

## O PÓS-POSITIVISMO E AS SUAS RAZÕES - PEQUENO ENSAIO EXPOSITÓRIO. UMA BREVE ANÁLISE DAS FONTES BÁSICAS DO DIREITO.

BRUNO DOS SANTOS GUIMARÃES\*

### Introdução

O presente artigo visa analisar a já tão debatida questão das fontes do direito em uma releitura à luz do constitucionalismo e seus princípios. A argumentação também se apoiará na crise positivista e a perspectiva pós-positivista de resultados efetivos. Portanto, a proposta é estudar a estrutura positiva da determinação das fontes segundo o artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB (muito recentemente ainda denominada de Lei de Introdução ao Código Civil - LICC) aliada à sua eficácia e presteza atual, em vista da nova onda de aplicação e normatividade constitucional e o pós-positivismo. O que se pretende, sem maiores pretensões, é situar o leitor neófito já adaptando a doutrina tradicional de modo a aderir-lá a uma nova realidade jurídica onde imperam os princípios, aplicados que são à solução dos casos concretos nesta visão mais moderna. A questão é mais ideológica que técnica. A questão é de aceitação. A questão é, por fim, de desapego a uma posição de conforto para transitar em uma dimensão onde o direito verdadeiramente se presta a ser útil à sociedade, e não ao contrário. Mesmo passados alguns anos, tem-se que o pós-positivismo ainda é e será, por muitos anos, uma nova descoberta para gerações diferentes de juristas já graduados e operadores cotidianos do direito. O que alguns já de muito descobriram, muitos ainda estão descobrindo ou ainda terão o prazer de descobrir. A novidade é relativa, da mesma forma que o velho e o ultrapassado também.

Ter-se-á como pano de fundo a evolução das incertezas da justiça pulverizada medieval seguida da absolutista (estados absolutistas) à "certeza" científica almejada pelo positivismo e a sua crítica atual em detrimento do avanço dos princípios constitucionais contemporâneos e suas cláusulas abertas - o pós-positivismo e o neoconstitucionalismo.

O dilema gravita em torno da aplicação da lei nos moldes tecnocratas e tradicionais em contraponto com o influxo da forte normatividade dos princípios que garantem a ótica do razoável e do proporcional no julgamento do caso concreto. A questão central é a que coloca a pessoa física como centro da imputação jurídica para, só posteriormente e reflexamente, defender os seus bens materiais e patrimônio. A problemática é que a lei nunca será objetiva o bastante e nem ao menos específica o bastante para prever toda a sorte de problemas e conflitos que hão de surgir no seio social, do mesmo modo que as

\* Promotor de Justiça no Estado do Rio de Janeiro. Graduado pela UFRJ e Mestre em Direito pela Universidade Cândido Mendes. Professor da EMERJ.

que existem podem não atender as perspectivas de resultado de forma a gerar resultado útil e justo. “A lei é dura mas é a lei!”, velho brocardo latino tanto utilizado, não mais se sustenta sob algumas, porque não, sob várias óticas.<sup>1</sup>

A seguinte sentença sempre se faz presente nos meandros da área jurídica e parece muito pertinente expô-la: é razoável atuar-se exatamente como a lei determina para **ser alcançado um resultado que efetivamente ela não quer nem jamais quis?** A resposta só poderá ser negativa, mormente em vista da ciência pós-positivista aliada à dignidade da pessoa humana, dentre outros preceitos éticos que lhe são intrínsecos.

É neste caminhar que se inicia, então, a abordagem da teoria das fontes e a aplicação mais simples da ciência hermenêutica do direito nos moldes contemporâneos. Explica-se melhor: a hermenêutica será de aplicação primordial no direito hoje em debate, principalmente se, quando da aplicação de uma lei ou artigo de lei, várias vertentes sejam possíveis, mas nem todas sejam razoáveis e defensáveis do mesmo modo, ou seja, com lógica e fim justo e equitativo à luz dos princípios éticos basilares previstos no núcleo fundamental das constituições modernas, dentre elas a brasileira.

Assim, da Idade Média aos decretos régios absolutistas e o iluminismo posterior. Do positivismo e sua concretude ao pós-positivismo. Eis a modernidade e os tópicos que compõem o presente tema abordado neste artigo: a força máxima da Constituição e seus princípios.

## **1 Pequena evolução do sistema jurídico: foco na ambientação brasileira.**

O Brasil se torna independente após a crise e início da queda do absolutismo na Europa. As monarquias constitucionais são algo a se almejar, colocando-se um ponto final no regime absolutista. O Iluminismo e a Ilustração já eram, ainda antes, o impulso no caminho da tecnologia do Estado liberal. Diz-se, então, que o país estaria em busca do modismo europeu, pois muito havia ficado para trás, seja na própria Europa, desde o feudalismo e ascensão do absolutismo, seja no Brasil Colônia, extensão do modelo político português. Descoberto e conquistado durante a transição do feudalismo para o absolutismo, o Brasil foi reflexo de todas estas tendências enquanto satélite de sua metrópole, Portugal.

Após a queda das antigas civilizações (grega e romana), teve início o que se convencionou denominar de alta Idade Média, por volta do século V em diante. Ao fim deste período, já por volta do século XV, inicia-se a formação e consolidação dos Estados Nacionais, todos absolutistas (Era que se denomina de Moderna). Durante o período absolutista, não se exercitava a divisão de funções tal qual idealizada por Aristóteles em sua famosa obra intitulada *Política*, e desenvolvida detalhadamente por Montesquieu em *O espírito das leis*. Harold Berman faz a seguinte sincronia, com base na História Universal:

<sup>1</sup> Do latim: *dura lex Sed Lex*. A lei é dura mas é a lei. Este é um brocardo latino de conhecimento bem comum que, de fato, bem representa a doutrina positivista.

