



## O “pós-positivismo” como um conceito erguido sobre compreensões reducionistas acerca do positivismo jurídico

*The "post-positivism" as a built on understanding reductionist concept  
about legal positivism*

### **Lúcio Grassi de Gouveia**

Universidade Católica de Pernambuco -  
Professor do mestrado/doutorado em Direito  
Professor Adjunto II da Universidade  
Católica de Pernambuco (Graduação,  
Mestrado e Doutorado). Doutor em Direito  
pela Universidade Clássica de Lisboa. Mestre  
em Direito pela UFPE. Pesquisador do Grupo  
de Pesquisa Processo, Tecnologia e  
Hermenêutica da Universidade Católica de  
Pernambuco. Secretário Adjunto do Instituto  
Brasileiro de Direito Processual (IBDP).  
Conselheiro Fiscal da Associação Brasileira  
de Direito Processual (ABDPRO). Membro  
da Associação Norte-Nordeste dos  
Professores de Processo (ANNEP). Juiz de  
Direito em Recife-PE.  
luciograssi13@gmail.com

### **Plínio Pacheco Oliveira**

Mestre em Direito pela Faculdade de Direito  
do Recife (Universidade Federal de  
Pernambuco), Bacharel em Direito pela  
mesma instituição. Pesquisador do Grupo de  
Pesquisa Processo, Tecnologia e  
Hermenêutica da Universidade Católica de  
Pernambuco. Advogado.  
pliniopachecooliveira@gmail.com

### **Resumo**

---

O presente artigo pretende responder à seguinte pergunta: o uso da expressão pós-positivismo envolve, ordinariamente, uma caracterização reducionista e equivocada do positivismo jurídico? Veremos que sim e que o positivismo não foi superado, mas

transformado por desenvolvimentos que o tornaram um campo teórico que não é o mesmo da primeira metade do século XX. Justifica-se a presente pesquisa diante necessidade de efetuar um aprofundamento desse tema de grande complexidade e de promover esse intercâmbio de conhecimentos. A cientificidade da pesquisa está diretamente relacionada à determinação dos métodos de estudo. Tendo em vista seu caráter teórico, será utilizado material preponderantemente bibliográfico, com ampla pesquisa em monografias, teses e artigos científicos, de forma a coletarmos as informações mais relevantes acerca do tema suscitado.

**Palavras-chave:** Pós-positivismo. Concepção reducionista. Positivismo

**Abstract:** This paper seeks to answer the following question: the use of postpositivism expression involves ordinarily a mistaken and reductionist characterization of legal positivism? We will see that the answer is yes and that positivism has not been overcome, but transformed by developments that have made a theoretical field that is not the same as the first half of the twentieth century. The present research is justified by the need to deepen this topic of great complexity and to promote this exchange of knowledge. The scientific research is directly related to the determination of the methods of study. In view of its theoretical character, material will be used predominantly bibliographical, with extensive bibliographical research in monographs, theses and scientific articles, in order to collect the most relevant information about the topic raised.

**Key-words:** Post-positivism. Reductionist concept. Legal positivism

## **Introdução**

Durante a realização dos estudos do grupo de pesquisa Processo, Tecnologia e Hermenêutica do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Católica de Pernambuco, temos nos deparado com trabalhos de doutrinadores das áreas de Teoria Geral do Direito, Hermenêutica Jurídica e Teoria Geral do Processo que se afirmam pós-positivistas e apontam as falhas e defeitos do positivismo jurídico de forma reducionista e equivocada.

Como bem afirma Vesting,

o entendimento muito difundido de que o positivismo jurídico-científico cultivou uma dogmática “cega”, isenta de todos os elementos não jurídicos, ou de modo mais geral, excluiu a dimensão social e histórica de suas construções “lógicas” e “jurídico-conceituais” é um mito do Pós-Guerra (VESTING, 2015, p. 222-223).

Para ele, uma visão assim reduzida e falseada somente pode surgir se forem tomados por verdade alguns autocomentários do positivismo jurídico, como, por exemplo, o prefácio de Laband ao *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches* (O Direito público do Império Alemão), mas, por outro lado, não se tomar conhecimento nenhum das contribuições construtivas do mesmo autor. Para ele, a construção do Direito positivo como sistema autônomo, fechado em si, dedutivo era justamente a resposta formulada pelo positivismo jurídico para a situação social de seu tempo. Salienta ainda que tão incorreto quanto a crítica global da “cegueira em relação à realidade” é o entendimento de que o positivismo jurídico esboçou a teoria interpretativa de modo constante segundo o exemplo do modelo da aplicação e da subsunção, por assim dizer, como autômato substitutivo (VESTING, 2015, p. 222-223).

A teoria interpretativa do positivismo jurídico-científico não pode ser reduzida de modo algum ao modelo de aplicação e subsunção e ao seu esquema lógico-cognitivo de produção de provas para descoberta de uma suposta “verdade”.

O presente artigo pretende responder à seguinte pergunta: o uso da expressão pós-positivismo envolve, ordinariamente, uma caracterização reducionista equivocada do positivismo jurídico?

