

ALÉM DO POSITIVISMO JURÍDICO

ÁLVARO RICARDO DE SOUZA CRUZ

Procurador da República em Minas Gerais
Mestre em Direito Econômico e Doutor em Direito Constitucional
Professor da Graduação e da Pós-Graduação da Pontifícia
Universidade Católica de Minas Gerais
Vice-Presidente do Instituto Mineiro de Direito Constitucional
Membro do Instituto de Hermenêutica Jurídica/MG
Coordenador das 1ª e 3ª Câmaras da ordem constitucional
e da ordem econômica na PRMG

BERNARDO AUGUSTO FERREIRA DUARTE

Advogado
Especialista em Direito Constitucional pelo
Instituto de Educação Continuada (IEC)
Mestre em Direito Público pela Pontifícia
Universidade Católica de Minas Gerais
Professor de Direito Constitucional e Introdução
ao Estudo do Direito do Instituto Metodista Izabela Hendrix

ALÉM DO POSITIVISMO JURÍDICO



Belo Horizonte
2013

CONSELHO EDITORIAL

Álvaro Ricardo de Souza Cruz	Jorge Bacelar Gouveia - Portugal
André Cordeiro Leal	Jorge M. Lasmar
André Lipp Pinto Basto Lupi	Jose Antonio Moreno Molina - Espanha
Antônio Márcio da Cunha Guimarães	José Luiz Quadros de Magalhães
Carlos Augusto Canedo G. da Silva	Leandro Eustáquio de Matos Monteiro
David França Ribeiro de Carvalho	Luciano Stoller de Faria
Dhenis Cruz Madeira	Luiz Manoel Gomes Júnior
Dirceô Torrecillas Ramos	Luiz Moreira
Emerson Garcia	Márcio Luís de Oliveira
Felipe Chiarello de Souza Pinto	Maria de Fátima Freire Sá
Florisbal de Souza Del'Olmo	Mário Lúcio Quintão Soares
Frederico Barbosa Gomes	Nelson Rosenvald
Gilberto Bercovici	Renato Caram
Gregório Assagra de Almeida	Rodrigo Almeida Magalhães
Gustavo Corgosinho	Rogério Filippetto
Jamile Bergamaschine Mata Diz	Rubens Beçak
Jean Carlos Fernandes	Vladmir Oliveira da Silveira
	Wagner Menezes

É proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer meio eletrônico, inclusive por processos reprográficos, sem autorização expressa da editora.

Impresso no Brasil | Printed in Brazil

Arraes Editores Ltda., 2013.

Coordenação Editorial: Fabiana Carvalho

Produção Editorial: Nous Editorial

Revisão: Alexandre Bomfim

Capa: Gustavo Caram e Hugo Soares

C957 Cruz, Álvaro Ricardo de Souza
Além do positivismo jurídico / Álvaro Ricardo de Souza Cruz e Bernardo Augusto Ferreira Duarte. – Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013.
293p.
ISBN: 978-85-8238-016-1

1. Direito – Filosofia. 2. Positivismo jurídico. I. Duarte, Bernardo Augusto Ferreira. II. Título.

CDD: 340.1
CDU: 340.12

Elaborada por: Maria Aparecida Costa Duarte
CRB/6-1047

Rua Pernambuco, 1389, Loja 05P - Savassi
Belo Horizonte/MG - CEP 30130-151
Tel: (31) 3031-2330

www.arraeseditores.com.br
arraes@arraeseditores.com.br

Belo Horizonte
2013

SER MINEIRO

CARLOS DRUMMOND DE ANDRADE

Ser Mineiro é não dizer o que faz, nem o que vai fazer,
é fingir que não sabe aquilo que sabe,
é falar pouco e escutar muito, é passar por bobo e **ser inteligente**,
é vender queijos e possuir bancos.

Um bom Mineiro não laça boi com imbira,
não dá rasteira no vento,
não pisa no escuro,
não anda no molhado,
não estica conversa com estranho,
só acredita na fumaça quando vê o fogo,
só arrisca quando tem certeza,
não troca um pássaro na mão por dois voando.

Ser Mineiro é dizer “uai”, é **ser diferente**,
é ter marca registrada,
é ter história.
Ser Mineiro é ter simplicidade e pureza,
humildade e modéstia,
coragem e bravura,
fidalguia e elegância.

Ser Mineiro é **ver** o nascer do Sol
e o brilhar da Lua,
é ouvir o canto dos pássaros
e o mugir do gado,
é **sentir** o despertar do **tempo**
e o amanhecer da vida.

Ser Mineiro é ser religioso e conservador,
é cultivar as letras e artes,
é ser poeta e literato,
é gostar de política e **amar a liberdade,**
é viver nas montanhas,
é ter vida interior,
é ser gente.

Para minha família, a de hoje, a de sempre, que inclui os amigos da rua Turfa, a partir do espírito franciscano do Colégio Santo Antônio, indo mais e além do que os muros da UFMG, DA PUC/MG, do Amendoeiras e do Città Giardini

Álvaro

*Para minha esposa, Tina, amor da minha vida, aquela que me protege e me faz ter ainda mais perseverança e persistência.
Aos meus avós, Tate e Gelita (in memoriam),
Adão e Matilde, raízes da minha existência.*

*Bernardo Duarte
(Sl 127:1-2)*

SUMÁRIO

PREFÁCIO 1.....	XI
PREFÁCIO 2.....	XVII
APRESENTAÇÃO	XXV
CAPÍTULO 1	
INTRODUÇÃO	1
CAPÍTULO 2	
POSITIVISMOS.....	23
2.1. <i>Brainstorming</i> sobre o Positivismo Jurídico.....	27
(i) O Positivismo Metodológico, o Positivismo como Teoria Geral e o Positivismo ideológico.....	28
(ii) Hart entra em cena e traz consigo a Filosofia Analítica.....	44
(iii) A contribuição de Dimitri Dimoulis.....	58
(iv) Considerações críticas sobre o conceito de Direito.....	68
2.2. Positivismo como paradigma: o olhar para uma questão de pressupostos.....	111
CAPÍTULO 3	
EM BUSCA DE ESCLARECIMENTOS.....	119
3.1. “Aparando as arestas”: a caricatura do Positivismo no Brasil	119