A história antiga é aquela concernente à Grécia e a Roma. O declínio de Roma, causado pelas invasões bárbaras, levou à Idade Média, que durou, grosso modo, do século V ao XV. Então começa a Idade Moderna, alguns diriam com o Renascimento, alguns diriam com a Reforma, ou, diriam ainda outros, com ambos.<sup>2</sup>

No absolutismo, durante a Idade Moderna, portanto, a função legislativa, executiva e judiciária cabia tão só e unicamente ao rei absoluto. O rei legislava, sendo estas legislações denominadas em geral de régias, exercia o governo e também julgava. Funcionários burocratas como os magistrados eram meros delegatários do poder estatal. O rei absoluto era o “enviado de Deus” e tudo podia, ou quase tudo podia.<sup>3</sup> Portugal, durante o longo período do Brasil Colonial, vivia o absolutismo em seu molde mais emblemático. Aliás, como citação de ato normativo absolutista vale lembrar a instalação do Tribunal da Relação da Bahia em 1609. Este tribunal carrega em sua normatização a titulação de magistrados, procuradores e promotores da justiça (era esta a designação) e, como bem descreve e ressalta o texto de instalação: todos a serviço e delegação do poder absoluto do rei em Portugal, conforme reportado por José Reinaldo de Lima Lopes e outros autores.<sup>4</sup> Para definição histórica do absolutismo é oportuna a seguinte lição:

Regime político e social que vigorou na Europa Ocidental até a Revolução Francesa (1789). O governo absolutista dos reis que concentravam os poderes executivo, legislativo e judiciário e que era baseado na crença do direito divino dos monarcas, associado ao mercantilismo e aos privilégios concedidos à aristocracia.<sup>5</sup>

Já em 1751, quando da criação e instalação de outro tribunal, o Tribunal da Relação do Rio de Janeiro, que funcionou até 1808, houve nitidamente um período de transição ideológica, principalmente, na parte final de sua atuação. Ora, esta transição remonta a decadência crescente do absolutismo e a impregnação da Ilustração e do Iluminismo. Já eram, portanto, os ares

<sup>2</sup> BERMAN, Harold. *Direito e revolução*. Tradução: Eduardo Takemi Kataoka. São Leopoldo, RS: Unisinos, 2004, p. 25.

<sup>3</sup> MIRANDA, Jorge. *op. cit.* P. 28. Usa-se no texto a expressão “ou quase tudo podia” pois, segundo entendemos e é bem lecionado por Jorge Miranda, a despeito da concentração das funções estatais nas mãos do Rei, o poder não era tão absoluto assim, até mesmo, pelo que se depreende, da própria condição de governabilidade e continuidade. Daí a nossa expressão “quase tudo”. Mas, a falta de divisão de poderes e a concentração pessoal do poder era, de fato, indiscutível.

<sup>4</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima *et alii*. *Curso de história do direito; Regimento da Relação do Estado da Bahia, de 7 de março de 1609*. 2. ed. São Paulo: Método, 2009, p. 112 e 117 e seguintes. Para bem demonstrar esta delegação diz também o texto do regimento em seu cap. III ... é dado ao promotor da justiça da casa da suplicação, e ao procurador do fisco; e procurará (quanto lhe for possível) saber se se usurpa a minha jurisdição. Como se observa, sem reserva, a jurisdição era do rei absoluto.

<sup>5</sup> ARANTES, Jorge. *Pequeno dicionário crítico: histórico, geográfico, econômico, político e social*. Rio de Janeiro: Interciência, 2003.

do Estado liberal que ansiava em aparecer, gerando o que se conheceu como despotismo esclarecido. A divisão de poderes já começava a ser uma necessidade e a elaboração de uma Constituição uma máxima para delimitar o poder do Estado frente às liberdades públicas.<sup>6</sup> Marco do início da queda do absolutismo foi a Revolução Francesa (1789), quando então a burguesia assumiu o poder e as rédeas do Estado, que era um dos mais avançados naquela época.<sup>7</sup>

Vale o seguinte esquema: muito distante do fim do absolutismo, ou mesmo durante a sua ascensão, deu-se a instalação do Tribunal da Relação da Bahia no Brasil Colônia (1609), enquanto durante a criação e funcionamento do Tribunal carioca (1751-1808) já se verificava a influência ilustrada – a questão, como soa óbvio, é puramente de período, tendo sofrido este último tribunal com a contemporaneidade da revolução franca e a ascensão das ideias liberais. Cabe consignar que o Tribunal carioca foi extinto a partir da chegada da Família Real ao Rio de Janeiro, evento que inaugurou o denominado período joanino e que culminou, anos após, com a declaração da Independência do Brasil.<sup>8</sup>

Com relação ao Tribunal carioca, vale reportar que, em Portugal, a Lei da Boa Razão, aplicada no Brasil durante o funcionamento do Tribunal da Relação do Rio de Janeiro (1769), era a própria ilustração e o racionalismo a se manifestar. Esta Lei redirecionava as fontes do direito e o tratava com lógica de aplicação. Servia, ainda, de parâmetro de aplicação da própria legislação em vigor, no caso as Ordenações Filipinas.<sup>9</sup>

O racionalismo jurídico surgiu ao fim do absolutismo nada mais era do que a aplicação do desenvolvimento das ciências exatas ao direito. O direito, então, sendo racional e lógico, deveria ser encarado como um todo coerente e parte de uma engenharia aplicada ao social. A era das codificações, que surgiu nos Estados europeus, certamente denota esta necessidade de sistematização do direito, ou seja, um agrupamento de engenho de normas congêneres, como no caso das codificações voltadas a determinados ramos em especial. O civil é um exemplo. José Reinaldo de Lima Lopes leciona o seguinte:

<sup>6</sup> WEHLING, Arno; WEHLING, Maria José. *Direito e Justiça no Brasil Colonial: o Tribunal da Relação do Rio de Janeiro (1751-1808)*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. pg. 545;547;552. Os autores bem descrevem a transição, informando que no período final de funcionamento do tribunal referido (o que remonta ao espaço de tempo imediatamente anterior a 1808, data de sua extinção), já se tentava andar por caminhos de aplicação do direito baseado na ilustração e o iluminismo. Este caminho foi trilhado, segundo os autores, principalmente pelo direito penal.