Justifica-se a presente pesquisa, na necessidade de efetuar um aprofundamento desse tema de grande complexidade, tendo em vista que, inclusive na Teoria Geral do Processo, tal panorama é apresentado nos livros como forma de justificar um movimento científico denominado neoconstitucionalismo, com reflexos no Processo, o que teria gerado o neoprocessualismo.

A cientificidade da pesquisa está diretamente relacionada à determinação dos métodos de estudo. Tendo em vista seu caráter teórico, será utilizado material preponderantemente bibliográfico. Nos utilizaremos ainda de ampla pesquisa bibliográfica em monografias, teses e artigos científicos, de forma a coletarmos as informações mais relevantes acerca do tema suscitado.

Quanto à estrutura do artigo, começaremos pelo conceito de “positivismo jurídico”, com análise do argumento de sua superação pelo “paradigma pós-positivista”. Questionaremos a identificação do positivismo com um modelo de regras em detrimento

dos princípios e sua suposta ojeriza à ideia de que a atividade de aplicação do direito tenha natureza criativa. Analisaremos ainda o argumento de que o positivismo jurídico serviu de apoio ao totalitarismo.

Iniciaremos assim nosso percurso procurando conceituar positivismo jurídico e o argumento da sua superação pelo “paradigma pós-positivista”.

## **1 O conceito de “positivismo jurídico” e o argumento da sua superação pelo “paradigma pós-positivista”**

O juspositivismo constitui um campo teórico heterogêneo no qual as divergências parecem ser maiores do que as semelhanças. Conforme apontou Herbert Hart (2001, p. 57), a observação da expressão “positivismo jurídico” a partir do seu uso demonstra uma pluralidade de sentidos e de critérios para a sua definição que torna o seu conceito um assunto complexo. Contudo, de acordo com o que foi observado por autores como Andrei Marmor (2007, p. 128 et seq.) e Joseph Raz (1979, p. 37 et seq.), é proeminente a compreensão de que o positivismo jurídico é caracterizado por duas teses fundamentais:

1) a tese social – segundo a qual o direito é uma construção social, e só é admitido caráter jurídico no direito positivo;

2) a tese da separação – segundo a qual não há vínculo necessário entre o direito e qualquer conteúdo ético.

Com efeito, essas duas teses são pontos de articulação no conjunto plural das teorias juspositivistas, e continuam a ter expressão no campo teórico recente. Porém, no cenário atual do pensamento jurídico no Brasil, fala-se que o positivismo jurídico é um modelo teórico que foi superado pelo “pós-positivismo” (BARROSO, 2009, p. 247-250; BONAVIDES, 2004, p. 264-266; CAMARGO, 2003, p. 136). A expressão “pós-positivismo” não designa um movimento homogêneo, mas no conjunto dos debates em que é usada ressalta o significado de uma orientação teórica que busca aproximar o direito de determinadas perspectivas morais e que reconhece a força normativa dos princípios e a indeterminação do direito. Desse modo, o positivismo jurídico é apresentado como um modelo ultrapassado que traz ideias enfraquecidas.

Diante da oposição que é feita entre “juspositivismo” e “pós-positivismo”, este texto apresentará uma crítica a argumentos que visam a caracterizar o positivismo jurídico

como um paradigma teórico que foi superado. Os seguintes argumentos serão considerados:

- 1) o positivismo jurídico não reconhece a força normativa dos princípios;
- 2) o paradigma positivista não dá atenção ao problema da interpretação jurídica e é marcado pela ideia de que há uma separação entre a criação e a aplicação do direito;
- 3) o juspositivismo é uma postura que serviu de apoio ao totalitarismo.

Desse modo, buscaremos examinar se esses argumentos retratam adequadamente o positivismo jurídico, e se é apropriado o relato de que o juspositivismo foi superado pelo paradigma pós-positivista.

## **2 O positivismo jurídico como um modelo de regras?**

A atribuição de caráter normativo aos princípios é apontada como uma característica do pós-positivismo. Neste sentido, observa-se que “com o pós-positivismo, os princípios passam a ser tratados como direito” (BONAVIDES, 2004, p. 264) e que

no conjunto de ideias ricas e heterogêneas que procuram abrigo nesse paradigma em construção, incluem-se a reentronização dos valores na interpretação jurídica, com reconhecimento de normatividade aos princípios e de sua diferença qualitativa em relação às regras [...]. (BARROSO, 2009, p. 249)

Dessa maneira, o positivismo jurídico é visto como uma orientação teórica que limita o direito a um modelo de regras, e o pós-positivismo é referido como um paradigma que adota o entendimento de que as normas jurídicas compreendem regras e princípios.

Todavia, ante os vários sentidos que têm os termos “regra” e “princípio”, e na tentativa de não tornar obscura a nossa exposição, é cabível uma abordagem sobre a diferença entre regras e princípios. Com efeito, há diversos critérios que são usados para essa distinção, entre os quais ganham destaque o grau de generalidade e o modo de solução de antinomias. Robert Alexy (1993, p. 83) comentou que o critério da generalidade é o mais frequentemente utilizado. Contudo, tal constatação se refere ao panorama teórico que esse autor observava no contexto em que foi escrita a sua obra “*Theorie der Grundrechte*” (Teoria dos Direitos Fundamentais, a qual foi lançada em 1986), e, atualmente, o critério que parece ter o maior destaque é o modo de solução de conflitos entre normas – protagonismo que ocorre, em alguma medida, em virtude da influência de desenvolvimentos teóricos realizados por Alexy. O uso desse critério,

conforme apontou Aguiló Regla (2007, p. 669-670), é um dos aspectos proeminentes no cenário atual das ideias jurídicas.

