

DO DIREITO NATURAL AO PÓS-POSITIVISMO: UM BREVE RELATO HISTÓRICO

FROM NATURAL LAW TO POST-POSITIVISM: A BRIEF HISTORICAL REPORT

*Kiwongui Bizawu¹
Marcos Alves da Silva²*

Fernando Virmond Portela Giovannetti³

RESUMO

Desde os tempos da Grécia Antiga, juristas e filósofos ocupavam-se dos problemas sobre a conceituação, a delimitação e a conexão entre Direito, Moral e Justiça. As transformações dos pensamentos filosóficos e das próprias culturas nas diferentes civilizações refletiram também nas transformações das concepções sobre como era concebido o direito e a sua relação com elementos axiológicos e políticos. O jusnaturalismo foi a corrente filosófica que prevaleceu durante a maior parte da história; o positivismo durou pouco mais de um século e pretendeu superar as crenças religiosas e a metafísica que influenciavam as principais correntes do jusnaturalismo. O pós-positivismo, que é a corrente predominante no atual cenário jurídico, vem sendo construída com a proposta de reintroduzir elementos axiológicos ao direito, estabelecendo como ponto de partida a dignidade da pessoa humana.

1 Possui graduação em Curso de Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais Vianna Júnior (2000), graduação em Institut de Philosophie Saint Augustin - Institut de Philosophie Saint Augustin (1986), graduação em Teologia - Institut de Théologie Eugène de Mazenod (1990), mestrado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (2006) e doutorado em Pos-graduacao em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (2011). Pós-Doutorado na Universidade de Coimbra - Portugal. Ius Gentium Conimbrigae/Centro de Direito, UCPT / (IGC/CDH), Portugal (2017-2018), Membro do Conselho Curador da Fundação Movimento do Direito e Cidadania (FMDC), Professor do Direito Internacional, Pro-Reitor do PPGD em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável da Escola Superior Dom Helder Câmara, professor visitante de direito civil II e III e da "Législation en Matière Economique" da UNIVERSITÉ DU KWANGO (UNIK), sacerdote auxiliar - Mitra Arquidiocesana de Belo Horizonte, Congregação do Verbo Divino, professor titular da Escola Superior Dom Helder Câmara e Coordenador do Centro de Estudos afro-brasileiros (AFRODOM) da Escola Superior Dom Helder Câmara com apoio da FAPEMIG. Líder do Grupo de Pesquisa "Direito Animal, Economia, Cultura, Sustentabilidade e Proteção Internacional". Membro do Grupo de Pesquisa Estratégica Panamazônia. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em DIREITO AMBIENTAL E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL, atuando principalmente nos seguintes temas: direitos humanos, meio ambiente e desenvolvimento sustentável, direito internacional, Direito Internacional Ambiental, Direito internacional Humanitário, sustentabilidade e Direito Animal.

² Doutor em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná - UFPR. Graduado em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Advogado. Professor da Escola da Magistratura do Paraná EMAP. Professor da Fundação Ministério Público do Estado do Paraná FEMPAR. Professor Permanente do Programa de Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania do UNICURITIBA. Realiza estágio Pós-Doutoral na Universidade Nova de Lisboa.

³ Mestrando em Direito Empresarial e Cidadania pelo UNICURITIBA. Graduado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná.

PALAVRAS-CHAVE: História do Direito. Jusnaturalismo. Positivismo. Pós-Positivismo

ABSTRACT

From the days of Ancient Greece, jurists and philosophers were concerned with the problems of conceptualizing, demarcating and connecting law, morals and justice. The transformations of philosophical thoughts and of the cultures themselves in the different civilizations also reflected in the transformations of the conceptions on how the law was conceived and its relation with axiological and political elements. Jusnaturalism was the philosophical current that prevailed during most of history; positivism lasted little more than a century and sought to overcome the religious beliefs and metaphysics that influenced the main currents of jusnaturalism. Post-positivism, which is the predominant current in the current legal scenario, has been built with the proposal to reintroduce axiological elements to the law, establishing as a starting point the dignity of the human person..

KEYWORDS: History of Law. Jusnaturalism. Positivism. Post-Positivism.

1. INTRODUÇÃO

O direito, assim como a Constituição e o constitucionalismo, estão longe de ter significados uníssonos. Ao contrário, qualquer tentativa de tornar esses conceitos definitivos ou absolutos inequivocamente será em vão. Não há sequer unidade dentro das mesmas correntes jurídico-filosóficas, seja entre os jusnaturalistas, seja entre os positivistas, ou ainda entre os pós-positivistas ou neoconstitucionalistas.

Não só as leis, as disposições constitucionais e as Constituições sofrem constantes mutações, acompanhando – em geral em passos mais lentos, é bem verdade – as próprias transformações sociais, como também – e de forma mais aprofundada – os próprios conceitos de Direito e de Constituição.

