

## O “NOVO” POSITIVISMO: BREVES APONTAMENTOS HISTÓRICOS E A PERSPECTIVA ATUAL

### Palavras-chave

Positivismo.  
Constitucionalismo.  
Regra. Norma. Princípio.  
Direito.

Sérgio Roberto Maluf

*“Sou legal eu sei, agora só falta  
convencer a lei.  
Sou real eu sei, agora só falta  
convencer o rei”*

Blindagem

### Keywords

Positivism –  
Constitutionalism – Rule  
– Standard – Principle  
- Law

### Biografia

Advogado, especialista em Direito Administrativo pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar e mestrando em Direitos Fundamentais e Democracia pelas Faculdades Integradas do Brasil – UNIBRASIL (maluf@maluf.adv.br)

### RESUMO

O positivismo nasce sob regime de um Estado absolutista, com justificações cosmológica, teleológica e antropológica. Sob este último aspecto, destina-se a preservar a autonomia do homem, identificado em um Estado liberal de não-intervenção. A evolução social não se contenta, porém, com a garantia de direitos negativos: exige também a realização de direitos positivos. O Direito faz necessária conexão com a moral e o positivismo veste nova roupagem, emanado de um novo constitucionalismo que lhe impõe aspectos materiais de proteção e preservação dos níveis multiculturais das sociedades modernas.

### ABSTRACT

The positivism is born under an absolutist State, with cosmological, teleologic and anthropological justifications. Under this last aspect, it is destined to preserve the man's autonomy, identified in a liberal State of nonintervention. The social evolution is not satisfied, however, with the warranty of negative rights: it also demands the accomplishment of positive rights. The Lawt makes necessary connection with the morals and the positivism dresses new apparel, emanated of a new constitutionalism that imposes its material aspects of protection and preservation of the aspects multiculturals levels of the modern societies.

## 1. INTRODUÇÃO

As revoluções sociais, iniciadas, sempre, ainda dentro do regime combatido, fazem despontar novas organizações, quando não um novo Direito. Instituído um novo Direito, a revolução pode fazer com que o corpo social eleja um novo modelo de Estado, definindo nova Constituição (para aqueles Estados constitucionais). Tão verdade é que a revolução acontece no regime anterior que o próprio Poder Constituinte instaura-se ainda no regime que será por ele encerrado, transformado ou desenvolvido.

O Estado constitucional, aquele apegado e determinado por um texto que lhe dê amparo, legitimidade, poder e objetivos que a sociedade deseje perseguir, pode ser visto pela ótica jurídica, e suas variantes teóricas existentes durante a história, ou ainda sob a ótica do sujeito, definido nas palavras de Häberle, como um “sujeito constitucional”:

“Não se deve esquecer que democracia é formada pela associação de cidadãos. Democracia é o ‘domínio do cidadão’ (Herrschaft des Bürgers), não do Povo, no sentido de Rousseau. Não haverá retorno a Rousseau. A democracia do cidadão é mais realista do que a democracia popular (Die Bürger-demokratie ist realistischer als die Volks-Demokratie). A democracia do cidadão festa muito próxima da idéia que concebe a democracia a partir dos direitos fundamentais e não a partir da concepção segundo a qual o Povo soberano limita-se apenas a assumir o lugar do monarca. Essa perspectiva é uma consequência da relativização do conceito de Povo – termo sujeito a entendimentos equívocos – a partir da idéia de cidadão”<sup>1</sup>.

A história do Estado e a sua perspectiva de poder, relacionada sempre diretamente com o Direito, sua imposição ou mesmo aplicação, apresenta variantes que se iniciam com uma perspectiva de poder cosmológica (a natureza como centro estável de todas as coisas, fazendo com que as normas dela derivassem). Na Idade Média figura uma perspectiva teleológica (centrada na figura de um poder divino – Deus – e forte exercício do poder pela Igreja) para que após, na Idade Moderna, prevalecesse perspectiva antropológica (voltando-se não à natureza ou a um ente divino, mas sim ao homem e sua necessária autonomia).

Na Antiguidade podia ser visualizado traços de um Estado já no Império

---

1 HÄBERLE, Peter. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997. p. 38. *apud* MACIEL, Omar Serva. A interpretação pluralista de Peter Häberle como contributo à democratização do processo constitucional. Revista da AGU. Ano IV, nº 26, Março/2004. p. 5-6.

Romano (monopólio da violência, da produção do Direito, da justiça), com poder central que agia em nome de um interesse geral (ainda que em realidade muitas vezes imperava exacerbado patrimonialismo e personalização marcante).