De acordo com o critério da generalidade, os princípios são caracterizados pelo elevado grau de generalidade que apresentam, enquanto nas regras esse grau é baixo. Contra esse critério, pode-se argumentar que apresenta grande imprecisão, pois os limites que separam as regras dos princípios ficam demasiadamente indefinidos. Apesar de haver dispositivos que manifestam com relativa clareza um acentuado ou reduzido nível de generalidade (a exemplo, respectivamente, do princípio da dignidade da pessoa humana e do artigo 18, § 1º, da Constituição Federal, que dispõe que “Brasília é a Capital Federal”), as fronteiras entre o alto e o baixo grau de generalidade podem ser obscuras.

Por outro lado, o modo de solução de conflitos entre normas é visto como um critério que leva a uma diferenciação qualitativa entre regras e princípios. Segundo esse critério, o conflito entre duas regras implica a invalidade de uma delas, e meta-normas como a da posterioridade (*lex posterior derogat priori*), a da superioridade (*lex superior derogat inferiori*) e a da especialidade (*lex specialis derogat generali*) podem resolver a questão de qual das regras em contradição é válida (DWORKIN, 1978, p. 27). Essas meta-normas podem servir, por exemplo, para a solução de uma antinomia entre dois dispositivos que estabeleçam prazos distintos para a interposição do mesmo recurso. Já as colisões entre princípios encontram solução além da dimensão da validade, e a decisão de aplicar um dos princípios contrapostos não implica o reconhecimento da invalidade do outro, mas sim que as circunstâncias do caso levaram a uma ponderação pela qual um determinado princípio prevaleceu (ALEXY, 1993, p. 89). Assim, observa-se que as regras apresentam uma diferença qualitativa em relação aos princípios, pois estes “têm uma dimensão que as regras não têm – a dimensão do peso e da importância” (DWORKIN, 1978, p. 26). Ante essa dimensão, as soluções de conflitos entre princípios podem ser expressas como julgamento sobre qual das normas em colisão é afirmativa do valor que tem maior importância, maior “peso” no contexto do caso.

No entanto, feitas essas indicações sobre diferenças entre regras e princípios, entendemos que não é pertinente a perspectiva de que o juspositivismo é limitado à concepção de que as normas jurídicas compreendem apenas regras. Talvez seja cabível afirmar que, até meados do século passado, as teorias juspositivistas não reconheciam a existência de normatividade nos princípios ou observavam neles um caráter normativo apenas subsidiário – destinado a impedir lacunas do direito (BONAVIDES, 2004, p. 262-264). Porém, não é cabível estender tal afirmação ao positivismo jurídico recente, no

âmbito do qual ganhou espaço a ideia de que os princípios são revestidos de força normativa. O reconhecimento da força normativa dos princípios está presente em várias abordagens positivistas contemporâneas, como pode ser observado, por exemplo, em textos de autores como Andrei Marmor (2001, p. 81 et seq.), Scott Shapiro (2005, p. 164 et seq.) e Wilfrid Waluchow (1994, p. 68 et seq.). Contra o argumento de Dworkin (1978, p. 14-45) de que o positivismo jurídico é compatível somente com um modelo de regras, Hart (1994, p. 263 et seq.) comentou que os pontos fundamentais da sua teoria são preservados ante o reconhecimento da força normativa dos princípios. Com efeito, Hart (op. cit., p. 259) reconheceu que pouco discorreu sobre princípios na sua obra fundamental (o livro “*The Concept of Law*”) – o que admitiu como uma falha –, mas argumentou que a sua visão positivista é compatível com a ideia de que os princípios têm expressão normativa.

### **3 O argumento de que o positivismo jurídico não dá atenção ao problema da interpretação jurídica e é caracterizado pela ideia de que há uma separação entre a criação e a aplicação do direito**

Juízes e tribunais, ao julgarem casos concretos, exercem atividade criativa. Cada vez mais o Poder Judiciário é provocado para “dizer o direito” diante do esvaziamento de conteúdos prévios das regras do sistema.

Várias correntes do pensamento jurídico tentaram fundamentar racionalmente as decisões de juízes e tribunais. E as debilidades de tais teorias tornaram-se evidentes, tendo em vista a consideração de que os critérios interpretativos são desprovidos de qualquer ordenação hierárquica, a problematicidade do uso dos princípios, a insuficiência dos métodos de subsunção lógica e a dificuldade de um parâmetro para as possíveis formulações de juízos de valor pelo julgador.

Dessa forma, ganhou importância o estudo do papel a ser desempenhado pelo julgador. Constatado que exerce atividade criativa, vê-se o sistema, diante da necessidade de ser efetivo e isonômico (casos concretos semelhantes devem ter o mesmo tratamento), impelido a criar mecanismos que balizem a atividade decisória, tornando a observância dos precedentes judiciais recomendável ou obrigatória.