Nesse sentido, o constitucionalista gaúcho Max Möller faz as seguintes considerações:

A concepção iusnaturalista dominou o cenário jurídico por um período incomparavelmente maior que seu recente opositor, o positivismo jurídico. Talvez seja possível dizer que nasce junto com a própria concepção de direito. Desde a Grécia clássica – onde, a partir de estudos de Sófocles, Platão e

Aristóteles, podemos encontrar um pensamento coerente sobre o direito e recomendações sobre o que este deveria conter – até os dias atuais o pensamento iusnaturalista se faz presente no meio jurídico. Em razão disso, resulta evidente que seu discurso não é, nem poderia ser, unívoco, sofrendo ao longo do tempo uma série de mudanças em algumas de suas principais teses.⁴

Entretanto, pode-se perceber que as diversas concepções jurídicas construídas – e desconstruídas – ao longo da história mantém pontos de contato entre si, dentre os quais se destacam matérias, institutos e discussões mais ou menos comuns nas mais diversas filosofias e pensamentos jurídicos, tal como a relação – ou não relação – entre Direito e Moral ou sobre a concepção de Constituição (a não escrita) como manifestação de uma organização política de comunidade.⁵

2. DIREITO NATURAL

Até meados do século XIX, antes da ascensão do positivismo jurídico, o jusnaturalismo – em suas mais diversas vertentes – dominava o pensamento jurídico no Ocidente.⁶

Mesmo na Grécia Clássica, as concepções jusnaturalistas eram das mais variadas: enquanto para Platão, a noção de direito é bastante ampla, abstrata e idealista, sendo indissociável da moral e com esta se confundindo, para Aristóteles a noção de direito é bem mais restrita, realista e calcada na experiência concreta e na natureza, sem, contudo, deixar de observar a relação entre direito e justiça. O jusfilósofo Michel Villey explica o seguinte:

Platão confundia os termos de *nómos* e de *dikaion* o direito e toda a moral. O esforço de Aristóteles para sair dessa confusão culmina nos capítulos VIII e IX do livro V da *Ética a Nicômaco* em que o vemos chegar a uma distinção entre direito e justiça; a ciência do direito é uma parte da ciência da justiça, mas uma parte bem distinta.⁷

⁴ MÖLLER, Max. **Teoria Geral do Neoconstitucionalismo: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo**. 1ª ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado. 2011; p. 50.

⁵ CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Curso de Direito Constitucional** 10ª ed. Salvador: Editora Juspodvm. 2016; p. 29.

⁶ *Ibid*; p. 51

⁷ VILLEY, 2009; p. 45.

Segundo o jusfilósofo francês, trata-se de equívoco bastante comum, hodiernamente, pensar que as doutrinas jusnaturalistas pregavam simplesmente a desobediência das leis escritas. Estas seriam, ao contrário, complementares às leis naturais. Aristóteles, por exemplo, reconhecia a necessidade do direito positivado e tratava de sua origem e autoridade.⁸

O direito romano teve como seu ponto de partida a cultura e a filosofia gregas. Além da influência de Platão, Michel Villey assevera que a maior influência filosófica para o direito romano foi Aristóteles, com suas concepções sobre justiça distributiva e justiça comutativa, equidade, etc.⁹

Na alta idade média, tornou-se hegemônica a filosofia – e teologia – de Santo Agostinho de Hipona. Sob indiscutível influência platônica, Santo Agostinho tratou – de forma difusa em sua obra – do direito natural vinculado sobretudo às Sagradas Escrituras. Tratava-se da fonte superior do direito natural e constituía o fundamento de validade dos ordenamentos jurídicos locais.

Nesse sentido, o direito em Santo Agostinho é bastante próximo ao de Platão, mormente ante o amálgama entre Direito e Moral, cujas fontes dotadas de legitimidade eram exclusivamente as Sagradas Escrituras.¹⁰ Sobre as leis profanas, Agostinho postulava que sempre seriam injustas, apesar, em aparente contradição, deveriam ser seguidas.

Na baixa da idade média, a filosofia e teologia agostinianas, hegemônicas por quase um milênio, foram cedendo espaço para a então incipiente escolástica e ao renascimento do direito romano, que, embora não proibido pelas autoridades eclesiásticas, tinha papel apenas subsidiário durante a maior parte da idade média.¹¹

Dentre os escolásticos, o que mais se destacou foi sem sobra de dúvidas São Tomás de Aquino, tanto na filosofia e na teologia quanto no direito. A doutrina do direito natural de São Tomás representou verdadeira mudança de paradigma, já que a cosmovisão de Santo Agostinho

⁸ *Ibid*; p.54.

⁹ *Ibid*; p. 66.

¹⁰ *Ibid*; p. 83-84

¹¹ *Ibid*; p.119.

já não dava conta de responder pelas mudanças sociais, políticas e econômicas que ocorreram nos séculos XII e XIII.

Michel Villey ensina que São Tomás de Aquino não “rompeu” com Santo Agostinho; pelo contrário, a intenção do filósofo era complementar os ensinamentos agostinianos resgatando outros filósofos e pensadores, em especial Aristóteles.¹² O jusfilósofo francês de Sourbone acrescenta que não há, em São Tomás de Aquino, qualquer pretensão de originalidade ou de ineditismo, mas, ao contrário, de sistematização do que julga verdadeiro nas diversas correntes filosóficas que o precederam.