A Idade Média, com o início de uma produção pautada pela existência de excedentes, vem fundar uma estrutura feudal, resultando em um Estado que não mais detinha níveis arrecadatórios desejados. A individualidade se faz presente nos conflitos, não sendo o Estado mais chamado a intervir, agindo, sim, exércitos particulares ou mesmo exércitos contratados. Reagrupa-se o Estado novamente com a existência de Monarquias, legitimadas por um “direito adquirido” (anteriormente à legitimação teleológica). De qualquer forma, o período é marcado por presença inexpressiva do Estado.

A Idade Moderna, por sua vez, vê, conseqüência dos desmedidos conflitos da Idade Média, o nascimento de um Estado absolutista, de forte concentração central (arrecadatória, de uso da força, de produção de normas, enfim).

O mercantilismo leva ao enriquecimento dos burgueses que, em determinado momento, sentem-se constrangidos pelo Estado (quer pela imposição de tributos, quer pelas benesses por vezes concedidas àqueles mais próximos ao Poder) em atividades que resultavam em intervenção na sua atividade ou mesmo na ingerência da riqueza existente. Fazia-se necessária uma proteção (inicialmente da propriedade) em face do Estado. De uma lei que impusesse limites ao exercício do Poder.

Nasce, ainda naquele Estado Absolutista, um modelo de Estado Constitucional, cuja existência transcorreu até o advento da Revolução Francesa e sua proposta de rompimento (inaugurado pelo “Rei-Sol” Luís XIV, em 1643, destacando-se a célebre frase: “L’État c’est moi” – O Estado sou eu). Emmanuel Joseph SIEYÈS edita, em fevereiro de 1789, a sua mais famosa obra (“Qu’est-ce que le Tiers État”), questionando o que seria o Terceiro Estado perante o clero e a nobreza, representativas de classes privilegiadas. Buscando os direitos daquele Terceiro Estado, instaurou-se, em 17 de junho de 1789, a Assembléia Nacional, legitimada pela presença de seus componentes (ainda que incerta a participação das classes privilegiadas), compromissada com a elaboração de uma Constituição voltada à sociedade (burguesa) francesa. Abolidos foram os privilégios tributários feudais e editada a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (26 de agosto de 1789).

A recusa de Luiz XVI em aceitar e levar à sanção os documentos proclamados pela Assembléia instituída levou SIEYÈS a pregar a existência de uma autoridade anterior competente para instaurar uma nova – e legítima – ordem jurídica (um Poder Constituinte):

Mas é verdade que uma representação extraordinária não se parece em nada com a legislatura ordinária. São poderes diferentes. Esta só pode se mover nas formas e condições que lhe são impostas. A outra não está submetida a nenhuma forma em especial: se reúne e delibera como faria a própria nação se, mesmo composta por um pequeno número de indivíduos, quisesse dar uma constituição a seu governo<sup>2</sup>.

A burguesia, o Terceiro Estado, se equipara à Monarquia (Primeiro Estado) e ao Clero (Segundo Estado), fazendo nascer uma Constituição que conferisse igualdade e que, principalmente, afastasse o Estado das relações entre os particulares. O rompimento, porém, com a ordem instituída não poderia se dar *incontinenti*, devendo o (novo) Poder ser exercido ainda em conjunto com aqueles já existentes. Assim, os juízes, por exemplo, levados aos seus cargos pela Monarquia, deveriam ainda ter assegurado o exercício e a função que lhes era destinada.

O Poder da burguesia – e este era o objetivo da Revolução, já que ela, burguesia, era o Terceiro Estado – seria exercido no âmbito do poder legislativo, fazendo de lá emanar leis que obrigavam ao Estado, cidadãos e juízes. Estes, por certo, assumindo um papel passivo, sendo “*a voz da lei*”, com desempenho de função meramente cognitiva (é o que vem sustentar Kelsen, e os seguidores das teorias egológica, realista e parte dos jusnaturalistas)<sup>3</sup>.

A exegese toma corpo então como forma correta de se buscar o sentido da norma ou a vontade do legislador quando não aparente aquele primeiro sentido. A passividade do judiciário resta então caracterizada e o poder da burguesia mantido, já que ao parlamento caberia criar o Direito e, em última análise, falar sobre sua real intenção quando não aclarada no Direito criado. Era a última palavra no Estado Constitucional francês, de nítidas feições liberais. Carlos María CÁRCOVA, citando Carlos Cossio, vem reproduzir sua palavras:

Dice que, en realidad, la cuestión de los métodos de interpretación no era más que un invento de la burguesía. Dicha cuestión surge coetáneamente com el advenimiento de “la ley” como tecnologia de regulación social. Es decir, cuando se acaba el mundo feudal, al que correspondió el derecho de los *pacta*, el derecho estatutatio y las relaciones jurídicas pasan a ser regidas mediante leyes, esto es, mediante mecanismo que universlian el sentido de las normas vigentes y los criterios relativos a sua aplicación por órganos especializados.<sup>4</sup>.