Durante muito tempo foi concebida a atividade mental do juiz numa perspectiva estática, apta a gerar uma decisão única, completa e correta. Etapas como reconstrução da realidade exterior, procura da norma capaz de prover sobre aquela realidade e a

individualização do efeito concreto reconhecido da norma eram vistos como etapas diversas, que se sucediam lógica e cronologicamente.

O apego ao excessivo formalismo e a defesa intransigente do modelo puro silogístico, o entendimento de que a defesa deve ser exercitada distintamente quanto aos elementos de fato e de direito são atualmente considerados modelos ultrapassados.

Superada essa visão estática, accertamento do fato e aplicação do direito não são mais vistos como momentos pertencentes a fases diversas e isoladas. Já é reconhecido há tempos que a elaboração silogística é claramente inadequada a alcançar a real dinâmica do processo formativo da decisão e esquematiza a posteriori e com exagerado simplismo uma operação que é, pelo contrário, muito laboriosa e complexa. Funcionaria como uma espécie de justificação “*ex post*” da decisão tomada pelo aplicador do direito.

Mantida a importância da noção de sistema em direito, mas de sistema aberto e móvel, atualmente prevalece o entendimento de que, na busca pelo aplicador do direito do sentido adequado da norma, o método lógico-dedutivo não pode ser utilizado em sua pureza, considerando a norma geral e abstrata (premissa maior), o fato concreto (premissa menor) e a norma individual e concreta (conclusão), ligadas somente por procedimentos lógicos e sem qualquer participação valorativa do aplicador do direito. Não queremos aqui afastar a importância da lógica jurídica, mas constatarmos que se a decisão é lógica não é somente lógica, até porque o julgador, antes de acionar as ferramentas lógicas, faz uma série de escolhas, servindo a lógica muitas vezes para legitimar uma das decisões possíveis para o caso concreto.

Dessa forma, não é a refutação do pensamento sistemático que solucionará o problema da construção de uma teoria capaz de explicar o processo decisório pelos aplicadores do direito, sendo porém imprescindível que sejam afastadas aquelas teorias que procuram explicá-lo como procedimento estritamente lógico-dedutivo no qual ao decisor não cabe fazer escolhas, no qual de uma premissa maior que é a norma jurídica se subsuma a premissa menor, que corresponde à situação fática, chegando-se silogisticamente a uma conclusão única e correta.

Assim, vemos ser possível compatibilizar os pensamentos sistemático e problemático. Caminhamos no mesmo sentido de Castanheira Neves, para quem

o *punctum crucis* do atual pensamento metodológico-jurídico de sentido jurisprudencial está justamente no modo de compreender e assumir metodicamente a dialética entre sistema e problema, enquanto coordenadas metodologicamente complementares e irreduzíveis do *judicium* jurídico. O que exclui tanto uma pura tópica como um estrito normativismo. Pois por um lado, se a intenção axiológico-normativa do direito vai logrando a sua objetiva manifestação e a sua universal determinação na normatividade do sistema jurídico - com a pluralidade dos seus elementos normativos, os princípios (os fundamentos), as normas (os critérios) e a elaboração reconstituente da dogmática (a racionalização e institucionalização normativo-jurídicas), mas integrada numa constituenda e totalizante unidade intencional -, por outro lado, a consideração da dimensão problemática abre continuamente o sistema e só ela permite uma realização adequada e justa (materialmente correta e normativamente plausível) da juridicidade. Assim quando a realização do direito possa operar pela mediação de uma norma - i. é, quando uma norma jurídica positiva possa ser utilizada como imediato critério normativo -, essa norma será apenas o eixo de um processo metodológico complexo em que, por um lado, ela se vê amplamente transcendida (transcendida a sua positiva normatividade abstrata) já pela intenção normativo-jurídica fundamentante manifestada pelo sistema, já pelo problemático *concretum decidendo*; e em que, por outro lado, vem a ser interpretada pela assimilação, ou enquanto assimila, o resultado normativo-jurídico da dialética metodológica da própria realização concreta do direito que a utiliza (NEVES, 1995, p. 279).

Avanços significativos foram constatados ainda no que diz respeito ao entendimento quanto ao uso da linguagem no direito e a ideia da busca da “verdade”.

Desde Platão, a Filosofia baseava-se na ideia de que o ato de conhecer constituía-se da relação entre sujeito e objeto e que a linguagem servia como instrumento, cuja função era expressar a ordem objetiva das coisas. Acreditava-se que por meio da linguagem o sujeito se conectava ao objeto, porque esta expressava sua essência (correspondência entre ideias e coisas que eram descritas pela linguagem, de modo que o sujeito mantinha uma relação com o mundo anterior a qualquer formação linguística). O conhecimento era concebido como reprodução intelectual do real, sendo a verdade resultado da correspondência entre tal reprodução e o objeto referido. Uma proposição era considerada verdadeira quando demonstrava a essência de algo, já que a linguagem não passava de um reflexo, uma cópia do mundo (CARVALHO, 2013, p. 14).

O estudo do conhecimento, durante o decurso dos séculos, foi feito a partir do sujeito (gnosologia), do objeto (ontologia), ou da relação entre ambos (fenomenologia) e a linguagem foi sempre considerada como instrumento secundário do conhecimento.

