

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
PROGRAMA DE MESTRADO

JOÃO FÁBIO SILVA DA FONTOURA

POSITIVISMO JURÍDICO E PÓS-POSITIVISMO À LUZ DA METÓDICA
ESTRUTURANTE

Florianópolis

2009

JOÃO FÁBIO SILVA DA FONTOURA

POSITIVISMO JURÍDICO E PÓS-POSITIVISMO À LUZ DA METÓDICA
ESTRUTURANTE

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado do Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre.

Orientador: Prof. Dr. Airton Cerqueira
Leite Seelaender

Florianópolis

Autor: João Fábio Silva da Fontoura

Título: Positivismo jurídico e pós-positivismo à luz da metódica estruturante

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado do Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre, aprovado com conceito, _____.

Florianópolis (SC), 15 de abril de 2009.

Professor Orientador Dr. Airton Cerqueira Leite Seelaender

Coordenador do Curso Professor Dr. Antonio Carlos Wolkmer

Autor: João Fábio Silva da Fontoura

Título: Positivismo jurídico e pós-positivismo à luz da metódica estruturante

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado do Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre, aprovado com conceito _____.

Florianópolis (SC), 15 de abril de 2009.

Professor Dr. Airton Cerqueira Leite Seelaender
(Presidente e Orientador)

Professor Dr. Walber de Moura Agra

Professora Dra. Jeanine Nicolazzi Philippi

Para Gigliola, minha pequena,

por me ensinar o melhor de mim

AGRADECIMENTOS

Ao Professor Dr. Airton Cerqueira Leite Seelaender, orientador e amigo, com quem tive o privilégio de dividir a construção deste trabalho. Seu apoio e sua paciência me permitiram enfrentar os obstáculos com serenidade. Fica meu sincero reconhecimento a este grande *jurista*, com quem espero seguir compartilhando, na academia e fora dela.

À minha mãe, Dona Rute, a mais doce das mulheres, pelo seu amor incondicional. Esta conquista, como qualquer outra da minha vida, é também dela. Te amo, Mamma! Através dela agradeço também aos meus irmãos, Bira, Mara, Tita e Rui.

Ao amigo e irmão de afeto, Elizandro Bianchini, pelo apoio desde os tempos da graduação até a militância na advocacia. Estar ao seu lado é sempre uma lição.

A outro amigo e irmão de afeto, Nestor Castilho Gomes. Em nossa amizade, partilhamos nossas experiências e crescemos juntos. Na academia, sua inteligência é uma inspiração. Valeu Black!

Aos colegas e alunos da Faculdade Cenecista de Joinville, a quem agradeço nas pessoas da Prof^a Maria de Lourdes Bello Zimath e do Prof. Rogério Zuel Gomes.

“Não há homem justo, não há um sequer”

Romanos, 3:10

RESUMO

O objetivo do presente estudo é traçar os conceitos de positivismo e pós-positivismo, de acordo com a perspectiva da Teoria Estruturante do Direito. Deste prisma, é analisada a construção histórica do positivismo jurídico e são estabelecidas suas características principais. Igualmente, é buscada a caracterização do pós-positivismo de Friedrich Müller, estipulando qual seja seu sentido e sua aplicabilidade no Brasil. Neste sentido, é desenvolvida também uma exposição das idéias centrais da Teoria Estruturante do Direito e da Metodica Estruturante. Ao final, é utilizada a obra de Luís Roberto Barroso para que se possa estabelecer uma comparação com a obra de Friedrich Müller.

Palavras-chave: Friedrich Müller; Luís Roberto Barroso; teoria estruturante do direito; metodica estruturante; positivismo jurídico, pós-positivismo.

ABSTRACT

The purpose of the thesis is to define positivism and post-positivism, according to the perspective of the structuring theory of law. The historical construction of legal positivism is overviewed and its main features are set. Also, it sought to characterize the post-positivism of Friedrich Müller, stating what is its meaning and its application in Brazil. In this sense, it also developed a statement of the central ideas of the structuring theory of law and of the structuring method. At last, a comparison between the works of Luis Roberto Barroso and Friedrich Müller is established.

Keywords: Friedrich Müller, Luis Roberto Barroso, structuring theory of law; structuring method, legal positivism, post-positivism.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
1 ESCLARECIMENTOS TERMINOLÓGICOS E METODOLÓGICOS	14
2 POSITIVISMO JURÍDICO	20
2.1 Gênese do positivismo jurídico	20
2.2 Sobre o conceito de positivismo jurídico	46
2.2.1 Dois equívocos na compreensão do positivismo jurídico	46
2.2.2 Características essenciais do positivismo jurídico	53
2.2.3 Proposta de definição do positivismo jurídico	46
3 PÓS-POSITIVISMO E METÓDICA ESTRUTURANTE	69
3.1 Sentido e limites do pós-positivismo (em especial no Brasil)	69
3.2 A Metodica Estruturante	80
3.2.1 Contextualização de Friedrich Müller no constitucionalismo alemão do século XX	80
3.2.2 Sobre o sentido político da Teoria Estruturante do Direito	84
3.2.3 Elementos Fundamentais da Teoria Estruturante do Direito e da Metodica Estruturante	90
3.2.3.1 Teoria da norma (Teoria do Direito)	91
3.2.3.1.1 Norma e texto de norma	91
3.2.3.1.2 Normatividade e estrutura da norma	98
3.2.3.2 Metodica jurídica estruturante	104
3.2.3.2.1 Concretização e interpretação	105
3.2.3.2.2 Processo de concretização e regras de preferência	110
4 O PÓS-POSITIVISMO NO BRASIL — ANÁLISE A PARTIR DA PROPOSTA DE LUÍS ROBERTO BARROSO	118
4.1 Razões da escolha do referencial	118

4.2 Síntese da proposta de Barroso	121
4.2.1 As definições de “positivismo” e de “pós-positivismo”	126
4.2.2 Conceito de norma jurídica	128
4.2.3 Coordenadas metódicas	132
4.2.3.1 Elementos componentes da atividade decisória	132
4.2.3.2 Quadrantes da atividade decisória: a opção pela técnica da ponderação e seus limites	135
4.3 Questões em aberto	139
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	143

INTRODUÇÃO

Poucos temas são atualmente capazes de fazer convergir com facilidade as opiniões dos juristas brasileiros. Um deles certamente consiste em um virulento ataque ao positivismo jurídico, bem como no brado de uma sua cabal superação. Esta posição teórica, que tem duvidosa justificativa no pensamento jurídico atual, tem por máxima a impossibilidade de obtenção de resultados satisfatórios na concretização do direito embasada nos elementos teóricos e filosóficos típicos do positivismo jurídico (especialmente sua concepção de norma jurídica, reduzida ao texto legal, e, de outra parte, sua concepção da concretização jurídica, vinculada ao “dogma da subsunção”).

Não obstante, se é de fato necessário que a metódica jurídica não fique reduzida aos pressupostos teóricos e filosóficos sobre os quais positivismo jurídico do século XIX e início do século XX se forjou (seu conceito de norma jurídica, sua pretensão de universalidade, seu clamor pela neutralidade do intérprete, sua visão das funções do trabalho de concretização constitucional com vistas à separação dos poderes, sua concepção da validade como normatividade etc.), parece-nos que a “superação” anunciada deste paradigma apresenta graves deficiências em termos teóricos e práticos, e, justamente por esta razão, traz em seu bojo ataques inadmissíveis ao Estado de Direito a que lograra defender.

Como bem ressalta Friedrich Müller, não seria conveniente retornar para um período de padrões decisórios ainda menos satisfatórios ao Estado de Direito do que aqueles alcançados no positivismo. Não há sentido em se fazer uma proposta que pura e simplesmente se oponha ao positivismo jurídico, ou seja, uma

proposta anti-positivista. A tarefa de uma metódica pós-positivista é muito mais a de se comprometer com discussões que ficaram em algum ponto negligenciadas. Esta discussão ainda não ocorreu de forma ampla no Brasil, e a análise comparativa do pós-positivismo à brasileira e do que defende a Teoria estruturante do Direito pode contribuir neste sentido. Um pós-positivismo incontrolável pode redundar em decisionismo e em dissolução da normatividade jurídica (por si só violadores do Estado de Direito).

Assim, serão relacionadas criticamente estas duas perspectivas, a partir da definição de positivismo jurídico. Em primeiro lugar, deverá ser questionada a *existência* de um pós-positivismo no Brasil. Em segundo lugar, deverão ser avaliadas as possíveis conseqüências práticas do primeiro questionamento, em termos de construção (ou desconstrução) do almejado Estado de Direito, talvez substituído por um “Estado do Judiciário”, talvez com um ordenamento constitucional flexibilizado, e, assim, descaracterizado. A “Metódica Estruturante” de Friedrich Müller fornecerá os elementos para esta análise.

O trabalho parte de um capítulo dedicado aos esclarecimentos de ordem metodológica, relativos principalmente à terminologia utilizada. O segundo capítulo é dedicado ao positivismo jurídico, através de sua análise histórica e conceitual, chegando-se a uma proposta de definição. O terceiro capítulo concentra as questões relativas ao pós-positivismo e à Teoria Estruturante do Direito. A partir desta última, formula-se uma proposta do sentido que o pós-positivismo deve encerrar no Brasil. No quarto capítulo, por fim, utiliza-se a obra de Luís Roberto Barroso para avaliar o pós-positivismo de linhagem Brasileira.

1 ESCLARECIMENTOS TERMINOLÓGICOS E METODOLÓGICOS

Um dos principais objetivos do presente estudo consiste em definir o que sejam o positivismo jurídico e o pós-positivismo, especialmente em suas relações com o que aqui se optou por denominar *metódica jurídica*. Cuida-se, portanto, mais do chamado “positivismo da interpretação” ou “positivismo do tratamento da norma”, do que do “positivismo da vigência do direito”¹. Importa aqui, pois, a definição de coordenadas de inclusão ou exclusão de propostas teóricas no quadro do positivismo, conforme o corte recém mencionado, assim como convém explicar o uso do termo “metódica”, em substituição aos mais correntemente aceitos termos “metodologia jurídica”, “interpretação jurídica” ou “hermenêutica jurídica”.

No que tange à terminologia, a opção aqui feita deriva de uma distinção, aqui programaticamente aceita, entre *metódica* e *metodologia*. A palavra *metódica* foi absorvida da obra de Friedrich Müller, na tradução para o português que Peter Naumann vem realizando de seus escritos. O termo (tanto quanto, e.g., *poética* ou *lógica*) decorre da formação de um novo substantivo a partir de um adjetivo. As traduções do termo alemão *Methodik* poderiam ser feitas ordinariamente utilizando o termo *metodologia*, mas isso pareceu àquele tradutor gerar um erro conceitual. Para preservar o sentido original dos escritos de Müller, optou ele pelo

¹ Adota-se, portanto, a perspectiva de uma distinção entre o *positivismo da validade do direito* – no qual os autores “dedicam sua energia intelectual” em definir o que seja direito e traçar os parâmetros de sua validade – e o *positivismo no tratamento da norma* – no qual são tratados propriamente dos meios e formas de interpretação do direito e de sua realização. O que interessa especificamente ao estudo é a segunda espécie mencionada, não se excluindo desde logo a possibilidade de invasão de um campo pelo outro, o que deverá ser confirmado adiante — a perspectiva do positivismo da vigência do direito pode motivar, através principalmente da teoria da norma que lhe é própria, conclusões relevantes do ponto de vista do tratamento da norma (p. ex., uma teoria da norma que a imagine como texto legal dificilmente abrirá caminhos para uma perspectiva que considere a realidade co-constitutiva da prescrição jurídica). Cf. MÜLLER, Friedrich. *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes do direito*. pp. 115-116. Cf., também, DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. p. 209. O autor refere à distinção feita por F. Müller, embora não no trabalho que aqui indicamos, e sim no livro *Juristische Methodik* (edição de 1997, p. 74).

termo *metódica*, fazendo na língua portuguesa uma substantivação. Metodologia, a seu ver, seria uma palavra que "deveria ficar reservada para o metaplano, acima do plano do método: o do discurso sobre o método"².

Há na obra de Friedrich Müller, igualmente, razões de ordem material que conduzem a esta distinção, uma vez que se pode notar que a palavra metodologia [*Methodenlehre*] já era insuficiente, mesmo nos originais em alemão, para abarcar tudo o que se pretendia dizer a respeito dos métodos de trabalho do direito. Neste sentido, a *metodologia* se preocuparia, em sua acepção tradicional, com a catalogação, explicação e até mesmo a justificação racional dos métodos de trabalho considerados no tratamento de uma norma jurídica em face de cada caso concreto (v.g. a interpretação gramatical ou a analogia).

A *metódica*, de outro lado, se preocupa com a *estruturação da aplicação destes métodos*. Seu campo não é o do *discurso sobre o método*, mas sim o da *aplicação efetiva do método*, mesmo na medida em que esta aplicação transcenda os elementos tradicionalmente aceitos pela metodologia a guisa de hipóteses de trabalho. A *metódica* não apenas analisa o discurso que se forma em torno da prática decisória jurídica, mas reflete a partir desta prática e para ela retorna, tendo como fio condutor os pressupostos e exigências normativas que esta prática decisória deve atender necessariamente no Estado de Direito. Congregam-se no termo *metódica*, com isso, a *hermenêutica*, a *interpretação*, os *métodos de interpretação* e a *metodologia*³.

² NAUMANN, Peter. Nota do Tradutor. In: MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. p. 16.

³ *Idem*, p. 16. Ulrich Schroth expõe a questão, sob o prisma filosófico, da seguinte forma: "Uma coisa é descrever o método de avaliação, outra é chegar ao (e exprimir o) resultado da avaliação. Mas aquilo a que

Esta mudança de enfoque leva à conclusão, ainda segundo Müller, de que "uma metódica do direito constitucional diz portanto respeito a toda a ação constitucionalmente orientada de titulares de funções estatais", já que representa o recurso do Estado constitucional liberal "à "violência constitucional" vazada na forma do direito e conseqüentemente veiculada pela linguagem"⁴. Grande parte da originalidade da contribuição deste autor, pode-se dizer, reside nesta própria mudança de enfoque. Isto porque a justificação racional e a objetividade científica de determinada *práxis* constitucional, com vistas à admissibilidade dos seus métodos de trabalho frente aos imperativos do Estado de Direito, parece observável de forma mais clara a partir da observação das conseqüências das decisões tomadas em termos de método pelos titulares das funções constitucionalmente organizadas no Estado. Isto vale especialmente para as atividades jurisdicionais, mas não exclusivamente para elas.

Os tribunais têm por obrigação, ao menos no Estado de Direito, a publicação e fundamentação daquilo que efetivamente decidem, e a doutrina, por sua vez, se presta à semelhante tarefa (embora em graus maiores de abstração, por não estar necessariamente referida a um caso). Diante disso, é a partir do estudo da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha e da bibliografia especializada em Direito Constitucional que Müller comprova a insuficiência, para a concretização da Constituição, dos cânones savignyanos (da interpretação genética, sistemática, histórica e gramatical), dos princípios de interpretação constitucional e dos elementos da lógica formal aplicados ao direito. A utilização do termo *metódica* se baseia nesta abertura, nesta possibilidade de se analisar o processo de

chamamos "avaliar" é também determinado por certa constância dos resultados da avaliação". SCHROTH, Ulrich. *Hermenêutica filosófica e jurídica*. p. 390.

⁴ MÜLLER, Friedrich. *Direito - linguagem - violência: elementos de uma teoria constitucional I*. pp. 8-9.

realização do direito na sua totalidade, mesmo em seus elementos não “interpretativos” ou não “hermenêuticos”.

Em outros dizeres, com Castanheira Neves, busca-se aqui um conceito de método jurídico que não seja o da catalogação *a posteriori* dos desenvolvimentos havidos na resolução de problemas jurídicos, nem o da simples imposição de elementos metodológicos doutrinários (criados e desenvolvidos *a priori*) a esta mesma resolução de problemas, mas sim um “conceito crítico-reflexivo de método jurídico”. Tal conceito se perfaz nas propostas metodológicas — aqui *metódicas* — que se referem à prática jurídica, considerando as suas específicas exigências normativas, de forma a regular e fundamentar aquela primeira a partir destas últimas.⁵

Já no que se refere aos possíveis contornos para determinar a inclusão ou exclusão de uma proposta metódica no quadro do positivismo, deve-se desde logo apresentar um esclarecimento, a ser aprofundado nas seções seguintes. A definição do *positivismo*, que é levada a efeito justamente a partir da fixação deste(s) critério(s), é pressuposto de toda e qualquer definição de um *pós-positivismo*. Como o objetivo aqui é verificar a existência ou não de um pós-positivismo no Brasil — e discutir eventuais conseqüências disto para o Estado de Direito —, impõe-se empreender uma análise histórica e conceitual do positivismo jurídico, que permita identificar algumas classificações já realizadas e seus respectivos critérios, malgrado serem relativamente abundantes as definições de positivismo jurídico disponíveis na bibliografia⁶.

⁵ CASTANHEIRA NEVES, Antônio. *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. pp. 302-303.

⁶ Vide seção 2.3

O objetivo inicial do estudo, desta forma, é a análise destas definições e características que são tradicionalmente atribuídas ao positivismo, à luz da Metodica Estruturante, para a configuração de um programa de superação do positivismo (especialmente no que tange ao já referido “tratamento da norma”). Com isso, espera-se evitar uma aproximação com a parcela maior do pós-positivismo, não em último lugar de linhagem brasileira, que em geral demonstra compreender o positivismo de forma substancialmente deturpada, o que refletirá, como se disse, no programa de superação que se propõe⁷.

Em suma, o trabalho não segue a linha antipositivista, mas pós-positivista⁸. Concebido, porém, como simples superação do positivismo – como superação teoricamente atestada, mas praticamente inoperante – o pós-positivismo não deixaria a ciência jurídica em situação melhor do que aquela em que ela se encontrava. Visto como “oposição excludente”, tampouco ofereceria o pós-positivismo contribuição relevante, quanto mais se apagasse algum dos pólos da racionalidade específica do tratamento do direito em termos de metódica. Uma proposta pós-positivista conseqüente deveria, isso sim, apontar em que, como e por

⁷ Por todos, BARROSO, Luis Roberto. *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)*. p. 42. Para este autor, o pós-positivismo identifica-se com “uma superação do legalismo, mas não com recurso a idéias metafísicas ou abstratas, mas pelo reconhecimento de valores compartilhados por toda a comunidade. Estes valores integram o sistema jurídico, mesmo que não positivados em um texto normativo específico”. Assim igualmente em COMANDUCCI, Paolo. *Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico*. p. 85. O autor indica a plausibilidade de uma “leitura moral da constituição” como um dos traços superadores do neoconstitucionalismo em face do positivismo jurídico. Na visão que aqui se adota, estas abordagens são exemplos das concepções que atingem o positivismo de forma periférica, sem abandonar seu *background teórico*. A avaliação desta circunstância, como se viu, depende da definição de positivismo que se tenha em mente operar. Cf. MÜLLER, Friedrich. *O novo paradigma do direito*. p. 118. Ver ainda, os dois exemplos colacionados na seção 2.2.1., explicativos de atribuições indevidas de características e fatos históricos ao positivismo.

⁸ Cf. MÜLLER, Friedrich. *O novo paradigma do direito*. pp. 119-120. Adere-se, novamente, à terminologia do autor. Müller sustenta que o antipositivismo (incluindo-se aí a tópica, a jurisprudência dos interesses, a escola do direito livre, etc.) “esforçou-se debalde em “superar” o positivismo”. E continua, esclarecendo que seria “mais correto não regredir neste esforço para aquém do positivismo, não deixar de atingir seu padrão de tecnicidade. Trata-se de retomar o que foi reprimido pelo positivismo e elaborá-lo de forma generalizável na dogmática, metódica e teoria.”

que o positivismo jurídico deveria ser revisto⁹, indicando a parte dos pressupostos deste último que permanece ainda fecunda à metódica jurídica.

Se o objetivo aqui fosse, desta forma, uma catalogação sistemática da corrente positivista, não haveria outro caminho por seguir que não o de uma classificação dos autores dentro de critérios rígidos. Mas não se pretende registrar todas as variedades e manifestações do positivismo jurídico, nem estabelecer as premissas de uma tipologia, mas somente demonstrar seu núcleo de maior importância e operacionalidade para o tratamento da norma¹⁰, entre as definições de diferentes autores. A definição que se busca aqui para o positivismo se embasa no passado, mas se volta para o uso futuro, pelo que até certo ponto preserva os termos anteriores da discussão, mas necessariamente os transforma e atualiza¹¹. Sendo o objetivo da definição em causa eminentemente operacional, em relação ao cumprimento dos objetivos do presente estudo, o trabalho se restringirá a uma “classificação aproximativa”¹².

⁹ As palavras "crítica" e "adequação" são as que mais fielmente se prendem à linha pensamento ora enunciada. A superação do positivismo legalista aqui defendida não descamba para o abandono daquilo que consideramos elementar para o Estado de Direito. Castanheira Neves, por exemplo, denomina sua proposta de "pós-positivista" justamente porque preservara nela conquistas e exigências do positivismo (Cf. BORNHOLDT, Rodrigo Meyer. *Métodos para a resolução do conflito entre direitos fundamentais*. p. 27). De forma mais conservadora: "a superação do positivismo de nenhum modo pode implicar o abandono da positividade do direito". Cf. FORSTHOFF, *apud* ENTERRÍA, Eduardo García de. *Reflexiones sobre la ley y los principios generales de derecho*. p. 51. Desde que não se confunda, como se verá adiante, a *positividade do texto* com a *positividade-normatividade do direito*. Müller refere, com esta reserva, a mesma passagem de Forsthoff (vide *Teoria estruturante do direito*, p. 209, nota n. 491).

¹⁰ Cf. MÜLLER, Friedrich. *O novo paradigma do direito*. pp. 116 e 119. O autor esclarece que o “positivismo clássico praticamente não é mais representado como posição programática, mas ele continua atuando inexpressadamente (...)”. Trata-se das implicações da concepção positivista de norma jurídica, que foram capazes de deslocar as discussões para fora das aporias fundamentais do positivismo, restando muitas vezes não refletidas na metódica.

¹¹ Trata-se de uma “definição explicativa”, segundo a posição de Scarpelli, em MAYNEZ, Eduardo García. *Positivismo jurídico, realismo sociológico y iusnaturalismo*. p. 49.

¹² Cf. DIMOULIS, Dimitri. *Op. Cit.* p. 76. O autor utiliza o termo para ressaltar a dificuldade de se realizar “classificações logicamente perfeitas” no âmbito jurídico.

2 POSITIVISMO JURÍDICO

2.1 Gênese do positivismo jurídico¹³

Uma referência à gênese ao positivismo jurídico tem evidente importância, mesmo porque seria questionável a possibilidade de se tratar das realidades jurídicas fora de sua historicidade específica. E se é possível que o presente trabalho se dedique a considerar uma realidade atualmente designada de pós-positivismo, é porque necessariamente o positivismo jurídico é nossa “herança metodológica”¹⁴. Muito embora haja controvérsia sobre o exato princípio do positivismo, o fato é que desde o século XIX este tem dominado as discussões metodológicas – que eram e continuam sendo questões materiais, em larga medida dependentes da Teoria do Direito a elas subjacente. Segundo Dimoulis, o positivismo jurídico é ainda, tanto de forma explícita como de forma implícita, a corrente dominante no pensamento jurídico do Brasil e do exterior¹⁵.

Mas o foco aqui não é exatamente descrever a história do positivismo, mas apontar seu lastro genético – em uma análise na qual a história não pode deixar de ter um papel fundamental. De tal perspectiva, talvez seja mais prudente falar em *arqueologia* ou *genealogia* do positivismo jurídico, para que ele não seja pensado como “a antítese do direito natural”¹⁶, ou como simples traço da modernidade, com a linearidade que torna a pesquisa confortável, mas que não se coaduna com as realidades históricas. De maneira geral, o positivismo não deverá ser estudado como

¹³ Para a análise proposta nesta seção, optou-se por seguir como fio condutor, com alguns acréscimos, as coordenadas constantes em BRONZE, Fernando José. *Lições de introdução ao direito*. pp. 278-340. Outras obras são referidas a partir das coordenadas presentes na exposição do autor português.

¹⁴ BRONZE, Fernando José. *Lições de introdução ao direito*. pp. 281-282.

¹⁵ DIMOULIS, Dimitri. *Op. Cit.* pp. 44 e ss.

¹⁶ GOYARD-FABRE, Simone. *Os fundamentos da ordem jurídica*. p. 76.

movimento que possa ser qualificado de maneira genérica, sob um signo qualquer. Antes, pretende-se apreendê-lo como a realidade social em que efetivamente se constituiu e se constitui e tendo em vista as específicas relações que possa ter com outras condicionantes de seu tempo.

Nesta perspectiva, é importante referir, em primeiro plano, os principais aspectos jurídico-políticos de períodos *anteriores* ao do positivismo jurídico, com os quais ele veio a se relacionar. Ao tempo de sua sedimentação, ele traduziu-se em uma série de rupturas com as concepções então tradicionais de direito. O direito passou a ser visto como o direito *positivo*, isto é, como o direito posto por uma autoridade, como uma construção humana — com a ressalva de que esta construção humana pudesse ocorrer das mais diversas formas, a partir da edição de textos ou não. O direito passou a ser idealmente considerado como uma legalidade pré-dada e obrigatória (direito pré-posto e im-posto).¹⁷ A índole problemática do direito não fora negada, mas o problema em si passava a ser visto como elemento posterior, abandonando-se seu igual papel constitutivo do jurídico.

Antes da consolidação de tal concepção do direito, consideravelmente mais unitária, o que existia era um modelo em que a juridicidade se forjava a partir de uma correlação de determinantes de complexidade substancialmente maior, em um quadro marcado por uma pluralidade de ordenamentos com distintos mecanismos de formação. Com o positivismo, o direito passou a ser concebido como um dado, desvinculado da intencionalidade de quem com ele lidava. Passou a ser visto, sobretudo, como objeto de conhecimento, e não mais como resultado de

¹⁷ BRONZE, Fernando José. *Lições de introdução ao direito*. p. 282

um processo em que ele se construía através da atividade dos juristas – mesmo onde havia alguma legalidade oficial, tinham grande peso o *jus naturalis* e o costume, bem como as concepções tradicionais e a plástica “razão artificial” do jurista.

Como assinala Castanheira Neves, o direito anteriormente ao positivismo era vinculado com a filosofia prática, sendo constituído a partir da prática e de reflexões que em última análise se voltavam para considerações acerca do justo – sempre tendo como pano de fundo uma idéia de que o direito iria além do que positivamente era dado, podendo emanar, *v.g.*, de postulados da “razão” que governa o mundo, ou de uma “ordem” que rege a *polis*, ou considerando o problema jurídico de maneira essencialmente tópica. Com o positivismo, um direito autônomo passou a impor-se àquela mesma prática e àquelas mesmas concepções de justiça, vinculando-as *previamente* a uma autoridade lhes atribui um sentido obrigatório. O direito e o pensamento jurídico se viram divorciados pela primeira vez; não se constituíam mais um pelo outro, porque o primeiro fora alçado à condição de objeto do segundo¹⁸, o que denota o caráter de imposição e de “pré-posição” que passaria a estar presente no direito.

O primeiro ponto de transição a referir, neste prisma, diz respeito ao pensamento jurídico clássico romano. Neste, tanto a realização do direito diante dos casos concretos quanto as concepções sobre o direito levavam em conta os elementos provindos da tradição comunitária, sem haver um compromisso inescusável de cumprimento de uma normatividade que fosse resultado exclusivo de

¹⁸ *Idem*, p. 284, com referência à Castanheira Neves.

um ato de positivação. Não havia aí, portanto, a mesma idéia de unidade do positivismo, tanto assim que se distinguiram no direito romano os termos do *jus* e da *lex*¹⁹. Os valores comunitários estipulados de acordo com a percepção dos juristas diante dos casos práticos permitiram efetivamente a caracterização do pensamento jurídico romano como uma *juris prudentia*²⁰. Aqui é bem visível, portanto, o liame entre o direito e a filosofia prática, referido anteriormente.

Em segundo lugar, distingue-se a fase da recepção do direito romano, iniciada no período medieval. Verificava-se ainda certo raciocínio prudencial em vista da incidência de problemas práticos. Entretanto, o raciocínio já não se voltava para os valores da comunidade, à maneira dos romanos. O raciocínio se voltava mais para a interpretação de textos, tidos por portadores de autoridade própria. Mas ainda aqui se poderia falar de uma vinculação do direito com a filosofia prática, e, portanto, de uma concepção de algo que se cristaliza de acordo com a reflexão, uma vez que o direito não se reduzia aos textos em si²¹. Os textos que se analisavam deveriam ser sempre a expressão de um sinal maior, caracterizado por valores que efetivamente identificavam o direito em causa²².

¹⁹ Em que pese esta distinção ter prevalecido na tradição moderna, na esteira de Hobbes, como se verá adiante. Entretanto, é mais importante em Hobbes, para o entendimento dos antecedentes filosóficos do positivismo, a distinção entre lei natural e lei civil. Cf. HOBBS, Thomas. *Leviatã*. XIV, pp. 101-102; XXVI, p. 196.

²⁰ BRONZE, Fernando José. *Lições de introdução ao direito*. p. 285.

²¹ Possivelmente em face da absorção pelo direito romano, especialmente em Cícero, de alguns postulados da tradição estoíca, que se caracteriza essencialmente como uma filosofia moral, vazada em torno de uma lei natural que “é a razão universal que reina sobre o mundo e sobre a história, ou a parte desta razão que está disseminada na consciência de cada homem (...)”. Daí porque, inclusive, só se possa caracterizar a doutrina estoíca como *moral*, já que esta *recta ratio* não pode ter alcance senão no plano da consciência individual. Um resgate, até certa medida, desta tradição estoíca (ou *neo-estóica*, já na versão de Cícero, em que se funde com o direito), que Hobbes leva a efeito quando utiliza o direito de auto-preservação para explicar o estado de natureza e o direito natural, marcará uma das transições filosóficas essenciais ao surgimento do positivismo jurídico. A inovação de Hobbes consistirá em não deixar sua filosofia jurídico-política reduzida ao imaginário estoíco, superando-o na concepção e diferenciação da lei civil como direito autêntico. Cf. VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*. pp. 67 e ss., 703 e 733.

²² BRONZE, Fernando José. *Lições de introdução ao direito*. pp. 285-286.

Por fim, já no limiar do pensamento que prepararia o terreno para o positivismo jurídico, cumpre mencionar o pensamento jusracionalista da época moderna. Este rompeu com o raciocínio prudencial, porquanto já via o direito como uma construção dedutiva estruturada por uma racionalidade que era capaz de firmar imperativos *ex ante*. Três pontos merecem, aqui, especial destaque. Em primeiro lugar, o homem foi desvinculado de sua antiga posição na ordem das coisas — impôs-se um antropocentrismo que o tornava referência daquela mesma ordem. Em segundo lugar, uma racionalidade sistemática substituiu à anterior, que era essencialmente tópica, problemática e vinculada à filosofia prática. Em terceiro lugar, a racionalidade em geral, incluindo-se aí aquela própria do direito, era agora constituída *pelo homem*, posto que a verdade constituía-se no seio do próprio sujeito pensante²³.

Tendo chegado a este ponto o pensamento jurídico, no quadro de um “pensamento moderno-iluminista”²⁴, o direito passou paulatinamente a ganhar a forma paradigmática que nos foi legada no século XX, a forma de um direito desvinculado da filosofia prática, e já imbuído da marca da criação humana pura, predominantemente positivado através de textos legais. Já se tornam presentes, assim, alguns dos pressupostos histórico-sociais que permitiram o surgimento do positivismo jurídico enquanto uma teoria de explicação do fenômeno jurídico e uma metódica específica.

Na presente seção serão brevemente considerados, entre as várias sistematizações possíveis, sete fatores (histórico-sociais e filosófico-jurídicos) que

²³ *Idem*, pp. 287-288.

²⁴ *Idem*, pp. 291, utilizando esta categoria como referência principal entre os elementos genéticos do positivismo jurídico.

influenciaram a formação do positivismo jurídico, a começar pelo já referido pensamento próprio do ambiente do iluminismo. Além deste fator, trataremos, pela ordem que se seguirá, dos fundamentos filosóficos do positivismo jurídico; da aproximação entre direito e ciência; da apropriação do fenômeno jurídico – legal e judicativamente – pelo Estado; do surgimento das codificações; do fator da recondução do direito à legislação – quer-se dizer, do fator do legalismo – e sua relação com a Escola da Exegese; e, por último, da contribuição da Escola Histórica alemã.

É bem verdade que as mudanças e transições das teorias jurídicas através dos tempos não se dão com uma rigidez de oposições taxativas que oponham o pensamento anterior e seu sucessor – seria um equívoco, *e.g.*, reduzir o pensamento moderno-iluminista à expressão de uma razão destinada a exorcizar do pensamento humano as inspirações metafísicas anteriores²⁵. De qualquer modo, pode ser localizada nesta nova forma da razão uma série de elementos favoráveis à gênese do positivismo, ainda que não tenha havido uma linearidade absoluta neste processo. A idéia de homem vigente no iluminismo era a de um ser auto-centrado, livre e racional, que construía uma nova ordem a partir de si, e, portanto, era a última instância em que se podia radicar a formação do direito. Este homem, em princípio, podia ser seduzido pela idéia da legislação como construção humana proveniente de si, sem um apelo às formas religiosas de regulação da vida. Por outro lado, a idéia de uma razão auto-suficiente, capaz de construir sistemas para compreender e dirigir a vida do homem e o mundo, se ainda não era já tipicamente positivista no pensamento moderno-iluminista, já preparava o terreno para as grandes

²⁵ GOYARD-FABRE, Simone. *Op. Cit.* pp. 71 e 77.

sistematizações futuras, como nas codificações, em que o direito pudesse ser radicado²⁶.

Mas as raízes dessa concepção de mundo devem ser vistas de forma mais ampla, para que se entenda o que Goyard-Fabre chama “trama filosófica do positivismo”. Uma remissão a esta “trama” leva a considerar especificamente algumas concepções filosóficas que ajudaram a preparar o terreno para o positivismo jurídico, aqui especialmente as de Thomas Hobbes. Isto demonstrará, como já foi referido, que o positivismo não poder ser visto como um processo linearmente superador do direito natural. A favor desta postulação, pode-se ver na filosofia do Leviatã um lugar e uma função específicos para o direito natural e a lei da natureza (termos, aliás, distintos, tal e qual a *lex* e o *jus*)²⁷, sendo que esta última figurará como *fundamento* do sistema jurídico que será instalado somente a partir da formação do Estado²⁸. Não parece haver campo para se falar, diretamente a partir de Hobbes, de uma oposição entre direito natural e direito positivo, mas sim de uma relação de complementaridade. O filósofo inovará em sua perspectiva da lei estatal calcada na soberania, mas não abandonará o direito natural para a construção filosófica do Estado.