Assim como Aristóteles, São Tomás de Aquino não rejeitava a lei humana, mas defendia a sua imprescindibilidade para a sociedade. O direito positivo devia ser editado em prol do “bem comum”, pelas autoridades legítimas laicas. Na realidade, São Tomás de Aquino defendia que o direito positivo era uma continuidade ou um prolongamento do direito natural.¹³

O jusfilósofo de Sorbonne revela, no seguinte trecho, a importância e a dimensão da contribuição de São Tomás de Aquino para o direito:

- E, enfim, sobre a *autoridade* da lei humana positiva. Mais uma vez, são Tomás segue a doutrina de Aristóteles, cujo realismo e maravilhoso equilíbrio admirávamos. A lei humana, que tem as suas próprias raízes na natureza, deve, em princípio, ser seguida; seus preceitos obrigam moralmente, pois ela cria o *justo*; o justo tem, pelo menos em parte, a arbitrariedade do homem como fonte. No entanto, a autoridade dessa lei humana positiva é sempre condicional; a lei só é lei, só merece esse nome, como ensina toda a tradição clássica, se cumprir sua função de expressão, de realização do justo; quando cessa de cumprir sua função, é preciso que os juízes a modifiquem. Não aprendemos nada de novo: praticamente todas essas análises já estavam em Aristóteles, e São Tomás absteve-se de suprimir ou acrescentar o que quer que fosse a uma descrição verídica. Mas, *em seu tempo*, que reconquista! Restabelecer os títulos, reconstruir o método de uma jurisprudência laica; ao mesmo tempo, ratificar o recurso aos textos romanos; e, para além do direito romano, fundar, com base no direito natural, o desenvolvimento de uma nova doutrina, capaz de *adaptar* o direito romano às condições de vida modernas, de, mais tarde, tomar liberdades crescentes em relação ao direito romano (até o fim do Antigo Regime, a doutrina manterá um lugar preponderante na elaboração do direito)... Houve isso. Mas, acima de tudo, a obra de São Tomás consistiu em devolver aos juristas o senso da função *legisladora*.¹⁴

¹² *Ibid*; p.139-140.

¹³ *Ibid*; p.151.

¹⁴ *Ibid*; p.152.

A filosofia do direito natural de São Tomás de Aquino, ao menos de acordo com o que ensina Michel Villey, teria aberto as portas para a criação de um direito laico, não necessariamente submetido diretamente às Sagradas Escrituras, até então hegemônico na alta idade média.

Ao longo dos séculos, o direito natural sofreu um processo de secularização. A concepção segundo a qual os direitos naturais, em última análise, tinham origem divina, foi dando lugar ao racionalismo moderno.¹⁵ Max Möller, ainda que sem destacar as nuances dos direitos naturais descritas acima, sintetiza essa secularização do direito natural:

O processo de secularização do pensamento científico ocorrido a partir do século XVI reflete-se no direito através da substituição da origem divina do direito natural. Com isso, enfrenta a teoria iusnaturalista sério problema para encontrar uma fonte aceitável ao seu critério último de validade: a origem do direito natural. Enquanto o direito natural possuía origem divina, tinha autoridade inquestionável, porquanto baseado em dogma da fé. A partir da secularização do pensamento jurídico, o processo de revelação do direito natural deixa de contar com sua fonte metafísica infalível e inquestionável; características dos atos provenientes do divino. Passa, portanto, a ser substituída pela razão.¹⁶

A “descoberta” de direitos naturais passou a ser concebida como fruto da razão humana. Seriam de tal sorte inerentes à condição humana, de forma universal, independentemente do momento histórico. Os direitos naturais passavam a ser dotados, pois, de um caráter atemporal.

Todas essas transformações ocorridas no seio do próprio jusnaturalismo foram resultados das profundas transformações políticas, sociais, culturais e religiosas que marcaram o renascimento e, posteriormente, o iluminismo. A reforma protestante, a contra-reforma católica, a filosofia nominalista de Guilherme de Ockham (que se contrapõe diretamente ao realismo de Santo Tomás de Aquino), as filosofias contratualistas de Hobbes, Locke e Rousseau, passando pela filosofia política de Montesquieu, bem assim as filosofias de Hegel e Kant.

¹⁵ MÖLLER. 2011, p. 53.

¹⁶ *Ibid*; p. 61.

Foi após – e em decorrência – desse longo caminho trilhado pelas múltiplas concepções filosóficas ligadas aos direitos naturais que surgem o positivismo jurídico e o constitucionalismo moderno. Pode-se dizer que o constitucionalismo moderno surge, sob a influência do jusnaturalismo iluminista, com as revoluções americana e francesa, que culminaram com a edição, respectivamente, da Constituição dos Estados Unidos da América em 1787 e da França em 1791.

3. POSITIVISMO JURÍDICO

É bem verdade que o positivismo jurídico não surgiu de um dia para o outro, mas, ao contrário, nasceu em decorrência da própria transformação do direito natural, que gradualmente foi se desconectando das suas origens divinas e metafísicas para dar lugar à razão humana e às concepções contratualistas de sociedade, e com a edição das Constituições escritas e das codificações.

Cumprе salientar que o positivismo jurídico não se confunde, a princípio, com o positivismo sociológico e filosófico de Augusto Comte, mas consiste, basicamente, na valorização e pela supremacia do direito positivo, editado pelo parlamento após o devido processo legislativo.