3.1.1. O Positivismo Jurídico como teoria superada.....	120
3.1.2. O Positivismo Jurídico como técnica de aplicação mecânica da lei	123
3.1.3. Legitimação incondicional do Direito: colaboração com o nazismo	134
3.1.4. Adesão injustificada ao Jusnaturalismo	155
3.2. Respostas a algumas críticas de Dimitri Dimoulis.....	159
CAPÍTULO 4	
APONTAMENTOS DE UMA CONCEPÇÃO PÓS-POSITIVISTA DO DIREITO	171
4.1. Ponto de Partida: uma concepção assentada na complementaridade entre Filosofia e Ciência	172
4.2. Pós-positivismo crítico-deliberativo x Positivismo(s) jurídico(s): uma análise a partir da metáfora das “caixas de chocolate”	180
4.3. “Teoria a serviço da Prática” e “Prática a serviço da Teoria”	219
CONCLUSÃO	249
REFERÊNCIAS	255

PREFÁCIO 1

Nos últimos anos, os juristas brasileiros têm podido assistir e tomar parte em ricas e profundas transformações no Direito. Dentre os fatores responsáveis por tal fenômeno não de ser destacados os novos parâmetros normativos democráticos trazidos pela Constituição republicana de 1988. Desse majestoso evento político-jurídico adveio um novo compromisso com a supremacia constitucional como estrutura normativa basilar, reguladora e controladora do Estado e de suas instituições, limitadora do exercício do poder estatal em nome das liberdades fundamentais do indivíduo.

As sendas e veredas abertas pela densificação e concretização dos preceitos constitucionais têm sido, desde então, percurso obrigatório a ser trilhado por todos os juristas conscientes da importância de suas atribuições para a realização da democracia. A luta pela Constituição torna-se a bandeira mais pungente e a necessidade mais premente no alvorecer do século XXI.

A ampliação do rol das disciplinas jurídicas, bem como a valorização das denominadas disciplinas teóricas é também filha desta transformação. Sua razão de ser pode ser compreendida se entendermos que a legitimidade do Direito nesta nova quadra da história não mais pode se fazer sustentada em dimensões puramente formais e normativas, mas deve comportar um permanente entrelaçamento com os aspectos filosóficos, históricos e sociológicos que circundam e se entrelaçam à realidade jurídica. Tais disciplinas, durante tanto tempo desvalorizadas – senão de todo excluídas – dos *curricula* das Faculdades de Direito, vieram a ganhar, com a solidificação democrática, papel central na formação dos bacharéis comprometidos não apenas com a operacionalidade do Direito, mas com sua legitimidade e justiça.

A obra que temos a honra e alegria de prefaciá-la representa um eloquente exemplo das transformações por que vem passando o estudo do Direito no Brasil. Sua temática central leva-nos a um reencontro com a “escola” de pensamento mais longeva e influente do Direito moderno – o positivismo jurídico – ao mesmo tempo em que lança-nos

na compreensão daquela que pode ser considerada como a corrente predominante do pensamento jurídico hodierno: o pós-positivismo. Ao fazê-lo, todavia, os seus autores, Álvaro Ricardo de Souza Cruz e Bernardo Duarte vão muito além de uma simples explanação ou análise dos conceitos fundamentais pertinentes a estas correntes. A partir de sua narrativa, podemos perceber a tessitura do próprio discurso jurídico-filosófico na contemporaneidade, onde a percepção das dimensões pragmática e hermenêutica da linguagem relativiza a força dos invólucros conceituais, abrindo espaço para um acontecer de sentidos que jamais se exaurem, e convocam-nos ao permanente diálogo e a reflexão.

A pretensão desveladora é lançada já na introdução, onde, a partir das rdo diálogo entre um aluno e um professor, são lançadas as pedras fundamentais para o desenvolvimento da obra: o que é (são) o(s) positivismo(s) jurídico(s)? Quais os seus pressupostos? Quais os sentidos e fundamentos do pensamento pós-positivista? Qual a importância do diálogo e dialética entre tais escolas? Tratar-se-ia de um mero jogo de sombras, em que os embates são construídos a partir de uma simples percepção caricaturesca do outro?

Evidentemente, a superação do chamado paradigma JP (jusnaturalismo e positivismo jurídico) requer, segundo os autores, esforços que vão além do simples domínio analítico de elementos conceituais que modelam as escolas positivistas e pós-positivistas, sendo necessário que o pós-positivismo seja pensado a partir das aporias presentes no discurso de muitos de seus divulgadores (como Dworkin) e mesmo das contribuições já existentes no pensamento de alguns positivistas. Somente assim, deixando-se guiar pelo fio condutor do diálogo, torna-se possível escapar dos lugares comuns, recuperando-se o extrato mais verossímil e sólido da contribuição dessas correntes de pensamento.

A superação de paradigmas exige sempre um hercúleo esforço. Na construção do conhecimento jurídico exige-se, antes de tudo, redobrada atenção para com a construção do seu próprio discurso de sustentação. É que o Direito é regido pela *palavra*, e é no jogo das razões linguisticamente proferidas que os seres humanos se aproximam do justo. Assim, ao levar a sério a contribuição da fenomenologia, da filosofia hermenêutica e do pensamento de E. Lévinas, W. Benjamin e J. Derrida, as inovações pretendidas pela obra não poderiam se efetivar caso não partissem de uma reconstrução da própria escrita e de sua estrutura. É com este propósito que os autores lançam mão de alguns recursos estilísticos e metodológicos pouco ortodoxos.

