

NEOCONSTITUCIONALISMO E POSITIVISMO JURÍDICO^{1*}

Rodrigo Andrade de Almeida^{2**}

INTRODUÇÃO

A filosofia do direito vive um momento de intensa ebulição reflexiva. Desde o final da Segunda Grande Guerra, inúmeras críticas foram dirigidas ao positivismo jurídico, sempre no sentido de responsabilizá-lo por fundamentar teoricamente os regimes nazi-fascistas, na Europa. De acordo com seus críticos, o juspositivismo teria legitimado os ordenamentos jurídicos nazi-fascistas, ao adotar uma visão meramente formalista do direito, dissociando-o completamente de conteúdos morais e considerando válida qualquer norma posta pelo Estado, independentemente de seu conteúdo.

A rejeição ao conteúdo das normas jurídicas daqueles regimes e o firme propósito de evitar que tais práticas ocorressem novamente, levou os chamados *anti-positivistas* a defender a construção de uma teoria do direito – o *neoconstitucionalismo* – que partisse da conexão conceitual entre direito e moral, de tal forma que os valores morais considerados essenciais à vida e à dignidade humana estivessem contidos na Constituição, que assumiria uma função moralizante dos sistemas jurídicos nacionais. A constitucionalização da pauta moral vigente na sociedade dar-se-ia, assim, por meio da inclusão de normas principiológicas no texto constitucional, princípios esses norteadores da ação estatal, tanto no momento da criação legislativa quanto no da aplicação interpretativa por parte do juiz.

Os teóricos juspositivistas reagiram, reafirmando e defendendo a tese da separação conceitual entre direito e moral e buscando argumentos que invalidassem as críticas anti-positivistas. Tal qual fizeram os primeiros teóricos positivistas ao refutar as bases metodológicas jusnaturalistas, os

1 * In: Revista da Faculdade de Direito (Faculdade Maurício de Nassau), v. 5, p. 161-204, 2012.

2 ** Professor de Direito Constitucional e Direito Civil do Centro Universitário Jorge Amado. Mestre em Direito Privado pela Universidade Federal da Bahia. Advogado.

juspositivistas contemporâneos atacam a tese da conexão conceitual entre direito e moral, colacionando argumentos como a pluralidade de sistemas morais vigentes nas sociedades hodiernas, a impossibilidade de justificação racional de opções morais e a necessidade de defesa da segurança jurídica, além da impossibilidade lógica de criticar o direito, quando assim reconhecido aquele que tenha respaldo em um valor moral relevante, e as dificuldades que essa impossibilidade acarreta.

A cuidadosa análise dos argumentos dos contendores – tanto juspositivistas quanto neoconstitucionalistas – não parece encaminhar a discussão de maneira conclusiva: ao passo que neoconstitucionalistas decretam a morte do juspositivismo e propugnam um novo paradigma epistemológico para o direito, juspositivistas denunciam o caráter ideológico e as raízes jusnaturalistas do neoconstitucionalismo.

Cumpra, assim, a partir de uma análise meta-teórica de ambas as doutrinas, averiguar se o neoconstitucionalismo representa, de fato, a superação do juspositivismo ou se, ao contrário, ambas as abordagens se complementam, esta representando uma teoria estruturalista, e aquela uma teoria funcionalista do direito.

Na tentativa de cumprir tal intento, o presente trabalho procurará contextualizar a discussão em torno da conexão entre o direito e a moral, partindo, no primeiro capítulo, da análise da transição entre o jusnaturalismo moderno e o juspositivismo. Nesse sentido, apresentar-se-á o substrato metodológico jusnaturalista, sobretudo a noção de universalismo ético, natureza das coisas e razão humana, que fundamentam a construção teórica jusnaturalista.

Em seguida, no segundo capítulo, analisar-se-á a doutrina juspositivista, a partir da classificação proposta por Norberto Bobbio que divide o juspositivismo em método, teoria e ideologia; a partir dessa análise, ver-se-á como se deu a transição para as discussões neoconstitucionalistas, a partir do fim da Segunda Grande Guerra, com especial foco nas motivações políticas dos defensores dessa nova abordagem do direito.

No terceiro capítulo, percorrer-se-á o caminho inverso: a análise do neoconstitucionalismo, a partir da classificação proposta por Paolo Comanducci. Tal classificação segue os moldes daquela proposta por Norberto Bobbio para o juspositivismo, citada no segundo capítulo do presente trabalho. Procurar-se-á,

a partir dessa análise, demonstrar o caráter predominantemente ideológico da abordagem neoconstitucionalista, e observar que essa ideologia não é incompatível com o método e teoria juspositivistas, tratando-se, em verdade, de espécies diferentes de teorias, esta estruturalista, aquela funcionalista.

