écio Oto Ramos. *Teoria do Discurso e Correção Normativa do Direito: Aproximação à metodologia discursiva do direito*. 2. ed. São Paulo: Landy Editora, 2004. p.59. No mesmo sentido, PECES-BARBA afirma que: “El sometimiento del poder al Derecho tiene en el Estado constitucional una doble vertiente, la formal e la material. En la primera, el poder no puede mandar más que el ámbito autorizado para ello, y siempre debe haber una habitación jurídica para saber ¿quién manda? y ¿ como se manda? En la segunda, los contenidos de ética pública incorporados a la Constitución, en forma de valores, de principios y de derechos, limita a posibilidad de mandar del poder en el legislativo ordinario, y en el poder reglamentario”. In PECES-BARBA MARTINEZ, Gregorio. *Derechos Sociales y Positivismos Jurídico*: escritos de filosofía jurídica y política. Madrid: Dykinson, 1999. 102.

estabelecidas pela relação entre direito e moral, produz uma mudança de qualidade nas condições de validade das leis. Esta (lei) já não é assimilável, redutível, à mera existência das mesmas; não é consequência, simplesmente, do seguimento dos processos formais de elaboração parlamentar, senão somente o fruto da coerência com aqueles imperativos de ordem substancial.²¹⁷

Por sua vez, a própria Constituição não mais poderia ser compreendida, como pretendiam os positivistas,²¹⁸ como um simples diploma normativo; dotado de supremacia, mas, ainda assim, um simples diploma normativo. Ao contrário, deveria ser entendida especialmente como a “positivação dos valores jurídicos radicados na consciência jurídica geral da comunidade”.²²⁰

Posta a questão nesses termos, as Teorias Neoconstitucionalistas acabam por concluir pela existência, nos textos constitucionais, de valores e opções políticas fundamentais, as quais necessariamente condicionariam toda atividade de realização do Direito no interior de determinado Ordenamento Jurídico.

Não obstante a coerência do argumento posto e a nitidez da constatação de que efetivamente há um conteúdo axiológico inerente às cartas constitucionais contemporâneas, somente se alcançaria o objetivo perseguido pelos neoconstitucionalistas, no sentido de permitir que a ordem jurídica fosse compreendida a partir das opções constitucionais e por estas contida, com a criação de instrumentos jurídicos eficazes para a garantia da observância de tais valores e opções fundamentais.

Sobre o tema, BONAVIDES adverte que

A tarefa medular do Estado social contemporâneo nos sistemas políticos instáveis não é unicamente fazer a Constituição, mas cumpri-la, depois de reconhecer-lhe a legitimidade. Constituição

²¹⁸“A Constituição do positivismo é, em primeiro lugar, conceito formal, norma que se explica por seu conteúdo nominal, por sua rigidez, vazada por escrito, mais hermética que aberta à presença da realidade circunjacente, exterior, em si mesma, à própria realidade, que ela organiza e regula juridicamente”. In BONAVIDADES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. p. 172.

²²⁰ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. p. 1439.

²²² BONAVIDADES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. p. 172.

carente de legitimidade é Constituição que colide com as exigências e os imperativos da ordem econômica, política e social. Constituição desatualizada com a sociedade, *ipso facto*, Constituição sem “juridicidade”, Constituição do texto e não da realidade, da forma e não do Direito.²²²

A pedra fundamental para que se delineassem e desenvolvessem tais instrumentos foi a consolidação da idéia de normatividade das cartas constitucionais.

2.2.3 A normatividade das cartas constitucionais

Outro elemento estrutural das construções teóricas juspositivistas, que é objeto de crítica pelos defensores da doutrina neoconstitucionalista do Direito, é a afirmação da primazia da Lei posta pelo Estado como Fonte do Direito.

Como já exposto, o papel protagonista reservado à legislação dentre as Fontes do Direito²²³ decorreu, em grande medida, da influência exercida nas concepções vigentes acerca do conhecimento e da aplicação do Direito pelas teorias políticas dominantes em dois momentos históricos específicos: o primeiro, representado pelo surgimento e a da consolidação do Estado Moderno europeu; e o segundo, pelo triunfo da concepção liberal de Estado com a Revolução Francesa.²²⁴

A partir de tais influências políticas, consolidou-se, na Teoria do Direito, de forma generalizada, a concepção de que o Direito, em regra, derivaria da Lei abstrata e genérica posta pelo Estado; as Constituições que então surgiam representariam, de fato, um documento político sem carga normativa significativa.

Nesse sentido, CRUZ afirma que

²²³ Sobre a primazia da Lei como Fonte do Direito, v. item 1.2.3. p. 38-43.

²²⁴ Acerca dos referidos momentos históricos, remete-se ao já tratado no item 2.1.1. p. 63-70.

²²⁶ CRUZ, Paulo Márcio. *Fundamentos do Direito Constitucional*. Curitiba: Juruá Editora, 2002. p. 34. No mesmo sentido, BARROSO assevera que “Uma das grandes mudanças de paradigma ocorridas ao longo do século XX foi a atribuição à norma constitucional do *status* de norma jurídica. Superou-se, assim, o modelo que vigorou na Europa até meados do século passado, no qual a Constituição era vista como um documento essencialmente político, um convite à atuação dos Poderes Públicos”. In BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: O triunfo tardio do Direito Constitucional No Brasil*. Teresinha, 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>>. Acesso em: 19 de abril de 2006.

Os documentos jurídicos que acompanham o aparecimento do regime constitucional – Declaração de Direitos, Constituições, Estatutos – continham, em grande parte, proclamações ideológicas e programas de governos. Naquele momento de ruptura com o Antigo Regime, os textos que refletem o novo constitucionalismo pretenderam, acima de tudo, expressar os princípios através dos quais seria regida a nova comunidade política. A leitura destes documentos mostra que, na realidade, pretendiam orientar os poderes públicos, muito mais do que criar normas cujo cumprimento fosse efetivamente exigível através de um sistema de garantias *stricto sensu*.²²⁶

Posta a questão das Fontes do Direito nessas bases, enquanto a Lei serviria como instrumento de controle e organização social, as Constituições representariam repositórios de proposições e aspirações políticas. Em outros termos, as Constituições modernas se reduziram a simples cartas de intenções políticas e careceriam, assim, de normatividade.

Oportunamente, impõe-se afirmar que, no presente trabalho, entende-se por normatividade a condição atribuída a determinado enunciado de servir como padrão de conduta e comportamento exigível de forma cogente.²²⁷

Deve-se registrar que tal compreensão, que negava aos enunciados constitucionais o caráter estrito de norma jurídica, além das influências políticas já destacadas, encontrou amparo no discurso cientificista das teorias juspositivistas.

Como visto, o Positivismo Jurídico buscava a redução do fenômeno jurídico ao Direito posto pelo Estado e à atividade de dedução silogística das soluções de controvérsias acerca do Direito a partir de um sistema de conceitos normativos estabelecidos por critérios de autoridade estatal. Tal concepção do Direito enfrentava dificuldades significativas diante da multivocidade dos signos da linguagem que compõem os enunciados das normas jurídicas.

²²⁷ Para CANTOTILHO, normatividade “é o efeito global da norma num determinado processo de concretização. O efeito normativo pressupõe a realização da norma constitucional através de sua aplicação-concretização aos problemas carecidos de decisão. A normatividade não é uma “qualidade” da norma; é o efeito do procedimento metódico de concretização. CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. p. 1202.

Essas dificuldades, com muito esforço e nem sempre de forma satisfatória, eram em parte contornadas pelas então chamadas teorias da interpretação do Direito.²²⁸ Tais teorias, todavia, ao serem transportadas para a hermenêutica constitucional enfrentavam obstáculos que não conseguiam superar. Explica-se: conforme já abordado no item anterior, em decorrência da elevada carga axiológica, da indeterminação e da abstração dos enunciados constitucionais, qualquer tentativa de conhecimento objetivo e avalorativo e de aplicação formalista das cartas políticas se revelava empreitada inútil.

Em consonância com o acima exposto, BARROSO afirma que

a natureza da linguagem constitucional, própria à veiculação de normas principiológicas e esquemáticas, faz com que estas apresentem maior abertura, maior grau de abstração e, conseqüentemente, menor densidade jurídica. Conceitos como os de igualdade, moralidade, função social da propriedade, justiça social, bem comum, dignidade da pessoa humana, dentre outros, conferem ao intérprete um significativo espaço de discricionariedade.²³¹

Outra não é posição de BONAVIDES, para quem

A interpretação das normas constitucionais, pelo caráter político que se revestem em razão de seu conteúdo, se aparta, em importantíssimo ponto, da metodologia empregada para a fixação do sentido e alcance das outras normas jurídicas, cuja interpretação se move em um círculo menos sujeito a incertezas e dificuldades como aquelas que aparecem tocante à norma constitucional.²³²

Assim, diante de sua manifesta inadequação para lidar com os enunciados constitucionais compreendidos como normas jurídicas, a saída encontrada pelas propostas juspositivistas para manutenção da coerência de seu

²²⁸ Sobre o tema, v. item 1.2.6, p. 59-64.

²³¹ BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 107-108.

²³² BONAVIDADES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. p. 130.

argumento foi a de negar normatividade a determinadas disposições constitucionais,²³³ transferindo ao legislador a primazia do exercício do poder de estabelecer normas jurídicas.

Atentas a tais insuficiências das Teorias Positivistas, as Teorias Neoconstitucionalistas do Direito buscam promover um deslocamento de perspectiva para, então, afastando-se da dominante concepção de primazia da Lei, reconhecer uma primazia da Constituição dentre as chamadas Fontes do Direito;²³⁴ para tanto, como pedra de toque, os neoconstitucionalistas reivindicam o reconhecimento da normatividade das cartas constitucionais.

Assim, as cartas constitucionais passam a ser compreendidas como um conjunto sistêmico de normas jurídicas, tão cogentes e imperativas quanto as demais normas de dado ordenamento; não obstante, diferenciadas destas materialmente, ante seu conteúdo de forte acento axiológico, e formalmente, ante sua posição de preponderância dentro do ordenamento jurídico como um todo considerado.²³⁵

No que se refere ao primeiro elemento diferenciador, deve-se repisar que as normas constitucionais são compreendidas pelas Teorias Neoconstitucionalistas como vetores dos diversos valores integrantes do patrimônio moral de determinada comunidade e, como tais, deverão ser interpretadas de forma a propiciar, na maior medida possível, a realização simultânea desses valores, a fim de permitir a coexistência de interesses e projetos de vida plurais e, muitas vezes, contraditórios.

²³³ Neste sentido, SCHIER, Paulo Ricardo. *Novos Desafios da Filtragem Constitucional no Momento do Neoconstitucionalismo*. Bahia, 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>> . Acesso em: 23 de maio de 2006.

²³⁴ Com a utilização do termo fonte do direito, não se busca aqui a idéia de fato social reconhecido em determinado ordenamento jurídico como idôneo à produção normativa, como anteriormente expresso (v. item 1.2.3). Como destaca ZAGREBELSKY, em uma concepção neoconstitucionalista, a primazia constitucional não deve ser compreendida como “[...] centro del que todo derivaba por irradiación a través de la soberanía del Estado em que se apoyaba, sino como centro sobre el que todo debe converger; más bien como um centro a alcançar que como centro de partir”. In ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. p.14.

²³⁵ Assim, destaca SANCHIS; “El núcleo del constitucionalismo consiste em haber concebido una norma suprema, fuente directa de derechos y obligaciones, inmediatamente aplicable por todos los operadores jurídicos, capaz de imponerse frente a cualquier otra norma y, sobre todo, con un contenido preceptivo verdaderamente exuberante de valores, principios y derechos fundamentales, [...]” In SANCHIS, Luis Pietro. *Ley, Principios, Derechos*. p. 35.

Acerca do tema, ZAGREBELSKY afirma que

Atualmente parece dominar a aspiração a algo que é conceitualmente impossível, mas altamente desejável na prática: não a prevalência de um só valor e de um só princípio, mas a salvaguarda de vários simultaneamente. O imperativo teórico de não contradição – válido para a *scientia juris* – não deveria obstaculizar a tarefa, própria da *jurisprudencia*, de intentar realizar *positivamente* a “concordância prática” das diversidades e inclusive das contradições que, ainda que assim sejam na teoria, não por isso deixam de ser desejáveis na prática.²³⁶

No que tange ao segundo elemento, as Teorias Neoconstitucionalistas alçam à posição de condição *sine qua non* para a realização de sua proposta teórica para o Direito a necessidade de existência de um sistema eficaz de controle de constitucionalidade das leis e dos atos administrativos, de modo a garantir a supremacia da Constituição no interior do ordenamento jurídico.²³⁷

Diante desse cenário, uma vez apresentado o cerne da crítica neoconstitucionalista, é possível perceber que nem todas as nuances das Teorias Positivistas do Direito foram rechaçadas de plano pela proposta justeorética em questão. Nesse sentido, não constituiria erro a assertiva de que se operou uma recepção (relativa) de algumas idéias juspositivistas pelas Teorias Neoconstitucionalistas do Direito. Tal tema, por sua relevância ao objeto do presente trabalho, demanda tratamento mais detido.

2.3 A INCORPORAÇÃO (RELATIVA) DA IDÉIA POSITIVISTA DE ORDENAMENTO JURÍDICO NO DESENVOLVIMENTO DAS CONCEPÇÕES NEOCONSTITUCIONALISTAS DO DIREITO

Não obstante as críticas descortinadas no item anterior, nem todos os elementos teóricos indicados no presente trabalho como caracterizadores da forma positivista de compreender o Direito foram rechaçados de forma

²³⁶ In ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. p.16.

²³⁷ Neste sentido, SANCHIS assevera que “[...] es corriente leer que el rasgo definitorio del Estado constitucional es precisamente la existencia de un procedimiento efectivo de control de constitucionalidad de las leyes o, mas ampliamente, de control sobre el poder en general.” In SANCHIS, Luis Pietro. *Ley, Principios, Derechos*. p. 35.

peremptória pelas teorias neoconstitucionalistas; pelo contrário. Ressalvando-se as matizações necessárias, torna-se possível afirmar que parte significativa do argumento juspositivista foi incorporada pelos neoconstitucionalistas na construção de suas propostas para o Direito.²³⁸

Em relação às noções juspositivistas de norma jurídica como um comando e de coercitividade inerente ao Direito, ainda que essas não tenham sido objeto de um tratamento mais profundo pelas Teorias Neoconstitucionalistas, é possível se falar em uma recepção implícita ao ideário neoconstitucionalista a partir da análise sistemática de alguns argumentos sustentados, especialmente no tocante ao reconhecimento da normatividade do texto constitucional, que, evidentemente, pressupõe a idéia de coercitividade, e pela manutenção do ideal de ordenamento jurídico positivista, com seus imperativos de conduta, como se verá no desenvolvimento do presente item.

BARROSO, ao comentar a insuficiência do modelo teórico juspositivista para a compreensão e realização do fenômeno jurídico assevera que:

O Direito, a partir da segunda metade do século XX, já não mais cabia no positivismo jurídico. A aproximação quase absoluta entre Direito e norma e sua rígida separação da ética não correspondiam ao estágio do processo civilizatório e às ambições dos que patrocinavam a causa da humanidade. Por outro lado, o discurso científico impregnara o Direito. Seus operadores não desejavam o retorno puro e simples ao jusnaturalismo, aos fundamentos vagos, abstratos ou metafísicos de uma razão subjetiva. Nesse contexto, o pós-positivismo não surge com o ímpeto de desconstrução, mas como uma superação do conhecimento convencional. Ele inicia sua trajetória guardando deferência relativa ao ordenamento positivo, mas nele reintroduzindo as idéias de justiça e legitimidade.²⁴⁰

²³⁸ Neste sentido, CASAMIGLIA afirma que “En un cierto sentido la teoria jurídica actual se puede denominar postpositivista precisamente porque muchas de las enseñanzas del positivismo han sido aceptadas y hoy todos em un cierto sentido somos positivistas”. In CALSAMIGLIA, Albert. *Postpositivismo*. Alicante, 2000. Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/23582844322570740087891/index.htm>>. Acesso em 15 de maio de 2006.

²⁴⁰ BARROSO, Luis Roberto (organizador). *A Nova Interpretação Constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 28.

No mesmo sentido, MÜLLER, ao discorrer sobre a tarefa de se construir uma concepção sistematicamente pós-positivista, expõe que:

Parece mais correto não regredir nesse esforço para aquém do positivismo, não deixar de atingir o seu padrão de tecnicidade. Trata-se de retomar o que foi reprimido por ele e elaborar o assim retomado de forma generalizável na Dogmática, Metódica e Teoria. Os objetivos do positivismo de cientificar na medida do possível a Ciência Jurídica e de elaborar uma dogmática racional não merecem ser esquecidos em benefício de exigências menores de racionalidade e honestidade.²⁴¹

Assim, a idéia de ordenamento jurídico e seus consectários seguramente restou incorporada com intensidade (ainda que de forma relativa) às propostas teóricas formuladas pelos neoconstitucionalistas.

2.3.1 O ordenamento jurídico como sistema

Como já exposto,²⁴³ construída a partir da redução do fenômeno jurídico ao sistema de normas jurídicas, a Teoria do Ordenamento assumiu posição central na edificação do pensamento juspositivista. Os teóricos positivistas, relevando-se variações inevitáveis de abordagem, compreendiam o Direito como um sistema de normas unitário, completo e coerente, por meio do qual seria possível a solução dos conflitos de interesses que porventura se manifestassem no meio social.