<sup>7</sup> Polarizamos o tribunal implantado no Brasil em 1609 (Bahia), no auge do absolutismo, com o que foi implantado no Rio de Janeiro em 1751, funcionando até 1808, para contrastar que este último tribunal já passou a ser influenciado, em vista do momento histórico, com os ideais liberais que culminaram nos movimentos constitucionais posteriores (monarquias constitucionais), até porque este tribunal ultrapassou o período revolucionário na França, sofrendo, portanto, estes influxos determinados.

<sup>8</sup> WEHLING, Arno; WEHLING, Maria José, *op. cit.*, p. 581. Aqui se tem a delimitação do momento exato da extinção deste tribunal, que na verdade, em 1808, quando da vinda da família real portuguesa, fundiu-se com a casa da suplicação.

<sup>9</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima; QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo; ACCA, Thiago dos Santos. *Curso de História do Direito*. 2. ed. São Paulo: Método, 2009, p. 113 e 218.

A geometria e a física haviam sido as ciências dominantes nos séculos XVII e XVIII: no século XIX o paradigma de ciência parecia ser a história natural. É compreensível, portanto, que nos séculos XVII e XVIII os juristas se inspirassem na geometria e buscassem aplicar ao direito o modo geométrico de pensar.

[...]

O movimento de codificação do direito fora resultado da combinação de duas correntes de pensamento marcantes do início da modernidade: O jus naturalismo racionalista e o iluminismo.<sup>10</sup>

Segundo o mesmo autor, foi na ocasião do Iluminismo e da Ilustração, compreendendo o início da queda do Antigo Regime, que a importância do poder de legislar ganha mais força. Daí o positivismo e a sua lógica de trazer a tão almejada segurança jurídica para os súditos e, porque não, para os próprios burocratas. O positivismo e a previsibilidade de ações e consequências passaram a fazer parte de um campo lógico e necessário para a burocracia estatal. Foi exatamente este ambiente racionalista e positivista que trouxe a ideia de uma lei maior que seria, então, o pressuposto de validade das demais – a Constituição.

O constitucionalismo, de fato, passou a ser o símbolo almejado.

É interessante consignar, como adiantado acima, que antes do estabelecimento das constituições e no período da ilustração antecedente ao Estado liberal constitucional, a Lei da Boa Razão, por ser um parâmetro de reorganização e aplicação das fontes do direito, muitas vezes era encarada como verdadeira fonte de validade e diretriz de aplicação de outras normas. Neste sentido, então, assemelhou-se ao que após restou por consagrar a tecnologia jurídica do controle de constitucionalidade, tão estudado no Direito Constitucional.<sup>11</sup>

O direito medieval, pouco positivado e mais baseado na doutrina e jurisprudência, além de conter também o casuísmo e o costume, foi ficando cada vez mais inadequado mesmo para os Estados absolutistas surgidos em sequência àquele período, o que então deu lugar aos movimentos de codificação e legislações absolutas, tal como informa José Reinaldo de Lima Lopes: “O direito medieval, casuístico, fundado na premência do ato de julgar e, portanto, em teorias da justiça, acostumado a uma ordem plural, repleta de fontes e privilégios particulares, não servia mais, e já fazia tempo.”<sup>12</sup>

<sup>10</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima; QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo; ACCA, Thiago dos Santos. *Curso de História do Direito*. 2. ed. São Paulo: Método, 2009, p. 217.

<sup>11</sup> WEHLING, Arno; WEHLING, Maria José. *Direito e Justiça no Brasil Colonial: o Tribunal da Relação do Rio de Janeiro (1751-1808)*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 586. A afirmação dos autores se baseia, além de outros argumentos, no julgamento conduzido pelo Juiz de Fora brasileiro de nome Baltasar da Silva Lisboa em que a lei da boa razão foi elevada a condição de ordenamento normativo básico. Por tudo que também acima foi referido acerca da criação do Tribunal da Relação do Rio de Janeiro e a sua extinção, bem como a sua atuação influenciada pela pré-ilustração, cf. p. 545, 581 e 584.

<sup>12</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima; QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo; ACCA, Thiago dos Santos, *op. cit.*, p. 220.

## 2 Do positivismo

Não é difícil observar que o positivismo crescente e o aumento na tecnologia da legislação restaram como resposta às incertezas da baixa e alta Idade Média que ainda prosseguiram no regime absolutista ocorrido em sequência. Nunca é demais gravar que a fonte de produção normativa era, ainda, de fato, o poder central. Conforme mencionam Arno Wehling e Maria José Wehling, a Ilustração já tomava conta do Antigo Regime em seus respiros finais e se manifestava em obras como a de Bonesana, Marquês de Beccaria, que ganhavam destaque. *Dos delitos e das penas* (1764) é o grande ícone.<sup>13</sup>

No Brasil, ao apagar das luzes do absolutismo europeu e à ascensão do constitucionalismo, auge da Ilustração e do Iluminismo, é marcante a chegada da corte portuguesa ao Rio de Janeiro, apoiada pelos ingleses e em fuga estratégica de Portugal que estava prestes a ser invadido pelas tropas napoleônicas.<sup>14</sup> Ora, a corte portuguesa vivia no Rio de Janeiro os últimos suspiros do absolutismo como regime inabalável e do Brasil ainda como colônia, embora elevado à condição de Reino Unido.