Nesse sentido, Max Möller ensina o que “para o positivismo jurídico, o conceito de direito, só admite um objeto: o direito positivado. O direito natural não é concebido como direito, mas algo com pretensão de um dia vir a ser positivado e, somente assim, tornar-se direito”.¹⁷

Na realidade, a supremacia da lei positiva deve ser entendida no contexto das revoluções burguesas, em que imperava forte desconfiança contra o Poder Judiciário, visto com desconfiança pelos poderes recém constituídos, porquanto estaria associado com o Antigo Regime. Os juristas Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins, asseveram que

¹⁷ MÖLLER, 2011; p. 74.

Em um contexto social marcado por turbulências e rupturas, o constitucionalismo francês tinha como principal alvo os aparatos da Administração e da Justiça, dominados pelos representantes e pela mentalidade do “*ancien régime*” e confiava no Parlamento que era composto, em sua esmagadora maioria, por representantes da burguesia, sendo apresentado, no plano da ideologia política, como único legítimo representante da soberania nacional e do “interesse geral”, ou seja, também das crescentes massas miseráveis que deixavam os campos em direção às cidades. Por isso que a principal preocupação era a garantia do princípio da legalidade (positivado pela primeira vez na terceira Constituição francesa de 1795), isto é, da prevalência da lei, submetendo a estas decisões dos demais poderes e aguardando do legislador a tutela e harmonização dos direitos fundamentais sem ulteriores possibilidades de controle.¹⁸

Destarte, pode-se dizer que antes de o positivismo jurídico ser alçado como ciência do direito e tornar-se hegemônico, portanto, estavam assentadas as condições e as razões para a sua criação. A transição do jusnaturalismo para o positivismo ocorre em virtude de fatores culturais, sociais e políticos, passando por um processo de construção de uma realidade jurídica cujas fontes passam a ser exclusivamente estatais, em grande parte influenciado pela filosofia política de Thomas Hobbes, considerados por alguns o primeiro positivista.¹⁹

A emergente sociedade liberal-burguesa buscava segurança tanto em relação às incertezas inerentes ao direito natural, quanto ao próprio poder do Estado. Segundo Max Möller,

Acreditava que a grande diversidade de valores que podiam estar presentes na sociedade levaria a uma indeterminabilidade do direito e, por consequência, a uma maior incerteza quanto ao seu conteúdo caso se aplicasse a lógica iusnaturalista do direito como valor. Era, neste contexto, interesse da sociedade liberal não apenas criar formas de limitação do poder estatal através do direito, mas de desenvolver uma teoria capaz de delimitar o âmbito jurídico, impedindo que discussões morais – por natureza polêmicas – influenciassem na validade das normas jurídicas. Assim, por um lado se encontra a preocupação de garantir a liberdade, o que implica proteger o direito contra o poder institucionalizado, De outro, deve-se buscar a determinação do seu conteúdo e os critérios de definição do jurídico, assim como sua força de coerção, o que leva a identificar o direito com o Estado. Como afirma Barzotto, para realizar o valor segurança, em suas dimensões de certeza e previsibilidade, os positivistas assumiram a tarefa de construir um conceito de direito que fosse imune à incerteza do pluralismo axiológico e da imprevisibilidade do arbítrio estatal.²⁰

¹⁸ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **TEORIA GERAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**. 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2009; p. 27

¹⁹ MÖLLER, 2011, p. 75.

²⁰ *Ibid*; p. 77

3.1. ASPECTOS DO POSITIVISMO JURÍDICO

Norberto Bobbio destaca três aspectos do positivismo jurídico. O primeiro aspecto é o modo de aproximar-se do estudo do direito; o segundo como uma teoria ou concepção do direito; o terceiro como ideologia da justiça.²¹ Esses três aspectos não são necessariamente ligados uns aos outros, ou seja, pode-se denominar como positivismo jurídico uma corrente que adote um só destes aspectos, excluindo os demais.

Como modo de aproximar-se do estudo do direito, o jus-filósofo italiano refere-se à delimitação do objeto de pesquisa, partindo-se da distinção entre o direito real – como fato - e o direito ideal – como valor, devendo o jurista limitar-se à apreciação do primeiro, apenas este dotado de “caráter científico”.²² Dito de outra maneira, o operador do direito deve se afastar de análises axiológicas e metafísicas, devido à superação da concepção finalista de universo.

Destarte, o jurista que se diz positivista deve partir do pressuposto de que o objeto da ciência do direito é exclusivamente o direito positivo, de sorte que os direitos sob outras acepções devem ser analisados por outros ramos do conhecimento.