Neste sentido, uma nova função é atribuída às notas de rodapé, que passam a exercer papel de grande relevo na compreensão do texto “principal” (...seria mesmo principal?...). Aqui, elas deixam seu papel tradicional (e marginal – talvez numa alusão a obra **Margens da Filosofia** de Jaques Derrida) seja de referências complementares ao texto ou de exercício de erudição, para se colocarem como vetores de diálogo e dialetização com as assertivas contidas na obra. Se a hermenêutica tão bem nos ensina sobre os limites do discurso conceitualista (*logos apofântico*), a abertura torna-se a chave para o acontecer de uma verdade que ultrapasse a dimensão objetivadora dos conceitos. Como bem mostrou Gadamer, o diálogo é o fio condutor privilegiado do *logos hermenêutico*, sendo por seu intermédio que podemos desvelar os diversos sentidos que se escondem nas palavras. Ademais, a dupla estrutura da linguagem só poderá ser compreendida quando devidamente ancorada no *como* de nosso modo de *ser-no-mundo*. Assim, o diálogo interno explicitado pelos autores torna-se um evidente facilitador da atividade hermenêutica (no sentido mais fundamental) a ser assumida por seus leitores: o de deixar falar verdadeira-

mente o texto, abrindo-se ao novo que ele lhes traz. Ao fazê-lo, a obra já demonstra por si só **um relevante salto sobre o positivismo jurídico**. É que aqui se busca uma compreensão do Direito que ultrapasse os limites do simples *entendimento* da tradicional teoria do conhecimento. Vale dizer, não se cuida apenas de uma atividade epistemológica ou lógica, enquanto exercício da razão. A intenção é tornar aberta sua própria linguagem para um *compreender* de feições essencialmente hermenêuticas e ontológicas, porque profundamente vinculado a estrutura existencial Ser-aí (*Dasein*).

Interessante exemplo pode ser encontrado na nota de rodapé em que os autores se utilizam da metáfora de Peter Pan, de onde podem ser extraídas elucidativas conclusões para o conjunto da obra. Temos ali uma alusão à impossibilidade de fugir da responsabilidade, que é o centro da ética levinasiana. É também uma figura que remete a uma visão crítica e reflexiva de nossa corrida com/contra o tempo. Também pode ser vista como uma referência à Arte, apontando para a necessidade de abandonarmos o padrão de racionalidade cartesiana/galileana. Ademais, ela nos alerta também para o fato de que, da mesma forma que nos é impossível fugir de nossa sombra, nunca conseguimos superar os limites da ontologia. Ou seja, mesmo percebendo que há “*il y a*” além da ontologia, nós só conseguimos nos expressar na ontologia, o que atesta uma contradição permanente que nos envolve e nos conduz.

Igualmente importantes e muito bem contextualizadas são as referências à “*mancha*” e a “*Gewalt*”. A primeira traz uma direta referência a filosofia de W. Benjamim, que, num texto de juventude, “*Sobre a Pintura ou Sinal e Mancha*” defende que o Novo é manifestado através de uma Mancha, cabendo ao pintor a sua nomeação segundo o próprio processo de composição. Mancha que, ao ser nomeada, inscreve-se num sistema de Sinais compartilhados. Há aqui mais uma referência à impossibilidade da construção racionalista/cartesiana do nosso saber, uma vez que a pincelada de um quadro, a forma de uma nuvem, ou mesmo uma sujeira na parede, sempre nos remetem a formas “quase sempre humanas”, a sensações que nos fazem “viajar” sobre seu entendimento. Com relação a “*Gewalt*”, a explicitação de seus dois sentidos originários no alemão (quais sejam, Direito, ordem legítima do governo, e, de outro lado, violência), leva-nos a profunda e desafiadora compreensão de que a criação e aplicação do Direito sempre trazem, implicitamente, em alguma dimensão, um ato de violência.

Ingredientes como hospitalidade (a hospitalidade hostil, a abertura condicionada ao Outro), o traço, *khôra* (bem distante da Khôra que se encontra na obra “*Timeu*” de Platão), *différance*, *passé par tout*, *subjectile* e fenda, conceitos típicos filosofia de Jacques Derrida se combinam com o emprego da aliteração fonética, a hipóstase, o infinito, a alteridade, o *il y a*, o *il faut bien*, o outramente que ser, típicos do pensamento levinasiano, formando um prato que acreditamos vir do norte de Minas, pois traz consigo o tempero gostoso da pimenta baiana (ou seria melhor dizer portenha?). Até mesmo o emprego do negrito e o excesso de pontos de exclamação atestam um jogo presente e sutil entre a língua falada e a língua escrita implicando uma denúncia dos autores contra os limites do conceitualismo logocêntrico dominante no Positivismo Jurídico.

Esses são apenas alguns dos *insights* que este prefaciador teve ao ler este instigante texto que é oferecido à comunidade jurídica. Muitos outros certamente hão de vir da leitura atenta e crítica da obra. Seria mesmo uma vã e contraditória pretensão a de tentar exaurir neste prefácio a extensão de sentidos possíveis de serem extraídos de tais metáfo-

ras. Afinal, como bem elucida R. Posner, a grande função filosófica a ser desempenhada pelas metáforas é a de “lançar uma pessoa para fora de seu atual quadro de referências, levando-a a olhar para determinada coisa de uma maneira nova, talvez mais esclarecedora” (**Para além do direito**. Tradução de Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 550).

Ademais, as notas de rodapé evocam ainda um dos maiores pensadores da contemporaneidade, cuja influência faz-se notar sobre a obra. Trata-se de Emmanuel Lèvinas, o grande teórico da alteridade no Ocidente. Autor de uma *Ética* inovadora – por muitos tida como uma metaética – o filósofo lituano procurava explorar justamente as condições de possibilidade de todo interesse e ações humanas pautadas pelo bem. Sua filosofia é uma profunda investigação sobre o significado e extensão da intersubjetividade, girando em torno de três grandes temas, quais sejam, a transcendência, a existência e o outro. Em Levinas, a própria linguagem tem sua origem ligada a uma resposta, uma resposta ao outro, a suas demandas e seus anseios. O diálogo revela-se em última análise como uma efetivação desta resposta, sendo por meio dela que podemos perceber a dimensão mais profunda da própria intersubjetividade. É que o outro nos chama, nos convoca, e não há no mundo nenhuma experiência que possa ser mais transformadora ou chocante que o encontro com esta outra face. Dela exsurgirá a responsabilidade verdadeira enquanto experiência afetiva de transcendência e fraternidade.