A metrópole Portugal ainda não possuía a sua constituição (característica clara do absolutismo ainda reinante) e o Brasil, que se tornou independente em 1822, trataria de se adequar ao resto do mundo e elaborar a sua Carta Magna em 1824.<sup>15</sup> Desta forma, o constitucionalismo gerando o pressuposto de uma lei maior como argumento de validade das demais (inferiores) e a técnica positivista são uma reação à insegurança e à falta de ciência do período imediatamente anterior.

Sem maiores riscos, pode-se afirmar que diante das incertezas de um sistema jurídico imaturo, a legislação em geral, independente de sua fonte (ainda que expedidas pelo Rei), e as codificações, resultaram no avanço que culminou, posteriormente, no pressuposto da lei maior constitucional e sua preponderância como pilar do Estado liberal.

Chega-se, pois, à Constituição, que, com seus princípios e diretrizes, será o paradigma normativo da contemporaneidade.

## 3 O normativismo de Hans Kelsen

Nascido a 11 de outubro de 1881, em Praga, Kelsen foi um dos mais importantes juristas e filósofos do século XX. Correlacionando sua época com a cronologia histórica, verifica-se que Kelsen nasceu muito após a queda do Antigo Regime e a ascensão do constitucionalismo dos estados liberais. Portanto, ele já trabalhava com uma melhor tecnologia das leis e contava com a existência da Constituição como lei maior, resultado dos movimentos constitucionais imediatamente anteriores.<sup>16</sup>

<sup>13</sup>WEHLING, Arno; WEHLING, Maria José, *op. cit.*, p. 550.

<sup>14</sup>Sobre este momento histórico que antecedeu ao nosso constitucionalismo vale a leitura do importante historiador Lima, Oliveira, D. João VI no Brasil. 3ªed. Rio de Janeiro: Top books: 1996, pg.43 e seguintes.

<sup>15</sup> Para consulta sobre a primeira Constituição portuguesa pesquisar em [www.debates.parlamento.pt](http://www.debates.parlamento.pt) consulta realizada em 20 de junho de 2012.

<sup>16</sup> Para uma segura biografia de Kelsen consultar [www.biografias.inf.br](http://www.biografias.inf.br). A situação histórica e o posicionamento são observações deste signatário, que inclusive acrescenta que a morte de Kelsen,

De outro lado, impende ressaltar que Kelsen, assim, como outros cientistas que lhe foram contemporâneos, em função de tudo que acima foi dito, ainda viviam à sombra das incertezas que os períodos anteriores manifestaram. Daí o normativismo e o modo cartesiano que demonstra a ciência de Kelsen, sede em que o positivismo (normativismo) era, então, o grande enfoque e, porque não, a solução.

Em oposição ao jusnaturalismo, manifesta-se então o positivismo, afirmando que não há direito senão o positivo. Neste ponto, nega que o direito natural pudesse estar acima ou fosse pressuposto de validade do direito positivo. O positivismo resultou de uma tentativa de se considerar o direito verdadeira ciência trazendo-o para lógica e conferindo-o certeza quase matemática.<sup>17</sup>

Foi nesta direção que, em sua obra mais famosa, Kelsen estuda o direito à revelia de conceitos flutuantes como o da própria justiça, preferindo usar a lógica rígida e segura da teoria pura do direito. Ele foi responsável pela organização da hierarquia das normas e do pressuposto de uma lei fundamental, no que restou conhecido como a “pirâmide de Kelsen”, embora assim não nominado por ele próprio. Neste sentido, Hans Kelsen foi quem inaugurou o controle da constitucionalidade na Europa introduzindo-o na Constituição da Áustria, no ano de 1920.<sup>18</sup>

O positivismo, embora hoje muito criticado, teve seu mérito na organização sistêmica do Direito e no viés de introduzi-lo com segurança, daí a sua preocupação com a hierarquia das fontes e a preponderância da lei sobre os princípios. Argumentando nesta trilha vale citar que a grande falha do normativismo tenha sido considerar, fictamente, que o direito positivo é justo e deve ser obedecido.<sup>19</sup>

Para o positivismo, como soa lógico, os princípios não poderiam subverter a lei, pois são menos densos que ela. Este é o ponto nevrálgico da crítica a ser desenvolvida adiante. O positivismo de Kelsen fica extremado quando afirma ele, em sua famosa obra intitulada *Teoria Pura do Direito*, que uma norma jamais poderá ser considerada inválida em seu conteúdo, podendo ela tratar daquilo que melhor aprouver. A sua invalidade apenas será determinada se contrariar formalmente a lei fundamental no sistema hierárquico por ele criado. Pela importância do tema, pedimos vênha para citar o que abaixo segue:

Se se pergunta pelo fundamento de uma norma pertencente a uma determinada ordem jurídica, a resposta apenas pode constituir na recondução à norma fundamental desta ordem jurídica, quer dizer: na afirmação de que esta norma foi produzida de acordo com a norma fundamental.<sup>20</sup>

em 19 de abril de 1973, já toca a ascensão das doutrinas pós-positivistas e o aparecimento das Constituições cidadãs.

<sup>17</sup> AMARAL, Francisco. *Introdução ao Direito Civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 43.

<sup>18</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 6. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2012, p. 41.

<sup>19</sup> AMARAL, Francisco, *op. cit.*, p. 45 (citando Cristophe Grzegorzcyk, em *Le positivisme juridique*, p. 27).

<sup>20</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução: João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 222.