Segundo essa tradição filosófica, existia um mundo em si, refletido pelas palavras (filosofia do ser) ou conhecido mediante atos de consciência e depois fixado e comunicado aos outros por meio da linguagem (filosofia da consciência). A linguagem

não era condição do conhecimento, mas um instrumento de representação da realidade tal qual ela se apresentava e era conhecida pelo sujeito cognoscente.

Em meados do século passado, houve mudança na concepção filosófica do conhecimento, denominada de giro-linguístico, cujo termo inicial é marcado pela obra de Ludwig Wittgenstein. Foi quando a filosofia da consciência deu lugar à filosofia da linguagem. Segundo tal concepção, a linguagem deixa de ser apenas instrumento de comunicação de um conhecimento já realizado e passa a ser condição de possibilidade para constituição do próprio conhecimento enquanto tal. Este não é visto mais como uma relação entre sujeito e objeto, mas sim entre linguagens.

Não existe mais um mundo em si, independente da linguagem, que seja copiado por ela, nem uma essência nas coisas para ser descoberta. Só temos o mundo e as coisas na linguagem: nunca em si. Assim não há correspondência entre linguagem e objeto, pois este é criado por ela. A linguagem, nesta concepção, passa a ser o pressuposto por excelência do conhecimento. O ser humano só conhece o mundo quando o constitui linguisticamente em seu intelecto. Por isso Maturana e Varela afirmam que “todo ato de conhecimento produz um mundo”. Conhecer não significa mais simples apreensão mental de uma dada realidade, mas a sua construção intelectual, o que só é possível mediante linguagem. Segundo Heidegger nosso “ser-no-mundo” é sempre linguisticamente mediado. A linguagem é a morada do ser, o lugar onde o sentido do ser se mostra (apud CARVALHO, 2013, p. 15-19).

Não utilizamos a linguagem para manipular o real, mas antes, ela nos determina e nela se dá a criação daquilo que chamamos de realidade. Pela linguagem podemos conhecer os dados físicos, identificá-los e transformá-los numa realidade objetiva para nosso intelecto.

Assim, se tradicionalmente a verdade era tida como relação entre sentença e coisa, rejeita-se tal relação, já que não existe qualquer relação entre sentença e coisa, mas apenas entre sentença e outras sentenças.

A verdade não se descobre, pois não há essências a serem descobertas, ela se inventa, se constrói linguisticamente dentro de um sistema referencial, juntamente com a coisa. O que era verdade ontem pode não ser hoje.

Evidenciados o caráter criativo da decisão judicial e os efeitos que o giro linguístico causou na compreensão do fenômeno jurídico, devemos constatar que a ideia da indeterminação do direito é apontada como um elemento que caracteriza o pós-positivismo. Nesse sentido, fala-se da escassa atenção que prestou o positivismo jurídico

à interpretação (CALSAMIGLIA, 1998, p. 212), e que, nas abordagens pós-positivistas, “*el centro de atención se ha desplazado a la indeterminación y a la solución de los casos indeterminados*” (Ibidem, p. 212). Desse modo, o pós-positivismo é referido como um paradigma que dispõe em relevo as questões em torno da interpretação e o papel produtivo de normas jurídicas desempenhado julgador. É acolhida por partidários do pós-positivismo a concepção de que as correntes juspositivistas constituem um horizonte teórico marcado pela perspectiva de que “*crear normas y aplicar normas son operaciones conceptualmente opuestas*” (REGLA, 2007, p. 671). Dessa maneira, o pós-positivismo é mencionado como

um movimento crítico que encerra o predomínio da dogmática jurídica tradicional [...] [a qual tem como um dos seus elementos característicos a] representação da atividade do juiz meramente como tarefa de “conhecimento” da lei [...]. (CAMARGO, 2003, p. 136).

Diante desses argumentos que buscam caracterizar o pós-positivismo como um modelo que torna central a problemática da indeterminação do direito, é cabível observar que o positivismo jurídico é um horizonte teórico multifacetado que apresenta diversos entendimentos acerca da interpretação jurídica. Com efeito, o positivismo jurídico surgiu na passagem dos séculos XVIII e XIX diante do contexto histórico de ascensão do liberalismo na Europa, e acolheu o ideal liberal de segurança jurídica e previsibilidade da ação estatal. A fase inicial do juspositivismo foi marcada pela ideia da separação dos poderes traçada sobre uma perspectiva legalista, segundo a qual o legislador tem o monopólio da criação do direito. Neste sentido, a Escola da Exegese (que abriu caminhos do positivismo jurídico nascente e dominou o pensamento jurídico francês no século XIX) teve como traço fundamental a compreensão de que o direito positivo se identifica por completo com a lei, e dispôs que o Judiciário tem apenas o papel de descobrir o sentido verdadeiro da lei (BONNECASE, 1944, p. 140-141). A este respeito, é expressivo o comentário de Laurent (*apud* BONNECASE, p. 141), um dos representantes de tal Escola:

Los Códigos no dejan nada al arbitrio del intérprete, este no tiene ya por misión hacer el Derecho: el Derecho está hecho. [...] No es verdad que el papel de los jurisconsultos se encuentra reducido; sólo que no deben tener la ambición de hacer el Derecho al enseñarlo, o aplicarlo; su única misión consiste en interpretarlo... A ellos no les toca el trabajo de legislar, sino al poder legislativo.