É apenas mediante o diálogo que pode advir a verdadeira voz do outro, que se manifeste não como resistência, mas sim como instrução. As instigantes e por vezes inquietantes notas de rodapé recobram a importante lição de Levinas de que a decisão ética fundamental que o eu deve tomar e conservar é de manter a dimensão face-a-face do diálogo, já que é através deste que a pluralidade do outro se manifesta. Suas inúmeras vozes lembram-nos de um saber que faz-se também revelação, em que, diferentemente da epistemologia de linhagem racionalista – da qual se nutrem as correntes positivistas – o conhecimento não se coloca como uma instância de domínio, nem como instrumento para o exercício do poder.

Permeado de didáticas metáforas e de exemplos práticos de aplicação de seus postulados o terceiro capítulo revela-se um instigante convite a pensarmos os caminhos e possibilidades de superação do paradigma JP (jusnaturalismo e positivismo jurídico). Como a obra aponta, este é uma caminho incontornável se assumirmos a necessária complementaridade entre filosofia e ciência, e se compreendermos que tanto jusnaturalistas quanto positivistas assumem como pressuposto uma “racionalidade naturalista totalizadora”, a qual mostra-se incompatível com a abertura, o diálogo e a aplicação, postulados centrais da filosofia contemporânea após o chamado giro hermenêutico-linguístico-pragmático. Nele mostra-se também a imprescindível necessidade de uma melhor compreensão da relação entre teoria e prática, a qual constitui, por si só, poderoso elemento de superação de muitos dos axiomas de correntes positivistas. Ainda que possamos não concordar com muitas das posições ali assumidas, há de ser reconhecido o mérito da obra por carrear suas posições teóricas para o âmago de discussões jurídicas e judiciais concretas.

O fio dialógico (e em algum sentido dialético) que perpassa toda a obra é uma demonstração da maturidade que vem assumindo o pensamento jurídico brasileiro. É também uma prova do arejamento democrático e seu poder transformador sobre a realidade e sobre o próprio conhecimento científico. Lado outro, é forçoso reconhecer que o pen-

samento tem força ingente sobre a vivência humana, chegando mesmo a ser comparado na Antiguidade com os ventos. Apesar de invisíveis possuem uma força manifesta para todos, e sentimos sempre a sua aproximação e o seu impacto. De fato, a história nos tem demonstrado, de forma prolífica e pungente, a força das ideias e do pensamento como instrumentos de transformação da realidade. As discussões aqui travadas servirão certamente de impulso a uma série de outros textos e reflexões, no contínuo e incessante fazer do conhecimento humano, apanágio de nossa vivência moderna. É que a modernidade não nos será jamais servida numa bandeja! Ela não está pronta, e jamais o estará. Por isso o Direito moderno, com todo o rico arcabouço de promessas com que foi erigido, tampouco está. Cabe a nós todos a tarefa ingente de construí-lo e reconstruí-lo, sobretudo a partir de suas contradições, de seus percalços, de suas aporias.

Belo Horizonte, janeiro de 2013

FERNANDO JOSÉ ARMANDO RIBEIRO

Professor Doutor da Faculdade Mineira de Direito da PUC Minas
Pesquisador visitante da Universidade da Califórnia – Berkeley
Juiz Vice-Presidente do Tribunal de Justiça Militar de Minas Gerais

PREFÁCIO 2

O livro *Além do Positivismo Jurídico*, de autoria dos professores Álvaro Ricardo de Souza Cruz e Bernardo Augusto Ferreira Duarte, me traz à memória uma oportunidade que tive de sentar em uma mesa de bar com um dos mais proeminentes teóricos contemporâneos do direito, que havia recentemente escrito uma valiosa obra em defesa do positivismo ético ou normativo. Depois de algumas horas de conversa, quando algumas de minhas reservas às denominadas “teses centrais” do positivismo jurídico já haviam transparecido, tive então de enfrentar a velha questão em relação a qual todo estudante de direito, desde o primeiro contato com o fenômeno jurídico, tem que se posicionar: “afinal de contas, você é positivista ou jusnaturalista”?

A minha resposta não talvez não tenha agradado o interlocutor, mas expressa o que genuinamente entendo ser o núcleo de um importante argumento em favor do que hoje se convencionou denominar, na falta de nomenclatura mais adequada, de pós-positivismo: “não sou adepto *nem* do positivismo e *nem* do jusnaturalismo”. Em que sentido essa frase deve ser compreendida, se é que é possível derivar uma posição defensável que rejeite a um só tempo o positivismo jurídico e o jusnaturalismo?

A primeira dificuldade que um estudioso do direito encontra ao se deparar com esta indagação é que a sua enunciação pressupõe a afirmação de uma tese que rompe com um senso comum que ainda é sustentado por grande parte dos filósofos do direito do nosso tempo, segundo o qual há uma disjuntiva entre positivismo e jusnaturalismo, sem deixar espaço para quaisquer posições intermediárias. Esse senso comum reflete o que Stanley Paulson, em criterioso estudo sobre o desenvolvimento das principais vertentes do positivismo contemporâneo, denominou de *Tese da Exaustividade*, segundo a qual *ou* se é positivista *ou* jusnaturalista. *Tertium non datur*.¹

¹ Paulson, Stanley. “Continental Normativism and its British Counterpart: How different are they?”. *Ratio Juris*, vol. 6, n. 3, 1993, pp. 227-244, p. 228.

A segunda dificuldade, por sua vez, refere-se à multiplicidade de concepções teóricas que podem ser associadas tanto ao “positivismo” quanto ao “jusnaturalismo”. Diante do estágio atual de desenvolvimento da filosofia do direito, a aderência de alguém ao positivismo ou ao jusnaturalismo deixa obscuros aspectos importantes de suas concepções acerca do dever de obediência ao direito, da natureza da obrigação política, da forma como o direito deve ser desenvolvido e interpretado pelos aplicadores do direito, e, *last but not least*, da admissibilidade de se utilizar argumentos pragmáticos e morais para resolver problemas jurídicos concretos.