Novamente pertinente é a lição de MÜLLER:

[...] o positivismo pensa axiomáticamente e quer conceber as codificações como um sistema fechado, ao qual devem caber a unidade bem como a coerência, entendida no sentido da completude bem como no de ausência de contradições. Procede pela dedução lógica a partir da totalidade sem lacunas do sistema legal. A aplicação do direito não deve constituir nada mais. Ao direito racional

²⁴¹ MÜLLER, Frederich. *Métodos de Trabalho do Direito Constitucional*. Tradução de Peter Naumann. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 160-161.

²⁴³ Ver 1.2.5, p. 60.

²⁴⁵ MÜLLER, Frederich. *Métodos de Trabalho do Direito Constitucional*. p. 156.

todo e qualquer comportamento humano em sociedade se afigurara normatizável e antecipável.²⁴⁵

Por certo, as virtudes dessa construção teórica, sobretudo quando o valor em consideração é a segurança jurídica, são incontestáveis. E assim, mesmo com a viragem justeorética do pós-guerra, essa percepção sistemática e unitária do conjunto de normas integrantes do patrimônio jurídico de uma comunidade manteve-se a salvo de críticas mais contundentes, sendo incorporada, com as adaptações necessárias, ao argumento neoconstitucionalista.²⁴⁶

Nesse diapasão, pode-se afirmar que a compreensão positivista do ordenamento jurídico como um sistema, ou seja, como “um todo funcional composto por partes relacionadas entre si e articuladas de acordo com um princípio comum”,²⁴⁷ herdada das grandes codificações europeias, é mantida em seu cerne pelos neoconstitucionalistas; todavia, com uma modificação essencial: este sistema deixa de ser hermético ou fechado, limitado às normas do Direito e imune a qualquer elemento estranho, e passa a ser permeável ou aberto,²⁴⁸ admitindo influências da Moral e da Política, fenômenos sociais carreados para o interior do ordenamento jurídico a partir da carta constitucional e de suas normas principiológicas.

LARENZ, nesse sentido, conclui que

²⁴⁶ A relevância da compreensão sistemática e unitária do ordenamento jurídico e a sua forma de incorporação ao discurso neoconstitucionalista, com as matizações pertinentes, é percebida com nitidez em AGILÓ. Para o aludido autor, o Direito pode ser compreendido sob três prismas (dimensões): a dimensão de poder, a dimensão diretiva e a dimensão de justificação. Ponderando as três formas de manifestação do fenômeno jurídico, o AGILÓ reconhece que a dimensão diretiva do Direito [ou seja, aquela que concebe o fenômeno jurídico como um conjunto unitário de normas reguladoras ou como um conjunto unitário de deveres] “teiene un ‘peso gravitacional’ superior a las otras dos. [...] en general puede decirse que tanto la dimensión de poder como la dimensión justificativa cumplen una función subordinada a la dimensión directiva”. In AGILÓ REGLA. Josep. *Teoría General de las Fuentes del Derecho (y del orden jurídico)*. Barcelona: Editorial Ariel, 2000. p. 162-163.

²⁴⁷ GUERRA FILHO, Santiago Willis. *Teoria da Ciência Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 31.

²⁴⁸ Por abertura do sistema, entende-se, conforme CANARIS, “a incompletude, a capacidade de evolução e a modificabilidade do sistema”. In CANARIS, Claus-Wilhelm. *O Pensamento Sistemático e o Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. Tradução de A. Menezes Cordeiro. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbekian, 1996. p. 104.

²⁵⁰ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Tradução de José Lamego. 3. ed. Lisboa: fundação Calouste Gulbekian, 1997. p. 241.

[...]para a ciência do Direito como também para a filosofia “prática” (quer dizer, a ética e a filosofia do Direito), a única espécie de sistema ainda possível é o sistema “aberto” e, até um certo grau, “móvel” em si, que nunca está completo e pode ser continuamente posto em questão, que torna clara a “racionalidade intrínseca”, os valores directivos e os princípios do Direito.²⁵⁰

Como já afirmado,²⁵¹ as cartas constitucionais do período pós-bélico passaram a desempenhar a função de repositório de valores e opções políticas fundamentais das comunidades contemporâneas. Tais valores e opções políticas fundamentais, inseridas nas normas constitucionais, expressariam o chamado “consenso mínimo” da sociedade, seu cerne moral e político. Essa construção não é nova, tampouco pode ser tributada às Teorias Neoconstitucionalistas do Direito. A compreensão de que as cartas constitucionais, por essência, contêm opções políticas e proclamações ideológicas já se fazia sentir com os primeiros momentos do surgimento do regime constitucional.²⁵²

A contribuição teórica que pode sim ser atribuída às concepções neoconstitucionalistas, especialmente a partir do reconhecimento da normatividade das cartas constitucionais,²⁵³ é a de que, mais do que representarem a reserva axiológica e política de certo grupamento social, os valores e as opções fundamentais reconhecidos pela Constituição devem ser vistos como elementos condicionantes do funcionamento de todo o ordenamento jurídico, especialmente a partir da leitura das normas integrantes deste ordenamento sob as luzes que lhes lançam os valores e as opções fundamentais constitucionalmente reconhecidos.

GUASTINI identifica tal fenômeno com o processo que indicaria

a

²⁵¹ V. 1.2.5, p. 83-84.

²⁵² CRUZ, Paulo Márcio. *Fundamentos do Direito Constitucional*. Curitiba: Juruá Editora, 2002. p. 34.

²⁵³ Sobre o tema, v. 2.2.3.

²⁵⁶ GUASTINI, Ricardo. *La “Constitucionalización” del Ordenamiento Jurídico: el caso italiano*. Tradução de José María Lujambio. In *Neoconstitucionalismo(s)*. CARBONELL, Miguel (organizador). 2 ed. Madri: Editorial Trotta, 2005. p.49.

[...] transformação de um ordenamento ao término da qual o ordenamento em questão resulta totalmente ‘impregnado’ pelas normas constitucionais, onde a Constituição se revela extremamente invasora, intrometida [...], capaz de condicionar tanto a legislação como a jurisprudência e a doutrina, a ação dos atores políticos, assim como as relações sociais.²⁵⁶

Tal fenômeno é tratado, por alguns autores, como “Constitucionalização do Direito”, por outros, como “Filtragem Constitucional”.²⁵⁷

2.3.2 A unidade sistemática do ordenamento jurídico

Da mesma forma que a idéia de sistema, a idéia de unidade inerente a tal sistema igualmente foi mantida, apesar das críticas que lhe foram dirigidas,²⁵⁸ íntegra pelas Teorias Neoconstitucionalistas, não obstante a mudança de tratamento empreendida em relação aos moldes anteriormente impostos pelas correntes de pensamento juspositivistas.

A concepção de unidade formal do ordenamento jurídico, como “uma qualidade do sistema científico referido ao direito positivo”,²⁵⁹ nos moldes positivistas, é substituída por uma idéia de unidade material, obtida através da influência sobre o sistema de uma mesma ordem de valores que permeia o Ordenamento Jurídico, e, em última análise, toda a pluralidade de interesses de um mesmo grupamento social, a partir da carta constitucional.²⁶⁰

Assim, perde força a compreensão do fenômeno jurídico como simples ato de poder; a unidade do ordenamento jurídico decorre da influência de valores superiores e relativamente consensuais.

²⁵⁷No primeiro sentido, CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p. 45. No segundo, SCHIER, Paulo Ricardo. *Filtragem Constitucional: Construindo uma nova dogmática jurídica*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999.145-146.

²⁵⁸MÜLLER se refere à Escola do Direito Livre, à Jurisprudência dos Interesses e à Ciência Jurídica de orientação sociológica como tradicionais opositores ao dogma unitarista do sistema jurídico. In MÜLLER, Frederich. *Métodos de Trabalho do Direito Constitucional*. Tradução de Peter Naumann. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 156.

²⁵⁹MÜLLER, Frederich. *Métodos de Trabalho do Direito Constitucional*. p. 165.

²⁶⁰Neste sentido, SANCHIS, Luis Pietro. *Ley, Principios, Derechos*. Editorial Dykinson: Madrid, 1998. p. 36.

Neste sentido, sustenta AGILÓ que

[...] os enunciados jurídicos não são somente aqueles que são um resultado de atos de poder realizados por autoridades; o Direito se “fecha (unifica)” por cima, através de um expediente tipicamente axiológico: a idéia de coerência ou unidade valorativa é o critério central para a identificação dos enunciados jurídicos. O caráter jurídico de um enunciado não pode se emancipar de sua índole moral.²⁶¹

Dessa forma, a unidade do Ordenamento Jurídico que, sob o império das correntes de pensamento positivistas, era garantida pelo hermetismo do sistema a influências estranhas ao fenômeno jurídico, passa a ser realizada, pelo prisma neoconstitucionalista, pelos valores plurais inseridos na carta constitucional.²⁶²

2.3.3 O dogma completude do ordenamento jurídico

O dogma da completude, e, por conseguinte, seu corolário da ausência de lacunas na lei, deve sua consagração, nas concepções positivistas do Direito, à aceitação do ideal de plenitude lógica do ordenamento.²⁶³ Segundo os positivistas, diante de uma hipótese não disciplinada por uma norma, ter-se-ia uma situação de regulamentação negativa (permissão) ou de um fato irrelevante e alheio à esfera jurídica (vazio jurídico).²⁶⁴ Valendo-se de tais construções teóricas, o pensamento juspositivista garantiu, por abstração, o fechamento do sistema que propunha, sustentando a tese de que todo e qualquer fato socialmente relevante estaria normatizado; a ausência de normatização positiva induziria a uma

²⁶¹ AGILÓ REGLA, Josep. *Teoría General de las Fuentes del Derecho (y del orden jurídico)*. Barcelona: Editorial Ariel, 2000. p. 197.

²⁶² Esta é a posição, por exemplo, de ZAGREBELSKY, para quem “Como la unidad del ordenamiento ya no es un dado del que pueda simplemente tomarse nota, sino que ha convertido em un difícil problema, la antigua exigencia de someter la actividad del ejecutivo y de los jueces a reglas generales y estables se extiende hasta alcanzar a la propia actividad del legislador. He aquí, entonces, la oportunidad de cifrar dicha unidad em un conjunto de principios y valores constitucionales superiores sobre que, a pesar de todo, existe um consenso social suficientemente amplio.” In ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: Ley, derechos, justicia*. 5. ed. Editorial Trota: Madrid, 2003. p.16.

²⁶³ Neste sentido, LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Tradução de José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1997. p. 522.

²⁶⁴ Ver. 1.2.5. p.66-67.

regulamentação negativa, ou à indiferença do Direito em relação ao fato em questão.

Exposto nesses moldes, o dogma da completude do ordenamento mostra-se como um recurso retórico eficiente para sustentação da tese de fechamento lógico do sistema jurídico.

Todavia, tal impressão liminar de solidez e eficiência teórica do argumento positivista se altera substancialmente quando a leitura do dogma da completude é feita levando-se em conta que a realização do Direito (então identificado como conjunto de normas postas), por demandar a determinação de significado dos signos da linguagem por meio da qual se expressa, impõe o desenvolvimento de uma atividade interpretativa.

Considerando-se o ordenamento jurídico, na concepção juspositivista, como pleno em normativas, as quais esgotariam todo o universo de possíveis relações e comportamentos humanos relevantes para Direito, caso o jurista se deparasse com uma questão em que a premissa fática não encontrasse subsunção clara em nenhuma das normas integrantes do ordenamento, deveria recorrer às técnicas de interpretação²⁶⁵ para determinar o real sentido das possíveis normas aplicáveis à espécie e, assim, após atingir o correto entendimento dos textos legais, alcançar a solução concreta para o problema jurídico posto.

Admitida a idéia acima, seus consectários abalam o cerne do dogma da completude.

Explica-se: a multivocidade inerente ao texto das normas e o necessário ingrediente voluntarista existente na opção dos juristas por um ou outro sentido possível desse texto evidenciam que, algumas vezes, os cânones da interpretação positivista não são suficientes para possibilitar a extração, a partir do ordenamento “pleno”, da norma única aplicável à determinada questão. Tal

²⁶⁵ Segundo FERRAZ JÚNIOR, com tais técnicas se busca “orientação para os problemas de decidibilidade dos conflitos. Estes problemas são de ordem sintática, semântica e pragmática.” Ao enumerar as variações de técnicas hermenêuticas, o citado autor alude à seguintes formas de interpretação: gramatical, lógica, sistemática, histórica, sociológica, evolutiva, teleológica e axiológica. In FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão e dominação*. São Paulo: Editora Atlas, 1988. p. 260-264.

percepção é reforçada pela constatação das severas dificuldades enfrentadas pelos operadores do Direito para “encontrar”, no interior de seu ordenamento “pleno”, a norma jurídica preexistente aplicável a casos não-paradigmáticos.

Como se percebe, caso submetida a uma análise teórica mais detida, a construção positivista da completude do ordenamento não se assenta com a solidez que inicialmente a simplicidade do argumento induzia.

As constatações acima apresentadas acabaram por levar alguns teóricos positivistas, como HART,²⁶⁶ a reconhecer que, ante a insuficiência dos cânones da interpretação para eliminar todas as incertezas do Direito, há casos em que a pluralidade de normas aplicáveis, ou mesmo a inexistência de normas aplicáveis, impõem o reconhecimento de que, em hipóteses excepcionais, a solução jurídica deriva da discricionariedade do juiz.

Nesse sentido, DWORKIN, ao abordar justamente a questão dos casos não paradigmáticos, afirma

O positivismo jurídico fornece uma teoria dos casos difíceis. Quando uma ação judicial específica não pode ser submetida a uma regra de direito clara, estabelecida de antemão por alguma instituição, o juiz tem, segundo tal teoria, o ‘poder discricionário’ para decidir o caso de uma maneira ou de outra. Sua opinião é redigida em uma linguagem que parece supor que uma ou outra das partes tinha direito preexistente de ganhar a causa, mas tal idéia não passa de uma ficção.²⁶⁷

Todavia, se assim o é, comprometido está um ponto teórico especialmente caro aos positivistas: a afirmação da racionalidade do Direito.

Se a racionalidade do Direito era assegurada pela lógica interna do sistema jurídico, na qual o dogma da completude do ordenamento posto pelo legislador era um dos elementos teóricos estratégicos de fechamento, o reconhecimento de que nem sempre é possível se encontrar dentro do ordenamento “uma solução” ou “a única solução” normativa aplicável a uma questão,

²⁶⁶ Ver 1.2.6. p. 69-70

²⁶⁷ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 127.

especialmente nos casos não-paradigmáticos, induz alguns autores a afirmar que o arcabouço teórico positivista, em determinados casos, serve tão-somente como pano de fundo em que se legitimam decisões derivadas de um voluntarismo jurisdicional incontrolável racionalmente pela lógica desse mesmo sistema.

Sem anuir com a posição expressamente, DWORKIN atribui tal postura aos autores realistas e ao chamado movimento do Estudo Crítico do Direito. Afirma o jusfilósofo norte-americano:

Alguns juristas acadêmicos extraem conclusões especialmente radicais da sofisticada versão do ponto de vista como simples questão de fato. Afirmam que as decisões institucionais do passado não somente as vezes, mas quase sempre, são vagas, ambíguas e incompletas e, com freqüência, também incompatíveis ou mesmo incoerentes. Concluem que realmente nunca existe direito relativo a nenhum tópico ou questão, mas somente retórica que os juízes utilizam para mascarar decisões que, na verdade, são ditadas por preferências ideológicas ou de classe.²⁶⁸

É justamente nessa fissura da construção juspositivista que as Teorias Neoconstitucionalistas vão inserir sua crítica e buscar a superação do modelo dominante.

Afastam os neoconstitucionalistas o dogma da completude do ordenamento. Assim, reconhecem que, em determinados casos, a declaração da solução jurídica de uma questão posta deriva de uma escolha, por certo influenciada pelos valores morais e pelas opções políticas daquele que a realiza, e não de uma simples descoberta.

Em decorrência de tal reconhecimento, uma vez que a lógica formal do ordenamento e os procedimentos silogísticos de aplicação do Direito a um caso concreto não mais são compreendidos como suficientes para garantir a racionalidade do fenômeno jurídico, essa racionalidade deve ser controlada a partir da justificação da escolha realizada na decisão judicial. Os motivos que fundamentam tal escolha, inclusive os de ordem moral e política, devem ser

²⁶⁸ DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 13.

explicitados por meio de argumentos, a fim de que se possa avaliar a sua adequação à questão apresentada.

Posta nesses termos, a racionalidade do Direito, antes garantida na concepção teórica juspositivista pela idéia de sistema vinculante de normas postas pelo legislador, em si unitário, fechado e pleno, passa a ser na concepção neoconstitucionalista controlada pela análise dos argumentos (jurídicos, morais e políticos) utilizados na justificação das escolhas efetuadas para se alcançar determinada solução.²⁶⁹

2.3.4 O dogma da coerência do ordenamento jurídico

De todos os elementos teóricos analisados no presente item, o dogma da coerência talvez seja a idéia estratégica que sofreu maior desfiguração quando da incorporação da teoria do ordenamento jurídico desenvolvida pelos positivistas aos discursos neoconstitucionalistas do Direito. Essa desfiguração, deve-se ressaltar, mais do que decorrente de qualquer crítica direta dirigida à idéia de que o sistema jurídico seria livre de antinomias internas, operou-se como corolário de uma modificação da percepção dominante acerca da extensão conceitual da categoria Norma Jurídica.