Assume contornos concretos o positivismo: se dantes a legitimação do

---

2 SIEYÈS, Emmanuel Josph. A constituinte burgesa. Qu'est-ce que le Tiers État? 4. ed. Trad. Norma Azevedo. Rio de Janeiro, Lumen Júris, 2001. p. 53.

3 CÁRCOVA, Carlos María. Las teorías jurídicas post positivas. Buenos Aires (Argentina): Lexis Nexis Argentina, 2007. p. 155.

4 Ibidem. p. 156-157.

Direito era dada pelo cosmos (*physis*, dos pré-socráticos) e posteriormente por amparo teleológico (Deus, com notações também positivistas para o período e um *jusnaturalismo*<sup>5</sup>), naquele momento francês o procedimento também dava contornos de legalidade ao Direito.

Importante anotar os ensinamentos de Norberto BOBBIO afastando similitude ou mesmo confusão entre o *jusnaturalismo* (ou o Direito natural) e o Direito positivo (cerne do positivismo). Seis são as características que os distinguem: 1) o Direito natural está fundado na antítese *universalidade/particularidade*, valendo em toda parte, sendo imutável no tempo; 2) o Direito positivo liga-se à dicotomia *imutabilidade/mutabilidade*, valendo em apenas algumas partes (ou onde esteja efetivamente positivado), sofrendo mutações durante o tempo; 3) diferem-se, ainda, quanto às suas fontes; 4) têm formas de conhecimento distintas (antítese *ratio/voluntas* – o Direito natural é conhecido através da razão, enquanto o positivo conhece-se através de uma declaração de vontade alheia); 5) têm objetos diferentes: o Direito natural vem regular comportamentos que são bons ou maus (em si mesmos), enquanto o Direito positivo regular comportamentos indiferentes em si mesmos e, finalmente, 6) a distinção que se pode traçar pelo critério valorativo das ações: o Direito natural estabelece o que é bom (ou mau), enquanto o Direito positivo vem estabelecer o que é útil<sup>6</sup>.

No momento francês, o juiz estava adstrito à lei. Instituído estava o Estado Constitucional, voltado à proteção dos Direitos fundamentais de 1ª geração (direitos de defesa, ou direitos negativos), com a mais marcante característica liberal: a não-intervenção. Nele inseria-se uma Constituição formal, donde se destacava o predomínio da lei sobre ela (lei que refletia a virtude da sociedade civil, sendo a Constituição voltada ao Estado).

O Direito formal, positivo, era fundado no aspecto de que, obedecidos os ditames para sua instituição, a vontade do legislador era soberana. Não se inseria, porém, no contexto jurídico, a moral (elemento externo, portanto), incompatível tanto com a criação da norma, quanto com sua aplicação.

Aos interesses burgueses, o Direito era fundado em regras constitucionais (positivas) sem que amparo lhe fosse dado por quaisquer princípios, sendo possível sua aplicabilidade através da lógica subsuntiva. O Direito seria certo ou errado, sem que conceitos morais (justiça, por exemplo) pudessem lhe restar inseridos.

5 Ibidem. p. 195. “*El empeño jusnaturalista de construir un orden universalmente válida, había implicado una batalla memorable (...) contra el principio de autoridad dominante en los estudios de derecho. También había servido, por otro lado, para otorgar fundamento a las formas más despóticas del absolutismo político*”

6 BOBBIO, Norberto. O positivismo jurídico. Lições de filosofia do direito. Trad. e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo : Ícone, 1995. p. 22-23

Ainda que alguma noção principiológica da Constituição pudesse ser extraída, naquele momento e em um Direito positivo, tinham os princípios uma acepção de “conselhos” dados ao legislador, sem vinculá-lo.

Apegados ao *jusnaturalismo*, os filósofos positivistas predominaram com sua doutrina, notadamente entre o encerrar do século XIX e meados do século XX. Estudado a partir de critérios meramente formais, destacaram-se autores de renome a empenhar defesa em favor do positivismo (ainda que possam ser classificados, conforme a posição de cada autor, em *jusnaturalistas*, *juspositivistas* e defensores do *realismo jurídico*).

Uma teoria formal do Direito, que o estuda independentemente dos valores a que se destina ou mesmo do conteúdo que dela se possa extrair<sup>7</sup>, é a marca ditada pelo *juspositivismo*, amparado, no século XIX, por cientistas sociais que endossam a impossibilidade de valoração de uma ciência social (impossibilitando a conexão da moral com o Direito ou mesmo com a política), e no século XX por teóricos alinhados em visão positivista analítica (pregando ser impossível a cognição objetiva dos valores)<sup>8</sup>.