De acordo com Norberto Bobbio, ao abordar a acepção do positivismo jurídico como aproximação do estudo do direito,

positivista é aquele que assume diante do direito uma atitude isenta de valoração, ou objetiva, ou eticamente neutra, ou seja, adota como critério para distinguir uma regra jurídica de uma não jurídica sua derivação dos fatos verificáveis, como ter sido promulgada por certos órgãos seguindo determinados procedimentos, ou ter sido efetivamente seguida por certo período de tempo por um grupo de pessoas, e não sua correspondência ou não a determinado sistema de valores. A mentalidade que o positivista jurídico rejeita é a daquele que inclui na definição do direito elementos finalistas – por exemplo, o alcance do bem comum, a realização da justiça, a proteção dos direitos de liberdade a promoção do bem-estar –, e por causa dessa inclusão depois é obrigado, se quer ser coerente (felizmente, muitas vezes os anti-positivistas não são coerentes), a rejeitar como não jurídicas aquelas normas que, embora promulgadas pelos órgãos competentes, obedecendo aos

²¹ BOBBIO, Norberto. **Jusnaturalismo e Positivismo Jurídico**. 1ª ed. São Paulo: Editora Unesp. 2016; p. 130

²² *Ibid*; p. 132.

procedimentos estabelecidos, não servem para alcançar o bem comum, para realizar a justiça, para garantir a liberdade, para promover o bem-estar.²³

Já a acepção de positivismo jurídico como teoria está ligada ao estatualismo, ou seja, o monopólio do Estado na produção do direito, por ser o único poder soberano capaz de exercer a coação. Norberto Bobbio sintetiza as características dessa segunda acepção do positivismo jurídico da seguinte forma:

1) com relação à definição do direito, a teoria da coatividade, segundo a qual se entende por direito um sistema de normas que se fazem valer pela força, ou cujo conteúdo é a regulamentação do uso da força em dado grupo social; 2) com referência à definição de norma jurídica, a teoria imperativista, segundo a qual as normas jurídicas são comandos, com todo o séquito de subdistinções (comandos autônomos ou heterônomos, pessoais ou impessoais, categóricos ou hipotéticos, éticos ou técnicos, abstratos ou concretos, gerais ou individuais; 3) com respeito às fontes do direito, a supremacia da lei sobre as outras fontes e a redução do direito consuetudinário, do científico, do judiciário, daquele que deriva da natureza das coisas a fontes subordinadas ou aparentes; 4) no que concerne ao ordenamento jurídico em seu conjunto, a consideração do conjunto das normas como sistema ao qual se atribui o caráter da completude ou falta de lacunas e, de maneira subordinada, também o da coerência, ou falta de antinomias; 5) com respeito ao método da ciência jurídica e da interpretação, a consideração da atividade do jurista e do juiz como essencialmente lógica, em particular, a consideração da ciência jurídica como mera hermenêutica (Escola da Exegese francesa) ou como dogmática (Escola Pandectista alemã).²⁴

Por fim, o terceiro aspecto abordado por Norberto Bobbio – o positivismo jurídico como ideologia – consiste na crença de que o direito positivo existente, pelo fato de ser direito positivo, é o direito ideal. O jurista italiano explica da seguinte forma positivismo como ideologia:

Essa atribuição de um valor positivo ao direito existente costuma acontecer através de dois tipos diferentes de argumentação: 1) o direito positivo, ou seja, de ser a emanção de uma vontade dominante, é justo; ou o critério para julgar sobre a justiça ou injustiça das leis coincide perfeitamente com aquele empregado para julgar sobre sua validade ou invalidade; 2) o direito, como conjunto de regras impostas pelo poder que detém o monopólio da força em determinada sociedade, serve, com sua própria existência, independentemente do valor moral de suas regras, à consecução de certos fins desejáveis, como a ordem, a paz, a certeza e, em geral, a justiça legal.²⁵

²³ *Ibid*; p. 133.

²⁴ *Ibid*; p. 135-136.

²⁵ *Ibid*; p. 137

Sob esse aspecto, para o positivismo jurídico a obediência às leis positivas é um imperativo moral. As normas jurídicas positivas devem necessariamente serem obedecidas por si mesmas, isto é, por serem normas positivas. Ao contrário dos aspectos anteriores, o positivismo jurídico como ideologia não se limita a descrever o direito como ciência ou como fenômeno social, mas como a melhor corrente de pensamento jurídico, por ser a mais justa.

3.2. POSITIVISMO JURÍDICO DE KELSEN E DE HART

Não há dúvidas de que um dos mais destacados defensores do positivismo jurídico foi o jurista austríaco Hans Kelsen. Em sua obra prima *Teoria Pura do Direito*, Kelsen defende a autonomia do direito em face de todos os outros ramos do conhecimento, sejam científicos, filosóficos, políticos ou religiosos. Significa que o conceito de direito não pode depender da moral ou da política. Assim,

O critério de pertencimento – a *validade* – é que vai definir a juridicidade da norma. No entanto, este critério de validade se estabelece de forma dinâmica – e não estática – de forma que as normas estão sujeitas a uma relação de autorização. Uma norma pertencerá ao ordenamento porque resulta produzida de acordo com a autorização de outra norma superior.²⁶

O jurista austríaco concebe o direito como um sistema escalonado de normas, em que as hierarquicamente superiores servem como critério de validade às inferiores. Há apenas uma norma que não encontra critério de validade em outra norma, que é a “norma hipotética fundamental” (que revela a sua influência do neokantismo). Nas palavras de Hans Kelsen,