Com efeito, a partir do trabalho de Ronald DWORKIN e Robert ALEXY,²⁷⁰ o conceito de norma jurídica passou a ser compreendido, de forma

²⁶⁹ SANCHIS, sobre o tema, afirma que “Bien es cierto que, a cambio, el neoconstitucionalismo implica también una apertura al judicialismo [...] esta fórmula política reclama entre otras cosas una depurada teoría de la argumetación capaz de garantir la racionalidad y de suscitar el consenso en torno a las decisiones judiciales;” SANCHIS, Luiz Prieto. *Neoconstitucionalismo y Poderación Judicial*. In *Neoconstitucionalismo(s)*. CARBONELL, Miguel (organizador). 2. ed. Madri: Editorial Trotta, 2005. p.157. No mesmo sentido, SARMENTO, para quem: “A concepção hermenêutica do normativismo de Kelsen e Hart, embora superior e mais realista do que a advogada pelo positivismo clássico, retira a possibilidade de discussão racional sobre as escolhas dos operadores do direito realizadas dentro da moldura da norma, ou nos ‘casos difíceis’, confinando-as ao decisionismo incontrolável do intérprete ou juiz. A teoria moderna dos princípios vai se insurgir contra estas idéias, pois ela vai insistir na necessidade de não deixar os atos de aplicação do direito fora do âmbito da argumentação racional e do controle social”. In SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 81.

²⁷⁰ SARMENTO atribui a obra *Taking Rights Seriously*, de Ronald DWORKIN, publicada em 1977, a condição de marco fundamental da distinção feita na doutrina contemporânea entre princípios e regras. In SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 83. ATIENZA e MANERO também atribuem a DWORKIN o pioneirismo na discussão acerca dos princípios jurídicos, não obstante apontem como marco inicial um artigo publicado em 1967 pelo jusfilósofo norte-americano, intitulado “¿Es el Derecho un sistema de reglas?” In ATIENZA, Manuel; MANERO, Juan Ruiz. *Las Piezas del Derecho: Teoría de los*

dominante,²⁷¹ como a designação de um gênero amplo, do qual regras e princípios seriam espécies.

A distinção entre regras e princípios será tratada de forma detida no próximo capítulo. Por ora, tão-somente com o fim de garantir coerência ao argumento que se apresenta, acosta-se a lição de DWORKIN, suficientemente esclarecedora para apresentar a divisão conceitual nos limites que o momento demanda:

A diferença entre princípios jurídicos e regras é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão. Mas não é assim que funcionam os princípios [...]. Mesmo aqueles que mais se assemelham a regras não apresentam conseqüências jurídicas que se seguem automaticamente quando as condições são dadas. [...] Esta primeira diferença entre regras e princípios traz consigo uma outra. Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão do peso ou importância. Quando os princípios se inter cruzam [...] aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um.²⁷³

Com tal construção, torna-se admissível a tese de que, no interior do ordenamento jurídico, podem coexistir normas (princípios) conflitantes

enunciados jurídicos. Barcelona: Editorial Ariel, 1996. p. 1. Por sua vez, GUERRA FILHO, ao tempo que reconhece que na teoria do direito anglo-saxão, de um modo geral, quem deu o maior impulso para o reconhecimento da natureza diferenciada dos princípios enquanto normas jurídicas foi Ronald DWORKIN, atribui a Robert ALEXY posição de destaque na recepção desta proposta de superação do Positivismo Jurídico na Alemanha. In GUERRA FILHO, Santiago Willis. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2003. p. 53

²⁷¹ Segundo BARROSO “a conjugação das idéias destes dois autores dominou a teoria jurídica e passou a constituir o conhecimento convencional na matéria”. BARROSO, Luis Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. *O Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro*. In BARROSO, Luis Roberto (organizador). *A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 338.

²⁷³ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 39-42.

entre si, as quais devem ser acomodadas harmonicamente, sem que necessariamente o reconhecimento da validade de uma imponha a conclusão pela invalidade da outra.²⁷⁴

Posta a questão nesses termos, a máxima juspositivista de que não são admitidas antinomias no interior ordenamento jurídico não mais encontra sustentação sólida.

Para o pensamento positivista, o ordenamento jurídico era concebido como um sistema unitário de normas, estas, por sua vez, compreendidas tão-somente como regras, ou seja, como preceitos onde “há uma hipótese fática e a previsão da consequência jurídica de sua ocorrência”.²⁷⁵ Nesse cenário, não se pode negar que se mostrava viável a tese de que eventual conflito de normas seria resolvido no interior do ordenamento pela utilização dos critérios tradicionais para superação de antinomias – *lex superior derogat inferiori; lex posterior derogat priori; lex specialis derogat generali*.

Todavia, a partir do momento que se concebeu a possibilidade de existência de normas jurídicas que não correspondessem ao modelo das regras, ou seja, normas consistentes em enunciados dotados de um maior grau de abstração, vaguidade e, especialmente, com forte acento axiológico, tais critérios tradicionais mostraram-se insuficientes para a solução de eventuais conflitos,²⁷⁶ e o

²⁷⁴ Neste sentido, GUERRA FILHO assevera: “[...]com os princípios tudo se passa de modo diferente, pois eles, na medida em que não disciplinam nenhuma situação jurídica específica, considerados da forma abstrata como se apresentam para nós, no texto constitucional, não entram em choque diretamente, são compatíveis (ou ‘compatibilizáveis’) uns com os outros. Contudo, ao procurarmos solucionar um caso concreto, que não é resolvido de modo satisfatório aplicando-se as regras pertinentes ao mesmo, inquirindo dos princípios envolvidos no caso, logo se percebe que esses princípios se acham em um estado de tensão conflitiva, ou mesmo, em rota de colisão. A decisão tomada, em tais casos, sempre irá privilegiar um (ou alguns) dos princípios, em detrimento de outro (s), embora todos eles se mantenham íntegros em sua validade e apenas diminuídos, circunstancial e pontualmente, em sua eficácia”. In GUERRA FILHO, Santiago Willis. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2003. p. 55

²⁷⁵ GUERRA FILHO, Santiago Willis. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. p. 53

²⁷⁶ Neste sentido, BARCELLOS afirma que: “As antinomias com as quais a hermenêutica tem lidado tradicionalmente não envolvem um conflito axiológico importante ou uma disputa entre opções políticas, isto é, não se cuida de uma oposição de elementos igualmente relevantes para a ordem jurídica. Trata-se, em geral, apenas de um conflito lógico entre enunciados ou ainda de um texto que veiculou de forma não completamente satisfatória o que se pretendia. [...] Diversamente, os conflitos que não podem ser superados pelas técnicas tradicionais refletem em geral um confronto entre valores ou opções políticas decorrentes da própria Constituição como um todo e dos princípios por elas em particular”. In BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 33-34.

dogma da coerência passou a enfrentar questionamentos difíceis de serem superados.

Com a aceitação da duplicidade de espécies de normas jurídicas e, por conseguinte, da possibilidade de conflitos entre normas dentro do ordenamento não solucionáveis pelos critérios tradicionais, como forma de superação das limitações do método juspositivista para composição de antinomias, é inserida no discurso neoconstitucionalista a idéia de ponderação, entendida como “técnica jurídica de solução de conflitos normativos que envolvem valores ou opções políticas em tensão, insuperáveis pelas formas hermenêuticas tradicionais.”²⁷⁷

A técnica da ponderação, junto com outras construções teóricas particulares, passa a integrar o cerne estratégico de um conjunto amplo, e em certa medida difuso, de idéias que restaram reunidas sobre a denominação de Neoconstitucionalismo e serão objeto de tratamento detido no capítulo seguinte.

²⁷⁷ BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional* Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 23. No mesmo sentido, SANCHIS, Luiz Prieto. Neoconstitucionalismo y Poderación Judicial. *In* Neoconstitucionalismo(s). CARBONELL, Miguel (organizador). 2 ed. Madri: Editorial Trotta, 2005. p.137.

CAPÍTULO 3

A TEORIA DO DIREITO E O NEOCONSTITUCIONALISMO

3.1 NEOCONSTITUCIONALISMO: CONCEITUAÇÃO E DELIMITAÇÃO DO TEMA

Expostos os pontos centrais da crítica dirigida ao Positivismo Jurídico, neste momento impõe-se formular um conceito para a categoria Neoconstitucionalismo que, ultrapassando a idéia apresentada em caráter liminar no capítulo anterior,²⁷⁸ delimite, de forma mais precisa, o tema a ser tratado nesta parte final do presente trabalho.

Na forma anteriormente exposta, a idéia de Neoconstitucionalismo foi apresentada vinculada à imagem de um modelo jurídico conformado ao Estado Constitucional.²⁷⁹ Não obstante a singeleza da fórmula empregada, as derivações teóricas, ideológicas e metodológicas do ideário qualificado como neoconstitucionalista são mais amplas e complexas do que inicialmente poderiam parecer.

Assim, faz-se importante uma advertência liminar.

Diversas denominações vêm sendo empregadas no léxico dos juristas para designação desse conjunto, ainda difuso, de idéias que aqui optamos por reunir sob o termo Neoconstitucionalismo. Fala-se, por exemplo, em Pós-Positivismo,²⁸⁰ em Constitucionalismo,²⁸¹ em Constitucionalismo Contemporâneo,²⁸²

²⁷⁸ Ver item 2.1. p. 61. nota 130.

²⁷⁹ Acerca do conceito de Estado Constitucional, ver item 2.1.1, p. 69.

²⁸⁰ CALSAMIGLIA, Albert. *Postpositivismo*. Alicante, 2000. Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/23582844322570740087891/index.htm>>. Acesso em 15 de maio de 2006. BARROSO, Luis Roberto. *Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro: Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo*. In BARROSO, Luis Roberto (organizador). *A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 1-48. SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 78.

²⁸¹ Neste sentido, FIGUEROA, Alfonso Garcia. *La Teoría del Derecho en Tiempos de Constitucionalismo*. In Neoconstitucionalismo(s). CARBONELL, Miguel (organizador). 2. ed. Madri: Editorial Trotta, 2005. p.159-186.

Constitucionalismo Avançado,²⁸³ Constitucionalismo de Direitos,²⁸⁴ em Constitucionalismo de Conteúdos²⁸⁵ e, enfim, em Neoconstitucionalismo.²⁸⁶

Como ponto de toque, todas as denominações acima empregadas buscam designar um movimento justeorético composto por um variado grupo de idéias que surgem como possibilidade de crítica e superação do juspositivismo a partir da releitura do fenômeno jurídico sob influência direta das cartas constitucionais e das notas que lhes são inerentes.

Nesse sentido, SCHIER aponta que:

[...] Parece tratar-se, o “neoconstitucionalismo”, em verdade, de um momento teórico em que os constitucionalistas buscam a superação de modelos jurídicos positivistas e formalistas projetados ao discurso e dogmática constitucionais. Um momento em que se busca soluções mais adequadas para as questões constitucionais diante das insuficientes respostas positivistas. Daí, então, justifica-se o entendimento de não haver sempre convergência entre os diversos modelos do pensamento “neoconstitucionalista”.²⁸⁷

²⁸² A expressão é referida por SANCHIS, Luis Pietro. *Neoconstitucionalismo y Ponderacion Judicial*. In *Neoconstitucionalismo(s)*. CARBONELL, Miguel (organizador). 2. ed. Madri: Editorial Trotta, 2005. p.123.

²⁸³ Termo aludido por SASTRE ARIZA, Santiago. *La Ciência Jurídica ante el Neoconstitucionalismo*. In *Neoconstitucionalismo(s)*. CARBONELL, Miguel (organizador). 2 ed. Madri: Editorial Trotta, 2005. p. 239.

²⁸⁴ DUARTE, Écio Oto Ramos. *Teoria do Discurso e Correção Normativa do Direito: Aproximação à metodologia discursiva do direito*. 2. ed. São Paulo: Landy Editora, 2004. p. 57. SASTRE ARIZA, Santiago. *La Ciência Jurídica ante el Neoconstitucionalismo*. In *Neoconstitucionalismo(s)*. CARBONELL, Miguel (organizador). 2 ed. Madri: Editorial Trotta, 2005. p. 239.

²⁸⁵ DUARTE, Écio Oto Ramos. *Teoria do Discurso e Correção Normativa do Direito*. p. 59.

²⁸⁶ POZZOLO, Suzana. *Un Constitucionalismo Ambiguo*. In *Neoconstitucionalismo(s)*. CARBONELL, Miguel (organizador). 2 ed. Madri: Editorial Trotta, 2005. p.187-210. SASTRE ARIZA, Santiago. *La Ciência Jurídica ante el Neoconstitucionalismo*. In *Neoconstitucionalismo(s)*. CARBONELL, Miguel (organizador). 2 ed. Madri: Editorial Trotta, 2005. p. 239. DUARTE, Écio Oto Ramos. *Teoria do Discurso e Correção Normativa do Direito: Aproximação à metodologia discursiva do direito*. 2 ed. São Paulo: Landy Editora, 2004. p. 41. SANCHIS, Luis Pietro. *Neoconstitucionalismo y Ponderacion Judicial*. In *Neoconstitucionalismo(s)*. CARBONELL, Miguel (organizador). 2. ed. Madri: Editorial Trotta, 2005. p.123. SCHIER, Paulo Ricardo. *Novos Desafios da Filtragem Constitucional no Momento do Neoconstitucionalismo*. Bahia, 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>> . Acesso em: 23 de maio de 2006.

²⁸⁷ SCHIER, Paulo Ricardo. *Novos Desafios da Filtragem Constitucional no Momento do Neoconstitucionalismo*. Bahia, 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>> . Acesso em: 23 de maio de 2006

BARROSO igualmente destaca o caráter difuso e ainda carente de homogeneidade do ideário neoconstitucionalista (tratado pelo autor por pós-positivismo) afirmando que

O pós-positivismo é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada *nova hermenêutica constitucional*, e a teoria dos direitos fundamentais, edificado sob o fundamento da dignidade humana.²⁸⁸

Não obstante a falta de consenso na utilização do termo “Neoconstitucionalismo” e de seus sucedâneos, da análise das definições propostas pelos vários autores já citados, é possível se constatar que ao menos duas idéias, com maior ou menor acento, encontram-se presentes em todos os conceitos estudados: (i) a crítica (e pretensão de superação) ao Positivismo Jurídico; e (ii) uma nova forma de compreensão do fenômeno constitucional.

Nesse sentido, dentre as variadas opções terminológicas apresentadas para designação deste novo modelo jurídico conformado ao Estado Constitucional, duas se mostram aparentemente mais adequadas do que as demais, justamente por realçarem os dois pontos centrais referidos no parágrafo anterior; são elas: Pós-Positivismo e Neoconstitucionalismo.

O primeiro termo tem a virtude de enfatizar a pretensão de crítica e de superação do Positivismo Jurídico, não obstante traga consigo a possibilidade de induzir uma nota de continuidade em relação à teoria jurídica anterior. O segundo, por sua vez, tem o mérito de ressaltar, de imediato e com a intensidade necessária, a influência que a nova forma de compreensão da Constituição exerce sobre o desenvolvimento da proposta justeorética como um todo; todavia, como ponto negativo, pode-se apontar a possibilidade desta sugerir uma espécie de vinculação com a idéia de constitucionalismo moderno,²⁸⁹ por certo

²⁸⁸ BARROSO, Luis Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. *O Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro*. In BARROSO, Luis Roberto (organizador). *A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 336.

²⁸⁹ COMANDUCCI, apontando as diferenças entre constitucionalismo e neoconstitucionalismo, afirma que: “El constitucionalismo no es, sin embargo, relevante como teoría del Derecho: la teoría dominante en el siglo XIX y la primeira mitad del siglo XX es si Duda la positivista, y no me parece que el constitucionalismo haya nunca intentado destronar tal hegemonia com diferente proposta

muito mais próxima do Positivismo Jurídico do que das propostas contemporâneas para o Direito.

Diante desse cenário, opta-se aqui pelo termo Neoconstitucionalismo, por questão de coerência com todo o argumento expedido no capítulo anterior e especialmente por se entender que a crítica e a superação do Positivismo Jurídico é um consectário da nova faceta que se confere ao fenômeno constitucional, não o contrário.

Posta a questão em sua amplitude, por Neoconstitucionalismo, para os fins do presente trabalho, entende-se o conjunto de teorias e ideários que procuram descrever e justificar o sistema jurídico e a atividade de concretização judicial do Direito a partir de um marco político representado pelo advento do Estado Constitucional; de um marco filosófico consistente na busca de uma racionalidade prática e não necessariamente formalista lógico-dedutiva; e do reconhecimento da interação necessária entre as manifestações sociais do Direito, da Política e da Moral no interior da estrutura normativa e institucional de determinado Estado.

A formulação conceitual empreendida, apesar de evitar ambigüidades no discurso e de garantir coerência ao argumento, ainda não é suficiente, por si, para a delimitação adequada do tema.

COMANDUCCI, retomando conhecida distinção de BOBBIO,²⁹⁰ alerta que o termo Neoconstitucionalismo pode ser compreendido como uma ideologia acerca do Direito, como um método vinculado a essa ideologia, ou, finalmente, como uma Teoria do Direito.²⁹¹

Como Teoria, o Neoconstitucionalismo representa uma alternativa à teoria juspositivista tradicional, derivada das modificações operadas na

teórica. El neoconstitucionalismo, por su parte, no se presenta solamente como una ideología, y una correlativa metodología, sino también, y explícitamente, como una teoría concurrente con la positivista". COMANDUCCI, Paolo. *Formas de (Neo) constitucionalismo: un análisis metateórico*. In *Neoconstitucionalismo(s)*. CARBONELL, Miguel (organizador). 2. ed. Madri: Editorial Trotta, 2005. p.82.

²⁹⁰ BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito*. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995. p. 235-238.

²⁹¹ COMANDUCCI, Paolo. *Formas de (Neo)constitucionalismo: un análisis metateórico*. In *Neoconstitucionalismo(s)*. CARBONELL, Miguel (organizador). 2. ed. Madri: Editorial Trotta, 2005. p.82.

própria percepção do fenômeno jurídico como objeto da Teoria do Direito. Nesse sentido, a insustentabilidade dos dogmas positivistas do monopólio estatal na produção do Direito, da predominância da lei posta dentre as Fontes do Direito e do formalismo, acabou por induzir a uma compreensão reformulada acerca de um modelo de sistema jurídico em tese compatível ao novo ideário que se apresentava.