A forma mais fácil de enfrentar essas dificuldades é começar pela segunda. Há que se esclarecer quais são as teses centrais ou comuns a todos os positivistas e a todos os jusnaturalistas antes de se estabelecer se a defesa de um deles pressupõe necessariamente a exclusão do outro, bem como se é possível dizer algo compreensível sobre a natureza do direito sem se comprometer com uma dessas vertentes do pensamento jurídico.

Iniciemos pelo jusnaturalismo. Paira sobre as concepções de direito ligadas ao jusnaturalismo uma espécie de mistério, já que os seus críticos raramente conseguem apontar claramente qual é a posição acerca da natureza do direito defendida por esses pensadores. Costuma-se oferecer, sem uma análise suficientemente profunda de seus defensores, uma visão caricaturada do jusnaturalismo, de acordo com a qual ele sustentaria que o direito seria inteiramente derivado da moral e, portanto, toda norma injusta automaticamente perderia a sua validade. Um olhar mais atento das teses defendidas pelos adeptos do jusnaturalismo mostra, porém, que há importantes detalhes do pensamento jusnaturalista que não são bem explicados por essa caricatura.

A proposição nuclear de toda teoria jusnaturalista, na realidade, não é uma tese sobre o direito, mas sobre a moral. Os defensores da teoria do direito natural, a despeito de suas diferentes concepções metafísicas sobre a natureza do “bem” e do “mal” e sobre a fundamentação de obrigações morais e direitos naturais, convergem quanto à ideia de que há um conjunto de princípios básicos objetivos que indicam a forma correta de atuação prática, os quais constituem “bens que devem ser perseguidos e realizados (...) por todos que tomem em consideração o que deve ser feito”². A tese central do jusnaturalismo, portanto, consiste na afirmação de uma ordem moral estática que pode ser racionalmente conhecida; é dizer, pressupõe-se uma concepção objetiva de “bem” que é invariável histórica e culturalmente e reclama validade universal.

Essa afirmação sobre a natureza da moral, no entanto, não é completamente independente do direito. Os jusnaturalistas costumam sustentar, além da objetividade e, para alguns³, do caráter “autoevidente” dos princípios do direito natural, que o direito natural justifica o exercício da autoridade em uma comunidade: “eles exigem, também, que a autoridade (o poder) seja exercido de uma maneira convenientemente denominada de Estado de Direito”⁴.

As proposições centrais do jusnaturalismo, por conseguinte, são (1) a *Tese da Objetividade da moral* e (2) a *Tese da Justificação Moral da Autoridade*, segundo a qual a normatividade (é dizer, a capacidade de obrigar) do direito depende de sua conformidade com o direito natural. Daí não se segue, porém, necessariamente, nem que todo o direito

² Finnis, John. *Natural Law and Natural Rights*, 2. ed. Oxford: OUP, 2011, p. 23.

³ Idem, p. 33.

⁴ Idem, p. 23.

positivo derive do direito natural, nem que toda norma jurídica integrante do direito positivo que apresente um conteúdo injusto seja automaticamente privada de validade jurídica⁵.

Uma vez identificado o núcleo das teorias do direito natural, passemos a mirar sobre o positivismo. Talvez a maior fonte de incompreensões acerca do positivismo resida no fato de os seus críticos não compreenderem ao certo o contexto em que ele é defendido contemporaneamente e as teorias da decisão e da interpretação que podem ser associadas a ele. O seguinte excerto de John Gardner, um típico defensor do positivismo anglo-americano *à la* Hart, é elucidativo para se compreender o alcance que os próprios positivistas do nosso tempo atribuem a suas teorias:

“Positivismo jurídico não é uma teoria completa da natureza do direito (...). É uma tese sobre a validade do direito, que é compatível com um vasto número de outras teses sobre a natureza do direito, incluindo-se a tese de que todo o direito válido é por natureza sujeito a objetivos morais especiais e imperativos próprios. Há uma longa distância, porém, entre esta tese e a conclusão de que o direito válido responde *apenas* aos seus próprios objetivos morais especiais e imperativos, e não ao resto da moralidade”⁶.

Essa análise revela que o positivismo jurídico hoje em dia consiste em uma postura muito mais modesta da que se verificava nos estudos de Bentham, Austin e Kelsen, por exemplo. O positivismo fica limitado a uma tese específica dentro de uma teoria mais geral sobre a natureza do direito, e há várias teorias incompatíveis sobre a natureza do direito que compartilham esse critério de validade.

Já não se pode falar, também, que o positivismo se define apenas pela tese da separabilidade entre o direito e a moral. Como explica Coleman, ainda que esta tese esteja correta ela é simplesmente desinteressante⁷, pois constitui uma espécie de “positivismo negativo” que diz muito pouco sobre a natureza do direito. Ao invés de explicar o que é o fenômeno jurídico, ela se limita a oferecer uma definição do que *não é* o direito, sendo de muito pouca utilidade para se compreender a natureza do direito enquanto prática social⁸.

Há que se procurar, portanto, uma espécie de “positivismo positivo”, é dizer, uma “pretensão afirmativa sobre o direito”⁹, ou ao menos a enunciação de um critério de validade para as normas que o compõem. É nesse espírito que Joseph Raz enuncia sua Tese das Fontes Sociais, segundo a qual “todo o direito está baseado em determinadas fontes”¹⁰. Para Raz, dizer que todo o direito está compreendido nas suas fontes significa

⁵ Nesse sentido, para Finnis, não é correto dizer que no pensamento de Tomás de Aquino a cláusula ‘*Lex Injusta Non Est Lex*’ implique, invariavelmente, a perda de validade para as leis injustas (Finnis, *op. cit.*, pp. 351-370)

⁶ Gardner, John. “Legal Positivism: 5 and a Half Myths”. *American Journal of Jurisprudence*, vol. 46, 2001, pp. 199-227, esp. p. 210.

⁷ Coleman, Jules. “Beyond the Separability Thesis: Moral Semantics and the Methodology of Jurisprudence”. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 27, 2007, pp. 581-608, esp. 586.

⁸ Coleman, Jules. “Negative and Positive Positivism”, in. M Cohen (org.), *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence*. Londres: Duckworth, 1984, pp. 28-48.