Neste sentido, a norma fundamental é a instauração do fato fundamental da criação jurídica e pode, nestes termos, ser designada como constituição no sentido lógico-jurídico, para a distinguir da Constituição em sentido jurídico-positivo. Ela é o ponto de partida de um processo: do processo da criação do Direito positivo. Ela própria não é uma norma posta, posta pelo costume ou pelo ato de um órgão jurídico, não é uma norma positiva, mas uma norma pressuposta, na medida em que a instância constituinte é considerada como a

²⁶ MÖLLER, 2011, p.82.

mais elevada autoridade e por isso não pode ser havida como recebendo o poder constituinte através de uma outra norma, posta por uma autoridade superior.²⁷

Sob uma nova perspectiva, o positivismo jurídico de Herbert Hart parte do reconhecimento do direito como um fato social. Em sua teoria, ele concebe uma norma básica, denominada de norma de reconhecimento, que se distingue da norma hipotética fundamental de Kelsen, por ser afastada de qualquer concepção metafísica.

Hart defende que o ordenamento jurídico é composto por normas primárias e por normas secundárias. As primeiras são destinadas aos cidadãos, impondo condutas ou proibições, ao passo que as segundas são dirigidas aos *operadores do sistema*, que são os agentes dotados de competência para a identificação, aplicação e modificação das normas. Caso as normas primárias sejam defeituosas, tornam-se passíveis de serem corrigidas pelas regras secundárias, podendo ser adequadas ou até eliminadas do sistema jurídico.²⁸

Da distinção entre as normas primárias e secundárias resulta a concepção de que o processo de interpretação é fundamental para o direito contemporâneo. Segundo Max Möller,

O reconhecimento do direito como fato social e, em consequência, a admissão da possibilidade de que até mesmo a regra de reconhecimento pode ser alterada pela aplicação judicial, possibilita uma teoria muito mais adequada a explicar o direito contemporâneo. Não obstante, ainda é preocupação da concepção hartiana a preocupação com a estrutura aberta das normas, sejam elas primárias ou secundárias. Se o direito é um fato social e os critérios de reconhecimento podem ser dependentes da prática jurídica, é natural que a linguagem exerça um papel fundamental na definição do conteúdo do direito. De certo modo, seguindo uma linha oposta à de Kelsen, Hart sustenta que as regras jurídicas não apresentam um significado único e que tampouco a lei possibilita um sentido inequívoco às regras jurídicas. Ao contrário, as regras jurídicas frequentemente apresentam amplas zonas de incerteza, pelo que é fundamental o papel exercido pela interpretação.²⁹

²⁷ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6ª Edição. São Paulo: Editora Martins Fontes. 1999; p. 139

²⁸ MÖLLER, 2011, p.84.

²⁹ MÖLLER, 2011, p.86.

4. POSITIVISMO JURÍDICO EM CRISE

O positivismo jurídico foi hegemônico durante os séculos XIX e a primeira metade do século XX. Entretanto, com o surgimento dos regimes totalitários e com a eclosão da 2ª Grande Guerra, as bases do positivismo jurídico foram profundamente abaladas. Sobre esse respeito, vejamos o que ensina o hoje Ministro do STF Luís Roberto Barroso:

Sem embargo da resistência filosófica de outros movimentos influentes nas primeiras décadas do século XX, a decadência do positivismo é emblematicamente associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha. Esses movimentos políticos e militares ascenderam ao poder dentro do quadro de legalidade vigente e promoveram a barbárie em nome da lei. Os principais acusados de Nuremberg invocaram o cumprimento da lei e a obediência a ordens emanadas da autoridade competente. Ao fim da Segunda Guerra Mundial, a ideia de um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos e da lei como estrutura meramente formal, uma embalagem para qualquer produto, já não tinha aceitação no pensamento esclarecido.³⁰

Juristas do pós-guerra passaram ver o positivismo com desconfiança, porquanto insuficiente para impedir a emergência de regimes ditatoriais como o nazismo e o fascismo, que se utilizaram de procedimentos “democráticos” e legais para subverter a ordem constitucional, de sorte que o ordenamento jurídico de então mostrou-se insuficiente para impedir que ocorressem as maiores tragédias humanitárias que se tem registro até hoje.

Sob a ótica do positivismo jurídico, a própria teoria da Constituição não oferecia instrumentos eficientes para a tutela dos direitos e garantias fundamentais. Não raro, os dispositivos constitucionais – no *civil law* – que previam os direitos e garantias fundamentais até a metade do século XX não eram dotados de densidade suficiente para garantir a sua efetividade, porquanto careciam de conformação legal conferida pelo Parlamento.

Outro fator relevante que contribuiu com a crise do positivismo jurídico foi a própria dinâmica das transformações sociais e culturais ocorridas no século XX. A concepção positivista de direito já não dava conta de normatizar a crescente complexidade do tecido social,

³⁰ BARROSO, LUÍS ROBERTO. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Editora Saraiva, 2009; p. 327.

porquanto as transformações sociais passaram a ser cada vez mais profundas, abrangentes e rápidas.