Nesse sentido, assevera COMANDUCCI:

O modelo de sistema jurídico que emerge da reconstrução do neoconstitucionalismo está caracterizado, ademais, por uma Constituição 'invasora', pela positivação de um catálogo de direitos fundamentais, pela onipresença na Constituição de princípios e regras, e por algumas peculiaridades da interpretação e da aplicação das normas constitucionais. [...] também e, sobretudo, por centrar sua própria análise na estrutura e no papel que, nos sistemas jurídicos contemporâneos, assume o documento constitucional [...].²⁹²

Como ideologia, por sua vez, o Neoconstitucionalismo, segundo o mesmo autor, teria por mote a valoração positiva das características dessa nova forma de se conceber o sistema jurídico, e, especialmente, o entendimento da existência de um dever moral de obedecer à Constituição e às leis que estejam em conformidade com os ditames constitucionais.²⁹³

Por fim, como metodologia, o Neoconstitucionalismo representaria uma viragem estratégica na metodologia juspositivista para passar admitir, ao contrário da proposta positivista, uma conexão imanente entre o Direito e a moral.

Acerca desta última concepção do termo Neoconstitucionalismo, DUARTE, ao comentar as relações entre essa nova teoria constitucional e a metodologia jurídica, assevera que

²⁹² COMANDUCCI, Paolo. *Formas de (Neo)constitucionalismo: un análisis metateórico*. In *Neoconstitucionalismo(s)*. CARBONELL, Miguel (organizador). 2. ed. Madri: Editorial Trotta, 2005. p.83-84.

²⁹³ COMANDUCCI, Paolo. *Formas de (Neo)constitucionalismo: un análisis metateórico*. In *Neoconstitucionalismo(s)*. CARBONELL, Miguel (organizador). 2. ed. Madri: Editorial Trotta, 2005. p.85-86.

²⁹⁵ DUARTE, Écio Oto Ramos. *Teoria do Discurso e Correção Normativa: aproximação à metodologia discursiva do direito*. 2. ed. São Paulo: Landy Editora, 2004. p.62.

A dimensão metódica insere-se em um contexto permeado de tensões em conexão, dentre as quais, a grande questão do entrecruzamento do direito, da moral e da política como, também, da delimitação (existente e requerida) do espaço institucional das outras formas de normatividade social.²⁹⁵

Não obstante a riqueza do argumento apresentado, ainda que não se olvide a possibilidade de compreensão da postura Neoconstitucionalista diante do fenômeno jurídico sobre os três prismas apontados pelo professor de Gênova, para os fins pretendidos no presente trabalho e buscando guardar coerência interna com a abordagem realizada acerca das doutrinas Positivistas do Direito e das críticas que lhes foram dirigidas, afastamos qualquer abordagem da derivação ideológica aludida (como feito em relação ao juspositivismo) e centramos a análise nas vertentes teórica e metodológica.

Dessa forma, explicitada a extensão do termo Neoconstitucionalismo e delimitada a forma de abordagem do objeto de estudo, passamos a descrição de alguns dos elementos estratégicos desta nova proposta para compreensão do fenômeno jurídico.

3.2 CONSTITUIÇÃO, INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL, NORMA JURÍDICA E REALIZAÇÃO JUDICIAL DO DIREITO NA CONCEPÇÃO NEOCONSTITUCIONALISTA

3.2.1 A Constituição como elemento central do discurso neoconstitucionalista

Como já restou exposto no desenvolvimento do presente trabalho, a crítica dirigida ao Positivismo Jurídico, empreendida pelas Teorias Neoconstitucionalistas do Direito, dentre outros elementos estratégicos, construiu o cerne de seu argumento alçando as cartas constitucionais a uma posição protagonista na ordem de idéias estruturantes de seu modelo jurídico.

Assim, é intuitivo que, para o desenvolvimento da análise pretendida neste capítulo, a idéia de Constituição deve ser compreendida de forma compatível com as propostas neoconstitucionalistas; ou, em outros termos, há que optar por um conceito de Constituição que se revele adequado a figurar como

alicerce para o desenvolvimento das demais idéias propostas pelas concepções Neoconstitucionalistas do Direito.

Contudo, não se pode olvidar que, entre os próprios autores de Direito Constitucional, impera a absoluta falta de consenso com relação ao estabelecimento de um conceito geral de Constituição, em grande medida decorrente das múltiplas possibilidades de abordagem do tema. Nesse sentido, alerta SCHEIR: “desde aportes econômicos, sociológicos, políticos, históricos e, ainda, propriamente jurídicos, buscou-se uma solução para o estabelecimento de um conceito adequado de Constituição”.²⁹⁶

Não obstante as dificuldades iniciais para se optar de forma justificada por um ou outro conceito, quando se leva em consideração que o núcleo comum das críticas neoconstitucionalistas estratifica-se na assunção das idéias de interação entre os fenômenos do Direito, da Política e da Moral; de opção e reconhecimento de valores fundamentais nas cartas constitucionais; e de normatividade inerente às Constituições, além da recepção relativa da estrutura de ordenamento jurídico concebida pelos juspositivistas, entendemos que o conceito de Constituição proposto por HESSE se apresenta coerente com as construções justeoréticas em análise, a ponto de permitir a sua adoção.

Assim, para o jurista alemão, a Constituição deve ser entendida como a “ordem jurídica fundamental de uma comunidade ou o plano estrutural para a conformação jurídica de uma comunidade, segundo certos princípios fundamentais”.²⁹⁷

²⁹⁶ SCHIER, Paulo Ricardo. *Filtragem Constitucional: construindo uma nova dogmática jurídica*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999. p. 66. Para uma idéia aproximada da multiplicidade de proposições de abordagem do fenômeno constitucional, em enumeração não exaustiva, COELHO aponta as seguintes teorias: i) Constituição como garantia do *status quo* econômico e social (Forsthoff); ii) Constituição como instrumento de governo (Hennis); iii) Constituição como processo público (Peter Härbele); iv) Constituição como ordem fundamental e programa de ação que identifica uma ordem político-social e seu processo de realização (Bäuilin); v) Constituição como programa de integração e representação nacionais (Krüger); vi) Constituição como legitimação de poder soberano, segundo a idéia de direito (Burdeau); vii) Constituição como ordem jurídica fundamental, material e aberta, de uma determina comunidade (Hesse). In MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 29-36.

²⁹⁷ HESSE, Konrad. *Apud* COELHO, Inocêncio Mártires. In MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 34-35.

Analisando o conceito proposto, percebe-se que, em seu contexto, torna-se possível a compreensão da carta constitucional, tratada por ordem jurídica fundamental, como elemento central na estrutura normativa e institucional de uma comunidade; tal aspecto compatibiliza-se como a idéia de um ordenamento jurídico sistemático e unitário, acolhida pelo neoconstitucionalismo.

A seu turno, ao ser compreendida como plano estrutural para conformação jurídica a partir de princípios fundamentais, abre-se espaço não somente para a inserção de valores e opções políticas fundamentais no texto constitucional mas também, e especialmente, para a harmonização desses valores e dessas opções, cada vez mais plurais e diversificados, dentro da própria Constituição e a partir dela,²⁹⁸ bem como se viabiliza a veiculação da moral para o interior do ordenamento por meio das normas (princípios)²⁹⁹ constitucionais.³⁰⁰

Em conclusão, a Constituição, pelo prisma neoconstitucionalista, passa assim, a um só tempo, a ser considerada a norma fundamental do sistema, especialmente por sua posição hierarquicamente superior

²⁹⁸ Nesse sentido, ZAGREBELSKY afirma que “Las sociedades pluralistas actuales – es decir, las sociedades marcadas por la presencia de una diversidad de grupos sociales con intereses, ideologías y proyectos diferentes, pero sin que ninguno tenga fuerza suficiente para hacerse exclusivo o dominante y, por tanto, establecer la base material de la soberanía estatal en el sentido del pasado –, esto es las sociedades dotadas en su conjunto de un cierto grado de relativismo, asignan a la Constitución no la tarea de establecer directamente un proyecto predeterminado de vida común, sino la de realizar la condiciones de posibilidad de la misma”. In ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: Ley, derechos, justicia*. 5. ed. Editorial Trotta; Madrid, 2003. p.13.

²⁹⁹ Não obstante nos parecer adequada, a idéia de princípios como veículos da moral para o interior do ordenamento jurídico não encontra acolhida uníssona na doutrina atual. Em sentido contrário, por exemplo, SANCHÍS que afirma: “[...] pese las apariencias, la existencia de principios en un sistema jurídico no convierte a éste en ningún sucedaneo de la moralidad. [...] Definicionalmente, los principios no garantizan la conexión del Derecho con la moral em el sentido de una moral buena o correcta, sino acaso unicamente la conexión con la llamada moral social mayoritaria o del grupo hegemónico, siempre más o menos presente en el orden jurídico”. In SANCHÍS, Luis Pietro. *Ley, Principios, Derechos*. Madrid: Dykinson, 1998. p. 68

³⁰⁰ Ao abordar este último aspecto, SARMENTO afirma que “Na verdade, os princípios constitucionais encarnam juridicamente os ideais de justiça de uma comunidade, escancarando a Constituição para uma ‘leitura moral’, pois é, sobretudo através deles que se dará uma espécie de positivação constitucional dos valores do antigo direito natural, tornando impossível uma interpretação axiologicamente asséptica da Constituição”. In SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 79.

³⁰² Ver 2.3.1, p. 95. Neste mesmo sentido, BARBERIS aponta que é justamente essa conexão identificativa necessária entre a moral e o Direito através dos princípios constitucionais que se apresenta como nota distintiva do neoconstitucionalismo em relação ao jusnaturalismo e ao positivismo inclusivo, não obstante a proximidade com este último. BARBERIS, Mauro. *Neoconstitucionalismo, Democracia e Imperialismo da Moral*. In CARBONELL, Miguel (organizador). 2 ed. Madri: Editorial Trotta, 2005. p.264.

dentro do ordenamento jurídico (representada pela criação de obstáculos a sua alteração e também por um sistema de controle de constitucionalidade efetivo), como igualmente passa a representar o repositório do cerne moral de determinado grupamento social, condicionando a interpretação de todo o ordenamento jurídico a partir dos valores consagrados em seus princípios.³⁰²

Como reflexo dessa concepção de Constituição, acaba por surgir a exigência, sob pena de incompletude do argumento, do desenvolvimento de uma teoria com feições neoconstitucionalistas que se mostre adequada para tratar da questão da interpretação constitucional. Os pontos centrais de tal teoria serão objeto de análise no item que se segue.

3.2.2 Interpretação Constitucional: Constitucionalização do Direito. Regras e Princípios. Argumentação e Ponderação

Pela pertinência, a advertência de GUERRA FILHO se mostra extremamente adequada para iniciar a abordagem do tema proposto no presente item:

Praticar a “interpretação constitucional” é diferente de interpretar a Constituição de acordo com os cânones tradicionais da hermenêutica jurídica, desenvolvidos, aliás, em época em que as matrizes do pensamento jurídico assentavam-se em bases privatísticas.³⁰³

Com efeito, como o próprio conceito de Constituição, a compreensão da atividade de interpretação do Direito, de uma forma geral, e de Interpretação Constitucional, em particular, é submetida a uma releitura no momento em que é objeto de tratamento pelas concepções neoconstitucionalistas do Direito. Mais do que uma reformulação teórica, essa nova percepção da essência da interpretação jurídica surge como conseqüência de modificações empreendidas na abordagem do fenômeno jurídico em si pelas teorias do Direito contemporâneas.

Nesse diapasão, duas idéias específicas incorporadas ao ideário neoconstitucionalista podem ser apontadas como diretamente responsáveis pela reconstrução levada a efeito nas bases teóricas sobre as quais o discurso

³⁰³ GUERRA FILHO, Santiago Willis. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2003. p. 56.

acerca da atividade de interpretação do Direito estava há muito assentado: a idéia de “Constitucionalização do Direito” e a compreensão do conceito de norma jurídica como gênero amplo que abrangeria, como espécies, regras e princípios.

3.2.2.1 A Constitucionalização do Direito

Quanto à primeira idéia apontada, essa já foi inicialmente apresentada quando da análise da recepção da imagem sistemática de ordenamento jurídico juspositivista pelas concepções neoconstitucionalistas.³⁰⁴

Os valores e as opções políticas fundamentais inseridas no texto da carta constitucional passaram a representar o “centro de convergência”³⁰⁵ a nortear a atividade do intérprete do Direito. Nestas novas bases, não mais se poderia admitir qualquer espécie de tese ou de solução jurídica, em qualquer ramo do Direito, dissociada do cerne axiológico contido na Constituição; ou, nas palavras GUERRA FILHO, não mais se poderia conceber um resultado da operação exegética que não correspondesse a uma interpretação conforme a constituição (*verfassungskonforme Auslegung*), a uma interpretação de acordo com as opções valorativas básicas expressas no texto constitucional.³⁰⁶

Assim, pode-se afirmar que os valores constitucionalmente reconhecidos, por meio da atividade do intérprete, acabam por impregnar todas as searas jurídicas, em um efeito de “Constitucionalização do Direito”.

BARROSO, com clareza, expõe que

[...] a Constituição passa a ser a lente através da qual se lêem e se interpretam todas as normas infraconstitucionais. A Lei fundamental e seus princípios deram novo sentido e alcance ao direito civil, ao direito processual, ao direito penal, enfim, a todos os demais ramos

³⁰⁴ Ver item 2.3.1, p. 95.

³⁰⁵ A idéia é de ZAGREBELSKY. In ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil: Ley, derechos, justicia*. 5. ed. Editorial Trota; Madrid, 2003. p.14.

³⁰⁶ GUERRA FILHO, Santiago Willis. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2003. p. 57,

jurídicos. A efetividade da Constituição é a base sobre a qual se desenvolveu, no Brasil, a nova interpretação constitucional.³⁰⁷

Como dito, essa forma de se compreender a interpretação jurídica surgiu da necessidade de se coadunar a atividade do intérprete do Direito às modificações das feições do próprio fenômeno jurídico, como um todo considerado. Neste sentido, delineada, ainda que em traços largos, a idéia de Interpretação Constitucional, pode-se afirmar que esta, nos termos em que foi estruturada, atingiu seu objetivo de manter relação de coerência interna com o conjunto de argumentos neoconstitucionalista.

O fenômeno jurídico, com suas cogentes iterações com a Moral e com a Política, é compreendido a partir de um sistema unitário e aberto de normas, no qual a Constituição, integrada por valores e opções fundamentais, tem sua normatividade reconhecida e é por ela alçada à condição de centro de convergência de leitura de todo o ordenamento normativo e institucional de determinada comunidade, o qual passa a ser necessária e integralmente interpretado à sua luz.

A digressão acima apresentada caminha no mesmo sentido do que o sustentado por SCHIER, para quem

[...] a interpretação conforme [a constituição] confirma a necessidade da compreensão sistemática do fenômeno constitucional e de sua normatividade. É a noção de sistema que impõe a unidade da normatividade constitucional e, portanto, a unidade hierárquico-normativa da Constituição. É ainda a idéia de abertura do sistema que permite que a normatividade constitucional se imponha à realidade ao mesmo tempo em que com ela aprenda.³⁰⁸

Alia-se à idéia de “Constitucionalização do Direito”, dentro da estrutura do argumento neoconstitucionalista, uma nova e mais ampla compreensão acerca da dimensão do conceito de norma jurídica, que será a seguir apresentada.

³⁰⁷ BARROSO, Luis Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. *O Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro*. In BARROSO, Luis Roberto (organizador). *A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 329-330.

³⁰⁸ SCHIER, Paulo Ricardo. *Filragem Constitucional: construindo uma nova dogmática jurídica*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999. p. 136.

3.2.2.2 Regras e Princípios

A segunda idéia indicada como percussora da viragem teórica no que tange à atividade de interpretação do Direito – a duplicidade de espécies integrantes do gênero norma jurídica – também já foi mencionada superficialmente quando da abordagem da superação do dogma da coerência do ordenamento jurídico pelas Teorias Neoconstitucionalistas do Direito.³⁰⁹

Como dito alhures, inserida no discurso jurídico, em caráter original, por Ronald DWORKIN, e elaborada por Robert ALEXY, a idéia de que o ordenamento jurídico, além das normas do tipo regra, era integrado por normas do tipo princípio acabou por se tornar voz corrente entre a grande maioria dos juristas. Dessa forma, ainda que as linhas gerais da idéia da cisão da categoria norma jurídica já tenham sido apresentadas, por seu caráter estratégico para as doutrinas neoconstitucionalistas, impõe-se uma análise mais detida da construção justeorética que circunda a concepção em questão.

Necessária, assim, a adoção de conceitos operacionais que permitam expor de maneira satisfatória a amplitude da modificação empreendida no pensamento jurídico por esses elementos teóricos.

Nesse sentido, pode-se afirmar que as regras são espécies de normas jurídicas que, por característica, apresentam-se formuladas por meio de enunciados dotados de um maior grau de concretude, compostos pela descrição de um fato e pela vinculação a esse de uma consequência jurídica aplicável no caso da ocorrência da hipótese prevista.³¹⁰ Tanto a premissa normativa fática quanto a consequência jurídica prevista são passíveis de compreensão de forma

³⁰⁹ Ver item 2.3.4, p. 101-104.