Em diferentes medidas, entre os positivistas, detectava-se separação entre o ser (*sein*) e o dever-ser (*sollen*) o que poderia implicar em força dominante das relações fáticas ou não, dando contornos de norma ausente realidade ou de realidade “esvaziada de qualquer elemento normativo”<sup>9</sup>, impondo cisão definitiva (ao menos para o positivismo mais tradicional) com os Direitos naturais, irracionais, decorrentes de um contrato social imaginário ou mesmo de um Estado de natureza a ser evitado.

Relevada a destacada obra de Gustavo Hugo (em uma primeira crítica alemã ao *jusnaturalismo*), o historicismo alemão (com sua característica marcante que é o *amor pelo passado*<sup>10</sup>) tem na voz de Carlos Frederico von Savigny sua maior expressão, com nítidos contornos da doutrina da escola histórica do Direito:

1) *Individualidade e variedade do homem*: Aplicando este princípio ao direito, o resultado é a afirmação segundo a qual não existe um direito único, igual para todos e em todos os lugares. O direito não é produto da razão, mas sim um produto da história. (...)

2) *Irrracionalidade das forças históricas*: O direito não é fruto de uma avaliação e de um cálculo racional, nascendo imediatamente do sentimento de justiça. (...)

3) *Pessimismo antropológico*: A descrença na possibilidade do progresso humano e na eficácia das reformas induz a afirmar que, também no campo do direito, é preciso

7 FARALLI, Carla. *A filosofia contemporânea do direito: temas e desafios*. Trad. Candice Premaor Gullo. São Paulo : WMF Martins Fontes, 2006. p. 2.

8 Ibidem. p. 2-3.

9 HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. De Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris, 1991. p. 14.

10 BOBBIO, Norberto. Op. cit. p. 50.

conservar os ordenamentos existentes e desconfiar das novas instituições (...)

4) *Amor pelo passado*: (...) a tentativa de remontar além da “recepção” do direito romano na Alemanha, para redescobrir, reavaliar e, possivelmente, reviver o antigo direito germânico (...)

5) *Sentido da tradição*: (...) O costume é, portanto, um direito que nasce diretamente do povo e que exprime o sentimento e o “espírito do povo” (...) <sup>11</sup>.

Mas os historicistas podem ser vistos como antecessores ao positivismo jurídico pela sua crítica e oposição ao *jusnaturalismo*. Necessária seria um movimento que objetivasse a codificação em que se gravaria, de forma indelével, o traço mais característico do positivismo. Grandes codificações são ditadas na Alemanha entre os séculos XVIII e XIX, já demonstrando uma *onipotência* do legislador, ainda que as codificações resultassem da nítida positivação dos direitos naturais tão combatidos pelos historicistas e fomentados pelos iluministas.

O pensamento iluminista faz-se presente, também, na França com o Código de Napoleão (levado a termo por Tronchet, Maleville, Bigot-Préameneau e Portalis), resultando na criação da escola da exegese, caracterizada pelo “*absoluto respeito que seus expoentes têm pela lei, como também pela grande autoridade da qual gozaram alguns dos primeiros comentadores do Código, cujas afirmações foram adotadas pelos juristas posteriores como se fossem outros tantos dogmas*” <sup>12</sup>.

Na Inglaterra o positivismo vem se apresentar com teóricos como Bentham (e sua ética utilitarista) e Austin, que propõe método situado entre o utilitarismo e a Escola Histórica alemã.

Momento em que, resgatado breve traço histórico, BOBBIO vem destacar pontos característicos e problemáticos do positivismo: o Direito é um fato, e não um valor (ditando assim seu *modo de abordagem*), com *definição* data por um elemento de coação, extraído de *fontes* caracterizadas, primordialmente, por leis (suscitando críticas quando consideradas outras “fontes”, como o costume). A *teoria da norma jurídica* faz com que, para o positivismo, a norma seja visualizada como um comando (ao que dificuldade surge para a explicação das “normas permissivas”), inserido em um *ordenamento jurídico* (coerente e dotado de plenitude, o que permite ao juiz valer-se somente daquele ordenamento para tratar de qualquer caso que lhe seja dado). A interpretação (*método da ciência jurídica*), já abordada, é também característica do positivismo em sua versão mecanicista, prevalecendo elemento declarativo na atividade jurisdicional. Com tal, BOBBIO aborda o positivismo sob três aspectos: pelo seu *método de abordagem* (como metodologia), como *teoria do direito* e como *ideologia do direito* <sup>13</sup>.