Na leitura da obra de Kelsen, é claro, não se encontra qualquer possibilidade de se confrontar a lei materialmente, quanto mais confrontá-la com princípios, ainda que depreendidos da lei maior. Esta é a maior relevância do tema ora abordado. Aliás, como acima já se aduziu, o confronto com a lei que ele chama de fundamental é apenas o da regularidade de sua gênese, mas não de seu conteúdo. Vale novamente a transcrição:

De acordo com a teoria pura do direito como teoria jurídica positivista, nenhuma ordem jurídica positiva pode ser considerada como não conforme a sua norma fundamental, e, portanto, como não válida. O conteúdo de ordem jurídica positiva é completamente independente da sua norma fundamental. Na verdade – tende acentuar-se bem – da norma fundamental apenas pode ser derivada a validade e não o conteúdo da ordem jurídica. Toda ordem coerciva globalmente eficaz pode ser pensada como ordem normativa objetivamente válida. A nenhuma ordem jurídica positiva pode recusar-se a validade por causa do conteúdo de suas normas. É este um elemento essencial do positivismo jurídico.<sup>21</sup>

Mais adiante Kelsen explica que, em sua teoria pura, o conflito entre o direito natural e o direito positivo se resolve com a preponderância deste último. Ou, em outras palavras, nem sempre o direito positivo vai coincidir com o direito natural e vice-versa, mas este último será sempre preterido em detrimento do primeiro. Para Kelsen, o direito natural é vago e impreciso se comparado à precisão do direito positivo.<sup>22</sup>

A par de desenvolver a presente argumentação, também é importante citar que Kelsen se preocupou em fazer do direito uma verdadeira ciência jurídica, dissociada de qualquer peculiaridade social e de modo a ser aplicada com lógica de forma universal, fora das particularidades de qualquer Estado ou sociedade. Neste tom, o autor também pretendeu deixar bem clara em sua obra a separação entre o direito e a moral, referindo-se à obrigatoriedade e à coerção do primeiro elemento, ao contrário do segundo e firmando o direito como ciência, de modo a fitar, sempre, a segurança jurídica adequada para o sistema – técnica de controle social.<sup>23</sup>

Não seria equivocado afirmar que a sistematização hierárquica de Kelsen é adotada principalmente nos países da *civil law*, embora hoje de forma a analisar mais profundamente os conteúdos legislativos e de modo a confrontá-los, inclusive, com princípios e não com regras exatas e cerradas.

Pelo influxo ético das novas Constituições, também resta indubitosa a superação da teoria que relega a moral a um segundo plano da ciência do direito, questão que será explicada adiante.

<sup>21</sup> KELSEN, Hans, *op. cit.*, p. 242.

<sup>22</sup> *Idem*, p. 243.

<sup>23</sup> SGARBI, Adrian. *Clássicos da Teoria do Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 31, 32.

Hoje, há preponderância de princípios que são constitucionais e que se ligam estreita e diretamente ao direito natural, constituindo-se cláusulas verdadeiramente humanas e éticas (valor moral), entabulando claros pressupostos de validade por sua reconhecida supremacia legal (constitucional). Em superioridade, então, em relação ao conteúdo de qualquer regra de direito positivo, ainda que regularmente aprovada pelo parlamento e seguindo o devido processo legislativo constitucional, haverá cláusulas constitucionais carregadas de preceitos éticos e morais. Este núcleo ético/humano/normativo encontra-se na parte fundamental de Constituições como a de 1988 no Brasil.<sup>24</sup> O que é o preceito da dignidade humana senão um princípio natural e ético, estreitamente ligado a moral!

A hierarquia normativa de Kelsen continua a soar sua lógica e seu tecnicismo na contemporaneidade, mas com o reconhecido avanço do confronto material da lei com os princípios constitucionais do núcleo fundamental das constituições ocidentais, como se indicará no tópico seguinte.

#### 4 Os princípios: o que são

O apego à lei e à literalidade de seu comando gerou o qualificativo de positivismo e, positivista, para o ator social. É comum, então, determinar que alguém que pretende a aplicação fria da lei seja denominado de positivista. O positivista seria, na concepção corriqueira, alguém sem alma, cuja aplicação da lei “doa a quem doer”, seria o mais importante e um fim em si. O positivista prefere, segundo sempre se observa do discurso, a segurança jurídica a qualquer outro caminho que se mostre inseguro.

Nesta concepção, mais comum e estreita, como ressaltado acima, a ciência do direito de linha positivista restaria segura aos olhos da previsibilidade de resultados. Há que se lembrar da afirmação de profissionais da área da engenharia e principalmente informática, ainda nos anos 1990, auge do desenvolvimento destes ramos do conhecimento, de que, no futuro, não seria necessária a atuação de qualquer operador do direito, mas apenas de um computador, contendo uma extensa base de dados que, contendo o direito positivo vigente, faria o trabalho de informar e determinar “quem tem razão em determinado conflito”. A afirmação direcionava-se a fazer pouco da ciência aplicada do direito. Quem, como nós, não se lembra dela.

A ilustração acima é bom alertar, não teria razão de ser mesmo no governo teórico positivista, pois a consunção do fato à norma já seria bastante humano e controverso para eliminar a máquina proposta. Mas, certamente, teria muito menos razão, se houvesse à época, se levado em conta o pós-positivismo e o neoconstitucionalismo aliado à complexidade social do direito. O quadro apresentado parece lúdico, mas, possui o mérito de externar o que muitos, ora nominados de leigos, pensam a respeito da ciência do direito e de suas codificações.

<sup>24</sup> Neste sentido, sobre o influxo da moral no direito vide: MAIA, Antônio Cavalcante. As transformações dos sistemas jurídicos contemporâneos: apontamentos acerca do neoconstitucionalismo. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 18/03/2012. Abaixo retornaremos ao tema.

Daí ousar este signatário observar que o positivismo, à revelia da moral, da ética e do resultado razoável, afasta mais o direito do conceito de ciência do que o próprio pós-positivismo, aqui incluindo o neoconstitucionalismo. Assim o é porque o pós-positivismo é muito mais voltado para aplicações sociais e fáticas (antropologicamente considerados os fatores), revelando-se assim maior e mais clara ciência de aplicação.