³¹⁰ No tocante a forma das regras, ATIENZA e MANERO asseveram que a “estructura consiste em un antecedente o condición de aplicación, que contiene un conjunto cerrado de propiedades; y un consecuente o solución normativa en donde cabe distinguir, a su vez, dos elementos: una acción (mejor, una clase de acciones) y su calificación deóntica como obligatoria, prohibida, permitida, etc”. In ATIENZA, Manuel; MANERO, Juan Ruiz. *Ilícitos Atípicos*. Madrid: Editorial Trota. 2000. p.16. No mesmo sentido, GUERRA FILHO, para quem regra são normas jurídicas “em cuja estrutura lógico-deóntica há a descrição de uma hipótese fática e a previsão da consequência jurídica de sua ocorrência”. In GUERRA FILHO, Santiago Willis. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2003. p. 53.

relativamente clara e imediata³¹¹ pelo destinatário da norma e por eventuais intérpretes desta. Por fim, as regras, como normas jurídicas, não admitem antinomias.³¹² A aplicabilidade de uma regra válida a um caso determinado implica, necessariamente, na inaplicabilidade ou na invalidade de outras regras eventual e aparentemente³¹³ contraditórias com relação à primeira.

Por sua vez, os princípios são enunciados normativos com maior grau de abstração, nos quais não há especificação de fato determinado, tampouco de conseqüências jurídicas específicas vinculadas a algum pressuposto fático. Em vez de uma descrição, como ocorre nas regras, os princípios encerram uma prescrição³¹⁴, ou seja, prescrevem um valor³¹⁵ que deve ser realizado, na maior medida possível, no ordenamento jurídico.³¹⁶ Sua construção lingüística apresenta um maior grau de vaguidade, dificultando uma compreensão clara e imediata do conteúdo da norma e, assim, conferindo ao seu destinatário e a seus intérpretes uma maior margem de subjetivismo na determinação de seu sentido. Os princípios admitem antinomias. A aplicabilidade de determinado princípio não implica na

³¹¹ Fala-se aqui em clareza relativa, pois não se pode olvidar a possibilidade de um certo grau de indeterminação do enunciado normativo, quer em relação à premissa fática, quer no que tange ao conseqüente jurídico. Todavia, tal indeterminação estará sempre circunscrita a um número limitado de possibilidades de sentido, alçáveis pelo intérprete através da utilização dos métodos hermênuticos tradicionais para determinação do sentido da regra posta (v.g, gramatical, teleológico, sistemático).

³¹² Como já exposto, por antinomia entende-se, conforme FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão e dominação*. São Paulo: Editora Atlas, 1988. p. 189, as oposições que ocorrem entre duas normas contraditórias, emanadas de autoridades competentes num mesmo âmbito normativo, que colocam seu sujeito [destinatário] numa posição insustentável pela ausência ou inconsistência de critérios aptos a permitir-lhe uma saída nos quadros de um ordenamento dado.

³¹³ Fala-se aqui em contradição aparente, posto que passível de superação pelos métodos hermênuticos tradicionais de solução de antinomias (*lex superior derogat inferiori; lex posterior derogat priori; lex specialis derogat generali*).

³¹⁴ Neste sentido, segundo ATIENZA e MANERO: "Lo caracter estricto de los principios se halla em que en su antecedente o condición de aplicación no se contiene otra cosa sino la propiedad de que haya una oportunidad de realizar la conduta prescrita en el conseqüente; y en este último, o solución normativa, se contiene una prohibición, un deber ou una permisión *prima facie* de realizar una cierta acción (en el caso de los principios em sentido estricto) o de dar lugar a un cierto estado de cosas en la mayor medida posible (en el caso de las directrices o normas programáticas)". In ATIENZA, Manuel; MANERO, Juan Ruiz. *Ilícitos Atípicos*. Madrid: Editorial Trota. 2000. p.18-19.

³¹⁵ Neste sentido, GUERRA FILHO, Santiago Willis. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2003. p. 53,

³¹⁶ Neste sentido, segundo ALEXY: "[...] los principios son *mandatos de optimización*, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas". ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2002. p. 86.

invalidade nem, necessariamente, na anulação de um outro princípio que em tese lhe seja contraditório.³¹⁷

Não obstante a amplitude dos reflexos que a distinção teórica entre regras e princípios exerce sobre inúmeros aspectos no campo do conhecimento e da aplicação do Direito, para os objetivos pretendidos no momento, é impositiva a análise específica e limitada do influxo provocado pelo pensamento de DWORKIN e ALEXY especificamente sobre a atividade de interpretação do Direito.

E, nesse sentido, a distinção das características e funções inerentes a cada uma das espécies normativas acaba por ser determinante para o fechamento de uma teoria da interpretação com viés neoconstitucionalista.³¹⁸ Duas características das normas principiológicas se mostram, assim, determinantes nessa construção: a vaguidade inerente aos enunciados normativos que contêm princípios jurídicos; e a potencial ocorrência de antinomias entre princípios no interior do ordenamento constitucional.

3.2.2.3 Argumentação e Ponderação

No que tange à primeira característica, se as regras, por natureza, são passíveis de interpretação por meio da utilização dos métodos tradicionais, o mesmo não se pode dizer dos princípios. Para esses, em razão de sua própria estrutura lingüística, é necessária a inclusão de outros instrumentos teóricos para exercício e controle da atividade interpretativa.

Em decorrência da vaguidade inerente aos enunciados principiológicos, os métodos tradicionais de interpretação jurídica não se mostram suficientes para determinação racional do sentido texto por meio do qual a norma se expressa. Dessa forma, surge espaço para uma indesejada ampliação do subjetivismo na atividade de interpretação jurídica.

³¹⁷ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 39-42.

³¹⁸ Segundo SANCHIS: “La diferencia entre reglas e principios cobra toda su transcendência em la que venimos llamando sede interpretativa, pues aqui se sugiere una forma de razonamento abiertamente superadora de la subsunción que, además, em determinadas circunstancias resulta aplicable a toda norma”. In SANCHIS, Luis Prieto. *Ley, Principios, Derechos*. Madrid: Dykinson, 1998. p. 61.

Com o escopo de coibir eventuais excessos subjetivistas e voluntaristas na atividade de interpretação do Direito, as teorias do Direito contemporâneas, ao tempo que acolheram o ideário de DWORKIN e ALEXY, viram-se diante da necessidade de buscar instrumentos de controle de racionalidade aplicáveis aos casos em que a subsunção e os tradicionais métodos de interpretação (v.g, gramatical, teleológico, sistemático) não atingissem, de forma adequada, seus objetivos; assim foi desenvolvida a idéia de argumentação.³¹⁹

As Teorias da Argumentação³²⁰ surgem nesse contexto com o objetivo de desenvolver um arcabouço metodológico³²¹ apto a conferir a maior racionalidade possível ao processo de realização do Direito; especificamente ao processo de justificação das escolhas realizadas pelo aplicador do Direito diante das múltiplas possibilidades de solução de determinado caso concreto. Nesse diapasão, BARCELLOS assevera que

De forma simples pode-se dizer que a racionalidade na esfera das decisões jurídica está ligada a dois elementos: (i) a capacidade de demonstrar conexão com o sistema jurídico e (ii) a racionalidade propriamente dita da argumentação, em especial nas hipóteses em

³¹⁹ BARROSO assevera que "[...] o controle da racionalidade do fenômeno jurídico suscita questões diversas e complexas, que se tornam tanto mais graves quanto maior seja a liberdade concedida a quem interpreta. No caso da interpretação constitucional, a argumentação assume, muitas vezes, um papel decisivo: é que o caráter aberto de muitas normas, o espaço de indefinição de conduta deixado pelos princípios e os conceitos indeterminados conferem ao intérprete elevado grau de subjetividade. A demonstração lógica adequada do raciocínio desenvolvido é vital para a legitimidade da decisão proferida". In BARROSO, Luis Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. *O Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro*. In BARROSO, Luis Roberto (organizador). *A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 356.

³²⁰ Não se poderia nos estreitos limites do presente trabalho oferecer um panorama, ainda que superficial, das Teorias da Argumentação. A alusão a estas, assim como à idéia de ponderação, justifica-se na medida que surgem como instrumental adotado no desenvolvimento das Teorias Neoconstitucionalistas do Direito; e é justamente nestes estritos termos que aqui será apresentada. Para uma abordagem acerca das principais contribuições justeoréticas acerca das correntes de pensamento reunidas sobre a designação Teoria da Argumentação Jurídica: ATIENZA, Manuel. *As Razões do Direito: Teorias da Argumentação Jurídica*. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. 3. ed. São Paulo: Editora Landy, 2003. 237 p.

³²¹ Não se pretende com tal afirmativa, em absoluto, induzir entendimento no sentido de que a complexa construção justeorética desenvolvida pelas chamadas Teorias de Argumentação e ao seu entorno está limitada a um aspecto metodológico ou instrumental, mas tão-somente apontar que especificamente esta faceta metodológica das teorias da argumentação é especialmente útil aos neoconstitucionalistas no desenvolvimento de sua idéia estratégica de controle de racionalidade através do processo de justificação do Direito.

que existam várias conexões possíveis – e diferentes – com o sistema jurídico.³²²

Com efeito, como dito anteriormente, a viragem teórica proposta pelas Teorias Neoconstitucionalistas do Direito não implicou em uma renúncia total ao estado de coisas no qual se encontrava a compreensão do fenômeno jurídico sob os cuidados do Positivismo Jurídico; ao contrário, especificamente o ideário de vinculação dos atores do Direito a um ordenamento sistemático e unitário manteve-se hígido diante das críticas que atingiram, de uma forma geral, o conjunto de elementos teóricos juspositivistas.

Dessa forma, ainda que, sob enfoque Neoconstitucionalista, a racionalidade de uma decisão judicial, em primeira medida, deve ser aferida pelo seu grau de vinculação ao ordenamento jurídico.

Como destaca BARCELLOS, “a decisão judicial se beneficia da presumida racionalidade do sistema jurídico e, sobretudo, da contida em seu elemento central: a Constituição”.³²³

Contudo, não raras vezes, especialmente quando o intérprete do Direito se vê diante de casos não-paradigmáticos, é possível que exsurjam do ordenamento várias hipóteses de soluções distintas e igualmente embasadas no sistema jurídico aplicáveis, em tese, a um mesmo caso.³²⁴ Assim, a demonstração da racionalidade da decisão deixa simplesmente de estar centrada na sua vinculação à ordem jurídica posta e passa a residir na justificação das opções realizadas pelo julgador, ante as várias opções de solução que lhe foram oferecidas pelo ordenamento.

A segunda característica das normas principiológicas inicialmente apontada como condicionante, em certa medida, do desenvolvimento da

³²² BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p.42-43.

³²³ BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p.44.

³²⁴ DWORKIN refere-se a este espécie de casos como “casos difíceis”, ou seja, aqueles “em que nenhuma regra estabelecida dita uma decisão em qualquer direção”. In DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 131.

compreensão da atividade de interpretação nas Teorias Neoconstitucionalistas do Direito foi a potencialidade de verificação de antinomias entre princípios no interior do ordenamento constitucional.

Como já afirmado no desenvolvimento do presente trabalho,³²⁵ é inerente à estrutura normativa dos princípios a possibilidade de que, no interior do mesmo ordenamento jurídico, existam conflitos imanentes em valores contidos em normas principiológicas distintas; contudo, a realização de cada um desses valores, ainda que contraditórios, deve-se verificar na maior medida possível.

Como as teorias juspositivistas lidavam apenas com antinomias entre regras, os métodos tradicionais para solução de contradições entre normas jurídicas eram suficientes para a garantia do funcionamento e da própria lógica interna do ordenamento. Todavia, em um cenário em que se insere a necessidade de harmonização entre valores contraditórios, surge a da utilização de um novo instrumental idôneo a se coadunar com esta nova percepção do fenômeno jurídico.³²⁶ Tal instrumental é denominado de ponderação.³²⁷

Assim, como já afirmado, a idéia de ponderação surge como uma “técnica jurídica de solução de conflitos normativos que envolvem valores ou opções políticas em tensão, insuperáveis pelas formas hermenêuticas tradicionais”.³²⁸

³²⁵ Ver item 2.3.4, p. 102-104.

³²⁶ Segundo BARROSO, “[...] a interpretação constitucional viu-se na contingência de desenvolver técnicas capazes de lidar com o fato de que a Constituição é um documento dialético – que tutela valores e interesses potencialmente conflitantes – e que princípios nela consagrados freqüentemente entram em rota de colisão”. In BARROSO, Luis Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. *O Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro*. In BARROSO, Luis Roberto (organizador). *A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 345.

³²⁷ SANCHÍS, ao comentar justamente sobre relação da ponderação com o atual contexto constitucional, assevera que; “se puede afirmar que su importancia [da ponderação] en el Derecho actual se explica por el especial carácter del constitucionalismo de postguerra, que ha dado entrada a un amplísimo contenido material ou sustantivo de principios e derechos fundamentales tendencialmente contradictorios, donde el modelo tradicional de resolver las colisiones entre reglas resulta inservible”, In SANCHIS, Luis Prieto. *Ley, Principios, Derechos*. Madrid: Dykinson, 1998. p. 61.

³²⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional* Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 23. No mesmo sentido, SANCHIS, Luiz Prieto. *Neoconstitucionalismo y*

Como alternativa à subsunção, aliando-se à argumentação jurídica, a ponderação surge com dúplice escopo: o primeiro, de oferecer uma alternativa de raciocínio jurídico diante da situação em que não é possível trabalhar com o conceito de antinomia no sentido tradicional – validade/invalidade – entre normas; o segundo, de justificar as escolhas e os pesos atribuídos a cada um dos argumentos eleitos pelo aplicador do Direito na solução do caso concreto.³²⁹

Assim, segundo BARCELLOS, de forma ordenada, pode-se afirmar que a aplicação da técnica da ponderação pode ser compreendida como um processo composto por três etapas sucessivas:

Na primeira delas, caberá ao intérprete identificar todos os enunciados normativos que aparentemente se encontram em conflito ou tensão e agrupá-los em função da solução normativa que sugerem para o caso concreto. A segunda etapa ocupa-se de apurar os aspectos de fato relevantes e sua repercussão sobre as diferentes soluções indiciadas na etapa anterior. A terceira fase é o momento de decisão: qual das soluções deverá prevalecer? E por quê? Qual a intensidade da restrição a ser imposta às soluções preteridas, tendo em conta, tanto quanto possível, a produção da concordância prática de todos os elementos normativos em jogo?³³⁰

Posta a questão nesses termos, em síntese, pode-se afirmar que as alterações produzidas pelas Teorias Neoconstitucionalistas na compreensão do fenômeno jurídico – com a assunção da centralidade no ordenamento de cartas constitucionais normativas permeadas por vetores de ordem política e moral e aptas a representar um plano estrutural de conformação jurídica de uma comunidade segundo certos princípios fundamentais – acabou por fazer surgir a necessidade de

Poderación Judicial. In *Neoconstitucionalismo(s)*. CARBONELL, Miguel (organizador). 2. ed. Madri: Editorial Trotta, 2005. p.137.

³²⁹ Segundo BARROSO “A estrutura interna do raciocínio ponderativo ainda não é bem conhecida, embora esteja sempre associada às noções difusas de balanceamento e sopesamento de interesses, bens, valores ou normas”. In BARROSO, Luis Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. *O Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro*. In BARROSO, Luis Roberto (organizador). *A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 345.

³³⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional* Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 92.

desenvolvimento de uma teoria de interpretação idônea a lidar com os reflexos dessa nova envergadura constitucional por todo ordenamento jurídico.

A difusão da idéia de que o ordenamento jurídico seria integrado, além de normas do tipo regras, por normas do tipo princípios, fez com que igualmente se demandasse das Teorias Neoconstitucionalistas a edificação de métodos e técnicas de raciocínio aplicáveis ao Direito em alternativa à subsunção e à descrição, visando atingir o objetivo de, mais do que descrever, justificar racionalmente o Direito, em geral, e as soluções jurídicas aplicáveis a cada caso concreto, em particular.

A relevância deste último aspecto para o argumento na sua totalidade leva a uma outra conseqüência na formatação da proposta justeorética neoconstitucionalista: o deslocamento do protagonismo do legislador e do Direito em abstrato para um protagonismo judicial na atividade de realização do Direito em concreto.

3.2.3 Realização do Direito a partir da concepção teórica neoconstitucionalista: o protagonismo judicial na construção da norma jurídica (mais) adequada ao caso concreto

Uma das idéias centrais do argumento desenvolvido pelas correntes juspositivistas era a imagem da Lei como fonte preponderante do Direito.³³¹ Tal concepção, inicialmente potencializada pela aproximação que se verificou entre o Positivismo Jurídico e as doutrinas políticas que sustentaram o advento do Estado Moderno, encontrou seu ápice com o triunfo do ideário político subjacente ao Estado Liberal europeu posterior à Revolução Francesa, em especial com a consagração da idéia de Lei como veículo de uma pretensa vontade geral do povo.

Sob a influência desse cenário político, a figura do Legislador acabou por assumir condição protagonista nas formulações teóricas que se

³³¹ Sobre o tema, ver item 1.2.3, p. 38-43.

dedicaram à compreensão do fenômeno jurídico por todo o século de XIX e por significativa parte do século XX.³³²

Todavia, o fracasso prático das principais teses que sustentavam, pelo prisma jurídico, o ideário do Estado de Direito Legislativo,³³³ bem como a mutação empreendida na própria concepção do fenômeno jurídico, com a consagração de elementos teóricos, tais como a idéia de interação entre Direito, Moral e Política e a idéia de centralidade no sistema jurídico de cartas constitucionais abertas e invasivas, dotadas de normatividade e recheadas de valores e opções políticas fundamentais, acabaram por impor uma necessária releitura dos papéis a serem desempenhados pelos atores jurídicos quando do desempenho da atividade de realização do Direito.