⁹ Idem, p. 35.

¹⁰ “All law is source-based”. Raz, Joseph. *Ethics in the Public Domain*. Oxford: Clarendon, 1994, p. 210.

que “sua existência e conteúdo pode ser identificado com referência apenas a fatos sociais, sem se recorrer a qualquer argumento valorativo”¹¹.

Sem embargo, apesar do aparente radicalismo dessa posição, é equivocado imaginar que os positivistas sejam todos necessariamente formalistas ou que puguem uma ausência de valoração moral por parte dos juristas práticos. No mais das vezes, eles inclusive sustentam teses céticas quanto à existência de uma obrigação moral de obedecer ao direito¹² e recomendam, inclusive, que em casos difíceis os juízes criem novas normas jurídicas com base em valorações morais¹³, mesmo quando essas valorações morais estabelecem exceções no direito positivo. A interpretação, muitas vezes, é descrita por esses positivistas como um processo criativo que pode ir além do direito.

Chegamos, portanto, à seguinte conclusão parcial: no contexto do pensamento jurídico contemporâneo, o elemento central do positivismo parece ser não mais a tese da separabilidade entre o direito e a moral (é dizer, a tese de que inexistem conexões necessárias entre o direito e a moral), mas a tese das fontes sociais, segundo a qual é possível *identificar* o direito sem se valer de critérios morais. Essa tese, no entanto, é percebida pelos próprios positivistas, seus defensores, como uma afirmação que diz relativamente pouco sobre a natureza do direito, da obrigação política e da forma adequada de se decidir casos difíceis.

Essa conclusão parcial nos leva a outra, que tem íntima relação com a obra que estou a apresentar: *mesmo para os positivistas, é imperioso construir uma teoria que vá além do positivismo*. Até mesmo os seus defensores mais radicais entre os filósofos do direito contemporâneos, como John Gardner, Jules Coleman e Joseph Raz, têm plena consciência de que o positivismo é uma teoria jurídica limitada e insatisfatória, mesmo se ele estiver correto. Ele há de ser, sempre, completado tanto por uma teoria da decisão e da interpretação do direito, quanto por uma teoria que explique a normatividade (é dizer, a força obrigatória) das regras de direito positivo.

Creio que essa conclusão revela um amadurecimento do positivismo jurídico contemporâneo. Sem embargo, o livro de Álvaro Ricardo de Souza Cruz e Bernardo Augusto Ferreira Duarte vai muito além dessa autocrítica dos positivistas. Ele transcende, e muito, a simples ideia de que as teorias jurídicas positivistas devem ser “completadas” ou “integradas” por uma teoria da argumentação e uma teoria da normatividade do direito. O que o livro que apresento ao leitor reclama é muito mais do que preencher as lacunas ou remediar deficiências pontuais do positivismo, pois questiona a própria forma de pensar de toda a tradição positivista. Ele adota o que eu denomino de “pós-positivismo” e rejeita, com maestria, tanto o jusnaturalismo como o positivismo.

Adota-se uma postura hermenêutica em relação ao fenômeno jurídico que incorpora uma tradição filosófica que está muito além do debate em língua inglesa sobre a identificação do direito. Com a invocação da hermenêutica filosófica e de uma tradição que vem desde Heidegger, os autores questionam não apenas as teses dos positivistas contemporâneos, mas a própria metodologia filosófica desses autores.

¹¹ Idem, p. 211.

¹² Raz, Joseph. *The Morality of Freedom*. Oxford: OUP, 1986.

¹³ Ver, por exemplo, Raz, Joseph. *Between Authority and Interpretation*. Oxford: OUP, 2009, esp. pp. 322-370 (sobre a interpretação constitucional).

Sem sustentar a pretensão de aprofundar nas teses filosóficas dos autores, posso oferecer um exemplo recente que demonstra o quão radical e frutífero esse ataque geral ao positivismo pode ser. Refiro-me ao debate ocorrido no Reino Unido entre alguns de seus principais filósofos do direito após o julgamento do caso *Factortame*, na década de 1990¹⁴. Em 1972, o Parlamento britânico aprovou o *European Community Act*, que foi confirmado em 1975 por um *referendum* popular, estabelecendo a primazia do direito comunitário europeu sobre a legislação estatal. *Factortame* é importante porque é o primeiro caso naquele país a afirmar a primazia do direito comunitário face a uma lei aprovada pelo parlamento *depois* do *European Community Act 1972*. A celeuma jurídica, portanto, era se o parlamento poderia ter alterado o princípio constitucional implícito (lembramos, aqui, que apesar de não haver constituição escrita no Reino Unido há um consenso acerca de certas “convenções constitucionais” previstas tanto em leis ordinárias quanto em certas normas costumeiras¹⁵) segundo o qual a soberania reside no Parlamento, não havendo qualquer outra esfera superior de decisão política.

Uma vez que os juízes da *House of Lords* (que na época possuía uma “Câmara Judicial” que exercia as competências jurisdicionais atualmente depositadas na Suprema Corte do Reino Unido) decidiram que o *Merchant Shipping Act 1988* era uma lei inválida porque ela não poderia alterar normas jurídicas do direito comunitário europeu, alguns juristas britânicos sustentaram que “uma revolução”, ou pelo menos uma revolução “em sentido técnico”, tinha ocorrido na Grã-Bretanha. Ainda que o caso *Factortame* não tivesse ele próprio feito uma revolução judicial, ele deve ao menos ter reconhecido que uma revolução já houvera ocorrido¹⁶.

De acordo com esse argumento, aduzido por Sir W. Wade, antes da entrada em vigor do *European Community Act 1972* havia uma convenção constitucional bem estabelecida no direito do Reino Unido de que o princípio da *soberania do parlamento* era o que Hart chamaria de “a regra [última] de reconhecimento” daquele país. Uma vez que esta convenção constitucional é a regra de reconhecimento, o parlamento não poderia ter *juridicamente* alterado a hierarquia das leis no sistema jurídico britânico. Portanto, a única forma de se explicar o fato de que *hoje em dia* o direito do Reino Unido admite que as provisões do direito da Comunidade Europeia precedem sobre os atos do parlamento é reconhecer que uma “revolução” ocorreu naquele país.