No entanto, apesar do legalismo ter encontrado refutações já entre os contemporâneos da Escola da Exegese, como ocorreu, por exemplo, no pensamento de Savigny (1878, p. 29 et seq.) – que destacou a ideia de que o direito não emana apenas da lei, ressaltando que os costumes também representam uma fonte do direito, o qual foi visto por ele como um reflexo do “espírito do povo” –, a legislação continuou a ocupar, ao menos na Europa continental e na América latina, o centro teórico do pensamento jurídico até a segunda metade do século XX – quando os problemas em torno da interpretação e da indeterminação do direito passaram a ser enfatizados na teoria jurídica, provocando o deslocamento do foco das atenções da legislação para a jurisdição (JUST, 2006, p. 395). Entretanto, a despeito do desenvolvimento teórico que levou o juspositivismo para além da ingenuidade das teorias legalistas, a compreensão sobre as relações entre o Poder Legislativo e o Poder Judiciário continuou a ser marcada pela concepção que limita a aplicação judicial de textos normativos a uma atividade técnica, cognitiva do direito prévio. Até meados do século passado, conforme foi indicado por Hans Kelsen (2006, p. 391) “a teoria usual da interpretação [...] [manifestava a crença de que] a lei, aplicada ao caso concreto, poderia fornecer, em todas as hipóteses, apenas uma única solução correta”. Dessa maneira, apesar da perda de espaço das perspectivas legalistas, a lei continuou a ser vista, no horizonte teórico do juspositivismo, como um elemento que serve para um controle seguro de expectativas em relação à atividade do Poder Judiciário.

Porém, não é adequado apresentar a ideia da distinção entre a aplicação e a criação do direito como uma característica que define o positivismo jurídico. Apesar da presença de tal ideia em várias abordagens positivistas, o positivismo jurídico pode ser visto como um horizonte teórico heterogêneo que comporta diversas visões acerca da interpretação jurídica. Abordagens como a de Hart (1994, p. 124-154) e a de Kelsen (2006, 387-397) abriram caminhos para além da ideia da separação entre a criação e a aplicação do direito, e os intérpretes dos textos normativos passaram a ser vistos como protagonistas no palco das teorias juspositivistas. A problemática da interpretação e a ideia da indeterminação do direito têm destaque no positivismo jurídico recente. A título de exemplo, positivistas contemporâneos como Bix (2003), Marmor (2004) e Waluchow (1994) dedicaram trabalhos ao tema da interpretação.

Portanto, não é adequado o entendimento de que a ênfase na indeterminação do direito e o reconhecimento do papel criativo do intérprete integram um horizonte teórico que não se conforma ao juspositivismo, mas a um paradigma distinto, considerado como

“pós-positivista”. Esse entendimento expressa um reducionismo na abordagem do juspositivismo. Pode-se dizer que a concepção de que o direito é constituído por processos interpretativos pode funcionar como um ponto de articulação entre abordagens heterogêneas (positivistas ou não positivistas) que constituem o cenário da teoria jurídica recente (JUST, 2004, p. 219). Em tal cenário, a insistência nos problemas da interpretação e a ênfase na indeterminação do direito provocaram uma “guinada interpretativa”, e, desse modo, o centro de análise do direito passou a ser a decisão e a aplicação (JUST, 2006, p. 395).

#### **4 O argumento de que o positivismo jurídico serviu de apoio ao totalitarismo**

O argumento da vinculação do juspositivismo ao nazismo – que Bobbio (1995, p. 225) observou como *Reductio ad Hitlerum* – foi um dos fatores mais eficientes da retórica antipositivista, e projetou “caricaturas” negativas do positivismo jurídico. Porém, são carentes de fundamentos os argumentos que indicam que o positivismo jurídico é uma postura que apoiou autoritarismos e que “acabou se convertendo em uma ideologia, movida por juízos de valor [...] [diante da qual] o debate acerca da justiça se encerrava quando da positividade da norma” (BARROSO, 2009, p. 241). A perspectiva de que a validade é uma condição suficiente para a existência da justiça é, conforme observou Norberto Bobbio (1995, p. 230), “principalmente um alvo criado pelos antipositivistas para conduzir sua polêmica”. Com efeito, não é sustentada por exemplos a ideia de que o positivismo se converteu em um rumo teórico segundo o qual qualquer conteúdo ético acolhido pelo direito representa a justiça. A tese de que não existe uma conexão necessária entre direito e moral, que caracteriza as correntes teóricas juspositivistas, não implica o juízo de que todo valor acolhido pela ordem jurídica representa o justo, mas sim o juízo de que não são os conteúdos éticos que delimitam o conceito de direito. Há uma diferença fundamental entre o reconhecimento da “existência do direito” e o da “existência da justiça – o problema da validade e o problema da justiça não se identificam. Conforme foi observado por Kelsen (2003, p. 68), “um direito positivo não vale pelo fato de ser justo, isto é, pelo fato de a sua prescrição corresponder à norma da justiça – e vale mesmo que seja injusto”. Desse modo, admite-se que as normas jurídicas podem refletir quaisquer faces do bem e do mal, e não que a positividade do direito encerra a questão da justiça.