Diante desses novos elementos justeoréticos, gradativamente se impôs a percepção de que a compreensão positivista do Direito tendo como centro de análise a atividade legislativa acabava por limitar a abordagem do fenômeno jurídico a sua dimensão abstrata, consistente no conjunto de regras postas com o objetivo de disciplinar, em tese, determinadas situações hipotéticas. Tal acepção, todavia, implicava necessariamente na dissociação do fenômeno jurídico de sua dimensão concreta, consistente na sua apresentação como um conflito de interesses (problema) a ser pacificado (solucionado) no interior do ordenamento.

Apontando o desvio de perspectiva positivista, ZAGREBLESKY afirma que

Segundo a concepção positivista tradicional, na aplicação do direito a regra jurídica se obtém tendo em conta exclusivamente as exigências do direito. Exatamente isso significavam a interpretação e os critérios (ou “cânones”) para a mesma elaborados pelo positivismo.

[...]

³³² A preponderante influência do legislador no cenário político e jurídico referido leva alguns autores, como ZAGREBLESKY, a denominar esta forma de expressão da figural estatal de “Estado de Direito Legislativo” e a ciência jurídica produzida em seu contexto, de concepção positivista, de “Ciência da Legislação Positiva”. In ZAGREBLESKY, Gustavo. *El derecho dúctil: Ley, derechos, justicia*. 5 ed. Editorial Trotta; Madrid, 2003. p.33.

³³³ Ver item 2.1.1, em especial p. 66-69.

Eliminava-se assim de raiz toda influência do caso na interpretação do direito. O labor da jurisprudência se esgotava no mero serviço ao legislador e a sua vontade, quer dizer, em ser expressão do “verdadeiro” significado contido nas fórmulas utilizadas pelo legislador.³³⁴

Na seqüência de seu raciocínio, o professor italiano afirma a percepção contemporânea da necessidade de se conciliar a dimensão abstrata da interpretação, com sua cogente vinculação ao ordenamento posto, à jurisprudência prática, voltada para a solução de casos concretos. Neste sentido, destaca que a jurisprudência deverá “colocar-se a serviço de dois senhores: a lei e a realidade. Só através da tensão entre estas duas vertentes da atividade judicial se poderá respeitar esta concepção prática do direito.”³³⁵

Evidentemente, esse deslocamento de perspectiva somente pode ser levado a seus devidos termos quando se compreende o juiz como ator jurídico idôneo a promover essa mediação entre a Lei abstrata e o caso concreto por meio da conciliação entre regras e princípios constitucionais diante de um conflito de interesses que lhe seja de fato apresentado.³³⁶

CALSAMIGLIA destaca essa modificação de enfoque do centro de análise do Direito, comparando a abordagem do modelo positivista tradicional àquela que é desenvolvida pelo grupo justeorético por ele denominado pós-positivista.³³⁷ Afirma o aludido autor espanhol:

Os positivistas - e em certa medida também os jusnaturalistas – tinham ao legislador como o centro básico de análise da ciência

³³⁴ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: Ley, derechos, justicia*. 5 ed. Editorial Trota; Madrid, 2003. p. 132.

³³⁵ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*: p. 132.

³³⁶ Neste sentido, SANCHÍS, Luis Pietro. *Ley, Principios, Derechos*. Madrid: Dykinson, 1998. p. 63.

³³⁷ O termo pós-positivismo empregado por CALSAMIGLIA pode ser aqui compreendido, sem maiores dificuldades, como sinônimo do termo neoconstitucionalismo utilizado no presente trabalho, uma vez que por teorias pós-positivistas o jurista espanhol compreende “toda aquella teoria que ataca las dos tesis mas importantes del positivismo conceptual: la tesis de las fuentes sociales del derecho y la no conexión necesaria entre el derecho y la moral.” *In* CALSAMIGLIA, Albert. *Postpositivismo*. Alicante, 2000. Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/23582844322570740087891/index.htm>>. Acesso em 15 de maio de 2006.

jurídica. O pós-positivismo deslocou o centro de atenção da legislação à aplicação do direito. O intérprete do direito e o juiz ocupam o lugar que antes ocupava o legislador como objeto de análise. Este enfoque geral é coerente com a idéia anterior que fazia referência ao interesse pelo direito indeterminado e pela resolução de casos difíceis.³³⁸

Nesse diapasão, entende-se que não é ousada, além do razoável, a afirmação de que é possível se falar em protagonismo judicial como uma das características marcantes da forma neoconstitucionalista de se compreender e justificar a atividade de realização do Direito, uma vez que, nesse cenário, justamente ao juiz passa a ser atribuída a tarefa (estratégica) de coadunar os ditames legais aos valores inseridos no sistema constitucional por meio de princípios normativos; mister que é atingido pela mediação entre ordenamento jurídico e realidade.³³⁹

Por certo que tal deslocamento de perspectiva acaba por conduzir a uma maior liberdade à atividade jurisdicional; liberdade esta que muitos receiam ser transmutável em arbítrio,³⁴⁰ já que retira, em grande medida, do legislador, e deposita nas mãos do juiz, o poder de determinar o conteúdo efetivo do

³³⁸ CALSAMIGLIA, Albert. *Postpositivismo*. Alicante, 2000. Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/23582844322570740087891/index.htm>>. Acesso em 15 de maio de 2006.

³³⁹ Tal mudança de foco na abordagem do Direito, deslocando-se a perspectiva de uma teoria da legislação, e de sua interpretação, nos moldes positivistas, para uma teoria da decisão judicial, e de sua justificação, na forma pretendida pelos neoconstitucionalistas, pode igualmente ser percebida em DWORKIN que adota como ponto de partida para sua construção teórica “o argumento jurídico formal a partir do ponto de vista do juiz, não porque apenas os juízes são importantes ou porque podemos compreendê-los totalmente se prestamos atenção ao que dizem, mas porque o argumento jurídico nos processos judiciais é um bom paradigma para a exploração do aspecto central, proposicional, da prática jurídica.[...] a estrutura do argumento judicial é tipicamente mais explícita, e o raciocínio judicial exerce uma influência sobre as outras formas de discurso legal que não é totalmente recíproca”. In DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 19. Por sua vez, SACHIS afirma que “no sé si será exagerado decir que los principios convierten a los jueces en los señores del Derecho, aunque tampoco parece casual, y es sólo un ejemplo, que el Hércules de Dworkin sea un juez y no un legislador”. In SANCHÍS, Luis Pietro. *Ley, Principios, Derechos*. Madrid: Dykinson, 1998. p. 64.

³⁴⁰ Neste sentido, SACHIS, tratando especificamente da forma de interpretação das normas principiológicas, afirma que: “[...] es el juez quein, ponderando, dictamina quién debe triunfar en el caso concreto. [...] Aquí reside, si no me equivoco, el temor que muchos albergan a que los principios se conviertan es una puerta abierta al activismo judicial. Desde luego, ponderación no equivale a ninguna arbitrariedad desbocada, pero no cabe Duda que en su ejercicio el juez es mucho más protagonista y, por lo tanto, más ‘libre ‘ que en la aplicación de reglas según el modelo tradicional”. In SANCHÍS, Luis Pietro. *Ley, Principios, Derechos*. Madrid: Dykinson, 1998. p. 63.

Direito, vez que qualquer regra jurídica demanda interpretação e confronto com os princípios constitucionais aplicáveis ao caso concreto.

Sobre o tema, BARCELLOS afirma que

[...] os sistemas jurídicos contemporâneos, e em particular o brasileiro, conferem ao intérprete um espaço de atuação e criação cada vez mais amplo. [...] a utilização intensiva pelos enunciados constitucionais e legais de princípios e conceitos abertos ou indeterminados, dentre outros mecanismos, transfere ao Judiciário contemporâneo um amplo poder na definição do que é, afinal, o direito.³⁴¹

Posta a questão do protagonismo judicial sustentado pelos neoconstitucionalistas, em breve síntese, pode-se afirmar que, como consequência das modificações já apontadas, transferiu-se ao juiz a tarefa de produzir, mediante a conjugação de regras e princípios constitucionais integrantes do ordenamento jurídico, a solução jurídica que seja a mais adequada o possível para a composição de interesses em embate. Para tanto, deverá o juiz buscar, sob pena de voluntarismo, a vinculação de sua decisão ao regramento estatal e, após, obter, na maior medida possível e de acordo com as exigências que o caso concreto reclama, a integração do regramento e dos valores contidos nos princípios constitucionais aplicáveis à espécie.

Não se poderia encerrar o presente item sem que restasse registrado que o deslocamento de perspectiva apresentado nos parágrafos anteriores, além de decorrente das modificações da compreensão do fenômeno jurídico já suficientemente referidas, deve parte considerável do acolhimento na Teoria do Direito contemporânea a um outro aspecto fundamental: a superação da compreensão de que o recurso à lógica formal-dedutiva e à subsunção consistiria na única forma de se realizar racionalmente o Direito.³⁴²

³⁴¹ BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional* Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 39.

³⁴² Neste sentido, DUARTE afirma que: “O desenvolvimento das teorias da argumentação jurídica, empreendidas a partir dos trabalhos fundacionais de Viehweg, Toulmin, Perelman e Recaséns Siches, no princípio dos anos cinquenta do século XX, pelas quais iniciaram-se estudos que sustentam a possibilidade de um pensamento prático (racional) mais além da lógica dedutiva e que, posteriormente, recebeu, por parte de autores como Aarnio, Alexy, MacCormick ou Peczenick um

Assim, a influência de formas alternativas de estruturação do raciocínio jurídico, como a tópica e a retórica,³⁴³ possibilitou que, naqueles casos postos sob apreciação judicial em que não se afigurasse possível alcançar um resultado satisfatório, consistente na produção da solução jurídica mais adequada ao problema concretamente apresentado, mediante emprego do chamado silogismo judicial, o intérprete dispusesse de liberdade para buscar a racionalidade necessária à justificação da decisão produzida em outras bases, não necessariamente lógico-formais.

Nesse sentido, ROESLER destaca que esse resgate da tópica e da retórica acaba por conduzir a uma reflexão acerca da questão da estrutura e da racionalidade do saber jurídico, “a partir da noção de discutibilidade e de um outro tipo de fundamentação, que não a oferecida pelos modelos baseados na sistematização dedutiva”.³⁴⁴

Evidentemente, tal reflexão produz indagações consideráveis, especialmente no que se refere à possibilidade, nesses termos, de se tratar o fenômeno jurídico de forma racional (e científica).

3.3 CIÊNCIA JURÍDICA, RACIONALIDADE DO DIREITO E NEOCONSTITUCIONALISMO

Considerando a argumentação apresentada nos dois itens precedentes e, assim, delineada em seus aspectos essenciais à proposta neoconstitucionalista para o Direito, uma questão final se apresenta com força significativa: diante da reaproximação e da interação, pretendidas pelos

delineamento mais específico da atividade argumentativa inerente à prática jurídica”. In DUARTE, Écio Oto Ramos. *Teoria do Discurso e Correção Normativa do Direito: Aproximação à Metodologia Discursiva do Direito*. 2 ed. São Paulo: Landy Editora, 2004. p. 41.

³⁴³ ORTEGA, acolhendo periodização apresentada por Perelman, situa tal momento de evolução do pensamento jurídico a partir de 1945. Segundo o autor espanhol esta nova etapa do pensamento jurídico se caracteriza “[...] en buena medida por mantener una concepción tópica e retórica respecto del razonamiento judicial. Con carácter general podría decir-se que las nuevas corrientes de pensamiento pretenden situarse en un punto intermedio: se abandona definitivamente la idea de la deducción de la decisión judicial como consecuencia de las insuficiencias que afectan todo o sistema jurídico y, al mismo tiempo, se reconoce el importantísimo papel que desempeñan los sujetos que aplican el Derecho”. In ORTEGA, Manuel Segura. *La Racionalidad Jurídica*. Madrid: Editorial Tecnos, 1998. p. 77.

³⁴⁴ ROESLER, Cláudia Rosane. *Theodor Viehweg e a Ciência do Direito: Tópica, discurso, racionalidade*. Florianópolis: Momento Atual, 2004. p. 48-49.

neoconstitucionalistas, entre os universos da Moral e do Direito e, assim, ante a pretensão de, além de descrever o Direito, avaliá-lo, seria possível se falar em tratamento científico do fenômeno jurídico compreendido em termos neoconstitucionalistas?

Não se pode olvidar que a resposta a essa questão estará condicionada à forma como se pretende compreender a própria Ciência Jurídica, seu objeto, método e possibilidades.

3.3.1 A pretensão neoconstitucionalista de superação do dogma da cientificidade juspositivista

Mostra-se, com clareza meridiana, que o presente trabalho não se apresenta como espaço adequado à realização das digressões profundas que seriam necessárias a uma abordagem adequada acerca da idéia de Ciência Jurídica e das inúmeras controvérsias que a cercam.³⁴⁵

Por certo, ainda que aqui se tivesse tal pretensão, a complexidade do tema conduziria a empreitada ao fracasso.

Não obstante, ante a idéia de superação do Positivismo Jurídico que é inerente às teorias do Direito aqui tratadas por Neoconstitucionalistas³⁴⁶ e diante da explícita opção por um modelo de organização sistemática do conhecimento jurídico com pretensões científicas por parte dos teóricos juspositivistas, afigura-se adequada, para os fins do presente trabalho, uma análise específica e pontual do tema, levando-se em conta tão-somente a pretensão científicista inerente ao Positivismo Jurídico e a sua eventual incorporação, adaptação ou rejeição pelo ideário neoconstitucionalista.

É nesse sentido que se desenvolverá a argumentação que segue.

Como já referido durante o desenvolvimento do presente trabalho, a conformação definitiva das teorias juspositivistas sofreu, em grande

³⁴⁵ Neste diapasão é de se registrar, por oportuno, que considerável corrente jusfilosófica sustenta que o Direito não é sequer suscetível de conhecimento científico.

³⁴⁶ Ver item 3.1, em especial p. 106-107.

medida, influência direta das correntes de pensamento dominantes nos séculos XVIII e XIX, dentre essas, em especial do idealismo cartesiano. Assim, tinha-se como pretensão a garantia da racionalidade e da cientificidade ao saber jurídico pela utilização rígida e intransigente de um método formal, nos moldes das ciências da natureza e da matemática.³⁴⁷

Como também já afirmado, tal pretensão acabou por esbarrar em dificuldades incontornáveis, as mais significativas relacionadas aos problemas inerentes à falta de univocidade dos signos da linguagem dos enunciados jurídicos, à inegável carga valorativa contida na escolha subjetiva dos juristas diante das várias interpretações possíveis de uma mesma norma e, por fim, à existência de raciocínios jurídicos não dedutivos. Assim, acabava por se revelar que o recurso à lógica formal dedutiva, compreendida como garantia da cientificidade do saber jurídico, não era suficientemente adequada a lidar com o fenômeno jurídico em toda a sua dimensão.³⁴⁸

Como se percebe, as dificuldades enfrentadas pela concepção de racionalidade cartesiana aplicada ao Direito, derivadas da já referida pretensão de cientificidade que aprisionava a forma de se conceber o saber jurídico aos rígidos moldes utilizados para tratamento das ciências da natureza, já se mostravam, de certa forma, evidentes quando se compreendia o fenômeno jurídico na forma positivista. Contudo, com a mudança de compreensão do fenômeno jurídico introduzida pelos neoconstitucionalistas, especialmente a partir da admissão da inserção de valores e opções políticas fundamentais no interior de um sistema jurídico centrado na idéia de uma Constituição aberta e dotada de força normativa, aquela pretendida feição de racionalidade jurídica se tornou absolutamente insustentável.

Em outros termos, a partir do momento em que as doutrinas neoconstitucionalistas do Direito alçaram a Constituição a uma posição central em

³⁴⁷ Ver item 2.1.2, em especial p. 71.

³⁴⁸ É importante destacar, como faz ROESLER, que as dificuldades do modelo científico cartesiano não se limitam à inadequação para o tratamento do Direito. Até mesmo naqueles ramos do saber que poderiam ser considerados o seu “habitat natural”, o modelo cartesiano não consegue alcançar uma explicação suficientemente adequada para produção do conhecimento científico. In ROESLER, Cláudia Rosane. *Theodor Viehweg e a Ciência do Direito: Tópica, discurso, racionalidade*. Florianópolis: Momento Atual, 2004. p. 47-48.

sua construção teórica e reconheceram que, por meio das normas constitucionais, especialmente daquelas de natureza principiológica, seriam carreados para o interior do sistema jurídico valores e opções políticas fundamentais, a pretensão de manutenção de um modelo de ciência jurídica meramente descritiva, restou extremamente dificultada, já que não mais seriam admissíveis posições cientificamente neutras, isentas de qualquer elemento axiológico.

Nesse sentido, assim como o ocorrido em relação à atividade de interpretação do Direito,³⁴⁹ a exigência de uma nova e mais ampla forma de se compreenderem as tarefas que caberiam à Ciência Jurídica adequada ao tratamento racional do saber jurídico decorreu da própria modificação da concepção do fenômeno jurídico em si.³⁵⁰

Posta a questão nos moldes acima apresentados, pode-se afirmar que, a partir do momento em que as teorias neoconstitucionalistas abriram possibilidade, em seu discurso, para uma interação entre os fenômenos da Moral, da Política e do Direito, a pretensão de abordagem do fenômeno jurídico acabava por, necessariamente, demandar a integração de elementos metodológicos que não poderiam ser meramente aptos a labores descritivos; ao contrário, deveriam possibilitar o desenvolvimento de juízos prescritivos e, especialmente, a realização de valorações racionalmente controláveis, ainda que muitas vezes sob custo de se ver negado o caráter científico à atividade dos juristas.