Esta interpretação foi duramente criticada por Trevor Allan, que argumentou que a tese de Wade está “baseada em uma concepção estreita sobre as regras fundamentais do direito, pois sugere que o desenvolvimento dessas regras é um processo que não está sujeito a argumentos de princípio, mas apenas à influência de considerações políticas”¹⁷. Os pontos fundamentais da crítica de Allan eram, primeiramente, que as “regras constitucionais fundamentais pertencem ao *common law* e não ao direito legislador” e, em

¹⁴ *Factortame v Secretary of State for Transport* [1991] A.C. 603.

¹⁵ Ver, por todos, Marshall, Geoffrey. *Constitutional Conventions: The Rules and Forms of Political Accountability*. Oxford: Clarendon, 1984.

¹⁶ Sir W. Wade, “Sovereignty – Revolution or Evolution?” *Law Quarterly Review*, vol. 112, 1996, p. 568-s. Confiei, aqui, na reconstrução de Neil MacCormick deste raciocínio, em MacCormick, Neil. *Questioning Sovereignty: Law, State and Nation in the European Commonwealth*. Oxford: OUP, 1999, p. 79.

¹⁷ Allan, Trevor. *Law, Liberty and Justice*. 1993, citado por MacCormick, *Questioning Sovereignty*, cit. p. 81.

segundo lugar, que a forma correta de se interpretá-las não é com o auxílio da “inadequada teoria jurídica positivista”, mas segundo o modelo dworkiniano de argumentação fundada em princípios¹⁸.

Como podemos ver, este é um debate que ascende até os próprios fundamentos do direito¹⁹.

Trata-se de um debate que Dworkin designaria como uma “desavença teórica” (*theoretical disagreement*), é dizer, uma desavença sobre os próprios fundamentos do direito positivo²⁰, cuja solução é crucial para se determinar as competências do parlamento. Com efeito, é um debate não só sobre a questão acadêmica da “natureza do direito”, mas também sobre a concepção de direito pressuposta pela constituição, é dizer, sobre o significado das regras institucionais que definem o conteúdo da constituição.

Nesse sentido, MacCormick argumenta que as críticas de Allan a Wade demonstram “tanto a força como a fraqueza dos ataques ao positivismo e à sua preocupação com o ‘pedigree’” das normas jurídicas²¹. A fraqueza dos críticos do positivismo é que uma desavença constitucional como a que aparece em *Factortame* não pode ser resolvida «sem uma investigação sobre o que se pode chamar de regras institucionais [fundamentais] da constituição»²², as quais não podem ser identificadas sem um método relacionado ao pedigree (ou às fontes sociais do direito) para se estabelecer um fato social de natureza institucional.

A força, por sua vez, é que este tipo de controvérsia constitucional só pode ser resolvida por meio de uma interpretação construtiva dos fundamentos do sistema jurídico. Para MacCormick, é óbvio que será fracassada qualquer “tentativa de se entender uma ordem constitucional segundo a teoria de Hart ou qualquer outra, (...) a não ser que o teórico se engaje em uma argumentação interpretativa”²³.

Podemos ver, portanto, que MacCormick está plenamente ciente de que nenhuma teoria baseada em “fatos sociais” ou no “pedigree” das normas jurídicas é inteiramente suficiente para resolver as desavenças teóricas sobre a natureza da constituição. Parece bastante claro, portanto, que ele está defendendo uma espécie de pós-positivismo, que não descarta completamente todos os *insights* do positivismo, já que pretende encontrar os fundamentos do direito em fatos institucionais. Sem embargo, ele sustenta que esses fatos institucionais devem ser interpretados por meio de uma teoria compreensiva ou hermenêutica, que preserve a integridade da constituição. Em suas próprias palavras,

“Compreender uma constituição não é compreender qualquer regra específica nela contida como sendo fundamental; é compreender como as regras constitucionais interagem e fazem referências cruzadas com as outras, e como todas elas fazem sentido à luz dos princípios de associação política que se tem como certo que elas expressam. Se há uma obrigação fundamental aqui, é uma obrigação em relação à constituição como um todo. É a obrigação de respeitar a integridade de uma constituição enquanto tal, uma obrigação que é dotada de significado tanto em momentos de estabilidade política quanto em momentos mais dinâmicos”²⁴.

¹⁸ MacCormick, *Questioning Sovereignty*, p. 81.

¹⁹ *Idem*, 81.

²⁰ Dworkin, Ronald. *Law's Empire*. Cambridge, MA: Belknap. 11. reimp., 2000.

²¹ MacCormick, *Questioning Sovereignty*, p. 91.

²² *Ibid.*, 92.

²³ *Ibid.*, 92.

²⁴ *Ibid.*, 93.

Podemos concordar com MacCormick, portanto, que a única forma de solucionar um caso difícil como esse é adotar uma atitude interpretativa em relação à constituição e construir, por meio de um processo hermenêutico que supere as autolimitações metodológicas do positivismo, uma concepção acerca do significado da constituição.

Ainda que os positivistas estejam certos em dizer que para estabelecer o que o direito é o teórico deve observar um fato social ou institucional, a existência de desavenças teóricas como a que foi retratada no exemplo acima demonstra que esses fatos sociais devem ser interpretados com a ajuda de ferramentas hermenêuticas como os que serão apresentadas nas páginas que se seguem, e não meramente descritos como se eles fossem objetos físicos autoevidentes.

É nesse sentido que entendo o pós-positivismo contemporâneo: como uma teoria que vai além do positivismo jurídico, pois encara a realidade sob as lentes de uma hermenêutica filosófica que não se satisfaz com a meta-teoria neutra e desengajada defendida por positivistas como Kelsen e Hart. E é por perceber essa deficiência do positivismo e por propor uma leitura filosófica do direito que transcende as amarras do pensamento do positivismo que, entre outras razões, o livro que o leitor tem em mãos constitui um grande salto de qualidade no pensamento jurídico contemporâneo.