O mundo tornou-se cada vez mais complexo e incerto. A cultura, os costumes, as relações laborais, as comunicações, a tecnologia, que até então evoluíam a passos lentos, passaram a sofrer transformações cada vez mais rápidas. A crença na modernidade, na perfectibilidade das ciências, no primado do racionalismo foi fortemente abalada, ao ponto de grandes pensadores do final do século XX terem anunciado o fim da modernidade, para dar lugar à pós-modernidade ou ao que o sociólogo polonês Zygmunt Bauman denominou de “Modernidade Líquida”.

Bauman utilizou-se da metáfora da “liquidez” e da “fluidez” para descrever essa nova fase da modernidade do fim do século XX e início do XXI. Ao lado de um sem número de filósofos contemporâneos, o autor polonês centrou-se em aprofundada análise sobre a pós-modernidade ou a “segunda modernidade”, em contraste da primeira modernidade, que era sólida, pesada, estática. Segundo o autor polonês,

A sociedade que entra no século XXI não é menos “moderna” que a que entrou no século XX; o máximo que se pode dizer é que ela é moderna de um modo diferente. O que a faz tão moderna como era há mais ou menos um século é o que distingue a modernidade de todas as outras formas históricas de convívio humano: a compulsiva e obsessiva, contínua, irrefreável e insaciável sede de destruição criativa (ou de criatividade destrutiva, se for o caso: de “limpar o lugar” em nome de um “novo e aperfeiçoado” projeto; de “desmantelar”, “cortar”, “defasar”, “reunir” ou “reduzir”, tudo isso em nome da maior capacidade de fazer o mesmo no futuro – em nome da produtividade ou competitividade).³¹

Da mesma forma, identifica que a modernidade líquida se diferencia da primeira modernidade justamente com a perda da ilusão nas utopias cientificistas, do primado da razão, “da crença de que há um fim do caminho em que andamos, um *telos* alcançável da mudança histórica, um Estado de perfeição a ser atingido amanhã, no próximo ano ou no próximo milênio (...)”.³²

³¹ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Editora Zahar, 2001; p. 36.

³² *Ibid*; p. 37.

Outra diferença é a privatização das tarefas e deveres modernizantes. O que antes era visto como “dotação e propriedade coletiva da espécie humana, foi fragmentado, “individualizado”, atribuído às vísceras e energia individuais e deixado à administração dos indivíduos e recursos”.³³

Os membros da sociedade passam então a ser considerados indivíduos, dotados de amplas liberdades, embora imputadas por vezes irrealizáveis responsabilidades. Os indivíduos, nessa nova modernidade líquida, foram dotados de uma autonomia *de jure*, muito embora para muitos inexista a autonomia *de facto*.

Existe, nas palavras de Bauman, um verdadeiro abismo entre a individualidade como fatalidade e a individualidade como capacidade de auto-afirmação. O sociólogo polonês enfatiza que

há um grande crescente abismo entre a condição de indivíduos *de jure* e suas chances de se tornar indivíduos *de facto* – isto é, de ganhar controle sobre seus destinos e tomar as decisões que em verdade desejam. É desse abismo que emanam os eflúvios mais venenosos que contaminam as vidas dos indivíduos contemporâneos. Esse abismo não pode ser transposto apenas por esforços individuais: não pelos meios e recursos disponíveis dentro da política-vida auto-administrada. Transpor o abismo é a tarefa da Política com P maiúsculo. Pode-se supor que o abismo em questão emergiu e cresceu precisamente por causa do esvaziamento do espaço público, e particularmente da ágora, aquele lugar intermediário, público/privado, onde a política-vida encontra a Política com P maiúsculo, onde os problemas privados são traduzidos para a linguagem das questões públicas e soluções públicas para os problemas privados são buscadas, negociadas e acordadas.³⁴

A um só tempo, a esfera pública é invadida pela esfera privada, e os membros da sociedade são transformados de cidadãos em consumidores. O indivíduo contemporâneo – consumidor por excelência – é um compulsivo comprador. Não consome apenas para satisfazer às necessidades vitais – longe disso. Na sociedade de consumo contemporânea, necessidades são artificialmente fabricadas, voltadas para a satisfação de desejos efêmeros, voláteis.³⁵

³³ *Ibid*; p.38.

³⁴ *Ibid*; p. 49.

³⁵ *Ibid*; p. 88.

Diante de todas as mudanças no século XX, cuja velocidade é proporcional à intensidade, o positivismo jurídico passou a ser insuficiente para dar conta das necessidades da sociedade e dos Estados. Surge então a necessidade de uma readequação, uma verdadeira mudança de paradigmas nas principais correntes filosóficas do direito, sem, no entanto, regressar ao passado. Surge, gradualmente, para ocupar os espaços corroídos pelo tempo, como fenômeno dinâmico e ainda em construção, o pós-positivismo.

5. A EMERGÊNCIA DO PÓS-POSITIVISMO E DO NEOCONSTITUCIONALISMO

Não obstante a diversidade de correntes entre juristas neo-positivistas – e neoconstitucionalistas –, é possível identificar alguns dos principais aspectos e concepções que vem forjando o ordenamento jurídico dos países ocidentais nos últimos anos.