11 Ibidem. p. 51-52.

12 Ibidem. p. 89.

13 Ibidem. p. 131-134.

El positivismo ideológico sostiene que el Derecho positivo, por el solo hecho de ser positivo, es justo y debe ser obedecido, em virtud de un deber moral. (...) [Como teoria da] posición soberana que pose la ley ordinaria en la conceptualización iuspositivias (...) [como metodologia o direito positivo] separó el Derecho y la moral, expulsando a ésta del horizonte jurídico.<sup>14</sup>

Considerada a inserção da norma, do direito positivo em um ordenamento jurídico, os positivistas visualizam o ordenamento como unitário, completo em si mesmo. BOBBIO demonstra que, na concepção de KELSEN, a unidade pode se dar por uma unidade substancial ou material e por uma unidade formal (“*relativa ao modo como as normas são postas*”)<sup>15</sup>. Dois seriam os tipos de ordenamento: um *estático* (onde inserida estaria a moral) e outro *dinâmico* (próprio do direito positivo)<sup>16</sup>.

Visualizadas as possibilidades dadas a um ordenamento temos que ele pode ser *aberto*, com o poder constituinte – assembléia oriunda de uma revolução – sendo visto como fato social, com o Direito derivando deste fato, ou *fechado*, com aquele poder constituinte “*autorizado por uma norma fundamental*”<sup>17</sup>, sendo esta a concepção de KELSEN. A indagação, porém, fica sempre a ser respondida: o que autoriza a norma fundamental?

O conceito de sistema unitário relaciona-se, ainda, com a questão da completude: o sistema se basta em si mesmo, o que é típico das regras<sup>18</sup>. Para eventuais antinomias, o sistema, único, seria dotado de coerência que lhe permita afastar casos em que (aparentemente) há uma norma e há outra incompatível com ela (soluções de que tratam os critérios *cronológico – lex posterior derogat priori*, *hierárquico – lex superior derogat inferiori*, e *da especialidade – lex specialis derogat generali*).

Ao positivismo de KELSEN restava, ainda que assentado sobre uma norma fundamental, a tormenta positivista maior: as lacunas da lei. Os fatos que deveriam ser apreciados e para os quais não se podia visualizar nenhuma regra ou mesmo critério que possibilitasse aplicação (um hipotético “barco voador” seria um navio?). Impedido o juiz – tese central do positivismo – de criar o Direito, a questão assumia

14 POZZOLO, Susana. Um constitucionalismo ambíguo. In CARBONEL, Miguel (Ed.). Neconstituicionalismo(s). 2. ed. Madrid (Espanha) : Editorial Trotta, 2005. p. 194-195.

15 BOBBIO, Norberto. Op. cit. p. 199.

16 Idem.

17 Ibidem. p. 201.

18 Adotamos aqui a terminologia *regra* para fazer referência à espécie do gênero *norma*, evitando confusão com a outra espécie de norma (*princípio*). As regras têm funtores deonticos definidos e conotação binária (tudo ou nada; é ou não é), diferentemente dos princípios que têm funtores deonticos determináveis mediante o caso concreto.



contornos de afetação grave à teoria.

Herbert L. A. HART vem se apresentar como um dos expoentes do positivismo, concebendo-o através de três teses:

La primera de ellas es la llamada tesis de la separación conceptual del Derecho y la moral, o, adoptando términos de clásicos positivistas como Jeremy Bentham y John Austin, entre Derecho que es y el Derecho que debe ser. (...) La segunda tesis se enuncia como la tesis de las fuentes sociales del Derecho. Éste dependerá, para su existencia, de una práctica social que determine cuáles son las fuentes de las que emanan normas jurídicas. (...) La tercera y última de las tesis que Hart atribuía al positivismo jurídico se la conoce como la tesis de la discrecionalidad judicial.<sup>19</sup>.

A notação de HART sobre a discrecionalidade judicial vem apresentar o que seria abalo à unidade e completude do ordenamento jurídico positivista, com rompimento, em vários aspectos, das teorias propostas por AUSTIN, em seu positivismo mais severo.

Na obra *El concepto de derecho* (O conceito do direito), HART vem aclarar seu posicionamento, com destaque a pontos específicos, buscando respostas para três problemas da teoria jurídica: a) no que se diferencia o Direito das ordens baseadas em ameaças?, b) em que se diferencia a obrigação moral da obrigação jurídica? e c) o que são as regras e em que medida o Direito é uma questão de regras?<sup>20</sup>.