Nesse sentido, ARIZA:

[...] desde o momento em que alguns padrões de moralidade tenham adquirido condição jurídica nas Constituições, a tarefa de determinar o que o Direito diz não pode ser concebida como uma atividade totalmente científica ou objetiva, já que podem entrar em jogo opiniões ou considerações morais.[...] então agora mais do que nunca sustentar um modelo descritivo de ciência jurídica é, no fundo, convidar a formular descrições que dificilmente podem sê-las, porque

³⁴⁹ Ver item 3.2.2.1, em especial p. 117.

³⁵⁰ Neste sentido, assevera ARIZA; “En efecto, el neoconstitucionalismo ha venido a cuestionar la imparcialidad de la ciencia jurídica o a restar crédito al carácter científico de la descripción, pero no precisamente por las intervenciones de los sujetos sin sobre todo por las características que reúne el objeto de estudio, esto es, el Derecho del Estado constitucional contemporáneo.” ARIZA, Santiago Sastre. *La Ciencia Jurídica ante el Neoconstitucionalismo*. In *Neoconstitucionalismo(s)*. CARBONELL, Miguel (organizador). 2, ed. Madri: Editorial Trotta, 2005. p. 252.

algumas vezes especificar o que o Direito estabelece resulta em uma questão discutível ou controvertida.³⁵¹

Além da contestação do caráter meramente descritivo que o juspositivismo exigia da atividade do jurista para que essa pudesse ser considerada científica, a compreensão neoconstitucionalista do fenômeno jurídico acaba por atingir um outro prisma do cientificismo positivista. Passa-se a questionar a efetiva função do tratamento científico do Direito diante da função do Direito em si.

Não é algo novo que as preocupações da Ciência do Direito não podem se dirigir unicamente ao conhecimento externo do fenômeno jurídico.³⁵² Ao contrário, devem-se dirigir, na mesma medida, à compreensão da sua forma de realização prática. O Direito, como técnica de controle social, tão-somente encontra sua razão de existir a partir do momento em que é utilizado na solução dos conflitos concretos que lhe são apresentados.³⁵³

Nas palavras de ZABREGELSKY, trata-se tal nota por Natureza Prática do Direito. Segundo o autor italiano:

Natureza prática do direito significa também que o direito respeitoso com sua função, preocupa-se com sua idoneidade para disciplinar efetivamente a realidade conforme o valor que os princípios conferem a mesma. [...] Não se trata, em absoluto, de conceder ao “fático” uma prioridade sobre o “normativo”, e sim de manter uma concepção do direito que permita que estes dois momentos não

³⁵¹ ARIZA, Santiago Sastre. *La Ciencia Jurídica ante el Neoconstitucionalismo. In Neoconstitucionalismo(s)*. CARBONELL, Miguel (organizador). 2. ed. Madri: Editorial Trotta, 2005. p. 252.

³⁵² Neste sentido, ARIZA afirma que: “[...] la ciencia jurídica debe desempeñar una función práctica. Su interés por el Derecho no puede verse limitado a su conocimiento sino que tiene que desempeñar una función mas activa”. ARIZA, Santiago Sastre. *La Ciencia Jurídica ante el Neoconstitucionalismo. In Neoconstitucionalismo(s)*. CARBONELL, Miguel (organizador). 2. ed. Madri: Editorial Trotta, 2005. p. 257.

³⁵³ Neste sentido, FERRAZ JÚNIOR, afirma que “[...] os enunciados da ciência jurídica tem sua validade dependente de sua relevância prática. Embora não seja possível deduzir deles as regras de decisão, é sempre possível encará-los como instrumentos mais ou menos utilizáveis para a obtenção de uma decisão”. In FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *A Ciência do Direito*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 1980. p. 44.

sejam irrelevantes um para o outro, como, ao contrário, sucede no positivismo.³⁵⁴

Por tal prisma, o Direito não mais é considerado como um simples fato, como um dado prévio a ser conhecido de forma externa e imparcial por uma ciência com pretensões de operar sob rigorismos formais do método lógico-dedutivo, e passa a ser visto como um fenômeno social complexo, cujo conhecimento (*scientia juris*) e realização (*juris prudentia*) são atividades concomitantes e não excludentes.³⁵⁵

Assim, sobre os dois aspectos apresentados, (i) a impossibilidade de mera descrição do Direito; e (ii) a caracterização da atividade de conhecimento do Direito como uma Ciência Prática (na concepção aristotélica do termo), sustenta-se o ideário neoconstitucionalista acerca da possibilidade (e especialmente acerca da relevância) de se falar em tratamento científico do fenômeno jurídico.

Não se olvida, certamente, que a cientificidade é um atributo importante na sociedade moderna. Todavia, as propostas teóricas contemporâneas, antes de se preocuparem em reduzir o fenômeno jurídico de forma a enquadrá-lo em um modelo científico rígido e específico, buscam sugerir a construção de um novo modelo científico que se revele mais adequado ao tratamento das especificidades do Direito.

Contudo, enquanto tal modelo é desenvolvido em sua plenitude, devem-se buscar outras formas para se compreender e operar racionalmente a prática dos juristas.

Nesse contexto de busca de racionalidade, surge como proposta a adoção da justificação das decisões judiciais como técnica de manejo racional da práxis jurídica.

³⁵⁴ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: Ley, derechos, justicia*. 5. ed. Editorial Trota; Madrid, 2003. p. 122.

³⁵⁵ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: Ley, derechos, justicia*. 5. ed. Editorial Trota; Madrid, 2003. p. 123.

3.3.2 Racionalidade discursiva e justificação

A busca da racionalidade³⁵⁶ (e mesmo da cientificidade)³⁵⁷ adequada ao fenômeno jurídico, em uma estrutura que, ao mesmo tempo, o legitime perante a sociedade contemporânea e que renuncie à frustrada tentativa de submissão ao modelo científico cartesiano, passa a constituir nota essencial nas propostas justeoréticas, na atualidade, e no ideário neoconstitucionalista, em particular.

É importante frisar, todavia, que a pretensão de atingir uma nova forma de se compreender racionalidade na seara do Direito não significa qualquer tomada de posição pelos neoconstitucionalistas diante da questão da possibilidade (ou da impossibilidade) de se realizar uma verdadeira ciência jurídica e ou com que método fazê-lo. Ao contrário, ao tempo que se afastam do modelo cartesiano de ciência, os neoconstitucionalistas, mesmo sem negar a possibilidade de realização científica do Direito, não se dedicam diretamente à árdua empreitada de delinear as feições epistemológicas e metodológicas de um novo modelo juscientífico.

As Teorias Neoconstitucionalistas defendem a inadequação do modelo científico adotado pelos juspositivistas para a análise do fenômeno jurídico em toda a sua complexidade. Contudo, não reivindicam para si, como preocupação primeira, a tarefa de apontar ou desenvolver um modelo científico mais adequado à abordagem do Direito.

³⁵⁶ Acerca da necessidade de fundamentação racional do Direito ORTEGA assevera que: “La consideración de la racionalidad como elemento de legitimación de los sistemas jurídicos, de la seriedad y rigor del discurso de los juristas o, en fin, de la corrección de las decisiones jurídicas aparece en la actualidad con el punto de partida de la mayoría de las corrientes de pensamiento jurídico”. No mesmo sentido, o autor espanhol afirma que a nota de racionalidade do Direito, seja ela decorrente ou não de uma associação a um pretense tratamento científico, constitui forte elemento de legitimação perante a sociedade posto que “[...] el concepto de racionalidad ‘funciona como um término persuasivo’ que pretende despertar en los sujetos una actitud favorable”. In ORTEGA, Manuel Segura. *La Racionalidad Jurídica*. Madrid: Editorial Tecnos, 1998. p. 9.

³⁵⁷ Nesse sentido ROESLER alerta que o problema da cientificidade (ou da ausência de cientificidade) não pode ser simplesmente afastado das construções teóricas que pretendam se ocupar do fenômeno jurídico, uma vez que essa questão se mostra “inelutável nas sociedades moderna e contemporânea, que legitima o saber por qualificá-lo como científico [...]”. Posta a questão nestes termos, mais do que se discutir a cientificidade ou a ausência de cientificidade do Direito, impõe-se “verificar que tipo de ciência se está buscando e também responder como a ciência que pudesse tomar essa práxis [o Direito] como objeto se relacionaria com ela, até mesmo em termos de sua legitimação”. In ROESLER, Cláudia Rosane. *Theodor Viehweg e a Ciência do Direito: Tópica, discurso, racionalidade*. Florianópolis: Momento Atual, 2004. p. 49.

Preferindo a tomada de outro rumo, em vez de envidarem esforços na concepção de um novo modelo digno de ser tratado por científico, buscam os neoconstitucionalistas a fundamentação teórica de instrumentos aptos a garantir racionalidade ao conhecimento e à aplicação do Direito, que permitam o desenvolvimento de uma coerente teoria jurídica e, ainda, possibilitem o manejo adequado de sua correlata práxis.

Em apertada síntese, a questão de que se ocupam os neoconstitucionalistas nesse cenário é a seguinte:

Se, por coerência a toda crítica dirigida ao modelo juscientífico positivista, a racionalidade do Direito pretendida pelos neoconstitucionalistas não mais pode buscar alicerces seguros em uma pretensa cientificidade derivada do emprego do método cartesiano e da lógica dedutiva que dele era decorrente, como, então, legitimar a aplicação do Direito em um ambiente democrático, plural e constitucional, onde não mais se admite legitimação por simples recurso à autoridade?³⁵⁸

Certamente não se poderia encontrar uma resposta à questão acima se a compreensão da idéia de racionalidade se mantivesse atrelada a bases cartesianas, ou seja, uma racionalidade presumida, tomada emprestada dos procedimentos da lógica formal dedutiva e garantida pela observância intransigente de uma metodologia rígida.

A racionalidade, no contexto neoconstitucionalista, é mais bem compreendida de forma dialética, cuja essência pode ser extraída dos termos da definição de MORIN, para quem “racionalidade é o estabelecimento de uma adequação entre a coerência lógica (descritiva, explicativa) e uma realidade empírica”.³⁵⁹

³⁵⁸ ORTEGA, citando Aarnio, sustenta que “[...] el decisor no puede apoyarse en una mera autoridad formal. En una sociedade moderna, la gente exige no sólo decisiones dotadas de autoridad sino que pide razones.” *In* ORTEGA, Manuel Segura. *La Racionalidad Jurídica*. Madrid: Editorial Tecnos, 1998. p. 87-88.

³⁵⁹ MORIN, Edgar *apud* JAPIASSÚ, Hilton e MARCONDES, Danilo. *Dicionário Básico de Filosofia*. 3. ed – rev. e ampl. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor. p. 228.

Tomando-se essa forma de se compreender racionalidade e trasladando suas implicações de sentido à seara jurídica especificamente, sustenta-se que, em um contexto jurídico em que se apresentam conflitos muito complexos, envolvendo valores e diferentes opções políticas, as decisões jurídicas, não sendo tomadas com base em uma subsunção simples ou facilmente perceptível, buscam sua racionalidade e, portanto, sua legitimidade, não em uma relação de decorrência evidente de enunciados normativos, mas de sua justificação.³⁶⁰

Por justificação, entende-se aqui a explicitação das razões que motivaram as escolhas do jurista por uma dentre as várias opções de sentido e valoração que se apresentavam possíveis diante de um caso concreto.³⁶¹

É exatamente aqui, na idéia de justificação, que se situa o elemento estratégico da construção neoconstitucionalista no que tange à verificação e garantia da racionalidade do Direito: o controle do caráter racional do fenômeno jurídico como práxis colocar-se-ia sustentado na exposição à crítica social das razões que justificam as decisões judiciais eventualmente tomadas, com o objetivo de verificação de sua coerência interna e de sua vinculação ao ordenamento estatal, compreendido este como um sistema constitucional aberto de regras e princípios.

Não obstante sua ductilidade, a idéia de justificação jurídica, na forma concebida pelos neoconstitucionalistas, não promove uma abertura de espaço, na realização de fenômeno jurídico, para voluntarismos desmedidos e

³⁶⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional* Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 41.

³⁶¹ ORTEGA, com pertinência ao exposto, assevera: “En el proceso que conduce a la decisión hemos encontrado una serie de elementos que escapan a toda a previsión normativa pero que influyen en el contenido de la resolución final: la personalidad del juez, la existencia de ciertos valores y expectativas que están presentes en el senso de los grupos sociales, determinadas concepciones éticas e políticas, etc. Todo ello hace que el proceso decisorio no sea un camino fácil sino que, por el contrario, esta elleno de obstáculos y dificultades de toda índole. Esta breve descripción ha evidenciado la imposibilidad de utilizar los esquemas de la lógica formal en el razonamiento jurídico. [...] la quiebra del modelo clásico de interpretación y aplicación del Derecho ha planteado la urgente necesidad de construir una teoría alternativa que no desemboque en el irracionalismo, esto es, una teoría racional de la argumetación jurídica cuya función sería – em palabras de Hassemmer – la de fundamentar, justificar y limitar el proceder argumentativo de la práxis”. In ORTEGA, Manuel Segura. *La Racionalidad Jurídica*. Madrid: Editorial Tecnos, 1998. p. 115.

³⁶³ Neste sentido, alerta ORTEGA : “He dicho hace un momento que se pueden justificar ‘casi’ todas las decisiones pero, evidentemente, no todas. Hay ciertas soluciones que jurídicamente no pueden encajar sin violentar gravemente la maquinaria del sistema jurídico y, de hecho, tales soluciones son reputadas como inadmisibles”. In ORTEGA, Manuel Segura. *La Racionalidad Jurídica*. Madrid: Editorial Tecnos, 1998. p. 91.

peçoais; ao contrário, através da exigência da exposição das razões que motivaram as decisões tomadas no curso da construção da realização jurídica, torna-se justamente possível o controle da racionalidade de tais decisões. Não se admite, em tal contexto, evidentemente, toda sorte de justificativas (peçoais ou subjetivas) para as decisões tomadas; tão-somente são admitidas como lícitas as justificativas que se encontrem em grau de adequação ao sistema constitucional e que sejam compatíveis com o fato concreto que é objeto de análise pelo jurista.³⁶³

Diante do acima exposto, fica claro que, para as Teorias Neoconstitucionalistas, nem sempre é possível, por meio da utilização do método científico tradicional, descrever simplesmente o Direito. Em muitos casos,³⁶⁴ os componentes axiológicos integrantes da ordem constitucional acabam por demandar que aquele que se ocupa do fenômeno jurídico opere escolhas e decisões, as quais são decorrentes de opções morais e, assim, dotadas de algum grau de subjetivismo.

Dessa forma, ao tempo que os neoconstitucionalistas rejeitam a possibilidade de se mascarar a existência de tais opções subjetivas por meio de um “pseudo-objetivismo”, descritivo e pretensamente científico característico das teorias juspositivistas,³⁶⁵ empreendem esforços para estruturar novos instrumentos de controle de racionalidade.

Uma das propostas apresentadas nesse sentido consiste em uma mudança de postura diante do fenômeno jurídico, fixando preocupações na análise do discurso que justifica e expõe as razões que condicionam o agir dos juristas.

³⁶⁴ Importante destacar que é possível se falar em hipóteses nas quais o jurista opera de forma meramente descritiva (tal ocorre, por exemplo, diante de normas inequívocas e dos chamados “casos claros”). Contudo não se pode olvidar que não são raros no Direito momentos em que a utilização de juízos valorativos se faz necessária. Neste sentido, ARIZA, Santiago Sastre. *La Ciencia Jurídica ante el Neoconstitucionalismo*. In Neoconstitucionalismo(s). CARBONELL, Miguel (organizador). 2. ed. Madri: Editorial Trotta, 2005. p. 253.

³⁶⁵ Neste sentido, ARIZA afirma que: “[...] La distinción entre describir y prescribir parece ser una característica esencial del modelo positivista de ciencia jurídica íntimamente conectada a la presentación del Derecho como un fenómeno social complejo [...] Ahora con el neoconstitucionalismo [...] se pone de relieve que las descripciones también han servido para camuflar en ocasiones juicios de valor.” ARIZA, Santiago Sastre. *La Ciencia Jurídica ante el Neoconstitucionalismo*. In Neoconstitucionalismo(s). CARBONELL, Miguel (organizador). 2. ed. Madri: Editorial Trotta, 2005. p. 257.

Assim, impõe-se ao jurista, diante do caso concreto, o reconhecimento de que, para se chegar a determinada decisão, escolhas devem ser feitas. Dessa forma, as razões que levaram a tais escolhas não podem ficar ocultas; ao contrário, devem ser explicitadas e, assim, justificadas.

Pela concatenação explícita e articulada dos argumentos que levaram à opção por uma determinada solução jurídica em detrimento de outra, busca-se justificar a decisão adotada com a (mais) adequada aos princípios constitucionais aplicáveis ao caso que se decide. A enunciação das razões que foram consideradas para adoção de determinadas escolhas, em detrimento de outras possibilidades argumentativas, e, especialmente, a fundamentação de tais razões – sua conexão com o sistema jurídico e em especial com a Constituição – servem como instrumentos de controle de racionalidade da atividade de aplicação do Direito, já que afastam a possibilidade de que opiniões pessoais ditem a decisão final.³⁶⁶

Nesse sentido, ROESLER afirma que

A racionalidade aparece, portanto, como uma espécie de distanciamento das opiniões, crenças e conhecimentos tradicionais, costumeiros ou provenientes da emoção, no sentido de que é racional o discurso que discute seus próprios fundamentos, justificando-os, prestando conta deles. O princípio dominante no discurso racional é o do exame crítico, que decorre do princípio da prova. Ele significa que o discurso deve estar sempre aberto ao comportamento crítico do ouvinte e que deve haver a fundamentação das asserções produzidas no seu interior na medida em que o ouvinte assim o exige.