Um dos aspectos salutareos em que se supera o positivismo é a superação do mito da “autonomia” da ciência do direito, que se liga à pretensão de isolar o objeto “direito” da moral, da política e da própria sociedade. Com efeito, uma das consequências de se adotar as teses do positivismo sobre a validade do direito é se ver o direito como construído de maneira autorreferencial, com fundamento em cadeias de validade e dotado de conteúdo inteiramente determinado por simples decisões políticas carentes de justificação racional. Nesse ambiente, a teoria do direito é uma teoria “geral” que constitui um empreendimento que pode ser realizado com independência da linguagem e das práticas sociais em que se constrói o conhecimento jurídico. A teoria do direito (*theory of law*), poderia, portanto, ser claramente diferenciada tanto da “teoria da decisão” (*theory of adjudication*) quanto da “teoria da interpretação”²⁵.

Essa separação, que é correlata às distinções entre “ciência” e “filosofia” do direito e entre “teoria” e “prática” jurídica, é um dos males a serem combatidos pelo pensamento jurídico do nosso tempo. E eu não tenho dúvida de que Álvaro Ricardo de Souza Cruz e Bernardo Augusto Ferreira Duarte estão na direção certa quando eles sustentam, neste livro, que

“é ingênuo pensar que as questões dogmáticas, no campo do Direito ou de qualquer outra Ciência, estejam isentas de pressupostos filosóficos. Na realidade, a despeito da resistência de grande parte dos alunos, a Filosofia serve à Ciência Jurídica na “mesma proporção” em que esta pode servir àquela. Não há como se chegar a uma questão “teórica” sem antes lançar mão de vivências “práticas”. São os problemas de “ordem prática” que afetam o “ser lançado” e, exatamente em decorrência disso, chegam a ser tratados pela Filosofia ou pela Ciência. Isso se aplica “como uma luva” para o Direito”²⁶.

O livro que apresento ao leitor tem, portanto, muito a inovar tanto na teoria jurídica brasileira quanto no debate internacional sobre a natureza do pensamento jurídico

²⁵ Raz, Joseph. *Ethics in the Public Domain*, cit., pp. 195-209.

²⁶ Neste livro, p. 237.

e da argumentação. É uma grande contribuição tanto para uma compreensão adequada do fenômeno jurídico como para justificar as posturas interpretativas que se espera sejam seguidas pelo jurista contemporâneo. Lamento apenas que esta obra não tenha sido escrita em inglês, pois muito tem a inovar no debate internacional sobre a natureza do pensamento jurídico e da argumentação.

Belo Horizonte, verão de 2013.

THOMAS DA ROSA BUSTAMANTE

Doutor em Direito pela PUC-RIO

Mestre em Direito pela UERJ

Professor da Graduação e da Pós-Graduação em Direito da UFMG

Honorary Lecturer da Universidade de Aberdeen, Reino Unido

APRESENTAÇÃO

“Méphistophélès: [...] arrêtez-vous aux mots! et vous arriverez alors par la route la plus sûre au temple de la certitude.

L’écologiste: Cependant un mot doit toujours contenir une idée.

Méphistophélès: Fort bien ! mais il ne faut pas trop s’en inquiéter, car, où les idées manquent, un mot peut être substitué à propos ; on peut avec des mots discuter fort convenablement, avec des mots bâtir un système [...]” (Goethe, *Faust*, scène du cabinet d’étude, trad. G. de Nerval).

Muitos colegas preferem não um método construtivo-colaborativo mas o método crítico-dialético e avaliam o trabalho dos outros a partir de uma única posição: a sua própria. Ao contrário, tal como Neil MacCormick, um pós-positivista, para fazer a resenha de uma obra ou apresentá-la, tento primeiro colocar-me na posição de quem escreveu a obra. E é claro que levo muito tempo, ao tentar compreender assim uma obra, para descobrir se estou ou não de acordo com ela.

Quatro pequenas notas de rodapé levaram os autores de *Além do positivismo jurídico*, no segundo capítulo, a um belo diálogo acadêmico com Dimitri Dimoulis (e a um debate, de modo mais indireto, com Noel Struchiner) e, no terceiro e último capítulo, a retomar e melhor esclarecer a concepção pós-positivista de Direito que adotam. O livro de Dimitri Dimoulis (2006) já tinha levado um dos autores, na sua dissertação de mestrado, a explicitar melhor o que entendia por positivismo jurídico e por uma abordagem pós-positivista do direito (ver Duarte, 2012). Agora, os dois autores retomam, no primeiro capítulo, o que já tinham dito antes e tentam expor mais detalhadamente o que entendem por positivismo jurídico e por positivismo. Insistem que consideram o positivismo como paradigma epistemológico e que o sentido que deram a esse termo tem sido mal compreendido por seus leitores e críticos. Não se tratava, portanto, de caricaturar as origens do positivismo jurídico. Mas fazem uma autocrítica (que se estende na forma de

uma objeção a Dimoulis): não tinham dado importância nos seus trabalhos anteriores, e principalmente em Duarte (2012), para a própria posição de MacCormick e sua guinada pós-positivista, e por isso tinham optado por contá-lo sem maiores questionamentos entre os positivistas jurídicos contemporâneos.

Como o próprio título e um rápido olhar sobre o sumário já mostram, a obra contribui para o debate acadêmico sobre duas das mais importantes teorias do direito contemporâneas. Os Professores Álvaro Ricardo de Souza Cruz e Bernardo Augusto Ferreira Duarte desenvolvem, de maneira clara e bastante didática, a versão que defendem do pós-positivismo, por eles denominada de “crítico-deliberativa”, indicando suas teses sobre a legitimidade e a aplicação do direito.

Não sei quais serão os caminhos que os autores seguirão de agora em diante, mas espero ter o prazer de poder parar num cruzamento e conversar um pouco sobre as contribuições do pós-positivismo para melhor entender, hoje, direito, democracia e justiça partindo do pluralismo ético e social.

Belo Horizonte, 03 de março de 2013

THERESA CALVET DE MAGALHÃES

Professora aposentada da UFMG (FAFICH- Departamento de Filosofia)
Professora do Curso de Pós-Graduação em Direito da UNIPAC em Juiz de Fora (MG)