Portanto, é impertinente interpretar que a ideia de que o direito não tem conteúdos éticos necessários denota uma cumplicidade com o regime estabelecido por Hitler. Pode-se dizer que tal interpretação não conduz a um relato adequado da trajetória do juspositivismo, mas permite a construção de “caricaturas” que facilitam o sucesso dos discursos que se opõem a esse rumo teórico. A vinculação do discurso adversário a um elemento que sofre rejeição no auditório é um método retórico que tem grande potencial de provocar convencimento, o que torna a *Reductio ad Hitlerum* um rumo argumentativo que confere força persuasiva a relatos que se opõem ao juspositivismo.

Do mesmo modo, é problemático o argumento de que a postura pretensamente avaliativa do positivismo jurídico foi delineada em razão da “visão vazia dos olhos dos positivistas [...] [apontada como] consequência, até certo ponto exótica e inesperada, da sua irremediável cegueira moral” (PASQUALINI, 1999, p. 66). Entre as características que são marcantes na história das ideias juspositivistas, está a pretensão de conferir cientificidade à abordagem sobre o direito. Como roteiro de autoafirmação, a teoria do direito incorporou exigências que estruturam um modelo de discurso científico, e o juspositivismo teve como um dos seus alicerces a ideia de constituir o saber jurídico de acordo com uma postura científica (BOBBIO, 1995, p. 135 e s.). Entretanto, a busca de adequação à narrativa científica deu a determinadas abordagens juspositivistas uma linguagem descritiva, pretensamente neutra, que procura retratar o modo de ser dos objetos do conhecimento sem a emissão de juízos de valor. Neste sentido, por exemplo, Kelsen (2006, p. 01) comentou que a sua Teoria Pura do Direito, em razão de ser ciência do direito, “procura responder a esta questão: o que é e como é o Direito? Mas já não lhe importa a questão de saber como deve ser o Direito, ou como ele deve ser feito”. Dessa maneira, os limites do discurso científico demarcaram a inadequação do manejo de elementos conceituais que não satisfazem a pretensão de neutralidade. A postura pretensamente avaliativa, portanto, não foi delineada em razão de uma cegueira moral dos positivistas, mas sim em virtude de uma estratégia retórica de legitimação do discurso teórico jurídico por meio da adequação a um modelo científico.

É cabível observar que os dois aspectos fundamentais do juspositivismo (a noção de que não há conexão necessária entre o direito e a moral, e a concepção de que só há caráter jurídico no direito positivo) não implicam a exclusão de posturas valorativas. Afinal, emitir juízos de valor e defender como mais justa uma determinada perspectiva ética não implica a admissão de que há direitos além do direito positivo ou a concordância com a ideia de que há conexão necessária entre o direito e a moral. Neste sentido, pode-

se dizer que *“is a fallacious assumption [...] [to consider that] the theory of legal positivism is itself confined to the study of the existence [of law] as opposed to the merit [...]”* (CAMPBELL, 2004, p. 25). Conforme observou Jeremy Waldron (2005, p. 411), *“in recent years, philosophers of law have paid increasing attention to the possibility that legal positivism might be recast as a normative thesis about law”*, e rótulos como “positivismo ético” e “positivismo normativo” passaram a ter lugar no palco das ideias jurídicas – expressando a perspectiva de que a linguagem valorativa não é incompatível com a postura juspositivista.

Desse modo, há carência de pertinência tanto no relato de que o positivismo jurídico se converteu em uma ideologia segundo a qual todo direito é justo quanto no relato que reduz esse rumo teórico a uma linguagem que deve excluir o elemento da correção de conteúdo.

### **Conclusão: o “pós-positivismo” como uma abordagem reducionista acerca do juspositivismo**

De acordo com o que acima foi exposto sobre o positivismo e o pós-positivismo, pode-se dizer que o uso deste último termo envolve, ordinariamente, uma caracterização reducionista do positivismo jurídico. Para descrever o plano do pensamento jurídico atual, a referência a um espaço teórico que é constituído por correntes “positivistas” e “não positivistas” – tal como fez Alexy (2004, p. 03 et seq.) – é mais adequada do que a alusão ao paradigma do pós-positivismo. Da mesma maneira, a oposição entre positivismo e jusmoralismo também é mais apropriada do que a menção a um modelo pós-positivista para representar o panorama das ideias jurídicas recentes – conforme sugeriu Dimoulis (2006, p. 85), considerando que a maioria das teorias não positivistas atuais não refuta a tese de que só há caráter jurídico no direito positivo, mas sim a tese de que não há conexão necessária entre o direito e a moral.