A crise do positivismo estaciona na incidência de resultados não razoáveis e na falta de elementos para solução de casos mais complexos. Ademais, o erro de Kelsen seria a falta de observação da diversidade, adotando uma ciência que seria universal e aplicável de forma não implicada com outros elementos flutuantes que surgem das observações concretas.

Logo ao iniciar a sua explanação, Gisele Citatino afirma que, no âmbito da filosofia política contemporânea, os representantes do pensamento liberal, citando John Rawls e Dworkin, adotam o pluralismo para descrever as democracias modernas como sociedades onde coexistem distintas concepções e valores. Daí, o engessamento do positivismo proposto já apresenta a sua falha.<sup>25</sup> Esta argumentação já é suficiente para demonstrar que as particularidades oriundas do pluralismo são obstáculos claros ao positivismo que se quer ver, muitas vezes, extremado.

Ronald Dworkin doutrina que, quando se considera um caso difícil, aqueles cujas soluções não são simples, mas, ao contrário, complexas e não raro multidisciplinares, recorre-se a padrões que não funcionam como regras, mas, ao contrário, operam como princípios e políticas, verdadeiras diretrizes.<sup>26</sup>

O estudo moderno do direito não aponta, portanto, para o sepultamento do positivismo. Leis existem e bem positivadas – nesta concepção, para se referir às regras mais fechadas. Destarte, o que se entende é que não poderá haver aplicação do direito sem o norte dos princípios carreados no núcleo intangível da Constituição, trazendo valores éticos que determinarão a validade e aplicação da própria lei. É óbvio que a questão se mostra mais acentuada nos casos complexos que Dworkin denomina de “casos difíceis”.<sup>27</sup>

Neste caminhar, vale indagar: o que são os princípios e o que são as regras? Para continuar em Dworkin, verifica-se que os princípios seriam um conjunto de padrões que não são regras. Vale a citação deste emblemático autor: “Denomino princípio um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão de moralidade.”<sup>28</sup>

Imperioso e intuitivo é também voltar a relacionar que, com esta definição pós-positivista já se determina uma forte contrariedade a Kelsen,

<sup>25</sup> CITADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 1.

<sup>26</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 36.

<sup>27</sup> *Idem*, p. 127. No Brasil poderíamos citar como casos difíceis o julgamento do caso que ficou conhecido como “raposa terra do sol” relativo à demarcação de terras indígenas em oposição aos denominados “arrozeiros”, produtores de arroz e o caso “ficha limpa”, relativo à elegibilidade de candidatos já condenados pela justiça em órgão colegiado.

<sup>28</sup> DWORKIN, Ronald, *op. cit.*, p. 36.

pois a moral, nesta teoria, não pode ser dissociada da regência e aplicação do direito. Ao contrário, os princípios estão impregnados de conceitos e padrões éticos. A separação de moral e direito nos moldes tradicionais não é mais recomendada.

É Antônio Cavalcanti Maia, como acima já se adiantou em excelente e denso artigo sobre o neoconstitucionalismo, quem defende com muita propriedade que a moral está impregnada nos princípios fundamentais e, portanto, possui normatividade de forma a conferir, por esta via, solução aos casos concretos.<sup>29</sup>

Explicita-se, então, que a já corriqueira separação entre direito e moral, baseada na coerção da primeira espécie e a na ausência de coerção na segunda, cai por terra no momento em que os princípios normativos constitucionais aplicados na solução dos conflitos são baseados principalmente em conceitos morais e éticos. Vale então repetir que a moral e a ética, como conceitos antes repugnados por suas respectivas imperfeições, hoje são ovacionadas nos julgados e a eles dão soluções que servirão de observação obrigatória entre as partes em litígio ou mesmo para todos os jurisdicionados, neste último caso, no caso das ações diretas de inconstitucionalidade. Assim, se os princípios constitucionais são impregnados de valores morais, quem poderá afirmar que não possuem o atributo da coerção? A sua força decorre do próprio status de norma constitucional de primeira linha.

A certa altura, Dworkin define que a diferença entre princípios e regras é de natureza lógica. A diferença residiria nos padrões oferecidos por um ou outro caminho, o que chama o autor de orientações. As regras seriam aplicáveis à maneira do tudo ou nada. Ou uma regra é válida para a decisão de determinado caso concreto ou não é, nada contribuindo para o referido deslinde.<sup>30</sup> No entendimento da presente abordagem, a regra é um projeto de adequação a um caso concreto que ela idealizou ocorrer. O fato nem sempre ocorre, mas, se ocorre, será de maneira que a regra o tocará para se operar ou não, em conformidade com a seara do tudo ou nada de Dworkin.

Os princípios, como projetos mais racionais de solução dos casos concretos, passam por um processo mais aprimorado de visão do razoável, do justo e do ético, além de sofrerem releituras evolutivas de modo a acompanhar a sociedade – aqui verdadeira ciência social. Aplicam-se com mais eficiência aos casos mais difíceis, para atender aos anseios sociais de equidade, lógica e justiça, além de se oporem ao jogo de erros e acertos da norma positiva, que é incapaz de prever toda sorte de complexidade de causas que serão submetidas ao crivo, principalmente, das cortes constitucionais.

Não se sustenta aqui a imprestabilidade da regra, mas sim a sua limitação, o que a torna, hoje, escrava dos princípios: seja para nortear a sua própria aplicação, seja para solucionar os casos inalcançáveis que sempre existirão.

<sup>29</sup> MAIA, Antônio Cavalcante. As transformações dos sistemas jurídicos contemporâneos: apontamentos acerca do neoconstitucionalismo. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 18/03/2012.