Hobbes, na verdade, emerge sobre uma época, aqui já referida, de um pensamento jurídico pré-positivista, em que havia ainda a predominância de uma concepção própria do direito natural, que em última análise poderia ser reconduzida à Política de Aristóteles (para a qual Hobbes apresentará uma substituta). Em tal contexto, o homem ainda olhava para fora de seu universo para reconhecer a

²⁶ BRONZE, Fernando José. *Lições de introdução ao direito*. pp. 295-296.

²⁷ HOBBS, Thomas. *Op. Cit.*, XIV, p. 101.

²⁸ *Idem*, pp. 196-197.

normatividade que presidia suas ações²⁹. Também em Hobbes, a legalidade não se reduzia à legalidade positiva, porque o parâmetro imprescindível desta continuava sendo o direito natural, sob o qual deveriam estar crivadas as decisões do *jus civile*, e sem o qual estas seriam decisões humanas comuns, e não direito. Entretanto, havia uma dificuldade de tornar efetivo o direito natural, por sua desvinculação do *poder* enquanto normatividade orientadora da ação. Seja por isso, seja pela primazia que dava ao poder estatal no contexto de seu pensamento, Hobbes redefiniu o direito através do conceito de soberania, que trazia a marca do estatismo e do voluntarismo³⁰. A inovação que se fez na construção hobbesiana foi esta transição de um direito natural onipresente para um direito natural aprisionado em uma fase originária, vindo o direito que realmente importava a se identificar com o comando Estado, e, assim, com o poder³¹.

A idéia de soberania tornou-se, assim, de simples instrumento de defesa do poder real em fundamento e princípio da totalidade da ordem jurídica. Como conceito-chave para a arquitetura do Estado Moderno, a soberania operava a nova forma de discurso que permitiria legitimação desta ordem jurídica fundada num poder jurídico-positivo reconduzível ao príncipe. Assim como o legislador era concebido como instância soberana, caminhava-se também para descrevê-lo como a instância legítima de análise da justiça das normas, tendendo-se para identificar a

²⁹ BRONZE, Fernando José. *Lições de introdução ao direito*. p. 297.

³⁰ HOBBS, Thomas. *Op.Cit.* p. 198. “As leis naturais que consistem na equidade, na justiça, na gratidão e outras virtudes morais dependentes destas, na condição de simples natureza — como no final do capítulo XV —, não são propriamente leis, mas qualidades que predispõem os homens para a paz e obediência. Só se tornam leis efetivamente após instituído o Estado. Nunca antes, pois passam então a ser ordens do Estado, e desta forma também leis civis, já que é o poder soberano que obriga os homens a obedecer as leis.” Diz Hobbes, ainda, que “ninguém pode fazer leis a não ser o Estado, já que nossa sujeição é unicamente com o Estado” (p. 197), e que “todas as leis recebem sua força e sua autoridade da vontade do Estado, isto é, da vontade do representante” (p. 199).

³¹ *Idem*, p. 102.

legalidade estatal como o autenticamente justo³² — como se verá adiante, Hobbes vincula a própria existência da justiça à existência da lei. E, neste nível, o pensamento de Hobbes poderá ser entendido como a primeira matriz filosófica do futuro positivismo jurídico — nos termos que se tem aqui utilizado, um elemento de gênese. Estava filosoficamente edificada a concepção de que o poder de um *soberano* instaura a paz e a justiça entre os homens, e, mais que isso, de que esta era a única forma que nossa natureza brutal permitiria que ocorresse.

Conforme anota Michel Villey, a transição operada por Hobbes inova em relação à tradição que o precedia, de matriz aristotélica, em duas vertentes distintas. De um lado, Hobbes rompe com a noção aristotélica no plano das finalidades do direito, ao voltar seus esforços para o direito dos indivíduos, e não mais para os ideais de justiça — inclusive quando submete a justiça à existência do pacto social, diante de indivíduos de direitos naturalmente ilimitados. De outro lado, cria também uma nova teoria das fontes do direito, a partir de sua determinação do conceito de lei, substituindo as considerações cosmológicas da tradição aristotélica por uma predominância da lei civil, estatal e publicamente instituída³³.

No plano dos direitos subjetivos, Hobbes se colocará primeiramente em oposição a Aristóteles pela diferente maneira com que concebeu as origens do direito de cada indivíduo. Para Hobbes, o estado de natureza — onde plenamente vigiam as duas principais leis naturais que ele reconheceu, a de se preservar e a de

³² PHILIPPI, Jeanine Nicolazzi. *Legalidade e subjetividade*. p. 172: “O Leviatã — definido por Hobbes como *um deus mortal* —, representa de um lado a racionalização do poder e do direito imanentes cuja institucionalização derivou de um acordo estabelecido entre seres livres e iguais; e, de outro, o limite instituído para a convivência pacífica entre os indivíduos — representado pelo mandato de uma autoridade irresistível, titular exclusiva do direito de pronunciar a lei. Fixar o que é justo ou injusto, adverte o autor, é prerrogativa essencial do soberano.”

³³ VILLEY, Michel. *Op. Cit.* p. 686 e ss.; 720 e ss..

procurar a paz — era o ponto de partida a partir do qual se forjaria uma sociedade, na qual a legalidade seria possível em virtude de uma renúncia por parte do homem de seu direito a todas as coisas. O direito subjetivo, desta forma, é algo que antecede à sociedade, e que não poderia resultar dela, sequer como expressão do justo³⁴, porque no estado de natureza não há sociedade possível, e, não havendo pactos, não pode haver injustiça. Tal enfoque é incompatível com as idéias de Aristóteles, na medida em que para este, ao contrário do que se acabou de expor, o direito era resultante “da ordem que rege a sociedade” — ou seja, na sua concepção, da lei. Como não há lei no estado de natureza, Hobbes terá de recorrer a outros meios para a fundamentação do direito, e reconhecerá, assim, a existência de direitos como qualidades intrínsecas ao homem³⁵.

Villey sublinha, ainda, no plano dos direitos subjetivos, uma segunda oposição. A tradição clássica identifica no direito uma noção de justiça distributiva e comutativa natural, como uma “partilha”. Hobbes, entretanto, ao diferenciar o direito e a lei, delimita os termos de um pelo contrário da outra. No *Leviatã*, “o direito consiste na liberdade de fazer ou de omitir, ao passo que a lei obriga a uma dessas duas coisas”³⁶. Se o direito é simplesmente a liberdade de fazer conforme seu juízo, então ele se traduz, na verdade, naquilo que a lei não alcança por uma razão qualquer, e no estado de natureza, onde não há lei, Hobbes só poderá encontrar um direito subjetivo ilimitado, que somente será cerceado pela existência de um pacto entre os homens, mediado por uma lei da natureza — da razão³⁷. Mas todas estas leis naturais serão, diz Hobbes, também leis civis, porque umas incluem as outras. Isto

³⁴ HOBBS, Thomas. *Op. Cit.* p. 111.

³⁵ VILLEY, Michel. *Op. Cit.* p. 698.

³⁶ HOBBS, Thomas. *Op. Cit.*, p. 101

³⁷ *Idem*, p. 111.

ocorre essencialmente porque para que a lei natural possa efetivamente ser aplicada são necessárias as “ordenações do poder soberano”.

Conseqüentemente, a filosofia hobbesiana a respeito da lei será de vital importância para o surgimento do positivismo jurídico. Concebida em torno deste princípio onde prevaleciam os direitos subjetivos, a lei em Hobbes significará predominantemente a lei civil, instituída pelo Estado e que, mesmo sendo limitação acordada entre os homens, não ocorrerá livremente. Estes “por mais fortes e sábios” que pudessem ser, não seriam capazes de garantir a segurança de sua vida e de seus haveres. Sem uma legalidade comum, que obedecesse a leis naturais, que ordenassem ao homem a busca tanto da preservação da vida quanto da paz — *rectius*, a preservação da vida sob meios pacíficos. Somente a partir deste momento, entretanto, em que se institui uma renúncia recíproca de direitos, é que efetivamente se poderia falar da lei, em sentido propriamente jurídico — que Hobbes chama de lei civil. Somente neste estágio as leis naturais seriam absorvidas e exigidas a partir da existência de um soberano que pudesse aplicá-las mediante coação. A lei natural, entretanto, não poderá ser obedecida senão enquanto um imperativo da razão, de natureza marcadamente moral. “Esta é a lei do evangelho”, diz o autor³⁸. A lei em sentido próprio, portanto, será em Hobbes apenas a lei que manifeste a vontade do Estado, imposta “oralmente ou por escrito, ou por qualquer outro sinal suficiente”, e que será portanto uma lei sempre “positivada”, sempre posta por uma autoridade, e sempre uma criação genuinamente humana (embora esta criação possa ser decorrente em última análise da graça divina, que legou ao homem a possibilidade deste entendimento das coisas).

³⁸ *Idem*, p. 102.

Isso reitera que seja duvidoso pensar que a lei natural não tenha em Hobbes um significado importante. A originalidade de sua concepção está justamente na consideração da lei natural como um elemento fundamental na *criação* do direito, mas não em seu efetivo desenvolvimento. Isto porque as leis naturais não deverão se revestir efetivamente de conteúdo jurídico neste estágio em que preexistem à lei civil (no sentido de uma imperatividade, que é para Hobbes fundamental, já que os homens que “vivem sem um poder comum capaz de mantê-los todos em respeito”, permanecem em um estado de “guerra de todos contra todos”). Elas passarão a possuir esta imperatividade somente depois de cumprido seu papel criador, no qual funcionam como móbil a partir do qual o homem se impulsiona na direção do contrato (quando, finalmente, a lei civil deverá conter as leis naturais)³⁹. Na realidade, dirá o autor que as leis naturais são as “normas de paz”, que direcionam o homem para o pacto, vez que a razão é capaz de “sugerir” que não haverá possibilidade de convívio pacífico sem que cada um renuncie à liberdade plena⁴⁰.

Como se vê, para Hobbes o *direito natural* é, em princípio, ilimitado, porque prescreve uma autorização para que cada um proceda de acordo com seus meios e seu juízo para a sua preservação⁴¹, podendo inclusive, se for capaz de tal feito, dispor dos “corpos dos outros”. As *leis naturais*, deste modo, prescrevem inicialmente a busca da paz e da preservação da própria vida, limitando o direito natural — já que as leis sempre limitam o direito —, de onde decorrem outras leis da natureza, como a que ordena o cumprimento dos pactos (que Hobbes chama de

³⁹ VILLEY, Michel. *Op. Cit.* pp. 727 e ss.

⁴⁰ HOBBS, Thomas. *Op. Cit.*, p. 100

⁴¹ *Idem*, p. 101.

justiça), mas que se vinculam já à lei civil⁴². Somente o cumprimento efetivo destas leis naturais, entretanto, com a formação do Estado e da sociedade, é que conferirá a elas um caráter propriamente jurídico. O direito não pode, então, radicar no estado de natureza, pois “onde não há poder comum não há lei”, e “onde não há lei não há injustiça”. O substrato filosófico que Hobbes lega ao positivismo jurídico, com isso, é uma radical separação entre o direito natural e o direito positivo⁴³, acompanhada de uma polarização de todo o direito no Estado e no soberano, e de uma justiça embasada no cumprimento dos pactos, a começar pelo pacto social plasmado na lei civil.

Deslocando o fundamento do direito para dentro do Estado e para fora da natureza e da religião, esta soberania alcançará ainda sua máxima expressão com Rousseau, na forma de uma soberania *popular*. Rousseau não abandona o direito natural, como também não o faz Hobbes, para ser caracterizado desde logo como positivista. Mas ele também se preocupa em fazer com que a legalidade natural seja absorvida no Estado para que passe a ter uma operatividade organizada pelas vias da razão. A construção filosófica de Hobbes ganha ainda um novo impulso, pois novamente tem lugar uma recriação da natureza, mediada por um

⁴² *Idem*, pp. 111 e 198. No capítulo XV, Hobbes identificará a justiça com a ruptura de um pacto, e, no capítulo XXVI, dirá que as leis da natureza expostas no capítulo XV, “não são propriamente leis”, porque carecem da imposição da autoridade soberana, que só se perfaz na lei civil.

⁴³ Em Aristóteles, e em S. Tomás de Aquino, por exemplo, existe já a consideração do direito posto pelo homem, em oposição ao direito natural (cf. VILLEY, Michel. *Op. Cit.* p. 722). Mas a regra parece ser contrária à de Hobbes, uma vez que na tradição clássica era a lei positiva que era dependente da lei natural, da “razão imanente das coisas”. Já em Hobbes, como se disse, a lei natural opera apenas uma transição, que é necessária para que se possa considerar algo justo, ou garantir que a lei natural se aplique. No estado de natureza não há a possibilidade de prevalência de uma razão imanente, mas pura e simplesmente de um juízo de cada indivíduo, com um arsenal ilimitado de direitos, desde que possa fazer valer sua vontade, pela força. Somente com a lei civil pode-se falar propriamente em direito e em justiça em Hobbes; logo, o direito natural depende do direito positivo.

pacto, uma aliança, um contrato entre os homens, onde ocorre uma transferência de direitos⁴⁴.

Todavia, o homem do individualismo, que criava a partir de si sua ordem, como próprio do período moderno e das novas coordenadas que sua racionalidade poderia alcançar, necessariamente tinha que encontrar uma justificativa para a convivência que o impunha a limitação de seus direitos e de seus juízos, sob pena da guerra permanente que Hobbes já havia descrito. E Rousseau logrou satisfazer as expectativas deste ser de liberdade e de razão. Esta sublime justificativa, que permitia ao homem partir de uma ilimitada auto-regulação para um nível mais substancial de liberdade, em que toda liberdade poderia coordenar-se com as demais, surge na sua forma mais conhecida e límpida no contratualismo de Rousseau⁴⁵, sob influência direta, como se pode perceber, da concepção contratualista e voluntarista de Hobbes⁴⁶.

Neste contexto, se estabelece uma legalidade estatal capaz de conciliar o individualismo que marca o homem moderno — inclusive na emancipação dos seus interesses, especialmente os econômicos⁴⁷ — com a prescrição de uma ordem comum em que o homem possa, livremente, ingressar. Quando se funda a soberania como soberania do povo, traduzida numa normatividade que precipita sobre o mundo dos homens a vontade geral. Somente a partir daí é que se pode

⁴⁴ HOBBS, Tomas. *Op. Cit.*, p. 102 e 103.

⁴⁵ BRONZE, Fernando José. *Lições de introdução ao direito*. pp. 301 e ss.

⁴⁶ Que repercutirá ainda, p. ex., em Kant, já que a *doutrina do direito* também prescreve, enquanto “imperativo *a priori* da razão”, o entendimento de que é inevitável o “comércio” entre os indivíduos, e que isso só se tornará possível mediante a instituição de uma sociedade civil, que nos retire do estado de natureza. A obra de Rousseau teria tirado Kant, segundo ele mesmo, “de um sono dogmático”. Entretanto, para Müller, Kant teria tornado Rousseau inofensivo, “ainda que ele o tenha festejado”, pela impositação da separação dos poderes e da representação na concepção da vontade geral. Cf. *O novo paradigma do direito*, pp. 176-177.

⁴⁷ BRONZE, Fernando José. *Lições de introdução ao direito*. p. 297-298.

falar que o Estado “jurislador”⁴⁸ teve sua máxima amplitude, em que o apego à lei positiva – e, neste caso, à lei positiva do Estado – seria capaz de desenvolver integralmente o direito. Isto conciliava, de forma suficiente, o direito positivo e o direito natural, e a liberdade do homem (que era *também* legislador do que se manifestava, através dos representantes, na vontade geral).

Ao lado disso, outro fator genético do positivismo jurídico é a estatização do fenômeno jurídico, quer em suas matrizes legislativas, quer em seu aspecto jurisdicional. Se de um lado já havia uma “trama filosófica”, que desde Bodin e Hobbes preparava terreno para esta estatização, em uma sociedade apta a aceitá-la, uma efetiva mudança foi algo que reclamou mais tempo. No sentido desta estatização, entretanto, e com o contributo do ideal contratualista, a pretensão de universalidade da lei fazia com que o direito se apropriasse dos fatos e das situações da vida. Se os fatos e as situações em geral podiam ser de qualquer forma portadores de alguma normatividade, isso só se dava porque eram absorvidos pelo mundo jurídico-estatal no momento em que o homem deixa que suas pretensões diante do mundo cedam ao horizonte de uma sociedade. Ao menos desde Hobbes, a formação desta sociedade necessitaria de um poder suficiente a ordenar e pacificar o grupo, evitando sua (auto)extinção —, situação em que os fatos da vida serão tutelados por uma ordem comum, que lhes dará uma significação jurídica.

Há ainda um segundo aspecto nesta estatização do direito. Se este solo (o da consolidação das perspectivas racionalistas de justificação do direito, ocorridas nas modernas sociedades capitalistas) é de fato onde cresceu o

⁴⁸ GOYARD-FABRE, Simone. *Op. Cit.* p. 77.

positivismo jurídico⁴⁹, a culminância deste processo de absorção do jurídico pelo Estado se deu num movimento de gradual codificação do direito, inspirado na sistematicidade científica, que cresceu na Europa desde meados do século XVIII, e se consolidou na França do século XIX. Todo o contexto social e político favorecia, então, um culto à legislação (a um tempo estatal – sem ser política; e científica – sendo neutra e previsível). Este culto legitimava e reclamava, porém, uma legislação substancial por parte do Estado. O direito produzido pelo Estado já tendia a converter-se, em vários países, no centro das atenções dos juristas, ainda que se acreditasse no recurso, de qualquer forma, à instância da razão própria do jusracionalismo setecentista. Os códigos, nesse contexto, encarnavam uma dupla mediação, que fazia com que tornassem a idéia de lei do Estado cada vez mais difundida no pensamento jurídico. De um lado, materializavam a razão, porque eram declaradamente construídos por juristas técnicos (como, v.g., Portalis e Pothier), sendo sempre obras de uma elevada elaboração científica (e, ademais, refletiam muitas das idéias dos tratados de direito natural). De outro lado, encarnavam a vontade geral, porque traduziam a marca da soberania popular. Mesmo que a elaboração dos códigos se fechasse, num primeiro momento, no tecnicismo das comissões de juristas, havia sempre um segundo momento, em que a discussão pública legitimava o código, tornando-o fruto autêntico da vontade geral. Com o código surgia uma lei que contava, pois, com especiais atributos, e em face da qual as outras normatividades, tradicionalmente componentes de um raciocínio jurídico-decisório, deveriam se curvar⁵⁰.

⁴⁹ Cf. DIMOULIS, Dimitri. *Op. Cit.* p. 70.

⁵⁰ HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio.* pp. 376-378.

Diante disso, cumpre referir o juspositivismo científico do século XIX, emanado da doutrina alemã. Na definição que se encontra em Wieacker, esta espécie do positivismo se caracteriza pelo estabelecimento do direito como decorrência de uma dedução a partir de um sistema — cuja constituição se poderia revestir das mais diversas maneiras — sem nenhuma forma de recurso a elementos, valores, ou finalidades que não fizessem parte do universo especificamente jurídico. Distingua-se do positivismo legalista — para o qual todo direito advinha da legislação estatal, consistindo nos comandos de uma autoridade competente, prossegue o autor, e igualmente distingue-se do positivismo científico em geral, nos moldes da doutrina filosófica de Comte⁵¹. O ponto de contato que se pode desenhar entre estas esferas do positivismo é a refutação da metafísica como fundamento do direito e, portanto, a confiança nos resultados ciência jurídica⁵².

De maneira geral, o juspositivismo científico traduzia uma problematização daquela normatividade mais complexa em que se inseria o direito anterior ao Estado Moderno⁵³. A antiga vinculação do direito com a moral, a religião e a natureza, o eixo de continuidade que haveria sempre de estar ligando o direito à ética, tudo isso agora era visto como fator de insegurança, de casuísmo, de imprevisibilidade. Dentro de um clima que não era exclusivo da ciência do direito, a idéia de um sistema cientificamente organizado deu azo à concepção do sistema jurídico como algo fechado, coerente e completo, e que, justamente por isso, permitia prever a forma de incidência do direito sobre todo caso concreto a se

⁵¹ Não adentraremos, por hora, na discussão acerca da relação entre o positivismo de matriz comteana e o positivismo jurídico, bastando indicar, que, se de fato o primeiro influenciou o segundo, jamais se autoriza a dizer que são a mesma coisa. A perspectiva que parece mais adequada da questão é tratar do positivismo científico como *um dos* fatores de gênese do positivismo jurídico, entre outros — *rectius*, o positivismo jurídico não é um ramo do positivismo filosófico de Comte. A questão é tratada com maior destaque da seção 2.3.1, *infra*.

⁵² WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. p 493.

⁵³ HESPANHA, Antonio Manuel. *Op. Cit.* p. 374.

decidir. Por outra parte, a justiça de tal decisão estaria encerrada nesta mesma previsibilidade, uma vez que consistiria na aplicação correta do direito positivo, já como herança do fator filosófico que já se referiu.

O positivismo científico como fator genético do positivismo jurídico pode ser visto de forma bastante clara na discussão sobre a função e o *modus operandi* dos juízes⁵⁴. Esperava-se do juiz uma postura de cientista – conforme esta postura era então definida –, atuando com neutralidade e com rigor, sem de forma alguma apelar para valorações morais ou políticas. Sua formação devia levá-lo a assimilar uma elevada carga de conceitos, que, devidamente sistematizados, pudessem depois ser aplicados à realidade. No fundo, o procedimento de uma subsunção encontrava-se como o modelo a ser aplicado, inclusive para garantir a segurança e a previsibilidade que a cientificidade reclamava. Este jurista-cientista tinha de ser capaz, também, de compreender o pensamento jurídico e sua prática, pois era direcionado por conceitos que vinham desta última dissociados, e que ganhariam significado na elaboração científica de que daria conta.

De resto interessa aqui qual seria o reflexo político desta concepção, no seio de uma sociedade liberal como a que então se forjava. Por detrás destes ideais de segurança e previsibilidade, havia um intento de separação entre política e direito, entre o momento da valoração política propriamente dita, que só poderia ser levada a efeito pelo poder⁵⁵, e o momento da aplicação do direito, este sim a cargo do juiz. Por um lado, pode-se aí reconhecer a vivacidade da fórmula segundo a qual a discussão política é legítima no parlamento, é admissível no executivo, mas é

⁵⁴ WIEACKER, Franz. *Op. Cit.*, pp. 499-500.

⁵⁵ BRONZE, Fernando José. *Lições de introdução ao direito*. p. 318.

completamente descartável no judiciário. De outro lado, buscava-se, no contexto do direito, uma neutralidade axiológica que era própria de uma sociedade liberal que preferia ponderar em seu próprio tecido – frise-se, bem mais próximo do parlamento que do judiciário – estas valorações políticas e sociais⁵⁶ do que entregá-las simplesmente ao arbítrio do direito. Isto se justifica até mesmo porque a fundação do direito estatal enquanto vontade geral, reconduzível a um ideal, portanto, democrático, não foi sempre recebida de braços abertos: o ideal democrático e o ideal liberal se confrontaram durante os últimos dois séculos⁵⁷.

Ainda no início do processo das codificações como grandes construções racionais, o positivismo científico começa a aderir ao postulado da legislação, constituindo uma fase a que Wieacker chamou de “positivismo científico-legal”⁵⁸. Com leis de sólida legitimidade — porque eram racionalmente constituídas por cientistas, e postas pelo parlamento que representa o povo ou a nação — operou-se uma transição do positivismo científico ao legalista. Assim resulta o fator do *legalismo* na gênese do positivismo jurídico moderno, que levará a que se fale posteriormente, e ainda hoje, de um *positivismo legalista*. O direito estatal legislado se arroga da prerrogativa de manifestar exclusivamente todo o direito, e os outros tipos de fontes a que se poderia recorrer restavam agora absorvidas ou proibidas pela legalidade proveniente do Estado. Assim com o direito racional-doutrinário que restava absorvido no trabalho de elaboração do código; igualmente com o direito consuetudinário, tradicional, com o qual a Revolução havia rompido; e ainda com o direito jurisprudencial, que não era mais reconhecido como uma fonte legítima de

⁵⁶ WIEACKER, Franz. *Op. Cit.* p. 501.

⁵⁷ HESPANHA, António Manuel. *Op. Cit.* p. 351 e ss.

⁵⁸ WIEACKER, Franz. *Op. Cit.* p. 526.

estabelecimento do direito⁵⁹. Assim é que ocorreu na época uma “vitória da nação política sobre a nação cultural”⁶⁰. Se já há tempos existia, por tudo o que se viu até aqui, um ambiente de predileção para o direito positivo, o legalismo (o positivismo legal) representou o ápice da sua legitimidade política e social. A lei deve ser respeitada porque ela representa o mandamento da vontade geral, o que implica a idéia de uma liberdade (conciliável) de todos, mediada pelo Estado; ademais, deve ser respeitada porque o legislador científico e racional era necessariamente justo, oferecido para a veneração dos homens⁶¹.

O positivismo científico já trazia em seu bojo a marca de um direito que deveria ser radicado num sistema antes de tudo completo e autônomo. Estava aí incrustada a idéia de que não havia qualquer necessidade que levasse o jurista a recorrer a aspectos colocados fora do sistema. E se o sistema se constitui em direito posto pelo Estado, ser um positivista, sob a bandeira do legalismo, era reconhecer que o único objeto possível da ciência jurídica era a lei. O direito – aqui, a lei - era completo e autônomo no sentido de sua positivação, porque esta concepção passa a delegar um juízo acerca da legislação somente no que diz respeito aos critérios formais e intra-sistemáticos (e portanto estatais). Também o era no sentido de sua aplicação, porque ao juiz não era dado referir-se a quaisquer ideais éticos, morais ou políticos de que pudesse lançar mão⁶². Toda a juridicidade se encontrava na legalidade do Estado, e todo o discurso jurídico deveria recair também sobre este mesmo objeto. Deste modo o direito estatal se expressava sobre o que estava fora

⁵⁹ HESPANHA, António Manuel. *Op. Cit.* p. 378.

⁶⁰ WIEACKER, Franz. *Op. Cit.* p. 525.

⁶¹ PHILIPPI, Jeanine Nicolazzi. *Legalidade e subjetividade.* p. 184. A autora discorre, ainda, sobre a natureza “mito-lógica” desta representação do legislador como alguém que impõe ao homem diversas limitações, mediante autorização de um Ser supremo — como se vê no preâmbulo da Declaração de 1789, esclarece a autora —, mas que ainda assim o homem acredita ter ele mesmo convencionado.

⁶² GOYARD-FABRE, Simone. *Op. Cit.* p. 77.

dele, isto é, se expressa como uma negação, “mediante seu contrário absoluto”⁶³: somente o direito, com suas normas, garantiria o que fora dele não se encontrava.

Em complemento de tal processo histórico de construção do positivismo jurídico, e já em uma altura dos acontecimentos na qual já se pode oferecer-lhe o adjetivo de *legalista*, emergiu na França a Escola da Exegese, para a qual o jurista deveria limitar a expor e analisar os códigos, sem intervir em suas disposições⁶⁴. À doutrina caberia fundamentalmente a tarefa de construir e fundamentar unificadamente juízos a respeito das normas, única matéria digna do trabalho jurídico, a partir de argumentos integralmente de ordem lógica e gramatical⁶⁵. Isto, todavia, não era uma pretensão de todo realista, porque os códigos eram eles mesmos construídos a partir de elaborações de seus futuros comentadores, sendo carregados de doutrina em seus dispositivos. Por outro lado, até mesmo em virtude da tensa relação entre razão popular e razão jurídica (entre orientações democráticas e liberais), era freqüente que o exegeta se guiasse mais por sua razão de jurista do que pela razão do legislador, que deveria estar plasmada na lei⁶⁶. Não faz muito sentido, portanto, a crítica freqüentemente dirigida a esta corrente, de que nela se apresentaria uma aplicação mecânica da lei, que limitaria o pensamento jurídico ao conhecimento do direito positivo.

Outras razões impediriam a Escola da Exegese de realizar cabalmente seu programa. Tal corrente não foi capaz, por exemplo, de impedir a difusão — microfísica — de todo um direito jurisprudencial, relativamente independente da

⁶³ Cf. CLÈVE, Clemerson Merlin. *O direito e os direitos: elementos para uma crítica do direito contemporâneo*. p. 99.

⁶⁴ BATIFFOL, Henry. *Filosofia do direito*. p. 10.

⁶⁵ DIMUOLIS, Dimitri. *Op. Cit.* p. 26.

⁶⁶ HESPANHA, António Manuel. *Op. Cit.* pp. 379-380.

legalidade estatal. Isto ocorreu, por exemplo, em vastas regiões de fala alemã, onde havia uma burguesia a reclamar segurança, mas não havia código. A “ciência”, com seus conceitos e sistemas, buscava garantir a segurança reclamada. Além disso, a crescente tecnicidade do discurso jurídico comprometia os objetivos de publicidade e democratização, que justamente haviam inspirado a própria confecção dos códigos, e o conhecimento do direito, nestas bases, não era mais acessível a todos⁶⁷. Vivendo mudanças sociais rápidas, a França optava por uma legislação brusca que rapidamente cumprisse os objetivos da Revolução. Dentro do primado da igualdade, a legislação de *um* código civil seduziu o pensamento jurídico a ponto fazê-lo concentrar neste mesmo código uma boa parte de seus esforços.

Cumprir referir ainda uma última palavra a respeito do legalismo – entendido como o não reconhecimento de nenhum direito que esteja além do direito estatal legislado. Apesar das críticas que freqüentemente lhe foram e ainda lhe são opostas, ele se constitui ainda na corrente dominante do pensamento jurídico⁶⁸. É o fator genético do positivismo jurídico que chegou aos nossos tempos com maior vigor, com o qual se pode dizer, ao menos, que todos os outros estão relacionados, e do qual descendem todas as suas principais características⁶⁹. A consideração do direito como algo positivado por uma autoridade é identificada, não sem razão, como uma definitiva conquista do Estado Moderno. Resultado de um processo de racionalização que começara já no pensamento moderno-iluminista, a lei pretende agora manifestar uma união de neutralidade axiológica, segurança e igualdade,

⁶⁷ *Idem*, p. 381-382.

⁶⁸ WIEACKER, Franz. *Op. Cit.* p. 493.

⁶⁹ GOYARD-FABRE, Simone. *Op. Cit.* p. 76. Já o dogma da subsunção, embora tenha sido atingido por críticas de diversos matizes, continua operando veladamente, já que as premissas (em termos de teoria da norma) da qual parte são ainda positivistas. Não é, entretanto, uma posição que seja atualmente defendida como capaz de explicar a realização do direito em cada caso. Cf., entretanto, DIMOULIS, Dimitri. *Op. Cit.*, p. 221, nota nº 35, onde se defende que uma repetição de silogismos simples levará a um “silogismo completo” que comporá a sentença. Esta posição será comentada com mais atenção adiante (vide seção 1.3.2).

apresentando-se como lei formal, geral e abstrata⁷⁰. Sendo as leis formais, restariam protegidas as valorações políticas de cada indivíduo, porque o que não tivesse passado pela competente positivação seria assunto da esfera individual – e, por outro lado, o que houvesse passado por este processo, deixaria então de ser político, passando a ser jurídico. Sendo abstratas, permitiriam o pensamento lógico-dedutivo a partir do sistema, porque poderiam abarcar, ao mesmo tempo, nenhum caso e todos os casos possíveis. E assim mesmo é que permitiriam a calculabilidade que as sociedades capitalistas demandavam. Por fim, sendo gerais, garantiriam a igualdade, uma vez que seriam colocados todos os homens sob a égide de uma mesma legalidade⁷¹, vista como dada pela razão e pela vontade geral.

Há ainda que se referir a outra “Escola” como um fator que contribuiu para a gênese do positivismo jurídico. Paradoxalmente, uma vertente oposta àquela da Exegese e ao legalismo em que assentava: trata-se da Escola Histórica. Esta corrente dominou o pensamento alemão durante o século XIX, tendo em Savigny seu grande difusor e conhecido representante⁷². Em linhas gerais, insurgia-se contra o legalismo estatal, valorizando a busca das formas jurídicas não estatais e não legislativas, legitimadas como suposto reflexo de um espírito do povo (*Volksgeist*), mas que nada tinha a ver com a soberania popular. A Escola Histórica defendia uma análise que destacasse o direito como produção cultural inserida na história da comunidade nacional⁷³. Exaltava não só o direito – o direito histórico por excelência – mas também as formulações doutrinárias dos jurisconsultos letrados que se empenhavam na construção do direito como sistema.

⁷⁰ CLÈVE, Clemerson Merlin. *Op. Cit.* p. 99.

⁷¹ BRONZE, Fernando José. *Lições de introdução ao direito.* pp. 304-305.

⁷² Referências em HESPANHA, António Manuel. *Op. Cit.* p. 385

⁷³ *Idem*, p. 385.

Mas houve ainda uma segunda corrente que povoou o panorama da Escola Histórica, uma sua segunda modalidade, denominada “Jurisprudência dos Conceitos” ou “Pandectística”. Esta vertente, capitaneada por Puchta e Windscheid, hipertrofiou a dimensão conceitual da Escola, destoando de certa forma daqueles pressupostos em que ela inicialmente se firmara⁷⁴. Veiculou a teoria da subsunção e a idéia de plenitude lógica do ordenamento jurídico. O sistema, logicamente, deveria alcançar até mesmo aqueles casos fora de quaisquer medidas legislativas – justamente porque o ordenamento não se resumia ao legislado, mas se compunha do sistema de conceitos que se construía. Ademais, a pandectística exigia que a interpretação do direito fosse objetivista, buscando não as intenções de um legislador histórico, mas sim de um legislador “razoável”, que reconstruísse as normas a partir de seu contexto sistemático⁷⁵. Foi esta vertente tardia da Escola Histórica, em grande parte, que deu origem ao juspositivismo científico, tendo contribuído, também, para a forja da já mencionada Escola da Exegese (que, apesar de já ter sido aqui referida, foi cronologicamente posterior à pandectística).