Aborda-se, de forma sucinta, os três questionamentos plantados por HART e sua concepção sobre cada um deles. Utilizando-se da filosofia analítica, HART contrapõe-se de imediato a AUSTIN e seus conceitos de ordens baseadas por ameaças. O Direito inclui a noção de regra, que não pode ser vista como o caso de uma ordem baseada por ameaça, onde uma pessoa “*se vê obrigada*” (a entregar um dinheiro a um assaltante, por exemplo), mas sim como o caso onde uma pessoa “*tem a obrigação*” de fazer algo conforme o Direito:

Para entender la noción de obligación es indispensable la noción de regla; el que una persona tenga una obligación jurídica quiere decir que existe una regla que prevé la obligación y que el caso de esa persona se encuentra dentro del campo de aplicación de la regla <sup>21</sup>.

19 ALDAY, Rafael Escudero. Los calificativos del positivismo jurídico. El debate sobre la incorporación de la moral. Madrid (Espanha) : Thomson Civitas, 2004. p. 12.

20 LA decisión judicial. H.L.A. Hart y Ronald Dworkin. Estudio preliminary de César Rodríguez. Bogotá (Colômbia) : Siglo del Hombre; Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, 1997. p. 20. (em referência a obra de H.L.A. Hart, *El concepto de derecho*, op. cit. p. 16).

21 Ibidem. p. 25 (citando p. 106).

HART estabelece então dois tipos de regras: as *regras primárias* e as regras secundárias, com as primeiras impondo deveres positivos (ações) ou negativos (omissões) aos indivíduos. As *regras secundárias*, por sua vez, conferem poderes aos particulares ou às autoridades para criar, modificar, extinguir ou determinar os efeitos das regras do tipo primário (a regra da mudança de estado civil – casamento – confere poderes ao particular para “criar” um novo Direito). No mesmo diapasão de KELSEN (com sua norma fundamental), a teoria de HART nos dá como validade das regras secundárias as regras primárias. Resta a pergunta: de onde surgem os critérios de validade das normas primárias?

As regras secundárias, quando aplicadas (com o estabelecimento, pois, das regras primárias), dividem-se em regras de *alteração*, regras de *adjudicação* e, por fim, em *regras de reconhecimento*. Esta última reveste-se de especial importância na teoria de HART, já que:

(...) uno dos pilares del positivismo es la defensa de la posibilidad de indentificar el derecho vigente em uma sociedad a partir de un parâmetro Independiente de la moral.<sup>22</sup>

A orientação hierarquizada das regras jurídicas já tinha nos ensinamentos de KELSEN demonstração que se apoiava na *norma fundamental*. O fundamento de validade e a unidade necessária – sob a visão positivista – à ordem jurídica, estava então assentada em uma *norma “que no era histórica ni positiva, que no era puesta, como todas las restante que de ella recibían validez, sino supuesta”*<sup>23</sup>. HART determina ser a validade das normas, no sistema concebido a partir de sua teoria, originada a partir da *regra secundária de reconhecimento*. Conferia-se à norma o qualificativo de pertencente ao sistema jurídico se pudesse ser-lhe aferida a validade ou, aferida sua *linhagem (pedigree)* na cadeia jurídica definida a partir daquela *regra de reconhecimento*<sup>24</sup>. A existência *fática* da regra de reconhecimento (e para fatos não há de se falar em validade), sem outra que acima dela esteja, faz com que HART afaste a idéia de pressuposição da *norma fundamental* de KELSEN.

Importante ainda destacar, na obra de HART, a idéia de *ponto de vista interno* e *ponto de vista externo*. Um comportamento reiterado de um grupo, quando observado sem que seus motivos sejam também investigados, faz com que o observador posicione-se a partir de um ponto de vista externo, determina e existência de um *hábito* (sem que possa diferenciar o hábito visualizado da ação rotineira de ir à missa aos domingos), sem comprometimento com a regra (habitual) observada. Aprofundando a cognição da prática reiterada, buscando os motivos

22 Ibidem. p. 26.

23 CÁRCOVA, Carlos María. Op. cit. p. 88.

24 LA decisión judicial... p. 26-27.

para a existência da conduta, estará o observador se posicionando sob ótica interna, em aceitação às regras que determinam a conduta reiterada. A visão *externa* vê regras vigentes em grupo social ao qual o observador não pertence; já a visão *interna* é a visualização das regras postas e acatadas pelo grupo social a que ele, observador, também se integra.

O positivismo ainda afeto às regras, fundado em normas superiores, fáticas ou pressupostas, parecia impedir que a atividade jurisdicional estivesse além do que preconizado na lei (validada pela norma fundamental) ou na *regra primária* (validada pela *regra de reconhecimento*), ainda que a imprecisão da linguagem de *textura aberta* fosse acentuado no campo das regras jurídicas<sup>25</sup>. Ainda que HART reconheça a existência de casos fáceis e difíceis, com alguns (difíceis) apresentando não só uma decisão possível, o juiz não tem outra saída, “*que escoger prudentemente la opción que estime adecuada*”<sup>26</sup>, atuando com discricionariedade.