Uma das principais características que pode ser mencionada é a primazia dos direitos fundamentais e a centralidade da dignidade da pessoa humana. Daí a íntima conexão que se vislumbra entre o pós-positivismo e o neoconstitucionalismo. Nas palavras do eminente constitucionalista Dirley da Cunha Júnior,

O *neoconstitucionalismo* representa o constitucionalismo atual, contemporâneo, que emergiu como reação às atrocidades cometidas na segunda guerra mundial, e tem ensejado um conjunto de transformações responsável pela definição de um novo direito constitucional, fundado na dignidade da pessoa humana. O *neoconstitucionalismo* destaca-se, nesse contexto, como uma *nova teoria jurídica* a justificar a mudança de paradigma, de *Estado Legislativo de Direito*, para *Estado Constitucional de Direito*, consolidando a passagem da Lei e do Princípio da Legalidade para a *periferia* do sistema jurídico e o trânsito da Constituição e do Princípio da Constitucionalidade para o *centro* de todo o sistema, em face do reconhecimento da *força normativa da Constituição*, com eficácia jurídica vinculante e obrigatória, dotada de supremacia material e intensa carga valorativa.³⁶

Se, no que se denomina de Estado Legislativo de Direito a validade das leis dependiam apenas da forma pela qual eram editadas, no Estado Constitucional de Direito a lei deve

³⁶ CUNHA JÚNIOR, 2016, p. 34.

obediência não apenas formal, mas substancial aos preceitos constitucionais e à carga axiológica por eles veiculados.

Os próprios textos constitucionais, contemporaneamente, já estão eivados de conteúdos abertos e valorativos, sem deixar de serem dotados de supremacia. As Constituições contemporâneas, a exemplo da nossa Constituição da República de 1988 e da Constituição Portuguesa de 1976, elencam um amplo rol de direitos fundamentais, ideologicamente ecléticos e dando necessária abertura para a sua ampliação – que não precisa ser necessariamente expressa – conforme as transformações sociais a exige. Da mesma forma, as novas constituições também passaram a incorporar opções políticas gerais, como a redução das desigualdades e combate à pobreza.³⁷

Dada a supremacia da Constituição, a incorporação de garantias, valores e opções políticas fundamentais nos textos constitucionais faz com que sejam irradiados efeitos sobre todo o ordenamento jurídico, de modo a orientar e condicionar a interpretação e a aplicação de todo o direito infraconstitucional.

Pelo fato de todo o ordenamento jurídico infraconstitucional ter passado a ser submetido imperativamente aos valores e princípios constitucionais, verificou-se o fenômeno da constitucionalização dos diversos ramos do direito. Não se aplica mais, isoladamente, o Direito Civil, mas o Direito Civil orientado e condicionado por princípios e valores constitucionais.

Nota-se, portanto, uma reaproximação entre o direito e a ética, entre direito e justiça, sem, repita-se, regressar ao antigo jusnaturalismo.

5. CONCLUSÃO

De forma despretensiosa, o presente artigo limitou-se a apresentar, de forma bastante breve e geral, algumas das características que marcaram o pensamento jurídico ao longo da história. Trata-se antes de um convite para o estudo das principais correntes jurídicas e da filosofia do direito hegemônicas no passado, com o propósito de proporcionar uma reflexão sobre o direito em construção no presente.

³⁷ *Ibid*; p. 36.

Se é verdade que durante a maior parte da história prevaleceram as correntes filosóficas ligadas ao Direito Natural, também é necessário compreender que a própria evolução social ocorria de forma muito mais gradual e lenta se comparada aos últimos três séculos.

O pós-positivismo ora em formação parece ter resgatado elementos importantes tanto do jusnaturalismo quanto do positivismo. A promoção da dignidade da pessoa humana, um dos pilares sobre o qual se assenta o jus-positivismo, guarda semelhança com o “bem comum”, que era a finalidade maior do Direito Natural (ao menos na vertente aristotélica e tomista). Da mesma forma, nota-se a importância do processo da elaboração de leis, fornecendo segurança jurídica ao ordenamento e com o fito de proteger a sociedade de eventuais arbítrios de quem ocupa o Poder, para o atual ordenamento jurídico.

REFERÊNCIAS

BARROSO, LUÍS ROBERTO. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Editora Saraiva, 2009.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Editora Zahar, 2001.

BOBBIO, Norberto. **Jusnaturalismo e Positivismo Jurídico**. 1ª ed. São Paulo: Editora Unesp. 2016

CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Curso de Direito Constitucional** 10ª ed. Salvador: Editora Juspodvm. 2016.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **TEORIA GERAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**. 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2009.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6ª Edição. São Paulo: Editora Martins Fontes. 1999.

KNOPFHOLZ, Alexandre. **A crise do positivismo na pós-modernidade**. Revista Jurídica, [S.l.], v. 24, n. 8, p. 27-58, jun. 2010. ISSN 2316-753X. Disponível em: <<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/75/51>>. Acesso em: 20 abr. 2020. doi:<http://dx.doi.org/10.21902/revistajur.2316-753X.v24i8.75>.

MÖLLER, MAX. **Teoria Geral do Neoconstitucionalismo: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo**. 1ª ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado. 2011.

VILLEY, Michel. **A Formação do Pensamento Jurídico Moderno**. 1ª ed. São Paulo: Editora Marins Fontes. 2009