Dadas estas características da Escola Histórica, a primeira impressão que se tem é a de um afastamento do positivismo, uma vez nela a legalidade estatal é até certo ponto desvalorizada. Entretanto, na perspectiva aqui objetivada, é importante mencionar que o conceito de positivismo jurídico deve ir além da pura e simples valorização da lei positivada estatal, que se identifica apenas com a vertente legalista — que é deveras importante, mas não única e absoluta. Esta perspectiva, que se aprofundará na seção que segue, permite, ao contrário, que sejam traçadas importantes linhas de identificação entre o positivismo e a Escola Histórica. Em

⁷⁴ BRONZE, Fernando José. *Lições de introdução ao direito*. p. 317. O autor fala de uma “degeneração” da Escola Histórica a partir de sua vertente conceitualista.

⁷⁵ HESPANHA, António Manuel. *Op. Cit.* pp. 399-400

primeiro lugar, porque nesta última o direito era preexistente ao caso e à atividade do jurista, que o pesquisava dentro de uma análise da comunidade histórica em que se situava, mas sempre como objeto a apreender, e não como efetiva edificação problemática. O positivismo jurídico também se caracteriza por esta separação entre a norma e caso, tanto assim que se lhe atribui freqüentemente um fetiche pela subsunção — a qual, para existir logicamente, precisa de premissas não constituídas umas pelas outras. E ainda, segundo lugar, a Escola Histórica se caracterizava por uma construção de um sistema cientificamente desvelado e dogmaticamente estruturado pelos juristas. Se seu ideal de método não era condizente com o legalismo, que só poderia voltar suas atenções para o sistema de leis, só o fato de haver esta índole científica tornaria este ideal muito valioso ao positivismo posteriormente desenvolvido⁷⁶.

É interessante, com base nisso, observar a complexa inter-relação existente entre os fatores genéticos do positivismo jurídico. Mesmo a Escola Histórica e o mais estrito legalismo (como o da Escola da Exegese) tinham, por exemplo, algo em comum. Ambas as correntes pressupunham que se pensasse o direito como um dado, como um objeto de conhecimento que poderia ser sistematizado e, depois, aplicado. No caso do legalismo próprio da Escola da Exegese, o olhar do jurista deveria se reverter para o direito posto pela autoridade do Estado, na forma da lei. No caso da Escola Histórica, poderia se voltar ou para o “*Volksgeist*” do programa original, ou, ainda, voltar-se para a pirâmide conceitual, na proposta da linhagem conceitualista própria da Jurisprudência dos Conceitos. Mas em nenhum caso norma e realidade deixavam de serem grandezas contrapostas. As

⁷⁶ BRONZE, Fernando José. *Lições de introdução ao direito*. p. 317-318.

propostas de ambas as escolas eram, neste ponto, comuns. Talvez por isso seja correto afirmar, com Castanheira Neves⁷⁷, que o positivismo de fins do século XIX, e já do início do século XX, seria identificável com a união da Escola da Exegese com a Pandectística. Os enfoques das duas escolas seriam complementares na medida em que a Escola Histórica, já dissolvida na vertente conceitual de Puchta, poderia oferecer à *École* francesa sua índole científica (e dogmaticamente orientada e organizada). Uma se voltava fundamentalmente para o trabalho com o texto da norma, enquanto a outra investia na teorização de um "sistema formal de conceitos", mas ambas confluíam na admissão da existência de uma "essência" normativa a ser o elemento fundamentante do concreto ato judicativo, e buscar essa essência, para ser aplicada a um caso, era a tarefa do jurista.

Em todos os casos, pode-se novamente notar, o direito precede à realidade normatizada e deverá com esta ser cotejado na qualidade de uma grandeza justaposta, uma instância normativa já pronta e acabada, tal e qual a norma que lhe é, simplesmente, *aplicada*⁷⁸. Como se verá mais profundamente a partir da seção seguinte, as características essenciais que o positivismo adquiriu ao longo de sua evolução histórica ficaram todas coligadas a esta sua característica central.

⁷⁷ CASTANHEIRA NEVES, Antônio. *Op. Cit.*, I, p. 308.

⁷⁸ MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. p. 62.

2.2 Sobre o conceito de positivismo jurídico

2.2.1 Dois equívocos na compreensão do positivismo jurídico

Como se antecipou já ao início do presente capítulo, o positivismo jurídico tem sido alvo de críticas de toda sorte, sendo certo que uma parcela significativa das mesmas vem sendo acatada pela Teoria do Direito contemporânea. Outra parcela destas críticas, entretanto, parece estar crivada por preconceitos e deturpações, que além de desqualificar indevidamente o positivismo, prejudicam a construção de um programa que possa efetivamente superá-lo. Há dois exemplos significativos desta realidade. Pela ordem da exposição seguinte: (i) a relação do positivismo jurídico com o positivismo filosófico de Comte, em suas origens; e (ii) a ligação do positivismo jurídico com o Nacional-Socialismo, em seu desenvolvimento já no século XX.

De fato, para uma compreensão do positivismo manifestado no direito, faz-se necessária certa aproximação de sua raiz mais remota na filosofia geral, mesmo considerando que o estudo deve se preocupar antes com o positivismo no seu matiz jurídico do que no filosófico, e apesar da lúcida distinção que Bobbio empreende entre estas duas categorias do pensamento positivista⁷⁹. Entretanto, não

⁷⁹ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de Filosofia do Direito*, pp. 15 e ss. Para este autor a expressão "positivismo jurídico" tem a ver com a idéia de ordenamento jurídico, de direito positivo. No entanto, apesar do termo "positivismo", em sua acepção filosófica, ter mais que ver com o *Curso de Filosofia Positiva* de Auguste Comte, é inegável que deste último o juspositivismo — então já existente, bem entendido — aportou legados *epistemológicos* da maior relevância, tais como o clamor pela objetividade (que, insistindo na neutralidade do sujeito cognoscente, desemboca na justificação científica do postulado da passividade do juiz face ao sistema), a exclusão de todos os elementos não científicos do processo cognitivo (que no Direito foi equivalente à negação de todo elemento não jurídico do campo de análise do jurista) ou, ainda, o entendimento de uma ciência positiva como mera "*coordination de faits*", impossibilitando a análise de causas e concentrando-se no estudo das conseqüências (base filosófica em que se estribaram juristas tendentes a considerar o ordenamento como algo indiscutível em sua formação, como algo existente e justificável em si mesmo). Cf.

é correta uma postura que vincule diretamente a *origem* do positivismo jurídico ao advento da *Filosofia Positiva* de Comte, pois esta não foi, como já se viu, sua matriz filosófica — que remontará a Bodin e, de forma mais elaborada, a Hobbes⁸⁰.

Não obstante, incorre em equívoco ainda maior quem pretende desprezar totalmente a influência da filosofia comteana no positivismo jurídico, especialmente se levarmos em conta os desenvolvimentos que a corrente experimentou de Comte até os dias atuais. De fato, a expressão direito positivo, como bem demonstra Bobbio, tem raízes em obras muito anteriores ao surgimento da *Filosofia Positiva* de Comte. Todavia, o positivismo "comteano" confirmou ou deu nova justificação teórico-filosófica mesmo a elementos que compuseram o juspositivismo por obra de outras vertentes, como, *e.g.*, de Hobbes ou dos filósofos do iluminismo. Atesta isto o fato de Beccaria ter escrito⁸¹ em *Dos delitos e das penas*, que "não há nada mais perigoso do que o axioma comum de que é necessário consultar o espírito da lei", e que "adotar esse axioma é quebrar todos os diques e abandonar as leis à torrente das opiniões". Tais assertivas, embora anteriores ao surgimento do Curso de Filosofia Positiva, bem poderiam ter saído da obra qualquer autor juspositivista posterior a Auguste Comte.

O próprio Montesquieu, ainda antes de Beccaria, já enunciara um postulado que poderia fazer parte das crenças de uma considerável parcela dos pensadores do juspositivismo do século XIX. Disse o barão, em famosa passagem, que o juiz deveria ser apenas "*la bouche qui prononce les paroles de la loi; êtres*

também LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*, pp. 45-47; MÜLLER, Friedrich. *O novo paradigma do direito*. pp. 114 e ss.

⁸⁰ Vide DIMOULIS, Dimitri. *Op. Cit.*, p. 68.

⁸¹ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*, p. 23.

*inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force, ni la rigueur*⁸². Isto leva a uma aparente contradição argumentativa do trabalho, residente no fato de os conceitos do juspositivismo serem anteriores ao surgimento da obra de Comte e de seus sucessores (confirmando, portanto, a tese de Bobbio, de uma total separação). Entretanto, tal aparente contradição desaparece quando se tomam em consideração as diferenças entre as das motivações teóricas e sociais do surgimento do positivismo jurídico e de sua (re)fundamentação epistemológica, na torrente das transformações que o positivismo filosófico, desde Saint-Simon⁸³, já projetava nas ciências humanas.

Bem se observa que estas assertivas tipicamente positivistas de autores como Montesquieu e Beccaria, por exemplo, antes de estarem fundamentadas em questões relativas à Teoria do Conhecimento, são resultantes do quadro de formação do positivismo jurídico a que se aludiu na seção anterior. Somente no positivismo filosófico, entretanto, a justificação do positivismo jurídico — antes mesmo da idéia de ordenamento, como mostra Bobbio⁸⁴, antes mesmo dos reclamos burgueses por calculabilidade, previsibilidade e racionalidade, como demonstrará Weber — passa a residir em uma postura científica, i.é., em um quadro de razões epistemológicas. E, como dito, não foi só o direito que se viu acometido por esta postura, senão todas as ciências humanas, que se viram carregadas de *empirismo*.

⁸² Boca que pronuncia as palavras da lei, ser inanimado, que não lhe pode moderar nem a força, nem o rigor.

⁸³ Cf. LÖWY, Michel. *As aventuras de Karl Marx contra o barão de Munchausen: marxismo e positivismo na sociologia do conhecimento*. p. 126.

⁸⁴ Vide nota nº 79, *supra*.

Desta forma, a conclusão que parece mais razoável é a de compreender o positivismo filosófico de Comte como um poderoso reforço ao positivismo jurídico que já se implantava por outros meios, e não como sua origem. Por outro lado, desta perspectiva, não se pode também rechaçar a existência de diversos pontos de contato, inclusive na aplicação ao direito (mas não somente ao direito) da nova epistemologia que fora inaugurada. O termo “direito positivo”, como nos demonstra Bobbio, remonta a períodos muito anteriores à filosofia de Comte. O termo “positivismo”, por outro lado, foi cunhado por Comte⁸⁵ para designar a nova atitude metódica que deveria orientar a ciência: a observação isenta dos fatos.

O erro aqui consistirá, repita-se, a título de conclusão, em negar qualquer influência do positivismo filosófico para o positivismo jurídico, ou então, e bem ao contrário, em considerá-la como um elemento de formação deste último⁸⁶ — sendo que esta atitude, em termos históricos, seria equivalente a não reconhecer a existência de qualquer positivismo jurídico antes do período entre 1830 e 1842, no qual Comte publicou os volumes de seu curso. Ademais, faria a filosofia comteana parecer avulsa, uma vez que não se estaria levando em conta, neste caso, toda a gama de autores (como os enciclopedistas franceses e os empiristas ingleses) que serviram de fundamento para o nascimento da filosofia positiva. O positivismo filosófico foi um fator de reforço, especialmente epistemológico, ao positivismo jurídico, e ocorreu quando a marcha do juspositivismo já se havia iniciado.

O segundo exemplo de visão deturpada do positivismo jurídico já não diz respeito a sua formação — independente do marco histórico a ser considerado

⁸⁵ MÜLLER, Friedrich. *O novo paradigma do direito*. pp. 114 e ss.

⁸⁶ WIEACKER, Franz. *Op. Cit.*, p. 493, nota nº 7.

— ou ao quadro pós-revolucionário do século XIX, mas sim à ascendência do nacional-socialismo na Alemanha, desde meados dos anos trinta. Neste sentido, interessa a idéia de que o positivismo jurídico tenha instrumentalizado o nazismo, que teria aplicado “mecanicamente” as leis do *Terceiro Reich*, perpetrando injustiças, perseguição e assassínio em massa. Esta postura, é de se inferir, decorre da pretensa primazia de que o positivismo jurídico teria gozado então (e em certa medida ainda goza) enquanto Teoria do Direito, de sorte que se lhe atribuem também os resultados da ação da justiça alemã da época.

Dita perspectiva teve seu início na própria Alemanha, onde uma gama de juristas, perplexos com os horrores do nazismo, “precipitou-se” em concluir que havia *leis injustas* e que, tendo as mesmas sido aplicadas, só poderia isto ser uma decorrência da oposição entre direito positivo e direito natural — com o triunfo do primeiro sobre o segundo⁸⁷. O equívoco de tal perspectiva pode ser demonstrado em duas perspectivas distintas: uma fática e uma conceitual. De um lado, não foi exatamente isto que ocorreu (tanto assim que o mais célebre positivista do século XX, judeu que era, refugiou-se fora da Alemanha⁸⁸); de outro lado, o positivismo não teria mesmo o condão de sustentar o regime nazista (através de uma pura e simples aplicação mecânica de leis injustas).

Em primeiro lugar, se é verdade, como esclarece Kaufmann⁸⁹, que a filosofia do direito alemã esteve majoritariamente passiva diante do fenômeno totalitário — alguns autores emigraram, outros silenciaram, e outros ainda

⁸⁷ É emblemática neste sentido a postura de Gustav Radbruch. Cf. ELLSCHIED, Günter. *O problema do direito natural: uma orientação sistemática*. p. 215.

⁸⁸ Referimo-nos, evidentemente, a Hans Kelsen.

⁸⁹ KAUFMANN, Arthur. *A problemática da filosofia do direito ao longo da história*. pp. 123-124.

cooperaram diretamente com o regime —, não se pode dizer que isso seja equivalente a uma cooperação por parte *do positivismo*. Em termos fáticos, a grande articulação de um “regime jurídico” nacional-socialista não se construiu a partir de uma legislação substancial, e, bem ao contrário, se dissolveu em um movimento *contra legem*, projetando-se inclusive contra os direitos fundamentais e a eles (também) relegando uma posição de subordinação aos interesses do *Reich*. Em termos gerais, os horrores que tiveram lugar na Alemanha do nacional-socialismo, na sua maioria, não foram instrumentalizados por meio de leis, de sorte que os postulados do positivismo jurídico — a este ponto da história, aliás, bastante sedimentados — não seriam capazes de dar conta de todas as tarefas que se impunham para a instauração definitiva de uma estrutura estatal totalitária, baseada no terror, característica da ideologia nazista⁹⁰.

Do ponto de vista conceitual, em segundo lugar, esta ideologia jurídica que pode ser percebida no nazismo, emblematicamente no que tange à figura messiânica do *Führer*, poderia ser mais facilmente aproximada de alguma vertente do jusnaturalismo do que de alguma do juspositivismo⁹¹. Na realidade, um e outro foram descaracterizados ao gosto do *Reich*, porque, por um lado, deu-se vigência às leis mais espúrias, em nome do positivismo; e, por outro lado, recusou-se a aplicação até mesmo de alguns direitos fundamentais, por meio de evocações do direito natural — até porque vários dos autores que defendiam o Reich se intitulavam jusnaturalistas⁹². Portanto, é mais correto pensar que as grandes modificações (sempre na direção do terror) que a ideologia nazista perpetrou na Alemanha foram

⁹⁰ NEUMANN, Ulfried. *Positivismo jurídico, realismo jurídico y moralismo jurídico en el debate sobre “delincuencia estatal” en la anterior RDA*. p. 2.

⁹¹ KAUFMANN, Arthur. *A problemática da filosofia do direito ao longo da história*. pp. 123-124.

⁹² KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito*. p. 45.

levadas a efeito muito mais por meio de argumentos que evocavam valores *suprapositivos* e *antiliberais*⁹³ do que postulados do juspositivismo. A concepção tradicionalmente assimilada do Estado de corte liberal — identificada, *v.g.*, com a preservação da esfera privada e com a valorização da segurança jurídica —, que se aproximava, aliás, do positivismo jurídico, não era interessante para a pretensão de ubiquidade do Estado que caracteriza o totalitarismo. Ao contrário, cuidava-se de um típico regime de exceção, com a suspensão da ordem jurídica e sua substituição pelo comando do *Terceiro Reich*, em que não se poderia desenvolver propriamente nenhum tipo de positivismo jurídico⁹⁴.

Nota-se, portanto, que o positivismo foi também alvo da deturpação que o regime jurídico nacional-socialista alemão imprimiu ao direito, e não a sua causa. Os pressupostos do positivismo, seja no plano teórico (*e.g.*, a idéia de separação dos poderes), seja no plano metódico (*e.g.*, a neutralidade do intérprete), foram na verdade violados pela idéia de direito então em voga, que era vinculada aos objetivos e interesses do *Reich*. Deste modo, a associação positivismo-nazismo parece um claro exemplo de como uma visão deturpada do positivismo jurídico pode gerar propostas de superação pouco fecundas. Como foi visto, tentou-se em alguns casos atribuir ao uso do direito natural uma alternativa mais sólida na construção de uma ordem jurídica livre de injustiças (quando, na verdade, um falso jusnaturalismo contribuiu mais para o nazismo do que o positivismo).

⁹³ ELLSCHIED, Günter. *Op. Cit.*, p. 215. Onde expõe o fato de “(...) a ditadura nazi não servir de pretexto historicamente suficiente para desferir um ataque jusnaturalista contra o positivismo legalista — mais conseqüente seria o combate do direito natural “verdadeiro” contra o “falso” direito natural do Terceiro Reich (...)”.

⁹⁴ E, neste sentido, não seria demais recordar que o regime de exceção no Brasil, durante os “anos de chumbo”, deu-se também a partir de violações da ordem constitucional, evocando eventualmente as forças “da ordem e da segurança nacional”. Seria equivalentemente errado dizer que “positivistas” tivessem orquestrado ou fundamentado o golpe militar e a ordem jurídica instalada por meio dele.

2.2.2 Características essenciais do positivismo jurídico

Serão analisadas algumas das características do positivismo jurídico, especialmente as que são comumente apontadas como sendo representativas da corrente, e a partir das quais se pode formar um conceito de positivismo jurídico orientado pela realidade, calcado na efetiva existência da corrente e em suas proposições atuais. É certo que, assim procedendo, nem todos os que aqui são considerados positivistas subscreveriam todas as posições que serão tidas como comuns à corrente, e que existirão algumas diferenças entre a maneira que aqui se expõe alguma destas posições e a maneira que determinado filósofo ou jurista tenha feito especificamente⁹⁵. Todavia, este é o procedimento que mais se amolda à construção de um panorama geral do positivismo.

Já no pensamento das civilizações clássicas, conforme aponta Bobbio⁹⁶, houve a oposição entre os termos "natural" e "positivo" no que concerne à linguagem, através do estabelecimento da "distinção entre aquilo que é por natureza (*physis*) e aquilo que é por convenção ou é posto pelos homens (*thesis*)". Já na *Ética a Nicômaco*⁹⁷, Aristóteles aponta uma distinção entre direito natural e direito positivo, feita de forma a atribuir a característica de "natural" ao direito que detenha autoridade em toda a parte, e não somente onde fora sancionado, bem como a aquele que prescreva ações preservativas de valores intrínsecos à humanidade, que por isso mesmo teriam uma normatividade natural. A característica de "positivo", por outro lado, seria adequada àquele direito de validade limitada ao seu território de

⁹⁵ Cf. DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*, p. 27; BIX, Brian. *Legal positivism*, p. 3; CUPANI, Alberto. *Crítica ao positivismo e o futuro da filosofia*, pp. 13-14.

⁹⁶ BOBBIO, Norberto. *Op. Cit.* pp. 15 e ss.

⁹⁷ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. p. 331.

sanção, e que regulamentasse situações que não necessariamente devessem ter o regramento que a lei dos homens lhe deu, mas que à sua égide ficam subordinadas pelo ato de colocação da norma na sociedade. A positividade, especialmente em seu sentido histórico, é “o caráter estatuído do direito”⁹⁸.

A exposição da gênese do positivismo jurídico, a partir do pensamento clássico, desembocou no direito *pré-posto e im-posto* do pensamento moderno-iluminista⁹⁹. E a conclusão a que se chegou foi a de que sob esta perspectiva do direito abrigaram-se tendências variadas, que tornaram tanto mais complexo o conceito de positivismo jurídico, e tanto maior seu arcabouço de idéias e postulados. Neste norte, diante do esforço histórico que foi levado a efeito alhures, o positivismo jurídico de que esta exposição mais se servirá será aquele situado entre os séculos XIX e XX, nos quais já se possa referir um positivismo *legalista*. Do ponto de vista jurídico-sociológico, o direito que segue à época moderno-iluminista foi impulsionado pela necessidade de segurança e calculabilidade da sociedade burguesa em desenvolvimento¹⁰⁰. Do ponto de vista jurídico-filosófico, descendeu da prevalência do direito posto pela autoridade soberana, ou, com Bobbio, de um “impulso histórico para a legislação”.¹⁰¹

Após as influências do iluminismo sobre o imaginário da sociedade européia, arroga-se o Estado, a esta altura já com seus poderes tripartidos e já com representantes dos governados em seus quadros, de toda a atividade legislativa, a

⁹⁸ Cf. LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito*. vol. II. pp. 7 e 96, nota nº1; WIEACKER, Franz. *Op. Cit.*, p. 493, nota nº 3.

⁹⁹ BRONZE, Fernando José. *Lições de Introdução ao Direito*. p. 282: “O positivismo assentava na idéia geral de que o direito era posto (no duplo sentido de im-posto e pré-posto) pelo poder legislativo. Para os juristas – tal como, de resto, para os cidadãos – o direito era um dado pré-suposto, de modo que nada mais lhes restava do que submeterem-se a ele.”

¹⁰⁰ Cf. KAUFMANN, Arthur. *A problemática da Filosofia do Direito ao longo da história*. pp. 114 e 115;

¹⁰¹ BOBBIO, Norberto. *Op. Cit.*, p. 119.

qual ele próprio, inclusive, passa a se submeter¹⁰². Como do "povo" passa a emanar algum poder, no movimento já indicado de conversão da soberania em soberania *popular*, o déficit de legitimidade do Estado para pôr normas no mundo se reduz. Assim, nas palavras de Kant, "o poder legislativo somente pode pertencer à vontade coletiva do povo. E, visto que dele deve proceder todo direito, não deve absolutamente poder causar injustiça a ninguém por suas leis"¹⁰³. O direito positivo, então, que já era tido como objeto da ciência jurídica, passaria agora a ser um elemento indissociável de uma ordem jurídica estatalmente legislada. E é neste sentido que ele será identificado com o direito *im-posto*, não mais o direito resultante de qualquer correspondência com sua própria correção, mas aquele resultante do comando legitimamente dado.

Pondo-se mais precisamente a questão, o positivismo legalista, reconhecendo a pré-existência de um sistema onde o direito repousasse (aguardando aplicação), concebia a lei posta pelo Estado como a única matéria prima digna de constituir o sistema jurídico. Criava-se então, nos dizeres de Wieacker, "a concepção, continuamente combatida, mas apesar de tudo dominante na prática jurídica, de que todo o direito é criado pelo legislador estadual e consiste nos seus comandos"¹⁰⁴. Por outro lado, sob influência do empirismo inglês — trazido à baila pelo positivismo científico — e da filosofia kantiana, estes comandos do

¹⁰² Diferentemente do que ocorrerá em Hobbes, já que, sendo verdade que o soberano tinha obrigações, não eram elas resultantes da legalidade que ele mesmo estipulava. Cf. PHILIPPI, Jeanine Nicolazzi. *Legalidade e subjetividade*. p. 173; HOBBS, Thomas. *Op. Cit.*, p. 198.

¹⁰³ KANT, Immanuel. *A doutrina do direito*. pp.152-153.

¹⁰⁴ WIEACKER, Franz. *Op. Cit.*, p. 493.

Estado se justificaram pela natureza *objetiva* que se atribuía ao pensamento jurídico: pela separação entre o ser e o dever ser¹⁰⁵.

Conseqüentemente, a atividade de materialização das prescrições jurídicas é vista pelo positivismo sob a ótica do dogma da subsunção¹⁰⁶. A tarefa do jurista consistirá unicamente em encontrar o "sentido" de uma norma jurídica, que ocupará o papel de *premissa maior*, para que, tomando a base fática do caso como *premissa menor*, possa realizar uma conclusão silogística, admitindo-se assim a decisão jurídica como atividade meramente *declaratória*. Isto é uma peça fundamental para a compreensão do juspositivismo, na medida em que ao redor desta noção elaboram-se diversas contribuições na direção de teorizar a captação do "sentido da norma". Exemplo disto pode ser visto no pensamento de Savigny, no qual eclode pela primeira vez uma sensível preocupação em fazer da ciência do direito não uma ciência descritiva, mas uma ciência interpretativa¹⁰⁷. Na intensa influência que teve o pensamento daquele autor para a metódica positivista, assimilaram-se amplamente duas idéias sobre o desvelo do "sentido da norma", uma atribuível ao seu pensamento anterior a 1814, e outra ao do período seguinte. Em primeiro lugar, admitiu-se quase universalmente que interpretar uma lei é *revelar aquilo que ela enuncia*. Em decorrência, a discussão hermenêutica no campo da ciência do direito passou a encastelar-se na análise do texto da norma, através de quatro métodos: gramatical, histórico, sistemático e lógico. Em segundo lugar, como última instância de análise da correção material de uma decisão, surge a idéia de uma "vontade do legislador" (*mens legislatoris*), que mais tarde é contraposta a uma

¹⁰⁵ KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito*. pp. 39-40. Considerando-se, ainda, que o próprio direito regula seu processo de produção.

¹⁰⁶ MÜLLER, Friedrich. *O novo paradigma do direito*. p. 116. Entre nós, por todos, FERRAZ JR, Tércio Sampaio. *A ciência do direito*, p. 34.

¹⁰⁷ FERRAZ JR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*, pp. 240-241.

"vontade da lei" (*mens legis*). É a partir deste dissídio que se desenvolve grande parte do que aqui se pode chamar de metódica do positivismo jurídico, da Jurisprudência dos Conceitos à Escola do Direito Livre¹⁰⁸, mas que tem sempre como fio condutor a captação do "sentido da norma", que repousa completo na prescrição jurídica ou no sistema. E, como consequência desta concepção, o direito positivo será também *pré-posto*, devendo o jurista concentrar-se na dedução das soluções que já se encontram acabadas no sistema.

O juspositivismo, com isso, assumiu o peso de uma dicotomia entre (i) de um lado, a atividade do pensamento jurídico, cristalizada na compreensão ou no conhecimento dos aspectos normativos relevantes, com o que se objetivava a captação própria do sentido da norma; e, (ii) de outro lado, a atividade de aplicação do direito, em geral comodamente simplificada e minimizada numa operação lógico-silogística¹⁰⁹. Analogamente, o positivismo reconheceu, ao menos desde Kant¹¹⁰, um lugar próprio para a valoração política, circunscrita ao legislador, legando ao juiz (porquanto crente na suficiência e na eficiência da subsunção) a mera função de declarar o direito posto, sem se apropriar das funções do plano político. Esta separação do direito em duas instâncias, resultante da crença na possibilidade de separá-lo da realidade e a ela antecipá-lo, acabou por tornar a razão jurídica – antes procedente de uma valoração transcendental – em razão eminentemente

¹⁰⁸ O Movimento do Direito Livre, por exemplo, previa a possibilidade de que a lei tomasse um papel secundário no processo de decisão (Cf. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, p. 411). Entretanto, concebia ainda a norma jurídica, justamente por esta razão, como algo que já estaria acabado em si antes de qualquer mediação com a realidade, confundindo-a, pelo menos em sua parte estatal, com seu texto de norma. De outro lado, embora a escola tenha defendido, como em Bülow, uma atividade *criadora de direito* na decisão jurídica, acabou por fazer pouco caso do texto da norma e direcionou-se, assim, ao mesmo decisionismo não fundamentado do positivismo (como, p.ex., diante de situações de *non-liquet*).

¹⁰⁹ No entanto, como adverte Müller, "a pergunta sobre o papel da realidade no direito não pode ser solucionada pela sua eliminação". Cf. MÜLLER, Friedrich. *O novo paradigma do direito*. p. 4.

¹¹⁰ KANT, Immanuel. *A doutrina do direito*, pp.157-158.

decisionista, já que o que marcava a especificidade do direito era uma decisão política que estava materializada antes de sua aplicação concreta¹¹¹.

Com efeito, o positivismo não se traduz somente em padrões de apreensão do "sentido da norma" voltados somente para o texto dos atos normativos¹¹². Mais que isso, se traduz propriamente nesta pretensão de captar este "sentido" que esteja pronto e acabado na norma não mediada, seja unicamente com base em seu texto, seja através de elementos históricos, princípios, regras de conflitos de leis no espaço e no tempo ou técnicas de lógica formal. O positivismo legalista, deste prisma, forneceu uma teoria da interpretação mesmo quando não o lograva em suas finalidades programáticas¹¹³, fazendo-o no seio de suas condições de princípio quanto ao entendimento da natureza das decisões jurídicas (*rectius*, das normas jurídicas) — porque, repita-se, questões de método são questões materiais. Bem vistas as coisas, toda a *metodologia jurídica* na esteira de Savigny, que repercute até os dias de hoje, têm sua raiz nesta visão *declaratória* da decisão jurídica — tributária de uma concepção de norma como juízo hipotético materializado no texto da lei — e em todo raciocínio ontológico que a partir daí se descortina¹¹⁴.

¹¹¹ GRIMM, Dieter. *Constituição e política*. p. 3: “Em sua forma atual, a relação entre direito e política encontra-se decisivamente cunhada pela positivação o direito. Por positivação entenda-se o processo histórico no qual o direito passou de validade tradicional ou transcendente para validade decisionista (...). Essa decisão não ocorre no sistema jurídico, mas, sim, no político. O que vale juridicamente é determinado politicamente.”

¹¹² Neste ponto redundam diversas tentativas de superação do juspositivismo que não abandonam seu *background teórico*, como fora enunciado quando da colocação do problema. Uma das principais manifestações disto ocorre justamente quando se entende que o positivismo jurídico é unicamente algo que diz respeito a um apego excessivo ao texto da norma. Assim, por exemplo, se averbou que a interpretação jurídica deveria ter uma função de "adaptar" as normas jurídicas à realidade presente. Ora, se é considerado um processo de "adaptação", inegavelmente é considerada a norma jurídica como algo pronto e acabado, do qual se deva perquirir um "sentido", o que redundaria da mesma forma em uma concordância, ainda que inadmitida, com o credo positivista. Assim certamente em ANDRADE, Christiano José de. *O problema dos métodos da interpretação jurídica*. p. 29.

¹¹³ Assim declaradamente em KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. p. 17. Negando ao positivismo qualquer possibilidade de influência nos métodos de trabalho do direito, vide BIX, Brian. *Legal positivism*. p. 6. Negando que o positivismo tenha uma teoria da interpretação unitária, DIMOULIS, Dimitri. *Op. Cit.* p. 218.

¹¹⁴ O estilo ontológico de raciocínio a que Müller alude diz respeito à aceitação de “um ‘conteúdo’ pronto, previamente dado como grandeza orientadora na norma jurídica, e com um ‘significado’ abstraído e abstraível da

E, justamente em virtude desta pré-posição do direito, capaz de fazê-lo separar-se da realidade, a noção de sistema jurídico (e legal) haverá de dizer respeito a *um ente*, fechado e completo, donde decorre que tal sistema seja sempre dotado *coerência e universalidade*¹¹⁵. Sendo *coerente*, reclama ser impossível a existência de duas normas com prescrições contrárias, sendo que sempre uma delas ou as duas serão nulas ou inaplicáveis ao caso¹¹⁶. Sendo *universal*, o sistema não deve possuir lacunas, que devem ser preenchidas de todas as formas por meio de prescrições fundamentais superiores e através da integração e da analogia. Em face desta pretensão de completude do ordenamento jurídico, "o positivismo jurídico tinha, pois, no decisionismo, um seu irmão-gêmeo"¹¹⁷. Se o positivismo pode apregoar, de um lado, que o sistema legal é completo, e suficiente para a resolução de quaisquer problemas que possam se apresentar, de outro lado ele não poderia, conseqüentemente, admitir o *non-liquet* — de sorte que os problemas que não encontrem solução (ao menos expressa) no sistema, como naturalmente ocorre, sejam relegados ao arbítrio, metodicamente injustificado, do operador.

Pode-se concluir assim que, no modo como as coisas se apresentam no positivismo legalista, o direito é algo que deve ser objetivamente visto, como um fato, aproximando-se da visão do positivismo das ciências em geral. Disto decorre que (i) a atividade de aplicação do direito deve ser determinada pela observação isenta de fatos, incluindo-se aí, numa concepção abrangente de *fatos sociais*, tanto os fatos jurídicos (normas postas e fatos nelas previstos) quanto os elementos do caso e; (ii) a atividade de aplicação do direito prescinde de juízos de valor,

composição tipográfica". Cf. MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. p. 55; Tb. *Discours de la méthode juridique*. pp. 175-176.

¹¹⁵ MÜLLER, Friedrich. *O novo paradigma do direito*, p. 116.

¹¹⁶ BOBBIO, Norberto. *Op. Cit.*, pp. 202-203.

¹¹⁷ BORNHOLDT, Rodrigo Meyer. *Métodos para resolução do conflito entre direitos fundamentais*. p. 26.

carecendo apenas de juízos de validade¹¹⁸. Pode-se prescindir de perquirições valorativas porque o direito passa a se desenvolver em um plano exclusivamente jurídico, porque qualquer valoração relevante terá se tornado também direito positivo. Apartado o direito da realidade, só o que se faz é "aplicar" os ditames da vontade geral do povo, corretamente promulgada na lei¹¹⁹.

No quadro deste ideal de neutralidade, a ciência do direito fica também afastada de qualquer elemento sociológico, ideológico, político, filosófico, psicológico ou outro que não seja o direito positivo, o que equivale dizer os textos legais. No positivismo de Kelsen esta característica foi alcunhada de *pureza* da ciência do direito¹²⁰, mas esta não foi a única forma pela qual se manifestou. Mais do que contribuir para a visão de se conferir ao direito positivo, entendido como o texto da norma, um papel *único* no processo de concretização (e não já um papel *central*), tal proposta pode não considerar a hipótese de que a separação daqueles outros elementos (os elementos da realidade), especialmente no Direito Constitucional, por diversas vezes não seja somente indesejável, mas de fato impossível¹²¹.

Contudo, o juspositivismo, como chegou ao século XIX, trouxe fartas contribuições para a Ciência do Direito — como, *v.g.*, seu ideal de objetividade e de segurança jurídica — que devem ser preservadas de toda maneira. Como aqui já se

¹¹⁸ BOBBIO, Norberto. *Op. Cit.*, pp. 135-146.