<sup>30</sup> DWORKIN, Ronald, *op. cit.*, p. 39.

Não é por outro motivo que Dworkin formulou a sua famosa afirmação de que “mesmo quando nenhuma regra regula o caso, uma das partes pode, ainda assim, ter o direito de ganhar uma causa”, devendo o juiz atuar de forma a descobrir investigativamente qual é o direito da parte, negando-se a possibilidade de criação de direitos novos a serem aplicados retroativamente.<sup>31</sup>

Assim, nos princípios: eis o direito, que é preexistente.

## 5 A questão das fontes do Direito

Ao se observarem as fontes do direito brasileiro, verifica-se que o artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, em moldes bem positivistas e com o fito de trazer a segurança jurídica tão desejada e ansiada, prescreve que, na ausência da lei, aplicam-se a analogia, os costumes, a equidade e, por fim, os princípios gerais do direito. Ora, tem-se que a lei será a rainha das fontes determinando o agir do cidadão e, ainda, o julgamento dos tribunais, sendo este último caso o seu mais direto objetivo.

A questão positivista é tão forte que, em não havendo lei, e aí se inicia a leitura do artigo de lei, deve ser aplicada a analogia e daí por diante (artigo 4º da LINDB). Extrai-se, portanto, que a analogia nada mais é que a busca incansável da lei. O ponto é: se uma lei não regula o caso, buscar-se-á outra, elaborada para caso parecido, que norteará o julgamento deste, que se depara com a lacuna insolente.

Pois bem, após a falha no uso da analogia o que se preconiza é o uso dos costumes até que se chegue, já ao final, no baseamento dos princípios. É claro que esta norma é bastante identificada junto ao ramo do direito civil e, portanto, todos assim acabam por viciar o entendimento.<sup>32</sup> Ocorre que o leitor atento já catalisou que a LINDB é de aplicação geral a todos os ramos do direito, embora com algumas reservas pontuais e importantes em relação ao direito penal e tributário. Ou seja, a LINDB, com a sua colagem de fontes, é norma direcionadora do atuar do juiz para qualquer ramo do direito, até mesmo em respeito ao princípio *non liquet* (aquele em que ao juiz não é dado deixar de julgar por ausência de norma para o caso concreto).

Não se precisa ir muito longe para determinar, sem necessidade de citar fontes, que, no passado não muito distante, e ainda nos anos idos da década de 1990, a LICC<sup>33</sup> era apresentada como a grande mãe das leis e de sua aplicação, bem como o direito civil como a grande espinha dorsal do direito.<sup>34</sup> Nada mais equivocado e, porque não, repugnante atualmente. A inversão antes operada desprezava princípios, inclusive constitucionais, como o platô principal da teoria jurídica pátria. Era como se a sombra fosse mais importante que o próprio corpo que a projeta.

Nesta longa labuta pelo qual passou o direito não se pode deixar de enfrentar uma questão interessante, porém não menos debatida e já pacificada:

<sup>31</sup> SGARBI, Adrian, *op. cit.*, p. 148.

<sup>32</sup> Decreto-lei 4.657/42 - Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

<sup>33</sup> Como já dito modernamente denominada de LINDB.

<sup>34</sup> Local hoje ocupado com justiça e ciência pelo direito constitucional.

a constitucionalização dos ramos do direito. Ponto este que teve a sua principal atuação na interpretação e aplicação das normas civis, mormente após a promulgação do atual Código Civil. Embora contasse com um antigo projeto, esta codificação nos deu a oportunidade de trabalhar com conceitos éticos como a boa-fé e a dignidade da pessoa humana. De outro lado, este ponto da argumentação poderá ser inútil, ou mesmo falho, no sentido de que estes valores são, antes de tudo, constitucionais e de aplicação independente de sua previsão infralegal. Refiro-me ao direito civil constitucional, ou mesmo direito penal constitucional e direito administrativo constitucional e assim por diante, para qualquer ramo do direito que se digne determinar.

Para apontar e fundamentar a presente premissa não seria dispensável citar, apenas como base para a dialética que pretendemos estabelecer, um clássico e festejado autor – muito lido por quem esteve nos bancos universitários nos anos 1990, ou antes – que objetivamente cita as fontes do direito introduzindo-a ao leitor aprendiz, sem qualquer olhar sobre o pós-positivismo ou neoconstitucionalismo ou a própria constituição em si.<sup>35</sup> Trata-se, apenas por indicação de exemplo, do excelente Silvío Rodrigues<sup>36</sup> que, em seu primeiro volume da coleção de direito civil, já sob a égide do novo Código Civil e, obviamente, da Constituição de 1988, afirma que o artigo 4º da LINDB determina uma ordem de operação sem reparos para o operador do direito, concluindo que: “No silêncio da lei, portanto, deve o julgador, na ordem mencionada, lançar mão destes recursos, para não deixar sem resolução a demanda”. E segue: “julgar por analogia significa aplicar as hipóteses semelhantes às soluções oferecidas pelo legislador para os casos análogos”.<sup>37</sup>

Para criar polaridade, é em Francisco Amaral que se deve aportar. Este autor civilista, ao doutrinar sobre a mesma parte do direito que Silvío Rodrigues, já não mais se contenta com o mandamento trazido pela LICC - LINDB e a sua busca cega pela certeza positivista. É neste diagrama que o autor critica o positivismo como acima referido e, depois, ao desenvolver sobre as fontes, aduz sobre a constitucionalização do direito civil e sobre a posição antes central ocupada por este último. Aliás, o próprio Francisco Amaral já cita Dworkin, como já foi constatado e apontado. Esta hoje é a linha de todos os modernos doutrinadores que se dignem a expor sobre o tema.<sup>38</sup>

No Brasil, sobre a constitucionalização do direito civil, impossível não deixar registrada a obra mestra de Gustavo Tepedino que, da forma proposta, passa a adequar o patrimonialismo civil aos princípios constitucionais exigidos à própria aplicação de lei. Também explana este festejado autor

<sup>35</sup> A questão é trazida, mormente pelo fato de que a edição do livro que foi pesquisada, como abaixo se verificará, é do ano de 2002, portanto após, inclusive, a Constituição de 1988, o que denota a escola bem positivista do autor, traço que era comum na sua geração.