A ausência de valores ainda impunha o critério do *tudo* ou *nada* ao Direito, suscitando críticas através de uma nova abordagem teórica, dita, hodiernamente, pós-positivista. Ao tempo em que as regras impunham o conceito de *tudo* às decisões judiciais, em típico posicionamento positivista, poderia a discricionariedade impor a adjetivação de *nada* ao sistema teorizado por HART. O juiz poderia, por bem dizer, criar o Direito que sua escolha determinasse. Iniciava-se a crítica pós-positivista, capitaneada por Ronald DWORKIN.

O debate contemporâneo questionou as duas teses em que se apoiava o positivismo jurídico, determinando a abertura da filosofia do direito, por um lado, ao mundo dos valores ético-políticos e, por outro, ao mundo dos fatos. Quanto ao primeiro aspecto, pode-se remeter o início do pós-positivismo, com certa aproximação às críticas de Ronald Dworkin a Herbert Hart (...) Quanto ao segundo, às elaborações neo-institucionalistas (...) <sup>27</sup>.

DWORKIN vem criticar, inicialmente, a separação feita por HART entre o Direito e a moral, pregando a impossibilidade de um sistema jurídico ser composto unicamente por *regras*. A ele também se incorporam os *princípios*. Os casos difíceis, em que HART vem pregar analogia ou mesmo a discricionariedade, podem ter a resposta necessária quando aplicados os princípios. A teoria de DWORKIN, de bases interpretativas e de integridade, vem falar do sistema jurídico como uma rede “*sem fissuras*”, concebendo-o “*como um complexa atividade de interpretação, que todavia não é deixada à discricionariedade dos juizes, mas firmemente ancorada aos*

---

25 Ibidem. p. 33.

26 Ibidem. p. 34

27 FARALLI, Carla. Op. cit. p. 3.

*princípios, fruto de um preciso desenvolvimento histórico*<sup>28</sup>.

DWORKIN vem integrar a crítica jurídica ao positivismo (o novo positivismo), movimento que definitivamente vê como esgotados “*los grandes paradigmas teóricos vigentes, el jusnaturalismo en sus distintas versiones y el juspositivismo, también en sus distintas versiones*”, incapazes de justificar o Direito atual, que é ao mesmo tempo: “*una tecnología elaborada por siglos, un discurso justificatorio en práctica societal, un mecanismo a través del cual se limita el ejercicio arbitrario de la autoridad y se consagran garantías recíprocas incluidas en el pacto de convivencia*”<sup>29</sup>.

O Direito visualiza, na prática social que o faz florescer, uma multiplicidade cultural, em um pluralismo sem precedentes. Natural que o pós-positivismo deitasse críticas aos fundamentos do positivismo, quer seja na linha de Kelsen, quer seja na linha da corrente analítica<sup>30</sup> (como HART), fazendo despontar objeções de DWORKIN, RAWLS, HABERMAS, etc, predominando, entre os autores, uma construção dialético-compreensiva. As teorias críticas despontam na França (Michel Miaille), Itália (Ferrajoli, Senese, etc – com o uso alternativo do Direito) e também na Argentina (Alicia Ruiz).

Ainda que o positivismo tenha se tornado *soft*, com a aceitação por HART dos princípios a que se referia DWORKIN, ou que correntes outras despontem pregando a inclusão da moral (ou dos valores ético-políticos), o Direito se vê à frente de nova fronteira: a *teorização do multiculturalismo*:

O termo “multiculturalismo” pode ser empregado, em sentido puramente factual e descritivo, para designar certo tipo de sociedade, caracterizada pela presença e pela convivência de grupos culturais diferentes, ou, em sentido normativo, para indicar um ideal jurídico-político para cuja realização o Estado é chamado a colaborar, principalmente através do direito e da educação.<sup>31</sup>

O multiculturalismo, como objeto de estudo dos filósofos político-sociais vem resultar da “*contraposição dialética entre pensamento liberal e pensamento comunitário*”<sup>32</sup>. Assume novos contornos, também, o Estado liberal:

Para Raz, o Estado liberal, bem longe de ser neutro, deve tomar a função de promotor do

28 Ibidem. p. 5.

29 CARCOVA, Carlo María. Op. cit. p.112.

30 FARALLI, Carla. Op. cit. p. 57. A autora afirma que “*a crise do positivismo jurídico formalista das últimas décadas não envolveu a abordagem analítica. Ao contrário, esta aprimorou seus próprios instrumentos lógicos e metodológicos e assim continuou a orientar numerosos estudiosos, que preservaram o interesses pelos estudos de lógica jurídica*”.