¹¹⁹ BARZOTTO, Luis Fernando. *Positivismo jurídico contemporâneo: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart*. p. 16: “O direito do Estado Liberal realiza, de um modo superior, o ideal burguês de segurança, estando protegido do entrelaço de valores que atravessa a sociedade pluralista moderna e das vicissitudes do poder político, uma vez que não é um determinado ideal de justiça nem um ato “nu” de poder que decide o que deve ser considerado jurídico. É o próprio direito que determina o jurídico, na medida em que regula o seu próprio processo de produção.”

¹²⁰ KELSEN, Hans. *Op. Cit.*. pp. 17-18, embora o autor apresente sua lacônica teoria da interpretação, na conhecida versão da “moldura” do texto (pp. 466 e ss.).

¹²¹ Afinal de contas, e como demonstrará a metódica estruturante, não há como definir o que venha a ser, *e.g.*, “forma federativa de Estado”, sem o recurso a fontes históricas e sociológicas.

disse, o positivismo jurídico precisa de crítica e adequação, de reflexão propedêutica sobre suas práticas de trabalho na concretização, mas não de uma negação sumária. Ao mesmo tempo em que o cotidiano mostra definitivamente a insuficiência de suas posições metódicas, não encontrou ainda a Ciência Jurídica uma forma de substituí-las integralmente, e várias vezes falhou mesmo ao tentar cumprir parcialmente esta tarefa¹²².

Com arrimo em Castanheira Neves, pode-se dizer que o positivismo legalista que chegou aos séculos XIX e XX é caracterizado, do ponto de vista metodológico: a) por entender o direito como "entidade racional subsistente em si", como sistema estruturado considerável em termos absolutos e difusor de sua própria existência concreta; b) pela compreensão do sistema jurídico como "sistema normativo unitariamente consistente (sem contradições), pleno (sem lacunas) e fechado (auto-suficiente)"; c) pela concepção do concreto ato da decisão jurídico-normativa como resultante da análise do texto da norma complementada por uma operação lógico-silogística com os fatos; d) pela tomada de quaisquer valorações normativas ou intenções sócio-políticas acopladas ao Direito como inaplicáveis à análise da correção de uma decisão jurídica, que deveria ser feita apenas sobre o prisma de uma "coerência sistemática num quadro dogmático-conceitual", ou seja, por critérios essencialmente formais¹²³.

Os elementos até aqui arrolados já permitem uma caracterização dos postulados centrais do positivismo jurídico. Contudo, antes de partir à definição aqui proposta, cumpre referir a exposição de Dimitri Dimoulis acerca do positivismo

¹²² MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*, pp. 38 e ss.

¹²³ CASTANHEIRA NEVES, Antônio. *Op. Cit.*, pp. 307-308. Todo o parágrafo, incluindo os trechos entre aspas, é devido às ponderações do autor.

jurídico, emblemática no pensamento brasileiro. Em primeiro lugar, porque o próprio autor declara-se um positivista, e é interessante que este ponto de vista seja aqui levado em conta; em segundo lugar, porque o autor se fundamenta partir da bibliografia positivista mais moderna, abordando especificamente o positivismo jurídico atualmente defendido¹²⁴. Na obra aqui consultada, em uma definição preliminar do autor, o positivismo jurídico se classifica como o *reconhecimento de que o único objeto possível da ciência jurídica sejam as normas postas por um ente dotado de autoridade legítima e que, por isso, possuem validade*¹²⁵. Entretanto, Dimoulis estabelecerá a distinção entre positivismo jurídico *lato sensu* (oposto ao jusnaturalismo) e positivismo jurídico *stricto sensu* (oposto ao moralismo jurídico); e, neste último, distinguirá o positivismo jurídico inclusivo (que aceita a influência moral na existência e no conteúdo do direito), o positivismo jurídico exclusivo (que defende que o direito resulta exclusivamente de fatos sociais), e as “abordagens específicas” no quadro do positivismo jurídico *stricto sensu* — a jurisprudência dos interesses (que aqui poderia ser colocada ao lado de todas as escolas do século XIX e XX), o realismo jurídico, a teoria autopoiética de Luhmann e, ainda, o pragmatismo jurídico-político (corrente na qual se insere o autor).

O positivismo jurídico *lato sensu* encerra a oposição entre juspositivismo e jusnaturalismo, porquanto opera a partir da “tese social”, ou “tese dos fatos sociais”. Alojada no plano das fontes do direito, esta proposta considera fundamentalmente o direito como uma criação humana — não necessariamente

¹²⁴ No qual se encontrarão, todavia, as características essenciais que servirão à proposta que seguirá, cf. seção 2.2.3, *infra*. Na verdade, a utilização da obra de Dimoulis cumprirá o objetivo de demonstrar que as teses centrais do positivismo jurídico permaneceram relativamente inalteradas e que, a partir delas, o pós-positivismo encontra suas verdadeiras (e ainda atuais) motivações.

¹²⁵ DIMOULIS, Dimitri. *Op. Cit.*, p. 68: “Isso indica que ser positivista no âmbito jurídico significa escolher como único objeto de estudo o direito que é posto por uma autoridade e, em virtude disso, possui validade.”

legislativa, no sentido do direito estatal —, negando a possibilidade do dualismo entre direito natural e direito positivo (o jusnaturalismo, diz Dimoulis, é negado mesmo “enquanto teoria do direito”). A expressão “social”, que ilustra a tese principal da corrente, decorre do fato de que a autoridade necessária à criação de normas (que, na modernidade, tem sido atribuída majoritariamente ao Estado) não se confunde com o complexo de fatores que autorizam a atribuição desta autoridade a algum ente¹²⁶. Estes fatores podem variar de um contexto a outro, e outorgar às mais diversas instâncias as autoridades criativas do direito, mas serão sempre resultado de aspectos sociais da comunidade em questão. Neste sentido, o *pluralismo jurídico*, que combate o monismo *estatal*, mas não o monismo *social*, pode ser caracterizado como parte da abordagem positivista (*lato sensu*)¹²⁷, na medida em que vê também em fatos sociais (e não em aspectos da natureza, da razão ou da graça divina) os fundamentos da autoridade a quem incumbe o regramento das condutas humanas¹²⁸.

Especificando sua análise, Dimoulis explica que o positivismo jurídico *stricto sensu*, embora pertencendo àquele positivismo genérico que se opõe ao jusnaturalismo, irá além da negação do jusnaturalismo e da postulação pelas fontes

¹²⁶ *Idem*, p. 132. Entre os fatores sociais que a doutrina positivista reconhece como possíveis fontes do direito *posteo*, encontram-se (i) a vontade do legislador; (ii) a vontade do aplicador; (iii) a eficácia social das normas; (iv) o reconhecimento pelas autoridades e/ou para os cidadãos; e (v) a existência de uma norma suprema e pressuposta que indica qual conjunto de normas possui validade jurídica. A questão será objeto de nossa crítica na definição das tarefas do pós-positivismo.

¹²⁷ *Idem*, pp. 78-85.

¹²⁸ Cf. WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito*. Segundo nosso professor, o mais rigoroso e expressivo pensador da corrente no Brasil, o pluralismo jurídico se define como “visão antidogmática e interdisciplinar que advoga a supremacia de fundamentos ético-sociológicos sobre critérios tecnofornais. Assim, minimiza-se ou exclui-se da legislação formal do Estado e prioriza-se a produção normativa multiforme de conteúdo concreto gerada por instâncias, corpos ou movimentos organizados semi-autônomos que compõem a vida social” (p. 183). Adiante, esclarecendo as dificuldades de uma definição do termo, diante da variedade de abordagens, o professor Wolkmer averba: “Isso não invalida a consensualidade comum entre todos de que, de um lado, em qualquer sociedade, antiga ou moderna, ocorrem múltiplas formas de juridicidade conflitantes ou consensuais, formais ou informais; de outro, de que o Direito não se identifica e não resulta exclusivamente do Estado” (p. 216).

sociais do direito (embora as mantenha). Cuida-se, mais que isso, de uma postura teórica que admite a separação entre (i) o direito e a moral e (ii) o direito e a política — proposições que, esclarece o autor, são conhecidas como “teses da separação”¹²⁹. A separação entre o direito e a moral operará em dois planos distintos, pois não será possível que esta última seja levada em conta nem no plano teórico e metódico (“estudo e compreensão”) e nem no plano da validade do direito. A moral não deverá ser necessariamente vinculada aos elementos criativos do sistema jurídico — porque as prescrições, para serem válidas, não têm de ser justas ou corretas, *rectius* avaliadas sob um ponto de vista moral, posto que o direito é “historicamente contingente”. De outro lado, o jurista deve proceder, na ciência e na práxis, sem tentar impor ao direito positivo as suas concepções morais, que serão sempre de natureza pessoal (o trabalho jurídico deverá ser realizado com impessoalidade)¹³⁰. A separação entre direito e política, cumpre ainda referir, operará em nível conceitual, e não genético. Para o autor em comento, o direito é resultado da atividade política (p. ex., vazada no parlamento), mas distingue-se dela a partir daí, de sorte que “o conceito de direito não inclui em sua definição

¹²⁹ DIMOULIS, Dimitri. *Op. Cit.*. pp. 99 e ss.; 105 e ss.

¹³⁰ *Idem*, pp. 99-105. O autor relata a *tese ontológica* e a *tese metodológica* (p. 102), perguntando a primeira “o que é direito”, e a segunda “como deve ser estudado o direito”. Deste ponto de vista, quando o autor utiliza os termos “o estudo e a compreensão do direito” (p. 100), sentimo-nos autorizados a pensar que se estava querendo referir a teoria e a metódica. Isto porque a pergunta da tese ontológica, segundo o professor Dimoulis, é respondida compreendendo o direito como uma realidade historicamente contingente (de acordo, inclusive, com a tese social do positivismo jurídico *lato sensu*); e a pergunta da tese metodológica, por sua vez, é respondida com a impessoalidade do “intérprete (que seguramente não é legislador)” e do “estudioso do direito (que tampouco pode legislar)”. Após a explicação da tese metodológica, o autor refere (p. 102, nota n. 120) que a impessoalidade do intérprete remete à questão relativa ao tratamento científico do direito, que depende da possibilidade de demonstrar o caráter científico do saber jurídico. O autor diz estar “convencido” da impossibilidade de levar-se tal demonstração a efeito, e remete o assunto a uma obra futura. Julgamos importante esclarecer, a partir desta afirmação, que na concepção do trabalho jurídico assente no pós-positivismo de Müller a cientificidade do saber jurídico é irrenunciável. Esta cientificidade pode conviver com a tensão entre direito e intérprete na medida em que a concepção de norma como ordem *estruturada* de direito positivo e realidade assim o permite, já que toda esta tensão é documentada, é fundamentada e publicada, de forma a tornar discutíveis os resultados — coisa que diz a *objetividade* realizável pela ciência jurídica, identificada com a *objetividade* dos seus métodos de trabalho. Cf. MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. p. 65.

referências à política”¹³¹. Disto decorre, em primeiro lugar — e dentro do já mencionado “modelo dos dois planos”, em que o espaço próprio da política jurídica é outorgado à instância legislativa¹³² —, que a valoração política do operador jurídico, se é que pode existir, não pode jamais ser diferente da valoração já realizada pelo legislador. Em segundo lugar, decorre que o intérprete deva “entender e implementar a vontade dos criadores de normas, distanciando-se de suas convicções morais e políticas”¹³³. Os critérios a que o jurista deve se utilizar para reconhecer a norma como *jurídica* (na linguagem da corrente, *positiva*) devem ser apenas os relativos à competência, ao procedimento, aos limites temporais e espaciais de validade e, genericamente, às regras que permitem verificar a compatibilidade sistemática das prescrições (como a especificidade)¹³⁴, até o limite de um eventual juízo de constitucionalidade.

Dimoulis refere ainda a diferença, no âmbito do positivismo *stricto sensu*, entre o positivismo jurídico inclusivo e o positivismo jurídico exclusivo. Apesar de as teses da separação funcionarem em termos gerais, uma corrente entre os autores positivistas aceita que a moral possa, em determinadas circunstâncias, exercer influência sobre a validade e a interpretação do direito. A esta vertente chama-se positivismo jurídico *inclusivo*, por admitir a possibilidade de que um dado sistema jurídico possa incluir a moral entre seus critérios de juridicidade¹³⁵. Ao lado deste encontra-se o positivismo jurídico *exclusivo*, que refuta qualquer possibilidade

¹³¹ DIMOULIS, Dimitri. *Op. Cit.*, p. 107.

¹³² Cf. ELLSCHIED, Günter. *Op. Cit.*, p. 214.

¹³³ DIMOULIS, Dimitri. *Op. Cit.*, pp. 107-108.

¹³⁴ *Idem*, p. 114. O autor, como o positivismo em geral, persiste na confusão entre validade e normatividade, pois está a avaliar os critérios de identificação do texto da norma, e não da norma. Adiante, Dimoulis atesta a “absoluta identidade entre o conceito de direito e o direito efetivamente posto pelas autoridades competentes” (p. 131), ao tempo em que perde toda a dimensão problemática da normatividade.

¹³⁵ *Idem*, p. 137.

de influência da moral sobre o direito — aceita rigidamente a tese da separação entre direito e moral¹³⁶.

No plano da interpretação do direito, por fim, Dimoulis esclarece que o positivismo se caracteriza pela ausência de uma teoria da interpretação unitária, para além do consenso de que a autoridade decisória decide seus métodos de trabalho, critério que o autor considera demasiadamente abrangente — e situação esta que, tendo-se em vista que o positivismo é a principal corrente do direito atual, reflete o estado fragmentário e irrefletido (a própria falta de consenso assim o demonstra) em que se encontra a metódica jurídica de uma forma geral. Diante disso, o autor defende seu “pragmatismo jurídico-político”, e abertamente propõe, na esteira do já mencionado pensamento de Savigny, que o objetivo da interpretação é “constatar a vontade do autor da norma, tal como esta foi fixada em dispositivos jurídicos”. Reflete-se aqui, uma vez mais, o caráter de imposição e preposição que marca a concepção positivista da norma jurídica.

O autor refere, ainda antes de sua exposição da interpretação, algumas abordagens específicas no plano do positivismo jurídico *stricto sensu*, as quais deixa claro figurarem a título de exemplo, não portando a sua exposição qualquer pretensão de exaustividade. Assim como se fará aqui, a partir das teses que foram consideradas características do positivismo jurídico — no plano do positivismo jurídico *lato sensu*, a tese de que o direito é posto por ato humano (*social thesis*); no plano do positivismo jurídico *stricto sensu*, a prevalência das teses da separação (com as diferenças no plano do positivismo jurídico *inclusivo* e do positivismo jurídico

¹³⁶ *Idem*, p. 135.

exclusivo) — são apresentadas algumas propostas que podem ser classificadas como integrantes do positivismo jurídico *stricto sensu*, uma vez que absorvem as duas teses da separação¹³⁷. Desta forma, não serão mencionados os exemplos oriundos dos critérios estabelecidos por Dimoulis, embora se lance mão de sua rigorosa exposição para o estabelecimento dos critérios próprios deste estudo.

2.2.3 Proposta de definição do positivismo jurídico

Do que foi dito até aqui resulta que o positivismo jurídico encerra uma teoria que tem como postulados básicos¹³⁸:

- a) No plano da validade do direito, o positivismo pergunta pela *positividade* do direito, pois crê que somente o direito positivo é direito. O direito positivo, por sua vez, encerra no conjunto de normas dadas por uma autoridade constituída (pelos mais diversos fatores sociais), de sorte que não possa haver direito que não seja

¹³⁷ *Idem*, pp. 132-165. Nesta exposição, inclusive, está o *pragmatismo jurídico-político* defendido pelo próprio autor. Deixamos de mencioná-la, entretanto, porque a crítica específica à sua obra não faz parte dos objetivos do estudo; e, de outro lado, porque ele mesmo considera sua posição como sendo integrante do positivismo jurídico (na modalidade *stricto sensu*).

¹³⁸ Além da obra do professor Dimoulis, que sintetiza rigorosamente as posições anglo-americanas do século XX, as características aqui propostas podem ser encontradas, com algumas variações, em: CASTANHEIRA NEVES, Antônio. *Op. Cit.*, pp. 307-308; ELLSCHIED, Günter. *Op. Cit.* p. 214; HESPANHA, António Manuel. *Op. Cit.* p. 375; WIEACKER, Franz. *Op. Cit.* pp. 499 e ss.; BOBBIO, Norberto. *Op. Cit.* pp. 233-238; GOYARD-FABRE, Simone. *Op. Cit.* p. 76; BRONZE, Fernando José. *Lições de introdução ao direito*. pp. 278 e ss.; MAYNEZ, Eduardo García. *Op. Cit.* pp. 49 e ss.; KELSEN, Hans. *Op. Cit.*, pp. 14-17, 64 e 217. HÖFFE, Otfried. *Justiça política*. pp. 98 e ss.; KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito*. p. 45; KAUFMANN, Arthur. *A problemática da filosofia do direito ao longo da história*. pp. 123 e ss.; MORESO, José Juan. *El positivismo jurídico y la aplicación del derecho*. pp. 3 e ss.; HART, H. L. A., *O conceito de direito*, pp. 307 e ss.; BARZOTTO, Luis Fernando. *Positivismo jurídico contemporâneo: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart*. p. 20 e ss.; BATIFFOL, Henry. *Filosofia do direito*. pp. 11 e ss.; ATIENZA, Manuel. *El sentido del derecho*. pp. 101 e ss.; COING, Helmut. *Elementos fundamentais da filosofia do direito*. pp. 109-110; CALSAMIGLIA, Albert. *Postpositivismo*. pp. 209-210; MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. pp. 16 e ss.; MÜLLER, Friedrich. *Discours de la méthode juridique*. pp. 100-108.

uma criação humana. As normas jurídicas constituintes do sistema são juízos hipotéticos que manifestam a vontade da autoridade que as cria;

- b) O positivismo estriba-se na separação entre ser e dever ser. Assim, a moral e a política, bem como quaisquer outros elementos da realidade, não devem orientar o reconhecimento ou a interpretação do direito, salvo quando o próprio sistema jurídico adote expressamente critérios desta natureza — que, de resto, os realocam para o domínio do direito positivo, e não mais da moralidade ou da política;
- c) No plano da interpretação — e em decorrência de “a” e “b” —, a norma deve ser compreendida e aplicada ao caso, em um processo lógico-subsuntivo, deduzindo-se a solução do sistema jurídico completo e coerente através da interpretação (momento de textos). As valorações do intérprete não devem influenciar a interpretação, uma vez que tal atividade valorativa é realizada no seio da autoridade criadora da norma. Disto denota-se uma exigência de *objetividade* da interpretação.

3 PÓS-POSITIVISMO E METÓDICA ESTRUTURANTE

3.1 Sentido e limites do pós-positivismo (em especial no Brasil)

Como dito, as posições do positivismo elencadas no capítulo anterior não foram compreendidas por larga medida dos estudiosos do assunto no Brasil¹³⁹, que acabaram identificando no positivismo jurídico características que a análise empreendida demonstrou não lhe serem pertencentes. De outro lado, uma parcela igualmente grande dos juristas dedicados à matéria — muitos deles pertencentes à dissidências dentro da própria corrente positivista, como no caso do realismo jurídico — cuidou de problematizar estes postulados, mas não logrou romper com o “*background* teórico” que os sustenta (nomeadamente, a teoria da norma jurídica que lhe subjaz).

Há respostas variadas para os problemas levantados nas teses centrais do positivismo jurídico, mas as perguntas não parecem mudar. O eixo das investigações continua partindo da *positividade* do direito (nos sistemas jurídicos de matriz romano-germânica, a positividade dos textos legais), tendo a questão da *normatividade* própria do direito — que só pode ser percebida em uma dimensão problemática do ser e do dever ser — sido ignorada a partir de uma separação entre o direito e a realidade. Este estado de coisas encontra razão na teoria da norma jurídica adotada pelo positivismo e não refletida adequadamente pelas escolas que o

¹³⁹ Vide o quarto capítulo.

tentaram superar¹⁴⁰, e só a partir de uma revisão nestes níveis é que se poderá falar de pós-positivismo.

Os objetivos da presente seção são (i) a apresentação da noção de pós-positivismo, a partir da crítica dos postulados do positivismo que foram apontados, e (ii) a contextualização do pós-positivismo em face da realidade brasileira. De acordo com o que se expôs, embora interesse mais ao estudo o já referido “positivismo do tratamento da norma”, a crítica deverá se dirigir ao plano da teoria da norma, captando a partir dela os reflexos para a metódica. A referida crítica será por agora limitada a uma exposição de pontos centrais da tarefa do pós-positivismo, tendo sua explicação e justificação aprofundadas no terceiro capítulo, onde será tratada a Teoria Estruturante do Direito de Friedrich Müller, que serve de teoria de base do presente estudo. Cuida-se mais, neste momento, de pautar corretamente a discussão do que de efetivamente levá-la a efeito.

Neste sentido, traduzindo-se as posições do positivismo ao nível da realização prática do direito, poderia ser catalogado um conjunto de postulados que organizam a metódica positivista, que mais interessa ao estudo. Entretanto, a divisão entre “positivismo da validade” e “positivismo da interpretação” não deverá ocultar, recorde-se, o fato de que o positivismo da interpretação, em sua abordagem “clássica” — leia-se, nos termos de uma interpretação totalmente objetiva e científica do direito —, (quase) não é mais uma postura unitariamente defendida¹⁴¹, sendo atualmente representada apenas por meio de reflexos da concepção de norma jurídica do positivismo, que veladamente influenciam sua(s) proposta(s) de

¹⁴⁰ No que parece ter tido mais sucesso, a nosso ver, a Teoria Estruturante do Direito de Friedrich Müller, que é objeto do estudo no terceiro capítulo.

¹⁴¹ MÜLLER, Friedrich. *O novo paradigma do direito*. p. 119.

realização prática do direito. De resto, recorde-se ainda que o positivismo jurídico é uma corrente menos consensual (e refletida) no plano da interpretação do direito do que no plano da teoria da norma jurídica¹⁴², onde ocupa, aliás, o centro do debate no direito ocidental.

Partindo-se da concepção de direito (de norma jurídica) sobre a qual se estriba o positivismo jurídico, o debate pode se apresentar reduzidamente frutífero. Assim, é duvidosa a utilização de argumentos como a *reductio ad hitlerum* para a crítica do positivismo, objetivando atingi-lo enquanto concepção que incita os juristas a compactuar com toda e qualquer ordem jurídica injusta. Não se trata simplesmente de superar o positivismo jurídico no plano da teoria da justiça. Igualmente, não há razão para pensar que a insuficiência do positivismo jurídico seja meramente decorrente da falta de consideração de fatores morais e políticos na decisão. Cuida-se, na verdade, de uma compreensão da estrutura dinâmica da norma jurídica, em que os elementos da realidade (em geral) são participantes da formação do direito. Muito menos assiste razão, portanto, a uma perspectiva que tente superar o positivismo jurídico através de uma transcendência não fundamentada dos textos de normas, mediante uma interpretação “valorativa”, de uma pré-moderna busca da justiça — cuida-se sim, compreendida a estruturação da norma, de fundamentar e dar controlabilidade e discutibilidade aos resultados, na medida em que são considerados elementos não diretamente referidos ao texto positivado¹⁴³.

Como ensina Müller, a revisão do positivismo deverá estar ancorada numa teoria *do* direito, e não em uma teoria *sobre* o direito. Não importará,

¹⁴² DIMOULIS, Dimitri. *Op. Cit.*, p. 218.

¹⁴³ MÜLLER, Friedrich. *O novo paradigma do direito*. pp. 208-209.

prosegue o autor, qual seja a inspiração desta teoria sobre o direito (sociológica, psicológica, filosófica etc.). Parece mais produtiva para uma efetiva crítica ao positivismo uma teoria que revise suas bases no que tange à norma jurídica. Assim como os postulados do positivismo jurídico da interpretação decorrem diretamente da concepção de norma jurídica que se enraizou entre as correntes positivistas, o pós-positivismo deverá partir de sua revisão, desembocando, por consequência disso, em uma metódica própria. A metódica pós-positivista, nas palavras do próprio Müller, “circunscreve a peculiaridade fundamental da estrutura normativa, diante de cujo pano de fundo devemos ver o trabalho prático da metódica jurídica”.¹⁴⁴

Segundo Müller, no plano da teoria da norma, o positivismo, ao perguntar pela positividade (descolada da realidade), acaba por perder a dimensão estruturante do direito, de onde brota a sua *normatividade*. O preço a pagar por este equívoco, além da contraposição entre a norma e realidade (i.é., entre ser e dever ser), é a confusão da norma com o texto da norma. A concepção pós-positivista, calcada na Teoria Estruturante do Direito, deverá reconhecer os nexos materiais que unem direito e realidade, ao mesmo tempo em que deverá fornecer uma reflexão sobre a práxis que possa torná-los fundamentáveis e discutíveis. Nesta direção, a validade (positividade), que só pode pertencer ao *texto da norma* (dado de conformidade aos padrões aceitos do Estado Democrático de Direito), será diferenciada da *normatividade*, esta sim característica das *normas jurídicas*¹⁴⁵. A concepção que se opõe ao *positivismo*, assim, deverá ser essencialmente uma espécie de *normativismo*, que rejeita a separação entre ser e dever ser e permite que o jurista apreenda o processo *estruturado* de formação da norma jurídica diante

¹⁴⁴ MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. p. 49.

¹⁴⁵ MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. pp. 209 e ss.

de casos concretos (reais ou fictícios). A positividade do texto continua sendo um imperativo do Estado de Direito¹⁴⁶, devendo ser respeitada como limite material da atividade jurídica não legiferante — e nisso o positivismo está correto em insistir —, mas não bastará para a efetiva existência de uma norma jurídica¹⁴⁷.

Já no plano da realização prática do direito, conseqüentemente, o pós-positivismo se pautará pela *concretização das normas*, e não por sua *interpretação e aplicação*. O ideal de tecnicidade (isto é, a busca da neutralidade e da objetividade que se exige do titular da decisão jurídica) do positivismo não deve ser abandonado na direção de um retorno a padrões decisórios pré-modernos. Uma superação do positivismo não deve renunciar à busca pela *objetividade* na aplicação do direito, mas apenas promover a adequação desta busca às conseqüências da natureza estruturante da norma jurídica e às condicionantes específicas que o Estado Democrático de Direito impõe ao trabalho jurídico em todos os níveis (da ciência jurídica, que é uma ciência *normativa*, à jurisprudência). Trata-se aqui, na realidade, de “retomar o que foi reprimido pelo positivismo e elaborá-lo de forma generalizável na dogmática, metódica e teoria”¹⁴⁸.

A metódica estruturante de Müller não é capaz — como não o é nenhuma outra — de fornecer um catálogo de soluções prontas que sejam

¹⁴⁶ “O Estado feudal mais antigo e ainda o Estado absolutista fundamentavam a sua legitimidade no supramundano. O Estado Constitucional burguês funda-a na *legalidade* e com isso, por um lado, na imanência, por outro, agora mais fortemente, na *linguagem*: em textos de normas (...)”. MÜLLER, Friedrich. *Fragmento (sobre) o poder constituinte do povo*. p. 105.

¹⁴⁷ Assim, além de Müller, em LUHMANN, Niklas. *Op. Cit.* pp. 10 e 17. Para este autor, inclusive, esta positividade textual a ser complementada (sem negar a função da positividade) seria a única capaz de dar conta da complexidade da sociedade atual. Também na obra do professor de Heidelberg, a “textificação”, embora fundamental, não basta, sendo que a legitimação do poder político não deve ser transferida simplesmente aos textos, mas somente ao fato de o Estado atuar conforme estes textos. Cf. *Quem é o povo?* pp. 103-104.

¹⁴⁸ MÜLLER, Friedrich. *O novo paradigma do direito*. pp. 119-120.

“inquestionavelmente confiáveis”¹⁴⁹ (até porque isso seria um contra senso, já que se compreende a normatividade como processo estruturado). Contudo, pode tornar substancialmente mais coerente e defensável o trabalho dos juristas. Como ela procede diretamente dos imperativos do Estado de Direito, visa à exposição suficiente dos resultados do trabalho jurídico. Isto permite que se faça a “vigilância política”¹⁵⁰ — para que os textos de normas possam ser criticados —, por um lado, e que se denuncie as decisões cuja fundamentação seja materialmente discutível, de outro lado — a partir de sua decomposição em momentos (suficientemente pequenos) de formação da norma, a partir dos textos. O *telos* do pós-positivismo, será a “controlabilidade” dos processos decisórios, que, “dentro dos limites de rendimento efetivo da língua natural”, só pode ser referida ao método de trabalho dos juristas, e não a um resultado ou a um significado prefixado¹⁵¹.

Tal e qual Foucault, que visualizou no panóptico de Bentham a expressão máxima do poder, Müller crê que a metódica estruturante (e, conseqüentemente, o pós-positivismo) tem uma função democrática que consubstancia um dos pilares do Estado de Direito: que a violência estatal (constituída em textos) seja vazada com racionalidade e clareza, de forma que possa ser controlada pelos destinatários e, em última análise, pela própria ciência jurídica. A metódica estruturante permite que toda a atividade jurídica — e não mais somente a construção da “moldura” — seja devidamente exposta. Se o operador “acerta” ou não, faz parte do jogo democrático e dos riscos que nele (vazado a partir de uma língua natural que não basta para *significar* tudo) são pressupostos, mas

¹⁴⁹ MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. p. 21.

¹⁵⁰ DIMOULIS, Dimitri. *Op. Cit.* p. 204. A expressão é de Niklas Luhmann.

¹⁵¹ MÜLLER, Friedrich. *Fragmento (sobre) o poder constituinte do povo*. p. 104; Cf. tb. *O novo paradigma do direito*. p. 12.

sua decisão não esconde nada e se orienta por uma maior honestidade quanto aos dados de realidade (para além do texto), que sempre fazem parte de qualquer decisão jurídica. E, não se olvide, a decisão jurídica é sempre um ato de poder-violência, embora o Estado Moderno de corte liberal tenha tratado de discipliná-la e racionalizá-la o máximo possível¹⁵².

A centralidade deste debate na Teoria Política (até Foucault, na dimensão do controle) é demonstrada por Airton Seelaender. A questão remete a um problema mais vetusto, que se encontra em meio às reflexões responsáveis pela forja do Estado Moderno. A Teoria Política, desde os gregos até os iluministas, preocupou-se com o tema da controlabilidade do poder, condicionando inclusive às suas possibilidades (de acordo com o tamanho do território) a definição da forma de governo a adotar — o autor o demonstra a partir, e.g., das construções da representação popular e do federalismo¹⁵³. A questão fundamental é que a decisão (no estudo de Seelaender, a decisão política) possa de alguma forma ser ainda controlada pela sociedade, o que pressupõe sua visibilidade. O positivismo, ao pretender uma ciência do direito “purificada”, ou reduzir o pensamento jurídico à exegese de textos legais, tinha também esta pretensão de objetividade — entendida como a falseabilidade intersubjetiva dos resultados. Teleologicamente, o pós-positivismo nasce da insuficiência do positivismo em relação a este ideal de clareza:

¹⁵² MÜLLER, Friedrich. *Direito - linguagem - violência*. p. 9.

¹⁵³ Cf. SEELAENDER, Airton C. L.. *Democratização pelos mass media? O direito de ser informado e os limites fáticos à sua plena eficácia*. pp. 59-64. O texto aqui mencionado de nosso orientador, resultante de um trabalho de maior envergadura, embora seja voltado para os *mass media*, preocupa-se com a mesma questão da “controlabilidade” do poder político, muito cara ao pós-positivismo da teoria estruturante do direito, especialmente no Brasil. O autor dedica-se à avaliação das possibilidades (e dos limites) de que o controle popular possa ser exercido satisfatoriamente através dos *mass media*, especialmente como meio de realização do “direito de ser informado”. Tal perspectiva se coaduna com a proposta de Müller de fomentar a democracia através da transparência — inclusive tornando transparentes (e, portanto, controláveis e democráticos) os métodos de trabalho usados no trabalho jurídico. A metódica estruturante serviria assim como mais um meio de colocar sob luzes o vazamento do poder estatal. Cf. também MÜLLER, Friedrich. *Fragmento (sobre) o poder constituinte do povo*. pp. 29 e ss.

este último responde à pergunta sobre o papel da realidade pela sua negação¹⁵⁴, ao passo que o primeiro busca tornar mais verificáveis os verdadeiros fundamentos da decisão jurídica em causa.

Na realidade brasileira esta questão merece especial atenção. Não é aí, na busca de discutibilidade e legitimidade (leia-se, objetividade e racionalidade) nas decisões jurídicas que o positivismo deve ser superado. A impossibilidade de uma total objetividade da decisão não pode servir de escusa para uma perspectiva totalmente subjetiva do tratamento da norma, a promover um regresso a padrões menos aceitáveis de trabalho jurídico do que os legados pelo positivismo. As premissas do Estado de Direito, decorrentes da concepção da juridicidade como limite permissivo da existência comum, com a consideração controlável (com as reservas já mencionadas) de uma ordem pública e previamente acordada, seguem dignas de proteção.

No Brasil, a história político-constitucional da república não é capaz de documentar um autêntico positivismo (legalista) — e absolutamente os mesmos argumentos usados alhures, quanto ao nacional-socialismo, servem para refutar qualquer tentativa de ligação do positivismo com algum dos regimes autoritários a que o país esteve submetido. O sentido do pós-positivismo deverá ser visto diante da realidade brasileira com maior atenção, uma vez que a tradição político-institucional que se infere de nossa história ainda não foi capaz de permitir a total implantação dos postulados do Estado Moderno. Há consenso sobre a necessidade, alardeada pela bibliografia brasileira, de uma teoria e uma metódica jurídicas que

¹⁵⁴ MÜLLER, Friedrich. *O novo paradigma do direito*. p. 119.

possam dar maior efetividade à Constituição, mas esta teoria e esta metódica devem estar ainda orientadas pelas garantias da democracia quanto ao método de trabalho dos juristas, sob pena de uma troca no mínimo arriscada.