<sup>36</sup> Não vai aqui nenhuma crítica ao extenso e emblemático trabalho deste civilista, senão apenas a utilização de suas lições de modo a ilustrar determinado momento histórico. Aliás, é de se afirmar que as edições mais modernas deste autor não foram por ele atualizadas, mas sim editadas com base no que ainda era o anteprojeto do código civil de 2002, conforme nota explicativa inserida na edição que logo abaixo indicamos como fonte.

<sup>37</sup> RODRIGUES, Silvío. *Direito Civil*: parte geral. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 21.

<sup>38</sup> AMARAL, Francisco, op. cit., p. 85.

que o Código Civil de 2002 adota a clara postura de chancela das cláusulas abertas, nos moldes dos princípios constitucionais, o que torna a atuação interpretativa do operador, de fato, balizadora e tendente a adequar o direito à realidade social. São os tempos da ética, da dignidade e, acima de tudo, da justiça igualitária.<sup>39</sup> Não são apenas as diretrizes pós-positivistas, mas também as coirmãs neoconstitucionalistas.

Importantes ainda os apontes elaborados por Manoel Messias Peixinho, nos quais ganha sede o fato de que o termo pós-positivismo é equivoco, já que ganham esta denominação as teorias pós-kelsenianas que visaram à reformulação do positivismo e apontaram a sua ineficiência. Citando Antônio Cavalcanti Maia, aduz que o pós-positivismo foi resultado de uma transformação clara da metodologia constitucional e da teoria do direito. Trata-se de uma nova hermenêutica constitucional, o que seria, também, por óbvio, neoconstitucionalismo, conforme os europeus.<sup>40</sup>

Não se pode olvidar, portanto, da aplicação e interpretação de norma de qualquer natureza e hierarquia sem se ter em mente a diretriz dos princípios constitucionais ou mesmo a aplicação direta destes na ausência de norma para o caso concreto.

O artigo 4º da LINDB merece ser observado com reservas.

### Considerações finais

A complexidade da vida humana e as suas particularidades fizeram por aflorar a deficiência do positivismo, da mesma forma que este resultou em resposta a período anterior, quando as incertezas e o casuísmo geravam a injustiça da aplicação do direito, não da lei, mas do direito como instituto complexo e com a inclusão do senso do justo.

Os movimentos constitucionais modernos e a força normativa dos princípios trouxeram grande avanço no julgamento dos casos mais difíceis, nos quais a aplicação direta ou bem interpretada da lei parece deficiente.

Hoje, os nossos tribunais superiores já adotam o governo da justiça e não exatamente o da lei posta. A lógica do justo não pode ser contrariada. A densidade dos princípios pode melhor ser demonstrada em casos de grande repercussão e expectativa no seio social.

A hipótese mais crescente de indagação é saber se a textura aberta dos princípios pode gerar o poder arbitrário dos Magistrados. A resposta será negativa desde que seguido pelo julgador o método de fundamentação adequado para a decisão, nos moldes do artigo 93, X, da Constituição Federal e de maneira possibilitar o controle exato do julgamento. Os recursos cabíveis à espécie também são mecanismos evidentes de controle das razões do julgador, no caso de instâncias inferiores.<sup>41</sup>

<sup>39</sup> TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*: tomo 2. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 6-7.

<sup>40</sup> PEIXINHO, Manoel Messias. *As teorias e os métodos da interpretação aplicados aos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 46-47.

<sup>41</sup> Assim nos parece concluir Antonio Cavalcante Maia in MAIA, Antônio Cavalcante. *As transformações dos sistemas jurídicos contemporâneos: apontamentos acerca do neoconstitucionalismo*. Disponível

No caso das instâncias superiores em que não será mais possível a interposição de recursos e os juízes são nomeados por aquele que detém legitimidade popular (o presidente da república – sem se esquecer da chancela do senado), caberá a reprovação social que, mesmo impotente muitas vezes, servirá de diretriz para casos futuros. Mas este será assunto para um próximo escrito.

### Referências bibliográficas

AMARAL, Francisco. *Introdução ao Direito Civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ARANTES, Jorge. *Pequeno dicionário crítico: histórico, geográfico, econômico, político e social*. Rio de Janeiro: Interciência, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 6. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2012.

BERMAN, Harold. *Direito e revolução*. Tradução: Eduardo Takemi Kataoka. São Leopoldo, RS: Unisinos, 2004.

CITADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 36.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução: João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

LIMA, Manoel de Oliveira. *D. João VI no Brasil*. 3ªed. Rio de Janeiro: Top books: 1996.

LOPES, José Reinaldo de Lima; QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo; ACCA, Thiago dos Santos. *Curso de História do Direito*. 2. ed. São Paulo: Método, 2009.

MAIA, Antônio Cavalcante. *As transformações dos sistemas jurídicos contemporâneos: apontamentos acerca do neoconstitucionalismo*. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 18/03/2012.

PEIXINHO, Manoel Messias. *As teorias e os métodos da interpretação aplicados aos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: parte geral*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SGARBI, Adrian. *Clássicos da Teoria do Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil: tomo 2*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

WEHLING, Arno; WEHLING, Maria José. *Direito e Justiça no Brasil Colonial: o Tribunal da Relação do Rio de Janeiro (1751-1808)*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

---

em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 18/03/2012.