31 FARALLI, Carla. Op. cit. p. 78-79.

32 Ibidem. p. 79.

bem de seus cidadãos, bem que, como vimos, não é realizável individualmente, separado das comunidades culturais (...) Daí o papel ativo que o Estado deve assumir para favorecer em seu interior o desenvolvimento harmonioso de diversas culturas<sup>33</sup>.

O Direito, como objeto cultural, é contaminado por uma crise que também é cultural. O multiculturalismo faz propagar uma infinidade de valores dentro da sociedade, refletindo em normas ou princípios que não apóiam, minimamente, em qualquer consenso. A judicialização da política, a pluralidade de valores, tudo colabora para que se questione a filosofia do Direito.

Em sua crise, bem destaca, A. CASTANHEIRA NEVES, o Direito deverá estar apto a responder a perguntas que permearam toda sua história: 1) por quê surgiu, com sentido universal, o Direito na realidade humana; 2) para que existe o Direito, notadamente para o exercício de qual função e, 3) o “que” do Direito (qual o fundamento material que sustenta sua normatividade)<sup>34</sup>.

O Estado constitucional com que iniciamos o estudo, voltado por vezes ao cosmo, por vezes aos deuses, já se prestou a afastar até mesmo o próprio Estado. Agora, deve se voltar para o homem. E mais, para um homem membro de uma sociedade multicultural. De dissensos cada vez mais crescentes e em permanente tensão. Não é o “estado de natureza”, ainda. Não é o reinado, também, da vontade geral. Na esteira do novo positivismo, vem surgir um novo constitucionalismo, a ditar um novo direito.

A idéia, como coloca Carla FARALLI, já não é mais determinar e apontar as distinções entre as várias correntes e acepções do Direito<sup>35</sup>. Afinal, há autores que não se ligam a nenhuma das correntes conhecidas e, destemidamente, iniciam novas pesquisas. Há, por bem dizer, uma nova sociedade, que marcha (em uma revolução?) para um novo constitucionalismo, para formação de um novo texto que irá irradiar seus aspectos formais e materiais por todo o Direito. Um Direito de valores constitucionalmente possíveis. Objetivados para a preservação da espécie. Formalizados para o convívio social. Materializados de forma a possibilitar à própria sociedade saber, em cada mente sua, o que valida e justifica o “seu” direito.

---

33 Ibidem. p. 83.

34 CASTANHEIRA NEVES, A. A crise actual da filosofia do direito no contexto da crise global da filosofia. Tópicos para a possibilidade de uma reflexiva reabilitação. Coimbra (Portugal) : Coimbra, 2003. p. 145-146.

35 FARALLI, Carla. Op. cit. p. 1-2.

**REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

- ALDAY, Rafael Escudero. Los calificativos del positivismo jurídico. El debate sobre la incorporación de la moral. Madrid (Espanha) : Thomson Civitas, 2004.
- BOBBIO, Norberto. O positivismo jurídico. Lições de filosofia do direito. Trad. e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo : Ícone, 1995.
- CÁRCOVA, Carlos María. Las teorías jurídicas post positivas. Buenos Aires (Argentina): Lexis Nexis Argentina, 2007
- CASTANHEIRA NEVES, A. A crise actual da filosofia do direito no contexto da crise global da filosofia. Tópicos para a possibilidade de uma reflexiva reabilitação. Coimbra (Portugal) : Coimbra, 2003
- FARALLI, Carla. A filosofia contemporânea do direito: temas e desafios. Trad. Candice Premaor Gullo. São Paulo : WMF Martins Fontes, 2006.
- HÄBERLE, Peter. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997. p. 38. *apud* MACIEL, Omar Serva. A interpretação pluralista de Peter Häberle como contributo à democratização do processo constitucional. Revista da AGU. Ano IV, nº 26, Março/2004.
- HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição. Trad. De Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris, 1991
- LA decisión judicial. H.L.A. Hart y Ronald Dworkin. Estudio preliminary de César Rodríguez. Bogotá (Colômbia) : Siglo del Hombre; Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, 1997.
- POZZOLO, Susana. Um constitucionalismo ambíguo. In CARBONEL, Miguel (Ed.). Neoconstitucionalismo(s). 2. ed. Madrid (Espanha) : Editorial Trotta, 2005.
- SIEYÈS, Emmanuel Joseph. A constituinte burguesa. Qu'est-ce que le Tiers État? 4. ed. Trad. Norma Azevedo. Rio de Janeiro, Lumen Júris, 2001.