A Teoria Estruturante do Direito (e sua metódica respectiva) encontraria no Brasil, nas palavras de Müller, “um terreno fértil”¹⁵⁵. Em termos gerais, porque a metódica estruturante, ao considerar a normatividade, não perde de vista o caráter democrático que orienta a positividade do texto (e que funciona como baliza do trabalho jurídico, dentro das possibilidades da linguagem). Mas, em nosso país, é razoável pensar que as principais razões para a não implantação efetiva de padrões transparentes e racionais na atividade estatal em geral seja relacionada à plasticidade da lei e da Constituição — como referido, os regimes de exceção da era republicana no Brasil se pautaram mais em perversões da Constituição, do que, propriamente, em uma aplicação mecânica de leis injustas. É a partir do alargamento seletivo, e claramente dotado de intencionalidade política¹⁵⁶, da malha jurídica, sempre sob um discurso de transcendência da lei em busca de justiça material (ou outra concepção finalística e utilitarista qualquer, como nos é próprio), que perpassaram os períodos de exceção que a nação vivenciou.

Até a consolidação do Estado Constitucional, a Filosofia do Direito cedeu paulatinamente a um ideal de homem portador de racionalidade e de autonomia. O sistema de trocas — da liberdade animal pela civil — próprio desta emancipação encontrou neste modelo de Estado sua expressão política, em que a

¹⁵⁵ MÜLLER, Friedrich. *O novo paradigma do direito*. p. 13.

¹⁵⁶ Como faz também certa linhagem pós-positivista, exposta por DIMOULIS, Dimitri. *Op. Cit.* p. 61. O autor, com total razão, denuncia “o desejo do operador do direito de se libertar dos vínculos impostos pelas normas vigentes.” Note-se que o professor Dimoulis, como dissemos, é um declarado positivista, e nesta proposta (de “vinculação com o direito vigente”) só podemos discordar quanto ao meio, mas não quanto ao objetivo da tarefa.

contraprestação pela aderência ao “contrato” é uma intervenção do direito na medida do necessário para garantir a preservação e a conciliação da liberdade de todos com a de cada um — o que pressupõe, já em Rousseau, que instâncias intermediárias de poder não se apropriem daquilo que deverá indicar o geral e o comum¹⁵⁷ —, para limitar o poder político e garantir os direitos fundamentais¹⁵⁸. Em nosso país, ao contrário, prevaleceu sempre um *código duro*, social e juridicamente engendrado, que nenhuma legalidade democrática foi capaz de ruir, que pode ser traduzido em uma inversão (ou uma insistência) histórica em que prevalece majoritariamente a conveniência da estrutura, que não pede licença para, uma vez mais, esconder sob o tapete do interesse do povo intenções não devidamente declaradas.

Evidentemente, o Brasil, como qualquer nação, teve sempre alguma ordenação vigente, uma ordem político-jurídica (em sentido amplo, talvez *microfísica*, com Foucault) instaurada e operante. O problema é que ela não encontra pleno reflexo na ordem constitucional ou legal, que deveriam servir-lhe de justificação e legitimação, se de fato se pretendia engendrar um autêntico Estado Constitucional e Democrático. Este processo foi denunciado por Marcelo Neves como a “constitucionalização simbólica”, que cresce de modo inversamente proporcional à constitucionalização efetivamente operante¹⁵⁹. Como foi dito aqui, o Estado Constitucional da modernidade é permeado por textos (e mediado através de textos), que fazem referências a uma série de fatores materialmente determinados e determináveis — sempre dentro dos limites da linguagem. Mas, bem sublinha

¹⁵⁷ MÜLLER, Friedrich. *O novo paradigma do direito*. pp. 178-179

¹⁵⁸ PHILIPPI, Jeanine Nicolazzi. *Legalidade e subjetividade*. p. 184

¹⁵⁹ Cf. NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. p. 73. Ainda, FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. pp. 131-133, a referir as debilidades ocasionadas pela “inflação legislativa”, em que a efetividade cresce também inversamente ao volume de produção normativa no bojo da legislação.

Jeanine Philippi, o direito não opera somente no que prescreve, mas também no “*quantum* de silêncio” que necessariamente produz, “no não-dito do seu enunciado”¹⁶⁰.

Este silêncio e esta ausência, do(s) lugar(es) onde o direito não está (e alguma coisa é *posta* no seu lugar), tão categoricamente representativos da realidade brasileira, são rompidos pela Teoria Estruturante do Direito. Os teores materiais da Constituição de 1988 são marcados de forma amplificada pela natural insuficiência da linguagem (erradicação da pobreza; razoável duração do processo, etc.). Eles fazem perceber que o silêncio pode ser provocado, assim como pode ser suprimido, de acordo, por exemplo, com o que o operador jurídico considerar “aplicável” ou “não aplicável”. Por esta razão a democratização radical das práticas do Estado inclui de forma muito especial o trabalho jurídico, “pois o seu fazer é operacionalizado nos termos do Estado de Direito somente em caso de procedimento racionalmente controlável dos titulares das funções jurídicas”¹⁶¹. Somente com a exposição do conteúdo que é incluído no que a Constituição e a lei não incluem, logicamente, é que se poderá exigir que tal conteúdo seja democraticamente conformado.

¹⁶⁰ PHILIPPI, Jeanine Nicolazzi. *Legalidade e subjetividade*. p. 189.

¹⁶¹ MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. p. 87.

3.2 A Metodica Estruturante

3.2.1 Contextualização de Friedrich Müller no constitucionalismo alemão do século XX

Conforme anota Cecília Lois, as trajetórias do constitucionalismo e da interpretação constitucional contemporâneos encontraram seu maior desenvolvimento teórico entre os juristas alemães do fim século XIX e início do século XX, especialmente nos escritos de Jellinek e Kelsen, referidos pela professora como “representantes maiores do positivismo constitucional”¹⁶². Para Müller, ainda, o *locus* de uma primeira teoria constitucional de linhagem positivista — bem como de toda a tradição metódica do direito público alemão — pode ser associado a autores como Carl Friedrich Von Gerber e, posteriormente, Paul Laband. Segundo o professor alemão, a partir de 1870 a funcionalidade desta concepção de um direito público purificado de considerações políticas — que, *mutatis mutandis*, sempre teve uma intencionalidade política adjacente — tinha o objetivo de preservar o conservadorismo antiliberal de Bismarck¹⁶³.

Dentro deste desenvolvimento entre os autores germânicos, Cecília Lois propõe a distinção de três momentos sucessivos. Partindo do quadro que se acabou de referir, de uma teoria da constituição de matiz formalista¹⁶⁴, será suscitada, no período de Weimar — em que aquela situação política, referida por Müller, já é substancialmente diversa —, uma *teoria material da constituição*, a partir

¹⁶² LOIS, Cecília Caballero. *A teoria constitucional no limiar do século XXI: mudança política e crise de racionalidade*. p. 197.

¹⁶³ MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. pp. 40-42. Novamente em *O novo paradigma do direito*. p. 117.

¹⁶⁴ Assim também em BONAVIDES, Paulo. *Op. Cit.* p. 151.

das tentativas de inclusão dos elementos da realidade social no bojo do direito constitucional, levadas a efeito por Hermann Heller, Rudolf Smend¹⁶⁵ e, à sua moda, por Carl Schmitt¹⁶⁶. Por fim, em um terceiro momento, surgirá o que a autora denomina de segunda fase da teoria material da constituição, onde posiciona os nomes de Peter Häberle, Konrad Hesse e Friedrich Müller — no movimento alcunhado “nova hermenêutica constitucional” —, em que, com o desenvolvimento e renovação das indagações do constitucionalismo de Weimar, avulta a preocupação em discutir a realização prática do direito constitucional¹⁶⁷.

Müller, entretanto, é um autor que tem uma proposta que aqui é vista como genuinamente paradigmática, sendo difícil situá-lo entre as escolas de pensamento que o antecedem¹⁶⁸. As concepções anteriores, como já se disse, encontram-se ainda sob o enfoque próprio do paradigma positivista, sendo tributárias de sua teoria da norma jurídica. Desta forma é inadequado situar Müller — ao menos segundo sua própria visão — entre os autores da segunda fase da teoria material da constituição¹⁶⁹. Na verdade, toda a discussão muda de enfoque na obra de Müller — não ocorre mais a repetida e usual variação de respostas sobre os

¹⁶⁵ Para o “debate de Weimar”, e em geral para a relação entre a Política e a Constituição, cf. BERCOVICI, Gilberto. *Constituição e Política: uma relação difícil*. pp. 7 e ss.

¹⁶⁶ LOIS, Cecília Caballero. *Op. Cit.*, p. 198; BONAVIDES, Paulo. *Op. Cit.*, p. 152. Uma crítica das concepções de Schmitt e Kelsen, a partir da teoria da norma, é encontrada em MÜLLER, Friedrich. *O novo paradigma do direito*. pp. 47-56.

¹⁶⁷ LOIS, Cecília Caballero. *Op. Cit.*, p. 198. Paulo Bonavides (*Op. Cit.*, p. 159), menciona os autores no âmbito da “tópica no Direito Constitucional”. Müller, em entrevista, refutou também esta classificação de seu pensamento, já que a referência à tópica não pode abarcar tudo que sua teoria ostenta, já que foi concebida antes da existência do Estado Democrático de Direito. Cf. *O novo paradigma do direito*, p. 272.

¹⁶⁸ Advirta-se, porém, que toda a referência à abordagem pós-positivista do estudo foi realizada de acordo com a Teoria Estruturante do Direito — e, inescapavelmente, como é objetivo do estudo demonstrar, somente a partir dela poderia mesmo ter sido feita de forma satisfatória.

¹⁶⁹ Logo, a segunda fase da teoria material da constituição, dentro do que se propôs até aqui, encontra-se para Müller ainda no quadrante metódico do positivismo.

mesmos questionamentos, calcados ainda nas aporias do positivismo jurídico, como a separação abstrata entre ser e dever ser¹⁷⁰.

Por outro lado, muito da nova hermenêutica teve seu desenvolvimento ligado aos avanços ocorridos em termos de teoria da comunicação e de teoria da informação. Ocorre que o mestre alemão vê nos avanços da hermenêutica filosófica uma possibilidade de contribuição para a ciência jurídica apenas em medida muito específica. No quadro da metódica estruturante, os enfoques da hermenêutica filosófica não podem ser transportados para a ciência jurídica, no sentido de seu aperfeiçoamento, porque tal condição somente seria aplicável ao positivismo — a metódica estruturante já estaria blindada a este respeito, já estaria orientada em pressupostos lingüísticos semelhantes. Os avanços da filosofia da linguagem não devem colonizar a metódica jurídica, que de ser constituída a partir de sua especificidade (embora, concordando com Gadamer, Müller reconheça que a hermenêutica jurídica possa ser um objeto importante para a hermenêutica filosófica). Entretanto, pode servir como representação em formas genéricas e abstratas dos passos do trabalho jurídico em sua estruturação real¹⁷¹.

Ademais, Müller construiu a Teoria Estruturante do Direito de forma que a importância dos seus antecedentes teóricos acabou por se reduzir. Talvez justificando sua eventual situação entre os juristas da tópica¹⁷², o pensamento de Müller é totalmente orientado pela prática da realização do direito, tendo em conta,

¹⁷⁰ MÜLLER, Friedrich. *O novo paradigma do direito*. pp. 270-271.

¹⁷¹ MÜLLER, Friedrich. *Direito - linguagem - violência*. p. 38; Cf. tb. GADAMER, Hans-Georg. *Op. Cit.*, p. 401-402: "La tarea de la interpretación consiste en *concretar* la ley en cada caso, esto es, en su *aplicación*. La complementación productiva del derecho que tiene lugar en ella está desde luego reservada al juez, pero éste está a su vez sujeto a la ley exactamente igual que cualquier otro miembro de la comunidad jurídica"

¹⁷² Vide nota n. 167, *supra*.

com efeito, suas relações com a realidade. As duas perguntas que o autor tentou responder, segundo relata, foram as seguintes: (i) “o que ocorre ‘realmente’ quando um ordenamento jurídico está em funcionamento”?; e (ii) “que fazem os juristas ‘realmente’ quando dizem ‘interpretar’, ‘aplicar’ a norma”? Ora, para levar tal tarefa a efeito não bastaria que a análise se voltasse unicamente para as estantes; seria preciso que se voltasse também para os ambientes de trabalho dos juristas e, muito especialmente, para as formas de atuação da jurisprudência. Nesta perspectiva, a proposta de Müller poderia ser confundida também com o movimento determinado “realismo jurídico”, que somente reconhece o direito nas decisões efetivamente tomadas. Entretanto, isto é incompatível com a teoria estruturante, na medida em que ela reconhece um papel importante, embora não exaustivo, dos textos de norma¹⁷³. De toda sorte, Müller criou um edifício teórico sobre a fundação da *praxis*, de sorte que restou distanciado da teoria constitucional em geral, em qualquer das formas em que esta seja exposta e classificada. Apesar disso, registre-se, o professor Müller travou intensa relação com pensadores alemães de seu tempo, o que certamente o influenciou de um modo geral. Assim, a exemplo disso, com Konrad Hesse, de quem foi assistente entre 1964 e 1968, e que posteriormente acabou por adotar a concepção metódica da teoria estruturante em seus “elementos” de direito constitucional¹⁷⁴.

Em conclusão, é de marcar esta característica de mudança de paradigma que acompanha a obra de Müller. Sua contextualização no pensamento alemão de seu tempo — majoritariamente informativo do pensamento brasileiro —

¹⁷³ A respeito do realismo, vide DIMOULIS, Dimitri. *Op. Cit.*, pp. 148 e ss.

¹⁷⁴ MÜLLER, Friedrich. *O novo paradigma do direito*. p. 270. Teoricamente, o autor diz que, entre os constitucionalistas de Weimar, Heller foi o que “fazia mais inteligente esforço para sair do positivismo — mas sempre sem os meios adequados”.

deve ser vista como a inauguração de um novo modelo de racionalidade para a ciência jurídica, sem paralelo na história recente das idéias jurídicas. Justamente em virtude disso, e como o trabalho propõe desde o título, positivismo jurídico e pós-positivismo são termos que só podem ser tratados de forma satisfatória quando postos à luz da Teoria Estruturante do Direito. É ela a única que compreendeu suas aporias fundamentais do positivismo e as transcendeu, sem em nenhum momento deixar de situar a proposta dentro dos limites que são próprios do Estado Democrático de Direito, vale dizer, sem regressos para a juridicidade mais difusa e menos racional das tradições clássica e medieval.

3.2.2 Sobre o sentido político da Teoria Estruturante do Direito

Não granjeia simpatia, segundo Müller, quem “recua um passo, para aprender com clareza o *status quo*”: o faz apenas aquele que se põe desde logo como inserido no *status quo*, como participante dele em algum nível. Por outro lado, diz ainda Müller, tampouco granjeia amizades quem se põe a favor da democracia e à sua tomada “ao pé-da-letra, em vez de usar as letras dos que a dominam”¹⁷⁵. O poder constituinte do povo, que poderia e deveria ser visto em termos dinâmicos, como uma instância permanente de controle e de atualização da constituição, como elemento do *texto* constitucional, tem feito mais sucesso “para encher a boca dos que defendem *seu estado*”¹⁷⁶.

¹⁷⁵ MÜLLER, Friedrich. *O novo paradigma do direito*, p. 172.

¹⁷⁶ MÜLLER, Friedrich. *Fragmento (sobre) o poder constituinte do povo*. p. 139. Também, esclarecendo inclusive o sentido, em alemão, da expressão citada, vide MALUSCHKE, Günter. *Democracia e governo responsável na teoria de Friedrich Müller*, pp. 347-349, nota n. 6.

A teoria estruturante, foi visto há pouco, diferencia a positividade da normatividade. A positividade decorre da construção textual do Estado de Direito¹⁷⁷, e é uma característica *dos textos de norma* vigentes; a normatividade é um elemento dinâmico, que decorre da natureza estruturada da norma jurídica, em sua composição com a realidade. Esta diferenciação será tratada com mais vagar a seguir, mas lança desde já uma nota reveladora da posição da teoria estruturante em termos políticos: se a *normatividade* deve ser operacionalizada e confirmada, a partir dos textos de norma, através da metódica jurídica, significa que deve ser aceita e sustentada segundo os postulados desta própria metódica (neste caso, a metódica estruturante); mas, e a *positividade* do texto da norma, que é dotada de um caráter *a priori* na concretização, como se sustentaria? Qual é a “regra de reconhecimento” da positividade (que permitirá ao texto de norma ser considerado como o ponto de partida da concretização — ainda que não represente seu fim¹⁷⁸)?

Para compreender esta indagação é necessário ter em mente que a Teoria Estruturante do Direito, como proposta pós-positivista (e não anti-positivista), foi concebida para o campo específico do Estado Democrático de Direito contemporâneo¹⁷⁹. Sendo pensada sobre um conjunto de situações de fato historicamente constituídas, preocupa-se com os problemas que o trabalho cotidiano possa apresentar neste contexto específico. Müller faz aí uma *opção* democrática, significativa do posicionamento político de seu pensamento: o autor entende que a positividade do texto da norma se sustenta na medida em que é — apesar dos já destacados limites da linguagem e das possibilidades do sistema representativo —

¹⁷⁷ MÜLLER, Friedrich. *Discours de la méthode juridique*. pp. 184-186.

¹⁷⁸ MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. p. 56.

¹⁷⁹ CHRISTENSEN, Ralph. *Teoria estruturante do direito*. p. 233.

constitucional e democraticamente promulgado¹⁸⁰. Não obstante, o texto não será suficiente para a “regulamentação” efetiva dos casos jurídicos, de sorte que será fundamental que sejam considerados (no sentido de racionalmente trabalhados e documentados) todos os elementos que efetivamente vierem a compor a decisão¹⁸¹, o que será feito através da metódica estruturante. Mas, tanto por razões alusivas ao Estado de Direito quanto, sobretudo, por razões alusivas ao regime democrático, as exigências incidentes sobre o trabalho dos juristas não os autoriza a “brincar de pretor romano”. Só se pode falar de uma autêntica tomada de decisões em nome “do povo” — salvo na utilização simbólica do termo, com justificações metafísicas e um programa estratégico de legitimação de praticamente qualquer interesse, já que o radicalismo democrático costuma funcionar mais em termos retóricos do que em termos concretos —, quando o trabalho dos juristas pode ser considerado de alguma maneira ainda compatível com os textos de norma pertinentes¹⁸².

Diante, portanto, de critérios tão ricos e bem elaborados para o reconhecimento da normatividade, mas reconhecendo ao fim que sua composição fica limitada, em algum nível, pela positividade do texto, não estaria Müller pondo

¹⁸⁰ Todavia, isto não reduz o rigor da análise de Müller, uma vez que ele não considera o poder constituinte do povo como algo estático, mas, especialmente onde houver dispositivos constitucionais referindo-se ao povo, como entidade soberana permanente, porquanto o poder constituinte é também um *elemento normativo* operante no ordenamento. Por outro lado, o autor forja um conceito de povo como instância global de legitimação, aumentando ainda mais, a nosso ver, sua potencialidade operacional. Cf. MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. pp. 59 e ss.; 83 e ss.. Posicionamento semelhante encontra-se em *Fragmento (sobre) o poder constituinte do povo*. pp. 131-132. Note-se que, especialmente no caso da primeira obra citada, o autor fala especificamente da Constituição Brasileira de 1988.

¹⁸¹ CHRISTENSEN, Ralph. *Teoria estruturante do direito*. p. 238.

¹⁸² MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. pp. 59-60. Assim, igualmente, em *Discours de la méthode juridique*. pp. 127 e ss. Neste último escrito, o autor refere um “aspecto democrático da submissão do juiz à lei”. Só se pode falar de direito popular ou democrático, acrescenta, àquele que tenha sido construído em um processo político concreto desta índole, o que não é o caso do direito (deliberadamente) judicial. Em *Métodos de trabalho do direito constitucional*, p. 75, nota nº 78, o professor Müller já “escandalizou o mundo das letras jurídicas” com a “tese do teor literal como limite da concretização *admissível no Estado de Direito* (mas não: da concretização metodologicamente possível)”. Neste ponto, é esclarecido e aprofundado este sentido de função limitativa (democraticamente) exercida pelo texto, utilizando os mesmos termos que aqui utilizamos: ou seja, de que a decisão deve ser “*de alguma forma compatível*” com os textos de normas. Vide nota n. 217 *infra*.

sua própria teoria a perder? Impõe-se uma resposta negativa. Em primeiro lugar, porque a metódica estruturante não confunde o texto não mediado com o texto de norma já capaz de realizar sua função limitativa, não se cuida simplesmente, à moda do positivismo, de uma *lex ante casum*¹⁸³ — isto se tornará ainda mais evidente nas seções seguintes, restando para o momento a perspectiva política do tema. Em segundo lugar — isto sim mais importante aqui —, porque a dita regra de reconhecimento que poderia ser em última análise utilizada, no âmbito da teoria estruturante do direito, seria justamente o critério da soberania popular. No Estado de Direito, diz Müller, as normas decisórias têm sua legitimidade justificada muito mais por serem elaboradas “conforme as regras” do que no fato de serem, *in fine*, “corretas”¹⁸⁴.

Em uma formulação mais precisa, Müller dirá que o Estado de Direito da modernidade desenvolve-se em termos de uma “textificação”¹⁸⁵. A importância que a Teoria Estruturante do Direito atribui aos textos de normas, reflete aqui uma opção política pela tomada do poder constituinte do povo como elemento normativo, e mesmo como instância de legitimação permanente da atividade do Estado, da qual a jurisdição não se exclui. Diante desse quadro, identifica-se como o problema do positivismo não a valorização do texto da norma, mas sim a sua sobrevalorização, sua confusão com a própria norma jurídica. O pós-positivismo mülleriano pleiteia que os textos de normas sejam levados a efeito com o maior rigor e a maior racionalidade possível, mesmo que se saiba que a racionalidade *total* jamais será

¹⁸³ CHRISTENSEN, Ralph. *Teoria estruturante do direito*. p. 241.

¹⁸⁴ MÜLLER, Friedrich. *Fragmento (sobre) o poder constituinte do povo*. p. 23.

¹⁸⁵ *Idem*, p. 31.

alcançada¹⁸⁶. Embora tais textos não bastem para a decisão efetiva de casos — que não é realizada pelo texto em si, mas por um trabalhador jurídico que se apropria dele com seu trabalho — eles devem, no Estado Democrático de Direito, traçar o itinerário do operador jurídico que emite uma decisão, para que esta possa ser reconduzida ao povo. Os textos são o único vínculo não metafísico entre a vontade popular e a atividade de realização prática do direito.

Em uma teoria do direito que se pretende calcada na realidade, como a de Müller, a preocupação com o problema da lei injusta (*rectius*, com o texto de norma injusto) não parece representar uma indagação fecunda. Realmente interessante seria, porém, a pergunta pela norma de decisão injusta (a injustiça na concretização do direito). Isto é um dado de realidade que não deve ser perdido de vista. Como já foi referido aqui, as correntes anti-positivistas tentaram opor ao positivismo jurídico a passividade diante de ordenamentos autoritários (entre outras possíveis formas de dominação não legítima). Nas experiências brasileiras, contudo, foi sob leis fundamentais com textos semelhantes aos dos países desenvolvidos que, usualmente, se verificaram pressões sistemáticas, evidenciadoras do *código duro*, “da configuração real do poder”. Dentro desse quadro, a adoção da metódica de Müller, com seu respeito aos textos das normas constitucionais e com sua vocação democratizante, poderia exercer no Brasil um papel emancipatório. Até porque, como diz Müller, a metódica jurídica é dotada de instrumentalidade, podendo servir a diversos objetivos no nível político — inclusive o de se contrapor a

¹⁸⁶ “A necessidade de racionalidade mais ampla possível da aplicação do direito segue da impossibilidade da sua racionalidade integral; admitir esta última seria ignorar o caráter de *decisão e de valoração* do direito.” MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. p. 66.

regimes antidemocráticos, que principiam sempre com usurpações das garantias formais do Estado de Direito, com “desracionalização” dos processos decisórios¹⁸⁷.

As mazelas da sociedade brasileira não estão legitimadas no texto constitucional de 1988: ao contrário, o texto somente as menciona para repudiá-las. Assim faz, por exemplo, com as desigualdades regionais, com o autoritarismo de Estado, com a corrupção governamental, com o descaso com a situação da criança, do adolescente e do idoso. Müller reconhecerá que a atribuição de uma verdadeira função de constituinte ao povo implica “despedir-se de qualquer modo do ‘poder constituinte do povo’ como ilusão cinicamente imposta”. Uma teoria calcada na realidade tem a vantagem de trabalhar a democracia *nos limites do possível*, em que permanece no campo do real e do palpável; ao invés de fazê-lo (de modo sempre impregnado de jusnaturalismo) *nos limites do ideal*, que parece atrativo enquanto discurso ideológico, mas que, juridicamente, relega a democracia a um plano irreal e impalpável, que de nada serve ao cidadão de carne e osso. O Estado Constitucional de Direito reclama uma metódica jurídica dotada de controlabilidade e racionalidade, mas não permite uma metódica voltada para a “correção” finalística, para além do que permitem linguisticamente os texto de normas. “Essa melhor *justeza* é uma condição para uma melhor *justiça*”, diz Müller.

Para a legalidade injusta, com efeito, o controle de constitucionalidade poderia já fazer uma restrição bastante significativa (não deixando que se constituísse um problema maior, resolvendo-o desde logo pela supremacia da constituição). Já para uma constitucionalidade injusta, diz Müller, no caso de “as

¹⁸⁷ MÜLLER, Friedrich. *Direito - linguagem - violência*. p. 30; Também em *Quem é o povo?* (pp.102 e 105). As garantias formais e procedimentais representam o limite da instrumentalidade da metódica jurídica, e seu rompimento leva à configuração de um Estado de força [*Machtstaat*].

formas jurídicas da resistência e do controle de inconstitucionalidade (da inconformidade com o cerne da Constituição) fracassarem na prática, o direito à resistência e o direito à revolução poderão ser exercidos legitimamente, para (r)estabelecer a legitimidade”¹⁸⁸. Por fim, não existisse uma ordem constitucional estabelecida, ou onde ela fosse estabelecida sem qualquer mediação com o poder constituinte do povo, estar-se-ia diante de um Estado de *não direito*, de um Estado *não democrático*, no qual a teoria estruturante — e, de resto, qualquer outra teoria do direito que não o identifique com a força bruta — não terá muito em que contribuir. Nossa realidade constitucional, entretanto, não se afigura próxima destas hipóteses, de sorte que parece bem mais frutífero imaginar que o “simbolismo constitucional” — no que tange inclusive ao próprio poder constituinte — é que empurra o Brasil para a configuração real de um Estado de exceção, apesar da existência de uma legalidade democrática. A suspensão imotivada da Constituição e das leis do país estão mais próximas dos problemas brasileiros do que sua “imprecisão”, ou “injustiça”.

3.2.3 Elementos Fundamentais da Teoria Estruturante do Direito e da Metodica Estruturante

A metódica jurídica é uma “teoria da práxis”¹⁸⁹, e com isso congrega a teoria, a dogmática e a metodologia do direito. O pós-positivismo assentado nesta metódica descende de uma fundamental revisão ocorrida no plano da teoria do direito (da teoria da norma jurídica), que levou em conta dois fatores fundamentais, a

¹⁸⁸ MÜLLER, Friedrich. *Fragmento (sobre) o poder constituinte do povo*. p. 121.

¹⁸⁹ MÜLLER, Friedrich. *O novo paradigma do direito*. p. 290.

saber: (i) a não identidade entre norma e texto de norma; e (ii) a norma jurídica como composição de ser e dever ser (de direito e realidade)¹⁹⁰. Da compreensão destes dois fatores, decorre a noção da normatividade como um processo estruturado; e, na fundamentação e exposição do percurso do jurista para fundamentar, publicar e fazer valer esta estruturação da *normatividade* — que, na perspectiva aqui apresentada, reduz em si todo o direito efetivamente operante na sociedade —, emerge a metódica estruturante.

3.2.3.1 Teoria da norma (Teoria do Direito)

3.2.3.1.1 Norma e texto de norma

Crença fundamental do positivismo legalista, a identificação da norma jurídica com o texto devidamente promulgado difundiu-se amplamente pelo pensamento jurídico de tradição romano-germânica, pelas razões histórico-filosóficas mencionadas. É esta crença o cerne da teoria da norma jurídica de corte positivista, e descende, por sua vez, do estilo ontológico de raciocínio e da separação dos momentos da compreensão e da aplicação do direito, que são característicos da corrente. Ainda os autores positivistas mais modernos¹⁹¹ continuam a propor um modelo no qual a norma é reduzida ao plano do *dever ser*, contraposta e paralela à realidade, do plano do *ser* — representado “pelo fundamental conjunto de fatos”¹⁹² que a metódica estruturante resgatou do ostracismo teórico-normativo e utilizou para criar e demonstrar uma nova maneira de

¹⁹⁰ *Idem*, pp. 284 e 290-291.

¹⁹¹ Entre os consultados para o trabalho, destacamos o posicionamento já citado de Dimitri Dimoulis, propondo inclusive uma rigorosa exposição acerca do procedimento silogístico.

¹⁹² MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*, pp. 42-43.

ver a realização prática do direito. Como já se referiu, a obra do professor Friedrich Müller é paradigmática nesta medida.

A análise realizada por Müller para a Teoria Estruturante do Direito, embasada antes de tudo nos trabalhos jurídicos do cotidiano — e seus problemas específicos —, deu azo a uma concepção substancialmente diversa da norma jurídica, tornando o seu teor literal apenas como uma sua parte constitutiva: uma parte importantíssima é verdade, mas ainda sim só *uma* parte¹⁹³. O enfoque pós-positivista, que começa por esta diferenciação, desenvolveu-se a partir da visão de que a *normatividade* de uma prescrição jurídica não advém de sua correta promulgação, quer dizer, não advém exclusivamente da *positividade* de seu texto de norma. As razões em que se sustenta tal enfoque compõem o coração da teoria e da metódica estruturantes, na medida em que possibilitam a (re)conciliação entre o direito e a realidade, mas sem abrir mão do respeito às exigências do trabalho jurídico, considerando a ciência jurídica enquanto “ciência humana normativa” condicionada pelo Estado Constitucional de Direito (porquanto “referida à realidade”)¹⁹⁴. À separação de norma e realidade, diz Müller, “corresponde metodologicamente a equiparação de norma e texto de norma”¹⁹⁵. Vale dizer, a *contrario sensu*, que as conseqüências da superação da concepção ontológica da norma jurídica são processadas na metódica jurídica resultante.

Nem o conteúdo objetivo e materialmente determinável de uma norma jurídica, e nem a sua capacidade de efetivamente operar (sua normatividade), se

¹⁹³ MÜLLER, Friedrich. *Discours de la méthode juridique*. pp. 168-169.

¹⁹⁴ MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. pp. 9-11.

¹⁹⁵ *Idem*, p. 10.

encontram completos em seu texto de norma. São compostos, ao contrário, por fatores concretos que não são circunscritíveis em formulações lingüísticas quaisquer, não por insuficiência determinada destas, ou por inaptidão de quem as elabora, mas pela inviabilidade de que uma expressão lingüística possa por si consubstanciar estes fatores. Do ponto de vista de um conteúdo material da norma, ele somente poderá ser determinado pela necessária e posterior concretização estruturante da norma jurídica, não podendo repousar no texto; e, do ponto de vista do “teor de validade” (normatividade) de uma norma, ela não decorre do texto, mas de “dados extralingüísticos de tipo estatal-social social, de um funcionamento efetivo, de um reconhecimento efetivo e de uma atualidade efetiva”¹⁹⁶. Num procedimento unitário e interdependente, a norma é construída e aplicada *ao caso*, para decidi-lo, ao mesmo tempo em que se apodera de seus elementos para compor, com o texto igualmente constitutivo, a própria norma de decisão [*Entscheidungsnorm*] que o regradá¹⁹⁷. O texto não é suficiente para a existência da normatividade, porque a realidade normatizada, na perspectiva estruturante, participa da composição da norma. Os textos de normas, dotados somente de positividade, remetem sempre ao plano da realidade, jurídica ou não¹⁹⁸, e isto torna esta realidade, em cada caso concreto que é decidido, uma parte integrante da norma.

¹⁹⁶ MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*, p. 53-54

¹⁹⁷ Cf. BRONZE, Fernando José. *A metodonologia entre a semelhança e a diferença: reflexão problematizante dos pólos da radical matriz analógica do discurso jurídico*. p. 323: "Quer tudo isto dizer que as palavras - e, portanto, também os textos - são "manifestações" (*Äußerungen*) de coisas que significam, o que desvela a inconcludência da tese nuclear da hermenêutica positivista segundo a qual o sentido é inerente às palavras. Assim sendo, tanto as proposições coloquiais como as especificamente jurídicas só poderão ser compreendidas (só se logrará discernir o respectivo sentido) quando se reconhecer que elas remetem para um plano extra-lingüístico, para uma coisa ou relação da vida". Considere-se que Bronze, como declara, adota a proposta de Wolfgang Fikentscher, que, aliás, pronuncia a concreta norma jurídica como *Fallnorm* (norma do caso), de forma assemelhada, parece-nos, à *Entscheidungsnorm* (norma de decisão) de Müller. Também, embora com terminologia por vezes distante da aqui empregada, HESSE, *Konrad. Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*, pp. 62-63.

¹⁹⁸ A referência a realidade jurídica e não jurídica será relevante para a construção do âmbito da norma, cf. *infra*.

Ao lado do texto, vários outros elementos terão lugar na concreta realização do direito diante de um caso, que, no âmbito do Estado Democrático Constitucional, se traduzirá num ato judicativo estatal que monopolize, despersonalize, racionalize e, por fim, legitime a violência¹⁹⁹ a ser exercida. A decisão do caso e seus efeitos não dão graças à norma jurídica pertinente, mas sim ao trabalhador do direito que constitutivamente operou a produção da norma de decisão a partir do texto da norma, e dentro dos postulados do Estado de Direito Constitucional²⁰⁰. Como aponta Müller, “as próprias leis não podem ir à barra dos tribunais”; e acrescenta, “por isso é mister que haja pessoas que se apropriem de leis”. Por outro lado, sendo verdade que a concepção da norma jurídica como grandeza pré-posta no texto impede um tratamento honesto dos elementos que efetivamente concorrem para a concretização das normas, uma concepção que simplesmente afirme a transcendência do texto da norma, de forma insuficientemente refletida, deverá ser considerada insatisfatória no quadro jusfilosófico aqui explicitado²⁰¹ — embora possa tentar fugir do estilo ontológico de raciocínio do positivismo jurídico. Na bibliografia brasileira, a propósito, existem diversas posições teóricas que criticam uma concepção normativa “essencialista” (como se diz das posições buscam um conteúdo ou uma essência (d)nas normas).