De qualquer modo, os conceitos não são representações da realidade, mas sim produtos de seleções de aspectos comuns entre elementos distintos. O enquadramento de uma conjuntura teórica multifacetada em conceitos como pós-positivismo ou jusmoralismo é uma forma de “controlar” os elementos do conhecimento, e não uma forma de espelhar a realidade. Em relação aos autores que se intitulam “pós-positivistas” – os quais parecem constituir, no Brasil, “a corrente que predomina nos debates sobre a teoria do Direito” (DIMOULIS, 2006, p. 63) –, entendemos que apresentam,

ordinariamente, caracterizações insatisfatórias do positivismo jurídico, desconsiderando todo um conjunto de desenvolvimentos teóricos recentes que ostentam o rótulo de “juspositivismo”. O uso do termo “pós-positivismo” é marcado pelo reducionismo, e uma análise sobre abordagens que se apresentam como “juspositivistas” no cenário da teoria jurídica recente – em autores como Andrei Marmor (2001), Joseph Raz (1979) e Jules Coleman (2003) – pode expor que características referidas como pertencentes ao paradigma pós-positivista (tais como a ênfase na indeterminação do direito e a atribuição de força normativa aos princípios) são comuns em teorias positivistas. Entretanto, para que os oponentes do positivismo jurídico – sob o rótulo de “pós-positivistas” ou outro qualquer – possam dirigir críticas mais apropriadas ao conjunto das teorias juspositivistas, compreendemos que é necessário considerar que o positivismo não foi superado, mas sim transformado por desenvolvimentos que o tornaram um campo teórico que não é o mesmo da primeira metade do século XX.

## Referências

ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Traducción de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ALEXY, Robert. **The Argument from Injustice: a reply to legal positivism**. Translated by Stanley L. Paulson and Bonnie Litschewski Paulson. Oxford: Oxford University Press, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BIX, Brian. **Law, language, and legal determinacy**. Oxford: Oxford University Press, 2003.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. Tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004

CALSAMIGLIA, Albert. Postpositivismo. **Doxa: cuadernos de filosofía del derecho**, Alicante, nº 21 I, p. 209-219, 1998.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e Argumentação**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CAMPBELL, Tom. **Prescriptive legal positivism: law, rights and democracy**. London: UCL Press, 2004.

CARVALHO, Aurora Tomazini de. **Curso de teoria geral do direito: o constructivismo lógico-semântico**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Noeses, 2013.

COLEMAN, Jules. **The practice of principle: in defense of a pragmatist approach to legal theory**. Oxford: Oxford University Press, 2003.

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

DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1978.

HART, H. L. A. **Essays in jurisprudence and philosophy**. Oxford: Oxford University Press, 2001.

HART, H. L. A. **The concept of law**. Oxford: Oxford University Press, 1994.

JUST, Gustavo. Guinada Interpretativa. In: **Dicionário de Filosofia do Direito**. Coordenação de Vicente de Paulo Barreto. Rio de Janeiro: Renovar, Unisinos, 2006.

JUST, Gustavo. **La jurisprudence herméneutique et son horizon: l'interprétation entre ses conditions et ses possibilités**. Droits, Paris, n° 40, p. 219-243, 2004.

KELSEN, Hans. **O problema da justiça**. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MARMOR, Andrei (org.). **Direito e interpretação: ensaios de filosofia do direito**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

MARMOR, Andrei (org.). **Law in the age of pluralism**. New York: Oxford University Press, 2007.

MARMOR, Andrei (org.). **Positive law and objective values**. Oxford: Oxford University Press, 2001.

NEVES, Antônio Castanheira. O actual problema metodológico da realização do direito. In: **Digesta - escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros**. vol. 2.º. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

PASQUALINI, Alexandre. **Hermenêutica e sistema jurídico: uma introdução à interpretação sistemática do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

RAZ, Joseph. **The authority of law: essays on law and morality**. Oxford: Oxford University Press, 1979.

REGLA, Josep Aguiló. Positivismo y postpositivismo. Dos paradigmas jurídicos en pocas palabras. **Doxa: cuadernos de filosofía del derecho**, Alicante, n° 30, p. 665-675, 2007.

O “PÓS-POSITIVISMO” COMO UM CONCEITO ERGUIDO SOBRE COMPREENSÕES  
REDUACIONISTAS ACERCA DO POSITIVISMO JURÍDICO

SAVIGNY, Friedrich Karl Von. **Sistema del derecho romano actual**. Traducción de Jacinto Mesía y Manuel Poley. Tomo I. Madrid: F. Góngora y Compañía Editores, 1878.

SHAPIRO, Scott J. On Hart’s Way Out. *In*: COLEMAN, Jules (ed.). **Hart’s Postscript: Essays on the Postscript to the Concept of Law**. Oxford: Oxford University Press, 2005.

VESTING, Thomas. **Teoria do direito**: uma introdução. Trad. Gercélia B. de O. Mendes. São Paulo: Saraiva, 2015.

WALDRON, Jeremy. Normative (or Ethical) Positivism. *In*: COLEMAN, Jules (ed.). **Hart’s postscript**: essays on the postscript to the concept of law. Oxford: Oxford University Press, 2005.

WALUCHOW, Wilfrid. **Inclusive legal positivism**. Oxford: Oxford University Press, 1994.

Recebido em 25 set. 2016 / aprovado em 30 mai. 2019

Para referenciar este texto:

GOUVEIA, Lúcio Grassi de; OLIVEIRA, Plínio Pacheco Clementino de. O “pós-positivismo” como um conceito erguido sobre compreensões reducionistas acerca do positivismo jurídico. *Revista Thesis Juris - RTJ*, São Paulo, v. 8, n. 1, p. 34-51, jan./jul. 2019.