Dessa forma, a exposição, por meio de um discurso racional, das razões que sustentaram as decisões produzidas, apresenta-se como

³⁶⁶ Ao discorrer sobre a função de controle de racionalidade exercida pela justificação das decisões judiciais, ORTEGA assevera que: “[...] las decisiones pretenden satisfacer no sólo al sujeto que las toma sino a toda sociedad o a una parte importante de ella. En este sentido, los criterios éticos y políticos – además de los estrictamente jurídicos – que el juez utiliza para fundamentación de su decisión no son extraídos (o no debieran extraerse) de sus convicciones personales, sino que representan de uno u otro modo las convicciones del cuerpo social. Sólo de esta forma tiene lugar una auténtica legitimación”. In ORTEGA, Manuel Segura. *La Racionalidad Jurídica*. Madrid: Editorial Tecnos, 1998. p. 88.

fundamento de garantia da racionalidade jurídica. Afasta-se, assim, em certa medida, a tentativa juspositivista de se vincular racionalidade à adequação a um modelo científico, em larga medida, incompatível com as feições do Direito contemporâneo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste momento, faz-se cogente a apresentação de uma síntese das principais idéias que compuseram o argumento desenvolvido no curso do presente trabalho.

O capítulo inaugural da dissertação foi dedicado ao delineamento do Positivismo Jurídico como movimento teorético específico.

Partindo-se do reconhecimento da inevitável dificuldade que desafia aqueles que direcionam esforços ao estudo do Positivismo Jurídico – a árdua tarefa de tentar descortinar uma identidade estrutural subjacente a construções teóricas extremamente diversificadas –, optou-se, como estratégia de exposição, pela análise das correntes filosóficas e dos movimentos políticos e jurídicos atuantes no período histórico no qual o tratamento do Direito iniciou seu direcionamento para uma abordagem positivista.

Buscou-se, inicialmente, demonstrar-se que as idéias centrais que sustentaram a edificação das teorias positivistas do Direito não surgiram em um momento histórico certo e determinado, nem decorreram de qualquer revolução científica ou cultural específica. Ao contrário, sustentou-se a idéia de que o caminho até uma abordagem positivista do fenômeno jurídico foi construído a partir de contribuições teóricas produzidas por variadas correntes de pensamento, em especial, o movimento Jusracionalista e suas codificações; a Escola da Exegese; a Escola Histórica do Direito; e a chamada Jurisprudência dos Conceitos.

Depois de detida análise do processo histórico de constituição das teorias antes referidas e de suas condicionantes políticas e filosóficas, empresa levada a efeito com o objetivo de naquelas identificar eventuais contribuições específicas à formação embrionária do Positivismo Jurídico, no item seguinte, optou-se pela descrição dos elementos centrais do ideário juspositivista, pela exposição de suas principais e particulares construções.

Tomando-se emprestada consagrada sistematização elaborada por BOBBIO, decidiu-se, em vez uma caracterização genérica do Positivismo Jurídico, proceder-se a uma abordagem de aspectos fundamentais das obras de KELSEN, ROSS e HART, para, por intermédio desses clássicos autores, tentar alcançar o cerne da forma positivista de compreender e lidar com o fenômeno do Direito.

Com tal intento, a partir da conceituação de Positivismo Jurídico, buscou-se a exposição das características principais desse movimento justeorético: a imagem factual do Direito; a idéia de coercitividade; a compreensão da Lei como fonte preponderante do Direito; a norma jurídica entendida como um comando; a concepção de ordenamento jurídico como um sistema unitário de normas; e a posição estratégica da função interpretativa na ciência jurídica e na atividade de aplicação do Direito.

Ante as características apontadas, tornou-se possível estabelecer o confronto dessas com as principais críticas que lhe são opostas no pensamento jurídico contemporâneo, especialmente pelas teorias do Direito que se desenvolveram em torno do ideário que restou denominado por Neoconstitucionalismo.

E sobre esse signo que se desenvolveu o segundo capítulo do presente trabalho, dedicado à crítica ao Positivismo Jurídico.

Novamente, por meio do recurso a uma exposição liminar das influências filosóficas e políticas que serviram de catalisadores do processo de modificação das estruturas de conhecimento e realização do Direito em um momento histórico de transição (dessa vez representado pelo período pós-bélico do meado do século XX), procurou-se demonstrar que surgia de forma intensa naquele momento histórico a necessidade de edificação teórica de uma estrutura de funcionamento para ciência jurídica e para a práxis dos juristas que estivesse, a um só tempo, consoante com o surgimento do Estado Constitucional e relativamente desvinculada do cientificismo formalista e da lógica dedutiva, partindo-se da necessidade de reconhecimento de outras formas de justificação e de controle de racionalidade do fenômeno jurídico.

Tomando-se como norte tais modificações de marcos políticos e filosóficos, na seqüência foram apresentadas as linhas gerais do núcleo essencial da crítica dirigida pelos teóricos neoconstitucionalistas às propostas justeoréticas positivistas.

Numa tentativa aproximada de sistematização da crítica contemporânea (essencialmente difusa, há que reconhecer), optou-se pelo realce de três pontos fundamentais que, em maior ou menor intensidade, compõem a estrutura essencial do discurso teórico de superação do Positivismo Jurídico proposto pelo Neoconstitucionalismo: (i) a relação de interação existente entre os fenômenos do Direito, da Moral e da Política; (ii) a aceitação da idéia de reconhecimento de valores e opções políticas fundamentais nas cartas constitucionais contemporâneas; e (iii) a consagração da normatividade das cartas constitucionais.

Nesse passo, uma vez descortinadas as críticas dirigidas a pontos estratégicos especialmente caros às teorias positivistas do Direito, tornou-se nítido, em contraponto, que parte significativa do argumento juspositivista foi incorporada pelos neoconstitucionalistas na construção de suas propostas para o Direito.

Assim, a partir da análise de alguns argumentos sustentados pelos neoconstitucionalistas, tornou-se lícito falar em aceitação implícita por aquela corrente de pensamento das noções juspositivistas de norma jurídica como um comando e de coercitividade inerente ao Direito.

Por sua vez, no tocante à idéia de ordenamento jurídico (e de seus consectários), sustentou-se a sua incorporação, com intensidade e de forma relativa, às propostas teóricas formuladas pelos neoconstitucionalistas.

Assim, de forma mais detida, o derradeiro item do segundo capítulo foi dedicado à análise da idéia juspositivista de ordenamento jurídico entendido como um sistema unitário, completo e coerente normas; idéia esta, todavia, que neste momento teve sua compreensão clássica submetida a uma espécie de filtro teórico, de viés neoconstitucionalista, com o objetivo de expor, ao menos de forma aproximada, a sua forma de inserção nas construções justeoréticas contemporâneas.

No terceiro e último item, foi apresentada uma proposta de conceituação e delimitação temática que se mostrasse idônea a delinear, ainda que em traços largos, essa nova forma de se compreender o fenômeno jurídico, tratada, em todo o desenvolvimento do presente trabalho, por Neoconstitucionalismo.

Posto isso, entendido o Neoconstitucionalismo como o conjunto de teorias e ideários que procuram descrever e justificar o sistema jurídico e atividade de concretização judicial do Direito a partir de um marco político representado pelo advento do Estado Constitucional, de um marco filosófico consistente na busca de uma racionalidade prática e não necessariamente formalista lógico-dedutiva, e do reconhecimento da interação necessária entre as manifestações sociais do Direito, da Política e da Moral no interior da estrutura normativa e institucional de determinado Estado, foi desenvolvida uma análise de suas feições centrada nas suas vertentes teórica e metodológica.

Nesse cenário, quatro temas se mostraram especialmente centrais para análise do Neoconstitucionalismo: Constituição, Interpretação Constitucional, Norma Jurídica e Realização Judicial do Direito. Assim, tendo por objetivo o delineamento antes referido, tais temas foram objeto de tratamento em separado no decorrer do segundo item do capítulo final da presente dissertação.

Por fim, o último capítulo do presente trabalho foi dedicado à construção de uma imagem possível da ciência jurídica e da pretensão de racionalidade do Direito ante os elementos teóricos apresentados pelos Neoconstitucionalistas.

A parte final inicia-se com um questionamento: Diante da reaproximação e da interação entre os universos da Moral e do Direito e, assim, ante a pretensão de, além de descrever o Direito, avaliá-lo, seria possível falar em tratamento científico do fenômeno jurídico compreendido em termos neoconstitucionalistas?

Sem a pretensão de abordar as tormentosas questões que circundam as especulações teoréticas acerca da natureza, do objeto, do método e das possibilidades da Ciência Jurídica, na parte final do presente trabalho, buscou-se a abordagem do objetivo de superação do cientificismo juspositivista a partir da

proposta neoconstitucionalista e, ainda, a análise de seu ideal de busca de uma racionalidade (discursiva) que se mostre, a um só tempo, idônea a conhecer, controlar e justificar a atividade de concretização do Direito, legitimando-o perante a sociedade contemporânea com seus diferentes e, não raro, contraditórios, anseios e projetos de vida.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

AGILÓ REGLA. Josep. *Teoría General de las Fuentes del Derecho (y del orden jurídico)*. Barcelona: Editorial Ariel, 2000.

ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2002.

ARIZA, Santiago Sastre. *La Ciência Jurídica ante el Neoconstitucionalismo*. In *Neoconstitucionalismo(s)*. CARBONELL, Miguel (organizador). 2. ed. Madri: Editorial Trotta, 2005.

ATIENZA, Manuel. *As Razões do Direito: Teorias da Argumentação Jurídica*. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. 3. ed. São Paulo: Editora Landy, 2003.

ATIENZA, Manuel; MANERO, Juan Ruiz. *Ilícitos Atípicos*. Madrid: Editorial Trotta, 2000.

ATIENZA, Manuel; MANERO, Juan Ruiz. *Las Piezas del Derecho: Teoría de los enunciados jurídicos*. Barcelona: Editorial Ariel, 1996.

BARBERIS, Mauro. *Neoconstitucionalismo, Democracia e Imperialismo da Moral*. In *Neoconstitucionalismo(s)*. CARBONELL, Miguel (organizador). 2. ed. Madri: Editorial Trotta, 2005.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARCELOS, Ana Paula de. *Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas*. Rio de Janeiro, 2005. Disponível em: <www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto853.pdf>. Acesso em: 17 de maio de 2006.

BARROSO, Luis Roberto (organizador). *A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: O triunfo tardio do Direito Constitucional No Brasil*. Teresinha, 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>>. Acesso em: 19 de abril de 2006.

BARROSO, Luís Roberto. *Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro: Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo*. In BARROSO, Luis Roberto (organizador). *A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 1-48.

BARROSO, Luis Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro. In BARROSO, Luis Roberto (organizador). *A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 327-378.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Vol. I e II. Tradução de Carmem C. Varrialle [et. al.]. 5. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000.

BOBBIO, Norberto. *Locke e Il Diritto Naturale*. Torino: G. Giappichelli Editore, 1963.

BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito*. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

BOBBIO, Norberto. *Teoria da Norma Jurídica*. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. 2. ed. Bauru: Edipro, 2003.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

BONAVIDADES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. *Os Fundamentos de Legitimidade do Estado Constitucional: As análises de Weber e Habermas*. In *Temas de Política e Direito Constitucional Contemporâneos*. Luiz Henrique Urquhart Cademartori (org.). Florianópolis: Editora Momento Atual, 2004. p. 5-20.

CALSAMIGLIA, Albert. *Postpositivismo*. Alicante, 2000. Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/23582844322570740087891/index.htm>>. Acesso em 15 de maio de 2006.

CAMARGO, Margarida Lacombe Camargo. *Hermenêutica e Argumentação: Uma contribuição ao estudo do direito*. 3ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CANARIS, Claus-Wilhem. *O Pensamento Sistemático e o Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. Tradução de A. Menezes Cordeiro. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbekian, 1996.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CARBONELL, Miguel. *Nuevos Tiempos para el Constitucionalismo*. In *Neoconstitucionalismo(s)*. CARBONELL, Miguel (organizador). 2. ed. Madri: Editorial Trotta, 2005. p. 9-12.

COMANDUCCI, Paolo. *Formas de (Neo)constitucionalismo: Un análisis metateórico. In Neoconstitucionalismo(s). Tradução de Miguel Carbonell. CARBONELL, Miguel (organizador). 2. ed. Madri: Editorial Trotta, 2005. p. 88-98.*

CRUZ, Paulo Márcio. *Fundamentos do Direito Constitucional. Curitiba: Juruá Editora, 2002.*

DUARTE, Écio Oto Ramos. *Teoria do Discurso e Correção Normativa do Direito: Aproximação à metodologia discursiva do direito. 2. ed. São Paulo: Landy Editora, 2004.*

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.*

DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.*

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *A Ciência do Direito. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1980.*

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Constituição Brasileira e Modelo de Estado: hibridismo ideológico e condicionantes históricas. São Paulo. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/revista/tes6.htm>> Acesso em 20 de abril de 2006.*

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, decisão e dominação. São Paulo: Editora Atlas, 1988.*

FIGUEROA, Alfonso Garcia. *La Teoría del Derecho em Tiempos de Constitucionalismo. In Neoconstitucionalismo(s). CARBONELL, Miguel (organizador). 2. ed. Madri: Editorial Trotta, 2005. p. 159-186.*

GIDDENS, Anthony. *Para Além da Esquerda e da Direita: o futuro da política radical. Tradução de Álvaro Hattner. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1996.*

GUASTINI, Ricardo. *La "Constitucionalización" Del Ordenamiento Jurídico: el caso italiano*. Tradução de José María Lujambio. In *Neoconstitucionalismo(s)*. CARBONELL, Miguel (organizador). 2. ed. Madri: Editorial Trotta, 2005. p.49- 73.

GUERRA FILHO, Santiago Willis. *Teoria da Ciência Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2001.

GUERRA FILHO, Santiago Willis. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2003.

HART, Herbert. L. A. *O Conceito de Direito*. 3. ed. Lisboa: fundação Calouste Gulbekian, 2001.

HESPANHA, Antônio Manoel. *Cultura Jurídica Européia: Síntese de um milênio*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

HOBBS, Thomas. *Leviatã: ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. Tradução de Alex Martins. São Paulo: Editora Martin Claret, 2004.

JAPIASSÚ, Hilton e MARCONDES, Danilo. *Dicionário Básico de Filosofia*. 3. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1996.

KELSEN, Hans. *Teoria Geral das Normas*. Tradução de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1986.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LARENZ, KARL. *Metodologia da Ciência do Direito*. Tradução de José Lamago. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1997.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *O Direito na História: Lições introdutórias*. Rio de Janeiro: Max Limonad, 1998.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A Jurisdição no Estado Constitucional*. Teresina, 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6550>>. Acesso em 19 de abril de 2006.

MELO, Osvaldo Ferreira de. *Fundamentos de Política Jurídica*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor/CPGD-UFSC, 1994.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

MONTEIRO, Cláudia Servilha. *Teoria da Argumentação Jurídica e Nova Retórica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

MONTESQUIEU, Charles de Scondat, Baron de La Brède. *O Espírito das Leis*. Tradução de Henrique de Carvalho. Belo Horizonte: Editora Líder, 2004.

MÜLLER, Frederich. *Métodos de Trabalho do Direito Constitucional*. Tradução de Peter Naumann. 3. ed. São Paulo: Renovar, 2005.

ORTEGA, Manuel Segura. *La Racionalidad Jurídica*. Madrid: Editorial Tecnos, 1998.

PECES-BARBA MARTINEZ, Gregorio. *Derechos Sociales y Positivismo Jurídico: escritos de filosofía jurídica y política*. Madrid: Dykinson, 1999.

PINHEIRO, Homero. *Temas e Textos Interdisciplinares*. Rio de Janeiro: Aula, 1992.

POZZOLO, Suzana. *Un Constitucionalismo Ambiguo*. In Neoconstitucionalismo(s). Tradução de Miguel Carbonell. CARBONELL, Miguel (organizador). 2. ed. Madri: Editorial Trotta, 2005. 187-210.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 20. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2002.

RÓDENAS, Àngeles. *¿Qué Queda del Positivismo Jurídico?* Alicante, 2005. Disponível em: <www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/3469840432129275632457/015793/index.htm>. Acesso em: 15 de maio de 2006.

ROESLER, Cláudia Rosane. *Theodor Viehweg e a Ciência do Direito: Tópica, discurso, racionalidade*. Florianópolis: Momento Atual, 2004.

ROSS, Alf. *Direito e Justiça*. Tradução de Edson Bini. Bauru: Edipro, 2000.

SANCHIS, Luis Pietro. *Ley, Principios, Derechos*. Editorial Dykinson: Madrid, 1998.

SANCHIS, Luiz Prieto. *Neoconstitucionalismo y Poderación Judicial*. In *Neoconstitucionalismo(s)*. CARBONELL, Miguel (organizador). 2. ed. Madri: Editorial Trotta, 2005. p. 123-158.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SCHIER, Paulo Ricardo. *Filtragem Constitucional: construindo uma nova dogmática jurídica*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999.

SCHIER, Paulo Ricardo. *Novos Desafios da Filtragem Constitucional no Momento do Neoconstitucionalismo*. Bahia, 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>> . Acesso em: 23 de maio de 2006.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração da hermenêutica da construção do direito*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005.

WARAT, Luis Alberto. *Introdução Geral ao Direito: II A epistemologia jurídica da modernidade*. Tradução de José Luis Bolzan. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1995.

WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. Tradução de A. M. Hespanha. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil: Ley, derechos, justicia*. Tradução de Marina Gascón. 5. ed. Madri: Editorial Trotta, 2003.

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)