¹⁹⁹ Segundo adverte Peter Naumann, Müller utiliza nos originais em alemão o termo *Gewalt*, que admite tanto a tradução como *poder* quanto como *violência*. Explica o tradutor que esta dualidade de sentido é decorrente da dualidade social no termo expressa: “o termo alemão admite, por assim dizer, que o poder tem necessariamente uma conotação de violência, ainda que a idéia e a práxis do Estado de Direito se empenhem em formalizar, vale dizer, racionalizar e assim tornar transparente e discutível essa violência”. Nas palavras do próprio Müller, em carta ao tradutor, “essa ambivalência perfaz o *cerne real da nossa sociedade* (precariedade constituída nas relações jurídicas)”. Vide a nota do tradutor em MÜLLER, Friedrich. *Direito - linguagem – violência*. p. 20. Na edição aqui citada de *Fragmento (sobre) o poder constituinte do povo* (p. 15, nota do tradutor nº 1), Naumann sugere já a tradução de *Gewalt* como “poder-violência”, embora não a utilize assim em todo o livro.

²⁰⁰ MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*, p. 54: “Não é o teor literal de uma norma (constitucional) que regulamenta um caso jurídico concreto, mas o órgão legislativo, o órgão governamental, o funcionário da administração pública, o tribunal que elaboram, publicam e fundamentam a decisão regulamentadora do caso, providenciando, quando necessário, a sua implementação fática - sempre conforme o fio condutor da formulação lingüística dessa norma (constitucional) e com outros meios metódicos auxiliares da concretização”.

²⁰¹ MÜLLER, Friedrich. *Discours de la méthode juridique*. p. 125.

Algumas, aliás, subscrevem a diferenciação entre norma e texto da norma — *v.g.*, Barroso, Streck e, de certa maneira, Grau²⁰² —, admitindo a centralidade do papel do operador do direito e, em linhas gerais, do processo de concretização. O problema é que, ao tempo em que estes posicionamentos admitem que a norma não está pronta, eles não propõem — adicional e necessariamente — uma metódica racional de construção e concretização, redundando em propostas “cripto-jusnaturalistas”²⁰³ ou, ao extremo, em decisionismo velado.

De se reiterar, assim, que a *normatividade* de uma prescrição constitucional — entendida não mais como uma característica inerente à prescrição jurídica abstratamente tomada, mas já como “processo estrutural e dinâmico entre o programa normativo e o sector normativo”²⁰⁴ — não descende do texto, mas justamente de um efetivo funcionamento da regulamentação prevista e de sua fruição na sociedade²⁰⁵. A normatividade não repousa no texto da norma constitucional. De modo diametralmente oposto, é criada e comprovada através do pertinente processo de concretização. Pensando o direito em comunhão com a realidade, especialmente na observação rigorosa das relações políticas da sociedade, não se pode dizer que seja dotada de *normatividade*, por exemplo, uma constituição que não é concretizada. Justamente por esta razão é que está, igualmente, a atestar a não identidade entre norma e texto da norma, a existência do

²⁰² A este respeito, vide GRAU. Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*, pp. 141-201, defendendo uma posição em larga medida calcada na noção de princípios jurídicos. Em uma proposta que nos parece mais um *pot-pourri* da Nova Hermenêutica (inclusive colonizando a metódica jurídica com a filosofia da linguagem), vide STRECK, Lênio Luis. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*. A proposta de Barroso, por a entendermos como a mais difundida no Brasil, será objeto de análise específica no quarto capítulo.

²⁰³ MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. p. 17.

²⁰⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. p. 1180: “Este processo produz, portanto, um *efeito* que se chama normativo, ou, para dizermos melhor, a normatividade é o efeito global da norma (com as duas componentes atrás referidas) num determinado processo de *concretização*”. Ao utilizar a expressão “sector normativo”, o autor lusitano refere-se ao que a tradução brasileira da obra de Müller vem chamando de “âmbito normativo”.

²⁰⁵ CASTANHEIRA NEVES, Antônio. *Op. Cit.*, p. 69.

direito consuetudinário. Segundo Müller²⁰⁶, em uma inversão de valores injustificada, a dogmática tradicional toma a prática de elaborar o direito de forma escrita (descendente do advento do Estado liberal-burguês) como fonte da sua própria normatividade. Mas a experiência comprova que o direito não-escrito goza também uma plena normatividade e, mesmo onde houver um texto constitucional, terá lugar um direito constitucional paralelo, normalmente jurisprudencial²⁰⁷. Este direito não se reduz à mera transcendência do texto da norma, mas decorre de fatores de teoria da norma (a separação entre norma e texto de que se cuida agora), de fatores metodológicos (que remetem à questão sobre o fundamento “positivo” da decisão) e de fatores normativos (a controlar o elemento metodológico, a “regularidade jurídica” da decisão)²⁰⁸.

Corroborando com isto, igualmente, o fato de uma decisão jurídica não ser elaborada apenas a partir do horizonte interpretativo aberto com a tomada em consideração do texto de norma. Bem ao contrário, uma consideração honesta da tarefa diária dos operadores jurídicos leva à conclusão de que são tão ou mais relevantes para o resultado da operação concretizante os materiais didáticos (manuais doutrinários), jurisprudenciais, de direito estrangeiro, etc., que se tomaram em conta na decisão e a integram²⁰⁹. O jurista, em sua atividade cotidiana, e desde sua formação universitária, é introduzido no universo do direito por meio do conhecimento do direito positivado, mas, igualmente, através recursos dogmáticos, filosóficos, políticos etc. Estes recursos, inclusive, são em larga medida

²⁰⁶ Cf. MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*, p. 54.

²⁰⁷ HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, p. 44: "A vinculação à Constituição escrita não exclui *Direito Constitucional não-escrito*. Também em sua fixação por meio da carta constitucional, a Constituição não se converte em sistema "sem lacunas". Vide também as colocações feitas acerca do clássico *Marbury v. Madison* — em que, sem previsão direta da Constituição dos Estados Unidos, é extraída a cláusula de *judicial review*. Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Op. Cit.*, pp. 1101 e ss.

²⁰⁸ MÜLLER, Friedrich. *Discours de la méthode juridique*. p. 126-127.

²⁰⁹ MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*, p. 93.

representados também por textos, aos quais igualmente se aplica a necessidade de concretização prática, bem como as exigências de racionalidade e clareza que se aplicam ao texto de norma²¹⁰.

Postas as coisas nestes termos, resta o texto da norma como força atuante em dois vértices distintos nas decisões conformes aos postulados do Estado Constitucional: um a impulsionar o ato judicativo e outro a cerceá-lo. De um lado, o texto da norma estabelece o programa normativo, a ordem jurídica buscada no processo metódico concretizador, sendo ponto de partida deste processo — dir-se-á esta a *eficácia de determinação do texto da norma* [*Bestimmungswirkung*]. De outro lado, o texto da norma deve cumprir, no âmbito de um Estado de Direito, a função de limitação entre as várias alternativas que são politicamente, filosoficamente e metodologicamente aceitáveis, mas não *juridicamente* admissíveis²¹¹ — dir-se-á esta a *eficácia de limitação do texto da norma* [*Grenzwirkung*]²¹².

Parece relevante notar que a pertinência deste enfoque é maior do que o seu reconhecimento meramente retórico, como ocorre hoje em dia, pode revelar. Apesar de a não identidade entre norma e texto de norma ser quase que um "lugar comum" no pensamento jurídico atual, como já se apontou, esta distinção não foi absorvida ainda em termos de uma concepção metodicamente segura. Isto porque,

²¹⁰ MÜLLER, Friedrich. *Discours de la méthode juridique*. p. 297.

²¹¹ MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do Direito Constitucional*, p. 75, nota nº 78: "A função limitadora do texto da norma não é idêntica à função de concretização do elemento gramatical. A decisão não se restringe à interpretação de textos, não fica colada ao teor literal não mediado. Pela via das regras de preferência, ela não precisa "resultar do teor literal", mas deve ser *de qualquer modo ainda compatível* com o texto da norma não apenas interpretado gramaticalmente, mas integralmente concretizado no precedente processo decisório";

²¹² MÜLLER, Friedrich. *Discours de la méthode juridique*. p. 297. A tradução francesa fala em "efeito", mas a tradução "eficácia" nos parece já consagrada no Brasil (como, *e.g.*, em *Drittwirkung*). Cf. tb. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Op. Cit.*, p. 1181, que, a respeito do tema, averbou: "(1) o conteúdo vinculante da norma constitucional deve ser o conteúdo semântico dos seus enunciados lingüísticos, tal como eles são mediatizados pelas convenções lingüísticas relevantes; (2) a formulação lingüística da norma constitui o *limite externo* para quaisquer variações de sentido jurídico-constitucionalmente possíveis (função negativa do texto)".

como se viu acima, nem qualquer ligação entre direito e moral, interpretação ética, ou mesmo principiológica — a permitir a desconsideração do texto normativo —, nem qualquer vinculação cega ao conjunto de signos que compõe o direito positivo dará conta dos efetivos *problemas* pelos quais Müller concebeu a proposta²¹³. A distinção entre norma e texto de norma não é equivalente à mera distinção entre norma e conteúdo, tampouco à distinção entre direito e lei, mencionada alhures. Cuida-se efetivamente de reconhecer que “a disposição legal extensivamente apreendida na normatividade materialmente determinada, e não sua versão lingüística é o ponto de referência da concretização”, ou, ainda, que “o direito não se apóia somente na forma verbal”²¹⁴.

3.2.3.1.2 Normatividade e estrutura da norma

A exposição anteriormente empreendida — ao descartar a identidade entre norma e texto da norma, bem como ao refutar a submissão da normatividade à positivação do direito escrito — impulsiona um questionamento acerca das bases em que teoricamente se funda a criação do direito e de sua legitimação. Em melhor formulação, o curso da proposta de teoria da norma iniciada reclama o direcionamento da atenção à formação de um modelo teórico orientado através da estrutura da norma, com vistas à representação e justificação de sua material normatividade²¹⁵. Como dito, além da questão do texto da norma, o pós-positivismo

²¹³ Segundo Müller, o paradigma ainda predominante "continua devendo a resposta ao positivismo", já que "a 'superação' do positivismo não é um fim legítimo em si mesmo". Cf. MÜLLER, Friedrich. *O novo paradigma do direito*. p. 118. Vide nota n. 8, *supra*.

²¹⁴ MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. pp. 196-197.

²¹⁵ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. p. 469: “A *Strukturierende Rechtslehre* de Friedrich Müller dedica-se a estruturar e racionalizar o processo de concretização da norma, de modo que a atividade

assenta igualmente na rejeição da separação entre ser e dever ser, que opera na Teoria Estruturante do Direito a partir da compreensão dos elementos da norma que se fundam na realidade.

Na proposta metódica de Müller²¹⁶, o modelo de análise da estrutura da norma jurídica deverá levar em conta a correspondência mútua de dois elementos constitutivos distintos: (i) o programa da norma [*Normprogramm*] e (ii) o âmbito da norma [*Normbereich*]²¹⁷. Através da ação reciprocamente complementar entre estes dois elementos, em um processo *estruturado*, transforma-se “a norma jurídica em norma de decisão”, e o caso jurídico por decidir em um “caso jurídico decidido”²¹⁸. O *programa da norma* (em grande parte produzido a partir do texto), expressa o que tradicionalmente se chama de “comando jurídico”, o impulso de regulamentação, inerente a qualquer norma dotada de validade (positividade); o que, entretanto, não garante sua *normatividade*. Em face desta concretização, entra em jogo o *âmbito da norma* (somente parcialmente referido pelo texto), que se define, diz Müller, como “o recorte da realidade social na sua estrutura básica, que o programa da norma escolheu para si ou em parte criou para si como seu âmbito de regulamentação”²¹⁹; quer dizer, dentre todo o âmbito geral de regulamentação da prescrição jurídica (o conjunto insondável de possíveis situações a que a prescrição pudesse ser

interpretativa, deixada aberta pela tópica, possa com a racionalização “metódico-lógica”, ficar vinculada, não se dissolvendo por conseguinte o teor de obrigatoriedade ou normatividade da regra constitucional”.

²¹⁶ Parece-nos bastante clara a síntese realizada em CASTANHEIRA NEVES, Antônio. *Op. Cit.* pp. 322-323: “Operando com as distinções entre “texto normativo” (*Normtext*) e “norma” (a normatividade concreto-material obtida pela estruturada concretização) e entre o legal “programa normativo” (*Normprogramm*) e o correlativo e jurídico-social “domínio normativo” (*Normbereich*) também constitutivo da norma porque por ela intencionalmente referido, F. Müller pensa o concreto *judicium* jurídico como o resultado de um constitutivo processo normativo de concretização, que mobiliza estruturadamente (processo ou “método estruturante”) um conjunto de factores ou elementos metódico-jurídicos (“elementos de concretização”), a mais do texto normativo ou dos elementos hermenêuticos: os elementos dogmáticos e do respectivo domínio objectivo, elementos jurídico-teóricos, técnico-jurídicos, político-jurídicos etc”.

²¹⁷ MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. pp. 56-57.

²¹⁸ MÜLLER, Friedrich. *Discours de la méthode juridique*. p. 210.

²¹⁹ MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. p. 57.

pertinente), o âmbito normativo, de forma específica, será construído em cada caso com uma complementação. É relevante que estes dois elementos constitutivos da norma jurídica não guardam hierarquia entre si, sendo *na mesma medida* constitutivos da norma jurídica.

O programa normativo, como dito, é formado *principalmente* a partir da análise texto da norma. Carecerá, entretanto, de uma mediação com os elementos do caso, para que lhe venha a ser conferido um sentido jurídico materialmente determinado. O processo de concretização se inicia a partir da referência mútua do texto e do caso. A formulação do programa da norma, a partir do texto, carecerá de um caso (real ou fictício); e a formulação do âmbito da norma, desde os elementos do caso (mas não *reduzida* a eles), carecerá de uma perspectiva seletiva do programa da norma. Se isto é certo, a possibilidade de cerramento total do âmbito da norma *no texto legal* dependerá sempre do tipo de âmbito da norma a ser tratado naquele texto. Nas constituições em geral, por exemplo, pela combinação de sua abertura estrutural com seu específico objeto (instituição e garantia da ordem jurídica e da unidade política²²⁰), são diversas as hipóteses em que o âmbito da norma não permite sua clara e segura redução ao texto.

Isto ocorre porque os âmbitos das normas jurídicas podem ser, como ensina Müller, “gerados” ou “não-gerados” pelo direito²²¹, e isto determina as possibilidades de sua fixação dentro do texto legal. Se o âmbito da norma é a parcela do âmbito geral de regulamentação referida pelo programa da norma, e onde este se deverá aplicar, é a concreta natureza de tal realidade que determinará

²²⁰ Numa perspectiva bastante tradicional no constitucionalismo brasileiro, cf. HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. pp. 29 e ss.

²²¹ MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. p. 57.

as possibilidades de precisão para a sua referência textual (ele é sempre ao menos parcialmente referido pelo texto). O “ser” ou “não ser” gerado pelo direito refere-se exatamente à materialidade do âmbito da norma. Müller relaciona entre os exemplos de âmbitos de normas gerados pelo direito as prescrições relativas a prazos e as regras procedimentais e institucionais. Já entre os exemplos de âmbitos de norma não gerados pelo direito, o autor cita a prescrição da Lei Fundamental de Bonn que associa a atividade dos partidos políticos à “formação da vontade política do povo”²²².

As possibilidades de formulações satisfatórias do âmbito da norma no texto encontram exemplos também no âmbito do direito brasileiro. O preceito constitucional de que “*será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal*”²²³, apresenta um âmbito normativo totalmente gerado pelo direito e, assim, admite uma precisa formulação no texto da norma. Isto porque o programa normativo diz dever ser admitida uma “**ação privada**” em lugar de uma “**ação pública**” (figuras oriundas do direito processual penal), em certos “**crimes**” (em que também se deva já considerar a compreensão de elementos criados pelo direito penal), quando a ação pública não for intentada no “**prazo legal**” (e, portanto, no prazo estabelecido *pelo direito*). Logo, ficam circunscritas ao próprio ordenamento jurídico as condições de vazão do programa da norma, pelo que o âmbito normativo, neste caso, é bastante adiantado já no texto da norma.

Por outro lado, não apresentam possibilidade de segura redução textual dos âmbitos normativos (porque não gerados pelo direito) as disposições

²²² MÜLLER, Friedrich. *Discours de la méthode juridique*. p. 191.

²²³ Art. 5º, LIX.

constitucionais que dizem ser fundamentos da República Federativa do Brasil “**a dignidade da pessoa humana**”²²⁴ e “**o pluralismo político**”²²⁵. Em ambos os casos, como se pode ver, a determinação do conteúdo jurídico da prescrição na norma de decisão dependerá de uma referência a elementos da realidade social, a serem selecionados pelo programa da norma através de contribuições de outras ciências e de elementos que não fazem parte do ordenamento jurídico (mormente *textos de não normas*²²⁶), remetendo o intérprete “para fora” do texto legal, que é infecundo para a concretização do preceito.

Por derradeiro, é *parcialmente* redutível ao texto da norma — que Müller diz ser o que ocorre na maioria das vezes²²⁷ —, porquanto parcialmente formado pelo direito, o âmbito da norma da prescrição constitucional a dizer que “a propriedade atenderá a sua função social”²²⁸. Ora, é acessível ao operador do direito o conceito, formado nas bases do direito civil, de propriedade. Mas é bem mais difícil, por reclamar um aprofundamento na realidade, a definição de uma **função social** que o programa da norma exige atender. O âmbito normativo, ou seja, o campo de aplicação a que o programa da norma se destina, não poderá ser determinado satisfatoriamente sem a referência a uma tipologia *das funções* do direito de propriedade. O mesmo vale no caso do art. 225 da CF, quando se avalia a questão dos transgênicos²²⁹. Para a concretização do âmbito normativo indicado na expressão “proteção do meio-ambiente” é absolutamente imprescindível a

²²⁴ Art. 1º, III.

²²⁵ Art. 1º, V.

²²⁶ MÜLLER, Friedrich. *Discours de la méthode juridique*. p. 191. O autor refere, a este propósito, os exemplos do “casamento” e da “família”, protegidos por força do artigo 6, al. 1 da Lei Fundamental alemã. Tanto um termo quanto o outro se consubstanciam em realidades sociais, mas o direito, ademais, também apresenta uma configuração própria destas realidades (p. ex., enquanto *instituições*, no sentido de Savigny).

²²⁷ MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. p. 57.

²²⁸ Art. 5º, XXIII.

²²⁹ O exemplo é referido por MAGALHÃES, Marco Túlio Reis. *Sobre o caminho do constitucionalismo brasileiro no século XXI: considerações a partir do estágio atual da interpretação constitucional*. pp. 564 e ss.

consideração de “dados reais”, incluindo estudos técnicos e pareceres científicos sobre o tema. O âmbito normativo não é dado *no texto*, obrigando o operador do direito a selecionar os dados reais relevantes, ou seja, todos os fundamentos fáticos indispensáveis para a decisão, a critério do programa da norma que os refere também de maneira normativa.

Conseqüentemente, é esta tripla possibilidade de geração dos âmbitos das normas que delimita os parâmetros de pertinência do trabalho concentrado no texto da norma ou em recursos extra-jurídicos de concretização. Quando o âmbito de uma norma é criado pelo direito, e, portanto, mais precisamente formulado no texto da norma, a formulação lingüística será capaz de fornecer um substancial critério (mas nunca por si só suficiente) de fundamentação da resolução do problema. Ao contrário, em normas cujo âmbito seja materialmente criado, sendo apenas *referido* pelo direito (e pelo texto da norma), a contribuição do texto da norma será mais no sentido de fixar os limites de estabelecimento do programa da norma, também com base em recursos advindos do exterior do sistema constitucional, e muitas vezes, da própria ciência jurídica estritamente entendida²³⁰. Müller ressalta que são poucas as normas (especialmente entre as normas constitucionais) que proporcionam a redução do âmbito normativo no programa da norma. Daí que o raciocínio subsuntivo não seja e nem deva ser a regra.

Com o que já se consignou a respeito da natureza estruturada da normatividade jurídica, cumpre encerrar esta seção concluindo que, no âmbito da

²³⁰ Cf. BRONZE, Fernando José. *A metodonomologia entre a semelhança e a diferença*. p. 160: “E que nos permite concluir esta primeira alusão ao pensamento de Müller, com a observação de que a interpenetração dos mundos da vida e do direito – e da historicidade de ambos -, que assim, no fundo, se sublinha, traduz o reconhecimento da imbricação do direito na prática e desvela o pressuposto nuclear da sua analógica reconstituição”.

Teoria Estruturante do Direito, não há lugar para uma distinção entre regras e princípios²³¹ — distinção, aliás, em que assenta grande parte do anti-positivismo. Ambos, como normas que reconhecidamente são, partilham a mesma estrutura e, assim, os mesmos critérios de construção de sua normatividade. Uma diferenciação metodicamente orientada leva pura e simplesmente à constatação de serem as regras e princípios diferentes *tipos de texto de norma*. Não obstante, as normas de decisão vazadas em qualquer dos casos deverão considerar os mesmos aspectos (tanto os elementos do programa normativo quanto os do âmbito normativo) e atender às mesmas exigências metódicas (próprias do Estado Democrático de Direito).

3.2.3.2 Metódica jurídica estruturante

Até aqui, além de ter sido traçado um panorama do juspositivismo, descreveram-se alguns pressupostos teóricos de sua revisão, a saber:

- a) A norma constitucional propriamente dita não se encontra suficientemente definida no texto constitucional;
- b) O "sentido" de uma norma constitucional não é algo jacente, a ser extraído ou captado, mas sim a resultante de uma ativa relação hermenêutica. Müller diz expressamente que conceitos jurídicos não possuem qualquer significado. É neste sentido que ele incorpora os jogos de linguagem de Wittgenstein, ao dizer que o significado de uma

²³¹ Sobre o tema, no bojo da metódica estruturante, ver BORNHOLDT. Rodrigo Meyer. *Metódica estruturante e refutação dos princípios*. Por outro lado, mesmo em uma posição declaradamente positivista, ver DIMOULIS, Dimitri. *Op. Cit.*, p. 61.

palavra é dado pelo seu uso social²³². A interpretação positivista, porém, ainda acredita num sentido inato, a ser captado através dos métodos de interpretação;

c) “Ser” e “dever ser” não são grandezas separadas, de sorte que a norma jurídica e a realidade são “reciprocamente complementares”, a norma jurídica é um “fenômeno composto de linguagem (textos de normas amplamente *concretizados* = *o programa da norma*) e fatos (*filtrados* pelas diretrizes do programa da norma)”;

d) O ato normativo concreto (o efetivo “decidir” problemas constitucionais) é uma atividade essencialmente construtiva, e não meramente declaratória²³³.

3.2.3.2.1 Concretização e interpretação

Se, de fato, a *norma* não é suficientemente dada no *texto da norma*; se o intérprete efetivamente constrói um sentido (e não meramente o declara); se o texto e a realidade se interpenetram; então parece claro que a própria existência concreta da norma será umbilicalmente ligada ao contexto histórico e social de sua compreensão e, por conseqüência, de sua concretização. A normatividade, perdoe-se a insistência, não é uma propriedade do texto da norma, mas apenas da norma jurídica e da norma de decisão. A norma jurídica e a norma de decisão, por sua vez, surgem apenas no processo de concretização. Evidencia-se, assim, a inerente *temporalidade da normatividade*. Com isso, por exemplo, a “abertura” de uma norma

²³² MÜLLER, Friedrich. *Direito - linguagem - violência*. pp. 36-38.

²³³ Os pressupostos citados encontram-se em MÜLLER, Friedrich. *O novo paradigma do direito*. pp. 283-285.

constitucional, no dizer de Canotilho²³⁴, "significa, sob o ponto de vista metódico, que ela comporta uma delegação relativa aos órgãos concretizadores". Quer dizer, os efetivos métodos de trabalho do jurista, não só pela convicção teórica, mas, sobretudo, pela problemática específica do direito moderno (geralmente permeada de componentes político-sociais), serão vetores em que se pautará a concretização (e, portanto, a *normatividade*) das prescrições jurídicas²³⁵.

Daí que, a norma jurídica, embora não completamente *criada no* processo histórico-concreto de sua realização, resta totalmente *dependente dele*²³⁶. Os elementos teóricos que fundamentam e embasam a *normatividade* do direito são referentes à sua *metódica*, com vistas à sua *concretização*²³⁷. Em termos mais precisos: as questões referentes à metódica do direito são efetivas questões propedêuticas, no sentido aqui proposto, e balizam, portanto, o grau de *efetividade* da Constituição²³⁸. Se de fato, como assevera Müller, "questões de método são questões materiais"²³⁹, afigura-se claro que, ao tomar a interpretação do texto das normas como instância única da efetiva concretização, fica ocultada boa parte da real e edificante experiência jurídica. A norma jurídica é composta por dados lingüísticos (os *Sprachdaten*, mais fecundos à formação do programa da norma) e dados reais (os *Realdaten*, pertinentes já ao âmbito da norma, embora sob a lupa do

²³⁴ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Op. Cit.*. p. 1145.

²³⁵ MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. p. 54.

²³⁶ CASTANHEIRA NEVES, Antônio. *Op. Cit.*, p. 32: "E tanto basta para compreendermos qual a verdadeira natureza normativamente constituinte da experiência jurídica jurisdicional. Se lhe é inegável uma criação normativo-jurídica — a criação justamente resultante da mediação jurídico-decisória, que não é dedução ou mera aplicação, mas judicativa ponderação de constituinte concretização —, também não lhe corresponde uma deliberada e explícita inovação, aquela deliberada e explícita inovação que vimos própria da criação jurídica legislativa".

²³⁷ Cf. HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. p. 61: "O intérprete não pode compreender o conteúdo da norma de um ponto situado fora da existência histórica, por assim dizer, arquimédico, senão somente na situação histórica concreta, na qual ele se encontra, cuja maturidade formou seus conteúdos de pensamento e determina seu saber e seu (pré)juízo."

²³⁸ Entre outros, ver HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. pp. 22 e ss.

²³⁹ MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do Direito Constitucional*. p. 67.

programa da norma). O texto não é a “única instância” do processo de concretização. A questão que se coloca é: de que forma os dados reais devem ser incorporados a norma jurídica? A metódica objetiva disciplinar este processo, ao qual Müller chama *concretização*.

Na metódica estruturante de Friedrich Müller, nem a norma jurídica geral e abstrata [*Rechtsnorm*], e muito menos a *norma de decisão*²⁴⁰ [*Entscheidungsnorm*], podem ser deduzidas antes do processo de concretização — bem ao contrário, o enfoque de Müller é indutivo. À dicotomia secular entre norma e realidade é, assim, oferecida uma concepção alternativa calcada na interdependência entre ambas (com a norma fazendo parte da realidade regulada, e vice-versa). Norma e texto da norma não são aqui termos identificáveis, sendo aquela algo mais complexo que este, já que resultante de elaboração estrutural em conjunto com a realidade. Ademais, deve-se evitar que o pensamento jurídico se oriente nem por uma suprema orientação pelos fatos e nem por uma normatividade destituída de realidade²⁴¹. De um lado, a metódica estruturante enfatiza a imprescindibilidade do texto da norma: o processo de concretização deve partir do texto da norma, eis que este possui legitimidade democrática. De outro lado, a

²⁴⁰ *Idem*, p. 64.

²⁴¹ Cf. BRONZE, Fernando José. *A Metodonomologia entre a semelhança e a diferença*. pp. 516-517. A citação é longa, mas nos parece imprescindível: "Se do positivista radical (que pretende ser possível a dedução lógica da decisão de normas pré-escritas) se pode dizer, perdoe-se-nos a insistência, que confia demais na premissa maior, o voluntarista mais ou menos disfarçado (para quem a solução dos casos particulares e concretos não está - nem *pre-facta*, nem *per-fecta* - nas regras gerais e abstractas, pelo que se subtrai de todo à "ratio", sendo apenas imputável à "voluntas") faz lembrar "aquele que desenha o alvo em redor do ponto por onde a bala previamente entrou e depois assevera ter acertado na ... 'mouche'". Este último cai no conhecido paralogismo sintáctico da conclusão precipitadamente arriscada, trocando a cegueira teórica do positivista por um não menos unilateral e insuficiente arbítrio pragmático. Estamos perante duas atitudes de inspiração diversa, mas ambas igualmente ingênuas. No fundo, o que qualquer deles de todo incompreende é a incidível complementaridade de uma dimensão dogmática (*empobrecedoramente* hipertrofiada pelo primeiro - pois que a reduz à zona coberta pelas normas do sistema) e de uma vertente problemática (*desfocadamente* absolutizada pelo segundo - uma vez que pretende apreendê-la e solucioná-la em termos estritamente voluntaristas) no complexo processo da realização concreta do direito, apagando, portanto, os pólos da específica racionalidade aqui interveniente".

metódica não fecha os olhos aos dados reais. Ao contrário, a metódica objetiva exatamente uma inserção *controlada* dos dados reais no processo de decisão. Müller não aponta para uma normatividade fática pura e simples²⁴². Antes indica que uma norma jurídica, embora não seja dependente do caso, *refere-se a ele*²⁴³. A normatividade de uma prescrição em relação a um caso deveria, então, ser produzida pelo próprio caso²⁴⁴. Assim, por exemplo, decisão jurídico-concreta de que incida ou não o direito fundamental à inviolabilidade do domicílio (CRFB, Art. 5º, XI) sobre certa situação dependerá essencialmente da moldura fática que se apresente²⁴⁵. Por outro lado, a distinção entre os *delitos de perigo abstrato* e *delitos de perigo concreto*, no âmbito do direito penal alemão, representa um importante fator na concretização das normas repressivas, a demonstrar a dependência da decisão judicativa, além da moldura fática, dos "elementos teóricos gerais da ciência jurídica"²⁴⁶.

Demonstra-se com isto a maior adequação do termo *concretização* do que do termo *interpretação* para designar a tarefa prática do jurista. Note-se que, sob o prisma filosófico, o "conteúdo" de uma norma não reside somente em seu texto. Note-se também que, sob o prisma juspolítico, as competências delineadas na

²⁴² MÜLLER, Friedrich. *Discours de la méthode juridique*. pp. 195-197.

²⁴³ Cf., neste sentido, CASTANHEIRA NEVES, Antônio. *Op. Cit.* p. 324: "Por outros termos: o sentido que se possa admitir em abstracto e hipoteticamente na norma vê-se submetido à "experimentação" da problemática realização jurídica em concreto e só através desta experimentação obtém a norma o sentido normativo concretamente decisivo. A interpretação jurídica consuma-se, pois, na realização concreta e é metodologicamente indivisível dessa normativa realização. Pelo que em vão se pretenderá definir em abstracto o sentido do texto da norma, os limites dos sentidos jurídicos possíveis, para demarcar vinculantemente por esses limites o âmbito objetivo da interpretação".

²⁴⁴ MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. p. 64.

²⁴⁵ Esclareça-se melhor a questão posta: independentemente do fato de que a pertinência da cláusula de inviolabilidade do domicílio dependa de condições constitucionalmente previstas (ausência de ordem judicial, não cometimento de delito em situação de flagrância etc.), refere-se fundamentalmente à *violação* de um *domicílio*, que somente neste "âmbito normativo" se aplica. O fato de um domicílio ter sido ou estar na eminência de ser violado é que reclamará a incidência do direito fundamental e a efetivação da tutela jurídica específica.

²⁴⁶ SCHROTH, Ulrich. *Op. Cit.* p. 397.

Constituição "não são competências para a "explicação" [*Auslegung, Interpretation*], "recapitulação" [*Nachvollzug*] de textos de normas"²⁴⁷, mas sim competências para a efetiva concretização jurídica, para a resolução do caso concreto e, por conseqüência, para o vazamento da violência estatal. A interpretação do texto possui uma função restrita. A norma não é formada apenas por "dados lingüísticos", logo não se pode simplesmente falar em "interpretação", ou em "interpretação aplicadora".

Ademais, é justamente no quadro de uma recíproca complementação com o caso que emerge a conclusividade ou inconclusividade de uma prescrição jurídica, e não no grau de clareza do texto²⁴⁸. Müller ressalta que a maior ou menor dificuldade de concretização não resulta da vagueza do texto, mas da *estrutura da norma jurídica*, sobretudo da diferença entre os âmbitos normativos – gerados ou não pelo direito. Assim vistas as coisas, o objeto do ato judicativo, resultante na norma de decisão, é dizer de forma *normativamente orientada* o que prescreve o direito para o caso concreto. O problema a ser resolvido é o de se comprovar e embasar a conexão material que se construirá entre os textos de norma pertinentes e os elementos seletos no conjunto de fatos, devendo fundamentá-la, para que seja inserida num processo de verificação e conformação social, atendente dos ditames elementares do Estado Democrático de Direito. Este processo deve partir dos dados lingüísticos pertinentes e desembocar na norma de decisão individual e concreta²⁴⁹, como se passa a ver pormenorizadamente.

²⁴⁷ MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*, pp. 66-67.

²⁴⁸ *Idem*, p. 61.

²⁴⁹ Cf. ADEODATO, João Maurício. *Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. p. 249. O professor da Faculdade do Recife sintetiza o percurso sugerido por Müller da seguinte forma "Sprachdaten, Realdaten, Normtexte, Fallanzählung, Sachverhalt, Sachbereich, Fallbereich, Normprogramm, Normbereich, Rechtsnorm e Entscheidungsnorm". Cf. também MÜLLER, Friedrich. *Discours de la méthode juridique*. p. 226.

3.2.3.2.2 Processo de concretização e regras de preferência

O percurso pelos elementos principais da concretização foi exemplificado por Müller por meio de um fluxograma²⁵⁰, que parte já dos elementos propriamente componentes da metódica jurídica. Antes deles, contudo, há que se considerar a pré-compreensão do jurista, formada a partir de dados brutos de origem lingüística e não lingüística, i.é., de dados reais [*Realdaten*] e de dados lingüísticos [*Sprachdaten*]. Estes são os chamados “dados de entrada” no processo de concretização. Sob estes dados de entrada, o jurista confronta a “massa dos textos de normas” [*Normtextmenge*], que são crivados por sua pré-compreensão, que leva em conta dados reais e dados lingüísticos relevantes. De outro lado, o “relato leigo do caso” [*Fallerzählung*], permeado também pela atividade profissional do jurista e pelos mesmos dados reais e lingüísticos, resultará nas “circunstâncias da espécie” [*Sachverhalt*]. Esta fase preliminar — de mobilização dos dados reais, dos dados lingüísticos, da massa dos textos de normas e do relato leigo do caso — permite que o processo efetivo de concretização possa ter início.

Traduzindo os termos para o português, temos: dados lingüísticos, dados reais, textos de norma, relato (leigo) do caso, circunstâncias (juridicamente relevantes) da espécie, âmbito da matéria, âmbito do caso, programa da norma, âmbito da norma, norma jurídica e norma de decisão. Cumpre referir duas coisas a respeito. Em primeiro lugar, os dois primeiros elementos (os dados reais e os dados lingüísticos) são “dados de entrada”, não propriamente jurídicos, para o processo de concretização. Eles fazem parte da pré-compreensão do trabalhador jurídico, e não dos elementos próprios da metódica estruturante. Em segundo lugar, a tradução do termo *Sachverhalt* apresenta variações no Brasil. Adotou-se aqui a tradução proposta por Olivier Jouanjan para a tradução francesa da *Juristische Methodik*, ou seja, “circunstâncias da espécie” [*circosntances de l'espèce*]. O professor Adeodato, no trecho que citamos, traduz o termo como “conjunto de matérias”. Peter Naumann (cf. *Métodos de trabalho do direito constitucional*, p. 53) propõe a tradução do termo como “conjunto de fatos”. Rodrigo Meyer Bornholdt (*Métodos para resolução do conflito entre direitos fundamentais*, p. 27) opera já a tradução de *Sachverhalt* como “estado de coisas”. Nossa opção deve-se ao fato de que o *Sachverhalt* representa a composição da pré-compreensão do jurista (vazada nos *Realdaten* e nos *Sprachdaten*) com o relato leigo do caso [*Fallerzählung*], resultando nas circunstâncias gerais do caso por ele visto, sem ainda a seletividade do que, de alguma forma, é juridicamente relevante (a ocorrer no *Sachbereich*), nem do que é relevante para a configuração do caso concreto (a ocorrer no *Fallbereich*), e nem do que foi *in concreto* recortado, a partir da concretização, pelo programa da norma (a formar, *in fine*, o *Normbereich*).

²⁵⁰ MÜLLER, Friedrich. *Discours de la méthode juridique*. p. 228. O elemento gráfico, segundo nota que o acompanha, é de autoria de Lothar H. Fohmann. O procedimento está descrito por Müller nas pp. 345-347. Os parágrafos seguintes, em que se esboçam as fases do processo de concretização, são inspirados por estes trechos.

A fase subsequente — a primeira marcadamente integrante da metódica — é concentrada na análise e na complementação recíproca entre as “circunstâncias da espécie” e a “massa dos textos de normas”. Müller designa esta fase como “formação e rejeição de hipóteses relativas aos textos de normas e aos fatos”²⁵¹. De um lado, o jurista selecionará as prescrições jurídicas *efetivamente* pertinentes ao caso, diante da constelação de prescrições jurídicas existentes (massa de textos de norma em vigor), chegando a um ponto de partida no que se refere ao(s) texto(s) de norma [*Normtexte*] a trabalhar. De outro lado, paralelamente à seleção do texto(s) de norma pertinente(s) — e em virtude destas hipóteses textuais —, o jurista deverá depurar as “circunstâncias da espécie” até aquilo que juridicamente interessa (aos textos de norma selecionados), pelo que formará o “âmbito da matéria” [*Sachbereich*], isto é, o conjunto de fatos diferentemente afetados pelas prescrições jurídicas.

A segunda fase da concretização, estando já o operador do direito seguro em relação aos textos de norma e ao âmbito da matéria, é chamada de fase da “interpretação (formação e rejeição), de hipóteses relativas ao programa normativo”. Reduzindo os elementos principais do âmbito da matéria até aqueles que estão efetivamente em jogo no caso concreto, o jurista chega ao “âmbito do caso” [*Fallbereich*]. A partir disso, tem lugar a análise dos textos de norma com os elementos sistemáticos, genéticos, históricos e teleológicos, além dos elementos metodológicos, dogmáticos, teóricos e de política jurídica. Esta análise deverá conduzir ao “programa da norma” [*Normprogramm*].

²⁵¹ *Idem, ibidem.*

A terceira fase do processo de concretização tem lugar com a formação do programa da norma e do âmbito do caso, quando o jurista já pode recorrer ao primeiro para “recortar” do segundo os elementos que “escolheu para si ou em parte criou para si” como seu espaço de regulamentação — esta terceira fase é, portanto, dedicada à análise do “âmbito da norma” [*Normbereich*]. Como já se disse, os fatos são selecionados sob o critério do programa da norma que os refere, formando o âmbito da norma, devendo a conexão entre ambos, formada nesta fase, ser devidamente fundamentada na decisão. O âmbito do caso não será necessariamente pertinente em todos os seus elementos, e a “seleção” deverá incluir ou excluir o conhecimento de elementos de fato — o que frisa a necessidade de uma devida fundamentação.

Chegando a este ponto, partirá o operador do direito para as duas fases finais da concretização. Em primeiro lugar, ele levará a efeito uma “síntese da norma jurídica”, em que operará com a complementação recíproca entre “âmbito da norma” e “programa da norma”, disso resultando uma “norma jurídica” [*Rechtsnorm*] geral e abstrata. Logo após, ele partirá para a fase de “decisão do caso”, na qual se forma a “norma de decisão” [*Entscheidungsnorm*] individual e concreta, e em que se transforma o caso jurídico em caso decidido, a partir do confronto e da complementação finais entre os dados provenientes do sistema jurídico e os dados provenientes da realidade.

Como visto, a fase do processo relativa à formação do programa da norma é a única entre os passos da metódica estruturante que pode ser de alguma maneira cotejada com a hermenêutica tradicional, uma vez que esta última

desconhece ou nega o papel do “âmbito da norma” (e dos elementos que concorrem em sua composição), e, com isso, os demais momentos da concretização. Todavia, no estabelecimento da norma de decisão concorrem diversos *elementos* de concretização — não mais *métodos*, mas *elementos*²⁵²: (i) *metodológicos* (cânones savignyanos, interpretação teleológica, princípios de interpretação constitucional, concordância prática, interpretação conforme a constituição e, por fim, unidade da constituição), (ii) do *âmbito da norma* e do *âmbito do caso* (seja ele gerado ou não pelo direito), (iii) *dogmáticos*, (iv) *teóricos*, (v) de *técnica de solução*, e, ainda, (vi) de *política jurídica* e de *política constitucional*.

Müller propõe a diferenciação dos elementos de concretização em dois grupos distintos²⁵³. Num primeiro grupo, estão os *elementos de tratamento do texto da norma* — que são relacionados, todavia, com a interpretação de textos de não-normas. Por isso, em formulação mais precisa, trata-se dos elementos que lidam com os componentes lingüísticos de uma norma jurídica. Num segundo grupo, alojam-se os elementos que lidam com o percurso que vai das circunstâncias da espécie até o âmbito da norma, ou seja, os elementos que não são referidos ao tratamento de textos (sejam eles normativos ou não). Cuida-se da parte da concretização referida à parcela da realidade que é também constitutiva da normatividade jurídica, do trabalho jurídico a partir da matéria de fato (sem jamais reconhecer-lhe valor autônomo). Segundo Müller, o positivismo não seria capaz de compreender nem uma dimensão nem outra. A dimensão problemática, já se viu, seria uma pergunta respondida pela sua negação. Já a dimensão de interpretação do texto, por sua vez, teria sido analisada de forma igualmente simplificada.

²⁵² MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*, p. 69.

²⁵³ *Idem*, p. 70.

Entre os elementos de análise lingüística, Müller inicia pelas regras tradicionais da interpretação, que são os elementos gramatical, sistemático, genético, histórico e teleológico de análise da prescrição jurídica. O ponto de partida contumaz da concretização, diz Müller, é o sentido literal [*Wortsinn*] da prescrição, de sorte que o elemento gramatical entra em jogo de plano, sendo mais fecundo, como se viu, de acordo com a conclusividade do texto de norma (e, portanto, do tipo de norma)²⁵⁴. O elemento gramatical preside a formação dos limites da eficácia de determinação e da eficácia de limitação do texto da norma, mas não o faz de forma isolada. Os demais elementos são indissociáveis entre si e do elemento gramatical. De um lado, eles também são referidos quase invariavelmente a textos (embora às vezes a textos de não-normas ou textos de normas não vigentes), de sorte que a necessidade de interpretação gramatical persiste. De outro lado, a prática da utilização dos cânones demonstra que eles estão entrelaçados. Para que o operador do direito possa valer-se de critérios sistemáticos, por exemplo, deverá aplicar às prescrições trazidas à baila os mesmos elementos aplicáveis à prescrição principal. Já o elemento teleológico só seria admissível na medida em que pudesse ser comprovado e documentado com a concordância dos demais elementos²⁵⁵. Ainda no plano dos elementos de análise lingüística, e referindo os elementos metodológicos *strictiore sensu*, Müller menciona as outras regras tradicionais de interpretação (*in claris cessat interpretatio*, interpretação restritiva de normas de exceção etc.)²⁵⁶ e os princípios da interpretação constitucional²⁵⁷. O professor de Heidelberg conclui, no caso das primeiras, que são totalmente dependentes dos demais elementos de análise de textos — até porque é necessário saber se se trata

²⁵⁴ *Idem*, pp. 74-75.

²⁵⁵ *Idem*, pp. 77-78.

²⁵⁶ *Idem*, p. 80.

²⁵⁷ *Idem*, pp. 81 e ss.

de uma prescrição “clara” ou “de exceção” —; e, no caso dos segundos, que se cuidariam de subcasos dos cânones de interpretação dos textos, vazados na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal.

Em complemento, Müller refere os elementos do âmbito do caso e do âmbito da norma. Estes elementos são relativos à reformulação pretendida pela apreensão da estrutura da norma jurídica, e são produzidos pela diferenciação, fundamentação e exposição do âmbito da matéria, do âmbito do caso e do âmbito da norma. Ao contrário do que apregoa o positivismo jurídico, a análise dos elementos do âmbito da norma reclamará a incessante interveniência de pontos de vista oriundos de outros domínios do saber. Os elementos que Kelsen classificou como “impurezas”, e que foram classificados pelos positivistas mais modernos de “não-jurídicos”, serão aqui muito bem vindos, auxiliando o jurista a construir, desde um relato leigo do caso, o âmbito da norma²⁵⁸.

Cumprir referir, ainda, os elementos dogmáticos, de técnica de solução, de teoria e de política do direito e da constituição. Estes elementos têm em comum, aforada a sua comprovada utilização na práxis decisória, duas características. Partilham, em primeiro lugar, o destino de todos os demais elementos do processo, na medida em que precisam de trabalho jurídico [*Rechtsarbeit*] para sua operacionalidade, não estando prontos para utilização. E, em segundo lugar, eles não se apresentam enquanto posturas vinculantes, uma vez que carecem de normatividade própria, e, em sua maioria, referem-se somente de maneira parcial aos textos de norma democraticamente dados²⁵⁹.

²⁵⁸ *Idem*, p. 90.

²⁵⁹ *Idem*, pp. 91-97.

Esta estruturação da norma jurídica e de seu processo de concretização pressupõe necessariamente algum critério de prioridade entre os elementos de tratamento do texto da norma e os elementos de análise do âmbito da norma. Trata-se aqui de resolver os conflitos²⁶⁰ que possam surgir entre estas duas espécies de elementos. O pensamento de Müller é estruturado, neste tópico, basicamente em “regras de preferência”. Pautam-se estas últimas em dois argumentos básicos: (i) deve-se levar em conta que os limites da metódica do direito constitucional são em grande parte decorrentes da própria Constituição (devido processo legal, garantia do direito adquirido, princípio da legalidade etc.); (ii) os elementos da concretização não referidos diretamente aos textos de normas não têm necessária e irrefutável força vinculante, devendo ceder aos elementos imediatamente referidos ao texto da norma. Isto encontra justificativa nos próprios imperativos do Estado de Direito contemporâneo.

Assim, em caso de conflito, postula Müller que devam prevalecer os elementos normativamente orientados em relação aos demais²⁶¹. Logo, entre os elementos *strictiore sensu*, os elementos gramaticais e sistemáticos (diretamente referidos a textos de normas) devem ter precedência sobre os demais (não referidos a textos de normas). Em caso, por outro lado, de conflito entre os elementos sistemáticos e gramaticais, ou entre estes e os elementos do âmbito da norma, a função limitadora do texto da norma impende que os elementos gramaticais tenham precedência — mesmo no caso dos elementos do âmbito da norma, que estão em pé de igualdade com os do programa da norma, a eficácia de limitação é sempre uma decorrência do caráter textual do Estado de Direito.

²⁶⁰ Müller (*idem*, p. 99) definirá o conflito como “oposição frontal entre aspectos fecundos no caso individual”.

²⁶¹ *Idem*, pp. 99 e ss. e 112 .

Em linhas gerais, os elementos de política jurídica e constitucional, e bem assim os elementos dogmáticos, os princípios de interpretação constitucional e os elementos de técnica de solução são produto da racionalidade jurídica: de nenhuma forma, como dito, podem ser vetores efetivamente vinculantes do processo de concretização, especialmente se confrontados com a eficácia de limitação do texto da norma. Os conflitos entre elementos não normativos não têm solução normativamente orientada, exigindo-se a devida fundamentação e exposição por parte do jurista — até porque, como ocorre nos casos de falta de força enunciativa das prescrições, a solução pode estar no reconhecimento de que não há texto de norma no sentido que o caso reclama (como na doutrina americana da *political question*)²⁶².

²⁶² *Idem*, p. 107. O autor refere-se ao posicionamento, também visto sob a denominação de “judicial self-restraint”, no qual as cortes reservam certas questões para o plano do debate político, excluindo possibilidade de decisão jurídica sobre o tema.

4 O PÓS-POSITIVISMO NO BRASIL — ANÁLISE A PARTIR PROPOSTA DE LUÍS ROBERTO BARROSO

4.1 Razões da escolha do referencial

Luís Roberto Barroso é um pioneiro na hermenêutica constitucional no Brasil. Já na introdução ao livro *Interpretação e aplicação da Constituição*, no período em que sua presença na hermenêutica constitucional se consolidou, o autor menciona a novidade de sua investigação, ao averbar que, “a interpretação constitucional no Brasil era um tema a espera de um autor”²⁶³. Além de uma temática à época inovadora, foi Barroso quem ajudou a difundir no debate brasileiro várias das tendências internacionais que hoje povoam a bibliografia pátria — assim com a distinção entre regras e princípios, o tratamento dos princípios específicos de interpretação constitucional, a utilização da técnica da ponderação, etc.. Para isso contribuiu, talvez, seu confesso “sincretismo metodológico”, que foi capaz de unir elementos hermenêuticos provenientes de tradições distintas (essencialmente da estadunidense e da releitura ibérica do pensamento jurídico alemão), ampliando as referências para o tratamento da hermenêutica constitucional e proporcionando uma pessoal visão panorâmica das tendências de seu tempo²⁶⁴.

²⁶³ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. p. 3. Na edição utilizada para o presente estudo, o autor mantém, com razão, a passagem da introdução que mencionamos (ainda da primeira edição, de 1996). Acresce, contudo, nota de rodapé com exemplos de obras posteriores que considera representativas sobre o tema.

²⁶⁴ A este respeito, são de se ver as observações de Virgílio Afonso da Silva, para quem o sincretismo não é capaz de fornecer uma proposta satisfatória de concretização da Constituição, máxime porque os pontos de vista içados de cada teoria unitária podem perder totalmente o sentido fora de seus contextos de criação e exposição. Cf. SILVA, Virgílio Afonso da. *Interpretação constitucional e sincretismo metodológico*. pp. 133-136. Barroso respondeu a estas observações (embora não tenha sido diretamente mencionado no artigo do professor paulistano) em nota de rodapé constante de um artigo dedicado ao *neoconstitucionalismo* — publicado, aliás, também em obra coletiva dedicada a homenagear Friedrich Müller (aqui já mencionada) —, em que diz ser impossível e indesejável, na prematura situação da doutrina brasileira, a negação do sincretismo. Para ele, no ambiente brasileiro “não é possível utilizar modelos puros, concebidos alhures, e se esforçar para viver a vida dos outros.” Cf. BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e transformações no direito constitucional*

Dentre outros autores que optaram pelo caminho deste sincretismo²⁶⁵, sem prender-se a uma específica abordagem do tema, certamente Barroso é o que alcançou maior repercussão no cenário nacional. Além do pioneirismo que se vem de mencionar, sua obra em geral é marcada por uma clareza de exposição que a bibliografia brasileira não documenta com freqüência. Como advogado que freqüentemente milita perante o Supremo Tribunal Federal (em causas relevantes)²⁶⁶, o autor se destaca em sua área também como docente, conferencista e doutrinador.

Importante para o presente estudo é o fato de que o professor carioca inclui a *Nova Interpretação Constitucional* no quadrante pós-positivista²⁶⁷ — na acepção do termo que tem sido disseminada no Brasil, e que difere da proposta da Teoria Estruturante do Direito. O pensamento de Barroso, por sinal, reúne características que o tornam particularmente interessante como objeto de estudo. Trata-se de (i) um autor amplamente reconhecido no país e que (ii) apresenta uma proposta declaradamente pós-positivista — mas distante, em muitos aspectos, do pós-positivismo da Teoria Estruturante do Direito. Além disso, Barroso exerce clara influência na produção intelectual gerada a partir do da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, sendo evidente o diálogo com juristas como Daniel Sarmento e Ana Paula de Barcellos²⁶⁸. Não se cuida aqui, portanto, de uma pura e simples

contemporâneo. p. 488, nota n. 20. Parece-nos que o sincretismo fica prejudicado em virtude da visão aqui apresentada, em que a metódica a ser proposta decorre de uma específica teoria da norma jurídica que lhe subjaz.

²⁶⁵ Por todos, COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*.; BULOS, Uadi Lammêgo. *Manual de interpretação constitucional*.

²⁶⁶ Como, entre os exemplos recentes, na ADPF n. 54, sobre a possibilidade de aborto legal de fetos com constatada anencefalia, para além das possibilidades já reconhecidas no Código Penal.

²⁶⁷ Entre diversas outras passagens, vide BARROSO, Luís Roberto. *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)*. p. 42.

²⁶⁸ As relações entre os autores estão documentadas em BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. s. p., no item pré-textual dedicado aos autores que participaram da obra.

amostragem entre os autores brasileiros, mas de uma opção por uma posição representativa dentro do campo em que está situada.

Não se quer aqui analisar cada um dos autores que escreve a respeito da hermenêutica constitucional no país. Pretende-se, tão somente, comparar o pós-positivismo de Friedrich Müller com outra proposta dita pós-positivista, de linhagem brasileira. Note-se que ainda faltam entre nós comparações deste tipo, que podem dar relevante contribuição à análise do “pós-positivismo à brasileira”. Dimitri Dimoulis já efetuou um levantamento bibliográfico do pós-positivismo brasileiro, na obra já mencionada alhures. Dimoulis, porém, preocupou-se mais com a parte conceitual do que com a metódica — procurando trabalhar nos moldes de sua concepção do direito, já que empreende uma defesa do positivismo jurídico. A *comparação* entre o pós-positivismo da Teoria Estruturante do Direito e o de Barroso é tanto mais interessante pelo fato da obra de Friedrich Müller também fazer parte do “sincretismo metodológico” do autor brasileiro²⁶⁹.

²⁶⁹ O professor Barroso aceita, por exemplo, a separação entre norma e texto de norma — embora a inclua em um contexto de utilização em que sua operacionalidade se reduz consideravelmente, porquanto tal separação não pressupõe a absorção igual dos elementos de teoria na norma que a embasam — cf., neste sentido, *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)*. p. 41; cf. tb. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. pp. 194-195 — neste último texto, o autor dedica uma seção à diferenciação entre “dispositivo”, “enunciado normativo” e “norma”. Da mesma forma, utiliza a proposta do professor de Heidelberg (sempre de forma sincrética) para definir a natureza da interpretação constitucional, cf. *Interpretação e aplicação da Constituição*. pp. 4-5, nota n. 5. Há ainda, em sua publicação mais recente, referências a Müller, cf. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. pp. 270; 280, nota n. 25 e 307. No seu artigo constante da coletânea em homenagem a Friedrich Müller, o professor Barroso averba que “a obra do homenageado (...) é marco obrigatório ao estudo da nova interpretação constitucional e de seus desenvolvimentos”, cf. *Neoconstitucionalismo e transformações no direito constitucional contemporâneo*. p. 489, nota n. 21.

4.2 Síntese da proposta de Barroso

Embora a “interpretação constitucional” seja um tema transversal na obra de Luís Roberto Barroso, as suas constatações mais atuais e as suas propostas mais voltadas ao pós-positivismo encontram-se no *post scriptum* constante da 5ª edição de *Interpretação e aplicação da Constituição*, sob o título *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro*²⁷⁰. Este estudo, que atualmente integra o livro (sendo sua parte IV), foi reproduzido total ou parcialmente em outras obras, como em *A nova interpretação constitucional*²⁷¹, organizada por Barroso, e, de forma fragmentada, em seu recente *Curso de direito constitucional contemporâneo*²⁷². Também integra a coletânea *A nova interpretação constitucional — e, posteriormente, o novo Curso —*, outro texto igualmente importante para a compreensão da sua proposta: o artigo publicado em parceria com Ana Paula de Barcellos, intitulado *O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro*²⁷³.

Para comparar as coordenadas metódicas dos pós-positivismos de Müller e Barroso, não importará aqui analisar os pormenores de cada “elemento de interpretação”, mas sim as condições de princípio, alusivas ao Estado de Direito, em que se deve realizar a concretização em cada proposta. E, neste sentido, cumpre dizer que os objetivos declarados por Barroso são tipicamente pós-positivistas (e

²⁷⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. pp. 303 e ss.. Atualmente, o texto do professor integra a parte IV do livro, com dois capítulos, intitulando-se *Pós-positivismo e a nova interpretação constitucional*. O primeiro capítulo leva o nome anterior do *post scriptum*, e o segundo designa-se *A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro*. Vide a 6ª edição, 4ª tiragem, de 2008.

²⁷¹ BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional*. pp. 1-48.

²⁷² BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. pp. 239 e ss.; 247 e ss..

²⁷³ BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional*. pp. 327-378. Reproduzido, também de forma fragmentada, em *Curso de direito constitucional contemporâneo*. pp. 316-341.

não anti-positivistas) — na medida em que ele se preocupa tanto com a participação dos elementos da realidade na construção do direito como com os limites da “discrecionabilidade do intérprete”²⁷⁴. Parece, entretanto, haver uma hipertrofia do nível de preservação que o autor atribui aos postulados do positivismo jurídico — na medida em que sua proposta acaba por não transcender o positivismo, porque continua acreditando na subsunção, e, portanto, na concepção de norma jurídica que permite este raciocínio ontológico.

De maneira geral, pode-se dizer que a proposta do professor Barroso é fundada na distinção entre os *casos fáceis* e os *casos difíceis* e entre as *regras* e os *princípios*. No entendimento do autor, a subsunção continua sendo a solução mais recomendada para a imensa maioria dos casos que se apresentam cotidianamente aos operadores jurídicos, compondo as questões que espertuosamente denomina de “varejo da vida”. A Nova Interpretação Constitucional é definida como postura que se traduz em “evolução seletiva, que conserva muito dos conceitos tradicionais, aos quais, todavia, agrega idéias que anunciam novos tempos e acodem novas demandas”. Mais que isso, o autor faz questão de esclarecer que “não se está renegando o conhecimento convencional, a importância das regras ou a valia das soluções subsuntivas”²⁷⁵. De forma geral, os postulados do positivismo teriam se tornado insuficientes para a tarefa de “revelar ou atribuir sentido a textos ou outros elementos normativos”, em virtude da galopante complexidade dos conflitos sociais contemporâneos — o que, do ponto de vista de uma constatação da insuficiência do positivismo, não passa ao largo da verdade.

²⁷⁴ BARROSO, Luís Roberto e BARCELLOS, Ana Paula de. *O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro*. pp. 333-334.

²⁷⁵ *Idem*, pp. 332-333; Cf. tb. *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro*. p. 328; e *Curso de direito constitucional contemporâneo*. p. 269.

Nos “casos fáceis”, observáveis na maioria das vezes quando se cuida da aplicação de regras constitucionais, o procedimento padrão deve ser o silogismo lógico-formal. Barroso distinguirá os momentos da *interpretação* e da *aplicação* da constituição, compreendendo a primeira como o trabalho há pouco referido de conhecimento/edificação do *sentido* da norma jurídica; e a segunda como a parte final da primeira, em que “se dá a conversão da disposição abstrata em uma regra concreta, com a pretensão de confirmar a realidade ao Direito, o *ser* ao *dever ser*”, e, prossegue, “é nesse momento que a norma jurídica se transforma em norma de decisão”²⁷⁶. Parece evidente, diante disso, o processo silogístico que norteia, em regra geral, a proposta do professor fluminense: primeiro o operador jurídico “interpreta” a norma, e, depois, a “aplica” ao caso concreto. Contudo, haverá casos em que a premissa menor fática se encontrará sob diversas premissas maiores igualmente válidas, caso em que se dará um conflito de normas. Se este conflito de normas não apresentar possibilidades de resolução pelos métodos tradicionais — e em larga medida normativos, como os critérios de especificidade, hierarquia e vigência —, o que ocorre especialmente no conflito entre princípios constitucionais, terá lugar a ponderação²⁷⁷.

Estas situações de um silogismo marcado por várias premissas maiores igualmente válidas, diante de uma só premissa menor fática, constituirão os chamados “casos difíceis”. A questão do conflito de princípios, como já se disse, é

²⁷⁶ Cf. BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. p. 103. Novamente em *Curso de direito constitucional contemporâneo*. p. 269. Malgrado a utilização por Barroso de termos próprios da teoria estruturante, é de se ressaltar que Müller não admite a cisão entre os momentos da compreensão e da aplicação da norma jurídica, e, bem ao contrário, atribui em grande medida a este equívoco a separação entre norma e realidade que marca a bibliografia atual. (cf. tb. a posição contrária de GADAMER, Hans-Georg. *Op. Cit.* p. 378.)

²⁷⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. p. 108, nota n. 18. Vide tb. BARCELLOS, Ana Paula de. *Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional*. p. 55.

central, mas não a única para a qual Barroso propõe resolução por meio da técnica da ponderação. Na realidade, dita técnica seria aplicável a todo e qualquer caso em que existisse a necessidade de sopesamento de “mandados de otimização”, já que a mesma “ingressou no universo da interpretação constitucional como uma necessidade, antes mesmo que como uma opção filosófica ou ideológica”²⁷⁸. Ainda, nas palavras de Ana Paula de Barcellos, a ponderação tem lugar diante de quaisquer “confrontos de razões, de interesses, de valores ou de bens albergados por normas constitucionais”²⁷⁹. Diante de um destes casos difíceis, o operador jurídico realiza um processo em três etapas: (i) identifica as normas relevantes e constata eventual conflito; (ii) examina as circunstâncias de fato e as faz interagir com os elementos normativos; e, finalmente, (iii) apura “os pesos que devem ser atribuídos aos elementos em disputa”, resolvendo o caso²⁸⁰.

Os processos de ponderação carecem, como se denota de suas etapas constitutivas, de elementos que possam funcionar como parâmetros de controle da subjetividade, uma vez que ao operador jurídico caberá a tarefa de não aplicar (ou ao menos fazer ceder) uma norma constitucional positivada, o que pode ser utilizado como veículo de um decisionismo mascarado. De maneira geral, poderão ser selecionados parâmetros abstratos (gerais) e parâmetros concretos (particulares) para a atividade ponderativa, sendo os primeiros decorrentes de “construções da metodologia jurídica”, e os segundos da própria atividade de sopesamento no caso concreto. Interessam ao presente estudo os primeiros, porque

²⁷⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. pp. 208, 335 e 338.

²⁷⁹ BARCELLOS, Ana Paula de. *Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional*. p. 57. Também o capítulo dedicado à ponderação, no *Curso de direito constitucional contemporâneo* (p. 333, nota n. 76) do professor Barroso foi escrito em parceria com a autora.

²⁸⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. pp. 334-335.

enunciam as condições de princípio de uma metódica, justamente o que aqui se persegue²⁸¹.

Os parâmetros gerais em que se desenvolve a atividade ponderativa obedecem a dois postulados, a saber: (i) as regras devem prevalecer sobre os princípios, sendo preferencial, portanto, *que não ocorra a ponderação* — mesmo porque, já foi visto, a subsunção é a regra geral —; e (ii) as prescrições de direitos fundamentais têm preferência sobre as demais — porque estão vinculadas ao princípio da dignidade da pessoa humana²⁸². O primeiro parâmetro (prevalência das regras), para além da preferência pela subsunção, justifica-se no fato de que a estrutura das regras não permite que elas sejam ponderadas, de forma que “quando se ponderam regras se estará afastando sua incidência no caso”²⁸³. Ademais, a diferença funcional entre regras e princípios confere às primeiras a função de segurança e estabilidade do sistema jurídico, de sorte que sua relativização seria contrária ao próprio princípio do Estado de Direito. O segundo parâmetro (prevalência das prescrições de direitos fundamentais), por sua vez, justifica-se na “superioridade axiológica” dos direitos fundamentais e das normas relativas à dignidade da pessoa humana em face de outros dispositivos constitucionais²⁸⁴.

²⁸¹ BARCELLOS, Ana Paula de. *Op. Cit.*, pp. 61 e ss.; Cf. BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*, pp. 337, nota n. 88; e 393, notas n. 120 e 121.

²⁸² BARCELLOS, Ana Paula de. *Op. Cit.*, p. 67.

²⁸³ *Idem*, p. 76.

²⁸⁴ *Idem*, pp. 107-110.

4.2.1 As definições de “positivismo” e de “pós-positivismo”

Barroso logrou atender aos dois questionamentos fundamentais do presente estudo, ou seja, as definições de positivismo e pós-positivismo. Dada a caracterização geral de sua proposta metódica na seção anterior, os primeiros aspectos pontuais a serem destacados devem ser justamente estas definições. Neste sentido, deve-se iniciar dizendo que aqui estas questões são revistas sob a lente de Friedrich Müller — o objetivo mesmo do trabalho é esta revisão —, de sorte que as propostas conceituais da Nova Interpretação Constitucional neste particular, assim como os elementos que seguirão, devem ser vistas comparativamente ao que até aqui já se apresentou.

O positivismo jurídico, diz o professor carioca, é uma postura que tem por elementos fundamentais “(i) a aproximação quase plena entre direito e norma”; (ii) a afirmação do direito como fenômeno de natureza estatal; (iii) a crença na completude do ordenamento jurídico; (iv) a justificação procedimental da validade da norma, ao que denomina “formalismo”; e, incluída no item anterior, (v) a utilização do dogma da subsunção para a resolução de casos²⁸⁵. O grande problema da corrente, prossegue o autor, é que sua pretensão de uma neutralidade impossível acabou por converter-se em um instrumento ideológico, que acabou por servir de justificação a regimes autoritários, em virtude de sua impermeabilidade aos “valores éticos”. Fatidicamente, o autor termina por associar a definitiva derrocada do positivismo jurídico ao fim dos regimes do nacional-socialismo alemão e do fascismo italiano²⁸⁶.

²⁸⁵ Cf., mais recentemente, BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. p. 240.

²⁸⁶ *Idem*, pp. 241-242. Vide a seção 2.2.1, *supra*. Demonstrando, porém, que o pensamento jurídico nazista não prestigiava o positivismo, SEELAENDER, Airton C. L.. *Juristas e ditaduras*, pp. 426-429, bem como as obras de Rütters ali indicadas.

Ao contrário do que se poderia supor, as definições de pós-positivismo dadas pelo autor não se processam na medida de uma revisão dos elementos constantes da noção de positivismo — tanto assim que o autor defende expressamente a utilização do procedimento subsuntivo, e permanece preso às concepções usuais sobre a relação entre o direito e as normas jurídicas. As definições dadas pelo autor dão conta apenas da “denominação provisória de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada *nova hermenêutica constitucional*”, e, ainda, “a teoria dos direitos fundamentais, edificada sobre o fundamento da dignidade da pessoa humana”²⁸⁷. No seu recente *Curso*, o autor refina esta definição, nela incluindo “algumas idéias de justiça além da lei e de igualdade material mínima, advindas da teoria crítica”²⁸⁸. Em outra passagem, o pós-positivismo é definido como “uma superação do legalismo, mas não com idéias metafísicas ou abstratas, mas pelo reconhecimento de valores partilhados por toda a comunidade”. Estes valores, adverte, “integram o sistema jurídico, mesmo que não positivados em um texto normativo específico”²⁸⁹. Mais recentemente, o autor atribui ao pós-positivismo a condição de “terceira via” entre o juspositivismo e o jusnaturalismo, com a valorização da objetividade mas sem desconectar o direito “de uma filosofia moral e de uma filosofia política”. Esta postura encontraria amparo na idéia de “razão prática”, indissociável da obra de Kant, diz Barroso²⁹⁰.

²⁸⁷ BARROSO, Luís Roberto e BARCELLOS, Ana Paula de. *Op. Cit.* p. 336.

²⁸⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. p. 242.

²⁸⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro*. pp. 42 e 47.

²⁹⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. p. 249, nota n. 12. Kelsen, referencial de pensador positivista no século XX, era considerado *neokantiano* justamente por defender a “tese da separação”. É filosoficamente inadmissível, sob um estandarte kantiano, falar de resgate da razão prática para justificar uma reaproximação funcional — no sentido de uma partilha de princípios e de meios de fruição — entre direito e moral. Vide KANT, Immanuel. *A doutrina do direito*. p. 23; *Fundamentação da metafísica dos costumes*, p. 67.

4.2.2 Conceito de norma jurídica

Em vários de seus escritos, Barroso dedica sua reflexão à temática das normas jurídicas, tratando especialmente das normas constitucionais²⁹¹. Contudo, o autor extravasa em sua argumentação alguns pontos que seriam comuns entre todos os tipos de norma, indicando qual seria seu conceito genérico de norma jurídica. Além disso, ao se concentrar em temas como a diferenciação entre princípios e regras ou a classificação das normas constitucionais, Barroso acaba por construir uma visão peculiar acerca do fenômeno normativo. Sua concepção de norma, por seu turno, terá conseqüências (ou deveria tê-las) para seu critério de *normatividade*, e, especialmente, para sua proposta metódica para a concretização do direito.

Usando termos genéricos, Barroso recentemente definiu as normas jurídicas como “prescrições, mandamentos, determinações que, idealmente, destinam-se a introduzir a ordem e a justiça na vida social”. Já no bojo de uma abordagem mais específica, as normas jurídicas seriam “produto da incidência do enunciado normativo sobre os fatos da causa, fruto da interação entre texto e realidade”. “Da aplicação do enunciado normativo à situação da vida objeto de apreciação é que surge a norma”²⁹². Como se vê, o autor absorve a distinção entre norma e texto de norma, tanto assim que, em oposição às normas, diferencia os “dispositivos”, que são os “fragmentos da legislação”, e os “enunciados normativos”, que equivalem “a uma proposição jurídica no papel, a uma expressão lingüística”²⁹³.

²⁹¹ Cf. já em seus primeiros escritos, BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. pp. 82-111.

²⁹² BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. pp. 189 e 194.

²⁹³ *Idem*, pp. 193-194.

Contudo, a proposta do autor fica evidentemente distante da teoria estruturante, porquanto, em Müller, a distinção entre norma e texto abre espaço para a consideração dos elementos do âmbito normativo, ao passo que, para Barroso, esta distinção seria tão somente o coroamento de sua idéia de *aplicação* como momento final da *interpretação* — o seja, a revelação final da norma na sua aplicação ao caso concreto, e não já o caso concreto como portador de elementos constituintes da norma.

As normas jurídicas, em geral, e as normas constitucionais, em particular, receberam de Luís Roberto Barroso propostas de classificação, que, como dito, podem ser reveladoras de coordenadas outras de seu pensamento. Assim ocorre quando, tratando das normas constitucionais, Barroso empreende sua diferenciação em relação às normas ordinárias, mediante a adoção de quatro parâmetros específicos: a) superioridade hierárquica; b) natureza da linguagem; c) conteúdo específico; e d) o caráter político²⁹⁴. Dentre tais parâmetros, merece destaque aquele referente à natureza da linguagem. Segundo o professor, “a natureza da linguagem, própria à veiculação de normas principiológicas e esquemáticas, faz com que estas apresentem maior abertura, maior grau de abstração e, conseqüentemente, menor densidade jurídica”²⁹⁵. Em conseqüência da natureza da linguagem, “conceitos como os de igualdade, moralidade, função social da propriedade, justiça social, bem comum, dignidade da pessoa humana, dentre outros, conferem ao intérprete um significativo espaço de discricionariedade”²⁹⁶. Conseqüentemente, os casos difíceis serão mais comumente encontradiços entre as normas constitucionais — o que, com Müller, equivaleria a dizer que as normas

²⁹⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. p. 107.

²⁹⁵ *Idem*, p. 107.

²⁹⁶ *Idem*, pp. 107-108.

constitucionais *possuem em geral âmbitos normativos não gerados pelo direito*, e os casos difíceis, simplesmente, seriam situações em que esta circunstância salta aos olhos.

Isto ocorre, segundo o constitucionalista do Rio de Janeiro, porque “o conteúdo de grande parte das disposições materialmente constitucionais refoge à estrutura típica das normas dos demais ramos do direito”²⁹⁷. Assim, quanto à sua estrutura, Barroso classifica as normas constitucionais em: a) normas definidoras de direitos, que são aquelas que prevêem direitos subjetivos, sob a forma de prestações estatais positivas ou negativas; b) normas de organização, que são aquelas que estruturam organicamente o exercício do poder político; c) normas programáticas, que se prestam a indicar valores a serem preservados e fins sociais a serem alcançados²⁹⁸. Esta classificação parece ser comparável igualmente a uma consideração dos âmbitos de normas envolvidos — e, talvez justamente por isso, Barroso veja diferenças entre as possibilidades de concretização das diferentes espécies de normas.

Outra classificação empreendida por Barroso diz respeito, à distinção de regras e princípios como espécies do gênero norma. Neste sentido, averba o autor que a dogmática moderna empreende a distinção entre as *normas-princípio* e as *normas-disposição*. Estas últimas seriam equivalentes às regras, tendo suas possibilidades de aplicação limitadas ao quadro fático ao qual se dirigem. As primeiras, por outro lado, seriam equivalentes aos princípios, tendo, de maneira geral, “maior teor de abstração e uma finalidade mais destacada dentro do

²⁹⁷ *Idem*, p. 108.

²⁹⁸ BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. p. 85.

sistema”²⁹⁹. Em conseqüência disso, o autor verá entre as regras e os princípios uma diferença relativa à *função* de cada uma destas categorias no sistema jurídico. As regras, em vista de sua objetividade e sua especificidade — pois se dirigem a situações específicas —, seriam formas jurídicas que têm como função mais próxima a preservação da *segurança jurídica*. Os princípios, com seu alto grau de abstração e sua flexibilidade, seriam muito mais voltados à possibilidade de realização de *justiça*. Uma ordem democrática equilibrada, diz o autor, decorre do balanço correto de segurança jurídica e justiça, através da dosagem harmoniosa de regras e princípios — que seria capaz de criar um sistema que fosse eticamente permeável e ao mesmo tempo dotado de objetividade³⁰⁰.

Infere-se destas passagens que Barroso adota uma diferenciação *qualitativa* entre regras e princípios. Para além da diferenciação funcional entre as regras e os princípios, são ainda possíveis diferenciações *materiais* que levem em conta (i) o conteúdo típico; (ii) a estrutura normativa; (iii) o modo de aplicação. Do ponto de vista do conteúdo típico de cada categoria, o autor informa que os princípios “expressam decisões políticas fundamentais, valores ou fins públicos”, ao passo que as regras servem ao estabelecimento de permissões ou proibições³⁰¹. Já no que tange à estrutura normativa, Barroso averba que “os princípios normalmente apontam para estados ideais a serem buscados, sem que o relato da norma descreva de maneira objetiva a conduta a ser seguida”³⁰²; as regras, por sua vez, costumam indicar precisamente as condutas a serem tomadas em cada caso. Finalmente, com relação ao modo de aplicação — na visão de Barroso o aspecto

²⁹⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. p. 151.

³⁰⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. pp. 208-209.

³⁰¹ *Idem*, p. 205.

³⁰² *Idem*, p. 206.

mais importante —, os princípios incidem de acordo com seu *peso* em relação a um específico caso, porquanto indicam valores que, na ordem jurídica pluralista, freqüentemente são contraditórios. No caso das regras, diferentemente, a incidência sobre o caso se dá através do procedimento da subsunção³⁰³.

4.2.3 Coordenadas metódicas

4.2.3.1 Elementos componentes da atividade decisória

Segundo Barroso, “a interpretação constitucional é um fenômeno múltiplo sobre o qual exercem influência (a) o contexto cultural, social e institucional, (b) a posição do intérprete, (c) a metodologia jurídica”³⁰⁴. Barroso acentua a influência da política sobre a aplicação do direito, em virtude do caráter político da constituição e dos agentes responsáveis pela sua interpretação/aplicação (que contemplam funcionários dos três poderes, cada qual com competências próprias). Porém, como se verá detidamente na seção seguinte, “em caso de conflito entre o direito e a política, o juiz está vinculado ao direito”³⁰⁵. Ainda assim, a especificidade das normas constitucionais, marcada no plano da teoria da norma, desemboca no plano da metódica como atribuição de certo caráter político à atividade decisória (mas não pela consideração do âmbito da norma e seus elementos, e sim pela natureza “política” das normas constitucionais).

³⁰³ *Idem*, p. 207.

³⁰⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. p. 151.

³⁰⁵ *Idem*, p. 112.

A interpretação constitucional, diz mais Barroso, é uma atividade que pode ser avaliada de três diferentes perspectivas, cada qual com seus elementos constitutivos específicos: a perspectiva jurídico-dogmática, a perspectiva metodológica e a perspectiva de legitimação democrática. Vista sob o prisma dogmático, a interpretação constitucional compreende as “regras de hermenêutica”, os “elementos de interpretação”, e os “princípios específicos de interpretação constitucional”³⁰⁶. A perspectiva metodológica, por seu turno, diz respeito às teorias e “escolas” que prescrevem as relações entre “o sistema normativo, os fatos e o intérprete”, ou, ainda, “o itinerário lógico percorrido entre a apresentação do problema e a formulação da solução”³⁰⁷. Na perspectiva da legitimação democrática, ainda, a interpretação compreende as tensões entre os poderes e a legitimidade das decisões judiciais, ou seja, volta-se para os problemas relativos aos limites da jurisdição em face de decisões políticas majoritárias³⁰⁸.

Sob a sua vertente tradicional, a interpretação/aplicação de normas jurídicas, reitera Barroso, é marcada pelo dogma da subsunção. Nesta perspectiva, como cediço, o legislador teria concebido previamente soluções que se encontram prontas no texto da lei — e o objetivo maior da atividade do jurista, que nestes termos não pode ser honestamente chamada de atividade *decisória*, seria descobrir esta solução³⁰⁹. A Nova Interpretação Constitucional estará focada nos *hard cases*, decorrentes da complexidade das relações jurídicas e sociais contemporâneas, em que as necessidades do trabalho jurídico (lidar com princípios, direitos fundamentais, ou, ainda, com colisões entre ambos) seriam substancialmente mais elaboradas.

³⁰⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. p. 273.

³⁰⁷ *Idem*, p. 274.

³⁰⁸ *Idem*, p. 283.

³⁰⁹ *Idem*, p. 297.

Nestas condições, e somente nelas, estarão em jogo a “técnica da ponderação” e a “argumentação jurídica”.

No tratamento dos elementos de interpretação tradicionais, ademais, Barroso diz não existir “nenhuma hierarquia predeterminada entre os vários métodos interpretativos, nenhum critério rígido de desempate”³¹⁰. Contudo, o autor propõe duas “diretrizes que podem ser úteis”, a saber: (i) que o texto legal exerce o limite da atividade do intérprete, porquanto não é admissível que o sentido das palavras seja “distorcido”, ou que se proponham soluções que não tenham por base a formulação lingüística; e (ii) que “os métodos *objetivos*, como o sistemático e o teleológico, tem preferência sobre o método tido como *subjetivo*, que é o histórico”³¹¹. Com isso, vê-se que o professor carioca atribui caráter preferencial na concretização aos elementos sistemático e teleológico. Entre estes dois elementos, no entanto, seu pensamento parece vacilar, de forma que não resta claro se, ao final, deverão ou não prevalecer os limites do texto da norma. Isto ocorre porque Barroso, em meio a uma evidente preocupação com a segurança jurídica, averba que os resultados da interpretação teleológica e sistemática — isoladamente pensados — disputam a preponderância na concretização; e que, na impossibilidade de se definir o *telos* da prescrição, deve o intérprete se dirigir aos objetivos da República Federativa do Brasil, constitucionalmente previstos³¹². O autor, diga-se ainda, ressalta a interdependência entre os elementos da interpretação jurídica tradicional — como faz Müller —, sem ver, entretanto, os fatores materiais que constituem o liame entre estes elementos.

³¹⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. p. 126.

³¹¹ *Idem, ibidem*.

³¹² *Idem*, pp. 127-128, 136 e 139-140.

4.2.3.2 Quadrantes da atividade decisória: a opção pela técnica da ponderação e seus limites

A distinção entre regras e princípios empreendida por Luís Roberto Barroso, no plano da teoria da norma, tem o uso da técnica da ponderação como consequência no plano da metódica jurídica. Não cumpre aqui aprofundar a discussão acerca dos pormenores da técnica em questão — e, se fosse este o caso, a discussão haveria de recorrer às obras de Alexy e de Dworkin, que embasam a do autor em comento³¹³. Contudo, a questão relativa aos limites da atividade de ponderação é especialmente interessante para os objetivos do estudo, já que a distinção entre as regras e os princípios, bem como o resgate da “razão prática” e da “argumentação jurídica”, dela decorrentes, são o coração do pós-positivismo proposto pelo autor³¹⁴. A controlabilidade e a compatibilidade com os textos de normas dizem respeito às condições de princípio da metódica autenticamente pós-positivista, que aqui se investigam. É nos casos *difíceis*, como já se disse, que se concentra o maior contributo do professor carioca, vez que nas demais situações impera o raciocínio subsuntivo.

Aqui novamente o papel do texto da norma é relevante, e, na seqüência cronológica da bibliografia consultada do autor, nota-se uma persistência e um refinamento de sua posição a respeito desta questão. O autor tem deixado consignada sua preocupação, ao dizer, por exemplo, que uma das grandes questões sobre as quais o pensamento jurídico contemporâneo tem se debruçado é

³¹³ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. p. 333, nota n. 76. Para este propósito, cf. BORNHOLDT, Rodrigo Meyer. *Métodos para a resolução do conflito entre direitos fundamentais*. A obra resultou da dissertação de mestrado do autor, dedicada justamente a uma comparação entre as teorias de Alexy e Müller — a dissertação foi defendida com o título *Metódica estruturante e ponderação*.

³¹⁴ Cf., entre outras passagens, BARROSO, Luís Roberto. *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro*. pp. 27-35.

justamente a “busca de parâmetros de alguma objetividade, para que a ponderação não se torne fórmula vazia, legitimadora de escolhas arbitrárias”, e arrematou: “é preciso demarcar o que pode ser ponderado e como deve sê-lo”³¹⁵. Mas, além de tratar dos limites da concretização no plano do texto da norma — no que parece não adotar preferências metodicamente operacionalizáveis —, em *Interpretação e aplicação da Constituição* Barroso também examina a questão sobre o prisma do papel do intérprete na concretização. A este respeito, o autor propõe o deslocamento da pergunta pela neutralidade, que é impossível, para a pergunta pela objetividade, que somente pode ser exigida no sentido de “estabelecer os balizamentos dentro dos quais o aplicador da lei executará sua criatividade, seu senso do razoável e sua capacidade de fazer a justiça do caso concreto”³¹⁶.

O operador do direito “não pode ignorar o ordenamento jurídico”, prossegue o professor, mas “poderá paralisar a incidência da norma no caso concreto, ou buscar-lhe novo sentido, sempre que possa motivadamente demonstrar sua incompatibilidade com as exigências de razoabilidade e justiça”³¹⁷. Sobre esta perspectiva, igualmente, o autor parece não adotar critérios metodicamente operacionalizáveis de limitação da decisão. Em outro momento, ao abordar o tema do texto como limite, Barroso sustenta que “a linguagem do texto constitucional é mais vaga, com termos polissêmicos (tributos, servidores, isonomia) e conceitos indeterminados (assuntos de interesse local, dignidade da pessoa humana)”, para daí extrair a consequência da “ampliação da discricionariedade do intérprete, que há

³¹⁵ *Idem*, p. 33.

³¹⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. p. 288.

³¹⁷ *Idem*, p. 291.

de adicionar um componente subjetivo resultante de sua própria valoração para integrar o sentido dos comandos constitucionais”³¹⁸.

Ainda no campo do papel do operador do direito e seus limites, o professor Barroso averba que “a interpretação da Constituição, a despeito do caráter político do objeto e dos agentes que a levam a efeito, é uma tarefa *jurídica*, e não política”. Reconhece, todavia, que “uma Corte Constitucional não deve ser cega ou indiferente às conseqüências políticas de suas decisões, inclusive para impedir resultados injustos ou danosos ao bem comum”³¹⁹. Ao abordar os *hard-cases*, o autor deixa transparecer ainda a sua dificuldades de construir um projeto metódico organizado, capaz de alcançar a desejada “racionalidade e objetividade possível” na ciência do direito. Neste aspecto, aduz o professor do Rio de Janeiro, para a resolução dos casos difíceis “não há uma formulação simples e objetiva a ser colhida no ordenamento, sendo necessária a atuação subjetiva do intérprete e a realização de escolhas, com eventual emprego da discricionariedade”³²⁰. Com isso, parece não haver aqui, em última análise, uma possibilidade de operacionalização metódica dos critérios de limitação.

Em seu recente *Curso de direito constitucional contemporâneo*, Barroso retoma o trabalho acerca dos limites da atividade decisória, desta vez sob o prisma dos “riscos da constitucionalização excessiva”, tema a que dedica a derradeira seção da obra. Evocando, com razão, a “constitucionalização do direito” que o Brasil assiste, o autor reafirma a necessidade de dar concretude às regras e

³¹⁸ *Idem*, p. 130.

³¹⁹ *Idem*, p. 112.

³²⁰ *Idem*, p. 126.

aos princípios constitucionais, mas adverte que o fenômeno pode trazer efeitos negativos, especialmente porque constitucionalizar certa matéria significaria “retirá-la da política cotidiana, do debate legislativo”³²¹. Sob o prisma político, a constitucionalização poderia apresentar um déficit democrático, pelo “engessamento da legislação ordinária”; já sob o prisma metodológico, as peculiaridades do texto constitucional poderiam levar ao “decisionismo judicial”³²². Para além da constitucionalização excessiva, este estado de coisas, como se pode inferir, resulta da metódica proposta para os casos difíceis, diante da “normatividade dos princípios”. E a solução proposta pelo autor, se foi aqui bem compreendida, acaba por colocar em xeque a validade de boa parte das suas construções anteriores.

Barroso estabelece dois critérios para o controle da constitucionalização excessiva, quais sejam: (i) a prevalência da lei e (ii) a prevalência da regra. No caso da prevalência da lei, explana o autor, havendo “manifestação inequívoca e válida do legislador, deve ela prevalecer, abstendo-se o juiz ou o tribunal de produzir solução que lhe pareça mais conveniente”. No caso da prevalência da regra, “onde o constituinte ou o legislador tiver atuado, mediante a edição de uma regra válida(...), deve ela prevalecer sobre os princípios de igual hierarquia, que por acaso possam postular incidência na matéria”³²³. Em desfecho, o autor assenta que todo princípio tem “uma área nuclear que se aplica como regra”, e, como aqui já se disse, que “regras, como padrão geral, não devem ser ponderadas”³²⁴. Ora, se todo princípio tem no seu núcleo uma regra, e se as regras têm preferência em face dos princípios, isto logicamente equivale a dizer que não

³²¹ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. p. 392.

³²² *Idem*, p. 391.

³²³ *Idem*, p. 392.

³²⁴ *Idem*, p. 393.

existe, a rigor, uma real vinculação por princípios — porquanto a regra neles inscrita acabaria prevalecendo sobre eles próprios. E, não havendo princípios, perde totalmente o sentido a discussão acerca dos casos difíceis, da ponderação e da argumentação jurídica, já que o trabalho com as regras não reclama tais sofisticções. Restaria de pé, então, da metódica proposta pelo autor, só a velha crença no dogma da subsunção, que, se já era preferencial, tornar-se-ia agora absoluto.

4.3 Questões em aberto

De tudo quanto se expôs a respeito da proposta metódica de Luís Roberto Barroso, cumpre destacar, como desfecho, algumas questões que podem funcionar fecundamente como pontos de comparação com a metódica estruturante, na medida em que são relevantes à definição do pós-positivismo. Da busca pela “objetividade desejada” à preocupação com os “riscos da constitucionalização excessiva”, passando pela defesa da efetividade das normas constitucionais — tema ao qual o autor dedicou já a sua tese de livre-docência na Universidade Federal do Rio de Janeiro³²⁵ — o autor está de acordo com os compromissos do pós-positivismo da Teoria Estruturante do Direito. Barroso almeja não ceder a nenhum tipo de decisionismo (seja de índole sociológica, psicológica ou política) que dissolva o papel dos textos de norma no Estado Constitucional, ao mesmo tempo em que exige a máxima efetividade das normas constitucionais. Estas últimas estão permeadas, já se referiu com Müller, de “teores materiais”. Em alguns pontos da sua

³²⁵ Cf. BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*, aqui já citado.

proposta metódica, contudo, uma boa parte destes compromissos acaba ficando em aberto.

Em um primeiro plano, por evidente, é fecunda uma comparação entre a concepção do autor a respeito dos casos difíceis e, na proposta de Müller, a proposta acerca do papel do âmbito da norma. Em Barroso, os casos difíceis resumem-se a dificuldades em lidar com a relação entre o direito e a realidade, que inutilizam a regra geral da subsunção. Tais dificuldades, ele as relaciona essencialmente às diferentes propriedades de regras e princípios — muito embora elas pudessem ser mais direta e satisfatoriamente enfrentadas a partir da consideração do “âmbito normativo”, na acepção mülleriana do termo. Princípios e regras, na proposta do pós-positivismo de Müller, podem ser apresentados como simples diferenças nos tipos de âmbitos normativos envolvidos. A este problema está subjacente a questão do conceito de norma que se extrai dos escritos do professor do Rio de Janeiro.

Analisado a partir do olhar da Teoria Estruturante do Direito, Barroso parece expressar um positivismo em hesitação. Não obstante, o reconhecimento da distinção entre texto e norma, e a preocupação com a relação norma-realidade, não o levam a rejeitar a possibilidade da subsunção, o que denota a rejeição de uma concepção de norma em que a premissa menor (a realidade) é igualmente constitutiva da premissa maior (a norma). Uma das aporias fundamentais do positivismo, no quadro da obra de Müller, que é a concepção da norma como grandeza juxtaposta à realidade — e o “estilo ontológico de raciocínio” daí

decorrente — resta nesta medida incólume no pós-positivismo da Nova Interpretação Constitucional.

Por outro lado, a mais moderna solução proposta por Barroso no âmbito da controlabilidade do trabalho jurídico — a prevalência das regras no processo de concretização — acaba por excluir qualquer função “paradigmática” do trabalho com os princípios. Com isso, corrói-se um dos ícones do pós-positivismo à brasileira. O processo de subsunção permanece dominante, e mesmo a função de correção dos princípios em face de eventuais limitações éticas do sistema fica praticamente inutilizada. Até mesmo os casos difíceis, a este propósito, teriam de deixar de ser tratados como “difíceis”, mesmo porque se houvesse alguma regra pertinente — e sempre o há — não faria sentido passar para a ponderação, que seria equivalente ao esvaziamento daquela regra.

Ao contrário de Barroso, a metódica estruturante rejeitou qualquer possibilidade de hierarquização de normas constitucionais — seja pela prevalência dos direitos fundamentais ou pela distinção qualitativa ente regras e princípios. Nos pormenores metódicos, por outro lado, Barroso não deixa claro o papel do texto como limite admissível das possibilidades de concretização. No campo dos princípios de interpretação constitucional, também impera em Barroso a visão tradicional (que não os compreende majoritariamente como subcasos das regras tradicionais). Por outro lado, toda norma (no sentido de *Entscheidungsnorm*) possui eficácia plena total e irrestrita (ou, a *contrario sensu*, nenhuma norma a possui, em virtude da necessidade de atuação estatal para sua concretização). A discussão da

efetividade, nestes termos, é inócua, pois, bem ou mal, toda *norma de decisão* teria já alguma eficácia.

Por fim, a concepção de positivismo do autor não realça as aporias fundamentais. Talvez por isso, sua definição de pós-positivismo não as supera — ao contrário, as mantém em larga medida. O resgate da razão prática (pseudo-kantiano), a distinção entre regras e princípios e a técnica da ponderação, ao menos nos termos em que as sustentou Barroso, não serão capazes de superar — salvo, talvez, no plano da retórica — o positivismo da interpretação. Antes será necessário justamente deixar de lado a separação kantiana entre ser e dever ser, para que se tente, a partir disso, promover a consideração e o tratamento metódico dos elementos de realidade que compõem o direito ao lado dos textos de norma.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para concluir com brevidade, cumpre reprisar o problema previsto inicialmente. O trabalho buscava responder, com base na Teoria Estruturante do Direito, a três questões: (i) no que consiste o positivismo jurídico? (ii) no que consiste o pós-positivismo? (iii) existe um autêntico pós-positivismo no Brasil (isto é, uma proposta que efetivamente supere o positivismo)?

A partir das características levantadas no estudo, e de acordo com as hipóteses de trabalho que foram levadas em conta, pode-se concluir que uma efetiva superação do positivismo jurídico se identifica com a superação do estilo ontológico de raciocínio que lhe é peculiar, isto é, a concepção de que a normatividade, confundida aí com a positividade, possa ser “dada” na norma jurídica em si. O positivismo jurídico tem como característica essencial não o apego à “letra da lei”, mas sim uma concepção que contrapõe o direito e a realidade, principalmente através das “teses da separação” e da confusão entre “norma” e “texto de norma”. Isto demonstra que as questões relativas à metódica são dependentes, em larga medida, da teoria da norma que se adote.

Deste prisma, é questionável uma superação do positivismo jurídico no Brasil, em geral porque não se partiu de um correto referencial do que ele pudesse significar em termos de teoria da norma. Com isso, evidentemente há no Brasil *anti-positivismo*, mas é duvidoso que haja *pós-positivismo*. Do ponto de vista metódico, é difícil encontrar autores que se digam positivistas (como, e.g., Dimoulis), mas é igualmente difícil encontrar propostas de teoria da norma que acompanhem esta pretensão.

O “pós-positivismo” da Teoria Estruturante do Direito, como se viu, é uma perspectiva que desloca a pergunta sobre o valor da positividade (do texto da norma) para a pergunta sobre o valor da normatividade (da norma). Com isso, os elementos de realidade não são “absorvidos” pelo direito, nem são por ele “controlados”. Estes elementos são na verdade constituintes da norma jurídica na mesma proporção do texto, de sorte que as “teses da separação” não podem se sustentar. O mesmo ocorre com o dogma da subsunção e todas as outras formas de “ontologizar” o trabalho jurídico.

No Brasil, o pós-positivismo deve redobrar os cuidados para que não acabe dissolvido em uma fragilização do modelo de Estado constitucionalmente previsto — que não se reduz a um problema de formas, mas diz respeito a justificação possível de um liame democrático entre a população e o direito. Mais do que uma simples invasão de competências, sob o prisma da separação dos poderes, este “pós-positivismo” irrefletido pode redundar também em uma gama de concepções metódicas em que se defende, em última análise, a possibilidade de desconsideração do texto de norma no processo de realização do direito (que por sua vez poderá ser identificada com a “flexibilização da ordem jurídica”, com a “desregulamentação”, ou, ainda, com uma “jurisprudência dos valores reconstruída”). Assim parece ocorrer com as propostas calcadas na defesa dos princípios jurídicos como normas superiores.

Na análise da obra de Luís Roberto Barroso, foi possível visualizar que, mesmo quando existe uma preocupação do jurista com estas questões, uma teoria da norma de corte positivista torna praticamente impossível uma concepção

superadora em termos metódicos. Na ausência de uma compreensão do papel da realidade na constituição da norma, a coerência reclama que o jurista aceite o peso de estar “abandonando as normas”, se quiser considerar o “âmbito da norma” (a partir sempre de elementos de realidade), ou de estar sendo socialmente insensível, se quiser dar maior atenção aos dados lingüísticos em jogo.

Portanto, o itinerário para superação do positivismo principia com sua correta compreensão, sem caricaturas ou falsas atribuições, e se desenvolve a partir de uma reformulação do conceito de norma, que possa ser honesta em relação às parcelas de realidade que, em cada caso, influenciam o direito. A partir destes postulados, pode-se mais seguramente pensar acerca de uma metódica jurídica pós-positivista. Neste sentido, espera-se que o estudo possa apresentar algumas contribuições para o cumprimento dessas tarefas.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. *Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2002.

ALBUQUERQUE, Paulo Antônio de Menezes & LIMA, Martônio Mont'Alverne Barreto (Orgs.). *Democracia, direito e política: estudos internacionais em homenagem a Friedrich Müller*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006

ANDRADE, Christiano José de. *O problema dos métodos da interpretação jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Trad. de Leonel Vallandro e Gerd Bornheim. In: *Os Pensadores*, vol. IV. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

ATIENZA, Manuel. *El sentido del derecho*. Barcelona: Ariel, 2001

BARCELLOS, Ana Paula de. *Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional*. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARROSO, Luís Roberto e BARCELLOS, Ana Paula de. *O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro*. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003..

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luis Roberto. *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)*. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e transformações no direito constitucional contemporâneo*. In: ALBUQUERQUE, Paulo Antônio de Menezes & LIMA, Martônio Mont´Alverne Barreto (Orgs.). *Democracia, direito e política: estudos internacionais em homenagem a Friedrich Müller*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 1990.

BARZOTTO, Luis Fernando. *Positivismo jurídico contemporâneo: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

BATIFFOL, Henry. *Filosofia do Direito*. Trad. Neide de Faria. Difusão Européia do Livro: São Paulo. 1974.

BERCOVICI, Gilberto. *Constituição e Política: uma relação difícil*. In: *Lua Nova*, nº 61, 2004.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de Filosofia do Direito*. Trad. de Mário Pugliese et. al. São Paulo: Ícone, 1995.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

BORNHOLDT, Rodrigo Meyer. *Métodos Para resolução do conflito entre direitos fundamentais*. São Paulo: RT, 2005.

BRONZE, Fernando José. *A Metodonomologia entre a semelhança e a diferença: reflexão problematizante dos pólos da radical matriz analógica do discurso jurídico*. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

BRONZE, Fernando José. *Lições de Introdução ao Direito*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Manual de interpretação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997.

CALSAMIGLIA, Albert. *Postpositivismo*. In: DOXA – Cuadernos de Filosofía del Derecho, 21, nº 1, 1998.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2005.

CASTANHEIRA NEVES, Antônio. Castanheira Neves, Antônio. *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, de sua metodologia e outros*. Coimbra Editora, 1995. vol. II.

CHRISTENSEN, Ralph. *Teoria estruturante do direito*. In: Müller, Friedrich. *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes do direito*. Trad. Peter Naumann. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

CLÈVE, Clemerson Merlin. *O direito e os direitos: elementos para uma crítica do direito contemporâneo*. São Paulo: Acadêmica, 1988.

COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997.

COING, Helmut. *Elementos fundamentais da filosofia do direito*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002.

COMANDUCCI, Paolo. *Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico*. In: CARBONELL, Miguel (Ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003.

CUPANI, Alberto. *Crítica ao positivismo e o futuro da filosofia*. Florianópolis: UFSC, 1995.

DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. São Paulo: Método, 2006.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ELLSCHIED, Günter. *O problema do direito natural: uma orientação sistemática*. In:

KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (Orgs.). *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. trad. Marcos Keel. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

ENTERRÍA, Eduardo García de. *Reflexiones sobre la Ley y los principios generales de Derecho*. Madrid: Editorial Civitas, 1996.

FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 1999.

FERRAZ JR, Tércio Sampaio. *A ciência do direito*. São Paulo: Atlas, 1980

FERRAZ JR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação*. São Paulo: Atlas, 1994.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdad y método: fundamentos de una hermenéutica filosófica*. 6 ed. Salamanca: Ediciones Sígueme, 1996.

GOYARD-FABRE, Simone. *Os fundamentos da ordem jurídica*. Trad. Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio sobre a interpretação/aplicação do direito*. 4ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

GRIMM, Dieter. *Constituição e política*. Trad. Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

HART, H. L. A., *O conceito de direito*. 2 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian 1996.

HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

HOBBS, Thomas. *Leviatã: ou forma, matéria e poder de um Estado eclesiástico e civil*. São Paulo: Martin Claret, 2002.

HÖFFE, Otfried. *Justiça política*. Trad. Ernildo Stein. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

KANT, Emmanuel. *A doutrina do direito*. Trad. de Édson Bini. São Paulo: Ícone, 1993.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. São Paulo: Martin Claret, 2003.

KAUFMAN, Arthur. *A problemática da filosofia do direito ao longo da história*. pp. 123-124. In: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (Orgs.). *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. trad. Marcos Keel. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito*. trad. António Ulisses Cortês. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (Orgs.). *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Trad. Marcos Keel. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 2002

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6 ed. Trad. de João Baptista Machado. Coimbra: Armênio Amado, 1984.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Trad. de José Lamago. 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LOIS, Cecília Caballero. *A teoria constitucional no limiar do século XXI: mudança política e crise de racionalidade*. In: Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. Montevidéo: Konrad Adenauer St., v. 6, 2003.

LÖWY, Michel. *As aventuras de Karl Marx contra o Barão de Munchausen: marxismo e positivismo na sociologia do conhecimento*. São Paulo: Cortez, 2003.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

MAGALHÃES, Marco Túlio Reis. *Sobre o caminho do constitucionalismo brasileiro no século XXI: considerações a partir do estágio atual da interpretação constitucional*. In: ALBUQUERQUE, Paulo Antônio de Menezes & LIMA, Martônio Mont'Alverne Barreto (Orgs.). *Democracia, direito e política: estudos internacionais em homenagem a Friedrich Müller*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006

MALUSCHKE, Günter. *Democracia e governo responsável na teoria de Friedrich Müller*. In: ALBUQUERQUE, Paulo Antônio de Menezes & LIMA, Martônio Mont'Alverne Barreto (Orgs.). *Democracia, direito e política: estudos internacionais em homenagem a Friedrich Müller*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006.

MAYNEZ, Eduardo García. *Positivismo jurídico, realismo sociológico y iusnaturalismo*. 4 ed. México: Fontamara, 2002.

MÜLLER, Friedrich. *Direito - Linguagem - Violência. Elementos de Uma Teoria Constitucional I*. Trad. de Peter Naumann. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1995.

MÜLLER, Friedrich. *Discours de la méthode juridique*. trad. Olivier Jouanjan. Paris: Presses Universitaires de France, 1996.

MÜLLER, Friedrich. *Fragmento (sobre) o poder constituinte do povo*. Trad. de Peter Naumann. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MÜLLER, Friedrich. *Interpretação e concepções atuais dos direitos do homem*. Anais da XV Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil, v. 8, mar 2006.

MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do Direito Constitucional*. Trad. de Peter Naumann. 2 ed. São Paulo: Max Limonad, 2004.

MÜLLER, Friedrich. *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e à metódica estruturantes do direito*. Trad. Dimitri Dimoulis et. al.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. Trad. Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad, 1998.

MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. trad. Peter Naumann; Eurides Avance de Souza. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Acadêmica, 1994.

PHILIPPI, Jeanine Nicolazzi. *Legalidade e subjetividade*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002.

SCHROTH, Ulrich. *Hermenêutica filosófica e jurídica*. In: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (Orgs.). *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. trad. Marcos Keel. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

SEELAENDER, Airton C. L. e FONSECA, Ricardo Marcelo (Orgs.). *História do direito em perspectiva*. Curitiba: Juruá, 2008.

SEELAENDER, Airton C. L.. *Democratização pelos mass media? O direito de ser informado e os limites fáticos à sua plena eficácia*. In: ALBUQUERQUE, Paulo Antônio de Menezes & LIMA, Martônio Mont'Alverne Barreto (Orgs.). *Democracia, direito e política: estudos internacionais em homenagem a Friedrich Müller*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006.

SEELAENDER, Airton C. L.. *Juristas e ditaduras: uma leitura brasileira*. In: SEELAENDER, Airton C. L. e FONSECA, Ricardo Marcelo (Orgs.). *História do direito em perspectiva*. Curitiba: Juruá, 2008.

SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Interpretação constitucional e sincretismo metodológico*. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005.

VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*. São Paulo: Martins Fontes. Trad. Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Trad. A. M. Botelho Hespanha. 2 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito*. 3 ed. São Paulo: Alfa-ômega, 2003.