Por fim, concluir-se-á que o método juspositivista ainda se mostra como sendo o mais adequado para uma melhor compreensão do direito, e que a teoria juspositivista, que tem caráter estruturalista, pode encontrar na ideologia neoconstitucionalista um importante complemento, por tratar-se esta última de uma teoria funcionalista do direito. Juspositivismo e neoconstitucionalismo seriam, portanto, teorias complementares entre si, e não antagonicas, como defendem alguns neoconstitucionalistas.

A discussão do tema é de fundamental importância para uma mais completa compreensão do atual momento do direito ocidental, uma vez que a mera adoção da ideologia neoconstitucionalista, sem a adequada reflexão acerca de seus principais fundamentos metodológicos, pode levar a resultados tão desastrosos quanto aqueles observados quando da adoção acrítica da ideologia juspositivista pela teoria do direito da primeira metade do século XX. Diante do exposto, o presente trabalho pretende contribuir, ainda que de forma modesta e não-conclusiva para o debate, em nível meta-teórico, que ocorre atualmente, sobretudo na Europa Continental, mas já aportando nos círculos acadêmicos brasileiros, do conceito de direito, e de sua conexão – conceitual e/ou justificatória – entre direito e moral, debate que já parecia superado com a derrocada das teorias jusnaturalistas.

DO JUSNATURALISMO AO JUSPOSITIVISMO

DA RACIONALIZAÇÃO DA DOUTRINA DO DIREITO NATURAL

O século XVI marca, no campo da filosofia do direito, o início de uma longa transição entre os pensamentos jurídicos medieval e moderno;³ nessa época, floresce na Europa o contratualismo, doutrina política que atribui a um acordo coletivo de vontades a origem do Estado e, por consequência, do Direito.⁴

3 SANTOS, Boaventura de Souza. **Crítica da razão indolente**: contra o desperdício da experiência. 4.ed. São Paulo: Cortez, 2002. Passim.

4 BOBBIO, Norberto. **Direito e estado no pensamento de Emanuel Kant**. 3.ed. São Paulo: Mandarim, 2000. p. 29-31.

A doutrina contratualista representa um giro importantíssimo na forma de pensar o Estado, o Direito e a Sociedade. Ao longo de toda a Idade Média prevaleceu a ideia de que essa tríade tinha origem na vontade criadora de Deus, onisciente, onipresente e onipotente, e de que haveria, portanto, uma natureza intrínseca a esses elementos sobre a qual os seres humanos não teriam qualquer controle. A teoria contratualista, nesse sentido, desloca a origem do Estado para a vontade criadora do homem, e não mais divina, constituindo como instrumento de ação daquele o Direito: o jusnaturalismo medieval dá lugar, assim, ao jusnaturalismo moderno, ou racional.⁵

O jusnaturalismo moderno, portanto, parte de premissas metodológicas substancialmente diversas daquelas atribuídas ao jusnaturalismo medieval, sobretudo no que tange à origem e ao fundamento do direito natural; basilares são, nesse particular, os conceitos de *universalismo ético* e *razão humana*.

Em primeiro lugar, cumpre observar que todo jusnaturalista é universalista em matéria ética.⁶ *Universalismo ético* é o nome que se dá a uma tese de filosofia moral que acredita na existência de valores morais ou princípios de justiça universalmente válidos; relevante observar que o universalismo ético abrange três dimensões, quais sejam, uma *pessoal*, uma *espacial* e outra *temporal*. Para a maior parte dos adeptos dessa corrente filosófica, alguns valores morais ou princípios de justiça são universais em todas essas dimensões,⁷ o que implica em considerá-los, portanto, eternos e imutáveis; uma vez que se trata de valores eternos e imutáveis, esses princípios essenciais de justiça não podem,

5 Idem, *ibidem*. No mesmo sentido, BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de filosofia do direito**. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 245-6.

6 NINO, Carlos Santiago. **Introducción al análisis del derecho**. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 1980. p. 28.

7 BOBBIO, Norberto. **Positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo, Ícone, 1995. p. 22, observa que “[...] essa característica nem sempre foi reconhecida: Aristóteles, por exemplo, sublinha a universalidade no espaço, mas não acolhe a imutabilidade no tempo, sustentando que também o direito natural pode mudar no tempo”.

segundo a moderna⁸ tese jusnaturalista, ser afrontados pela norma positiva.⁹

A essa pressuposta existência de valores eternos e imutáveis associa-se, na doutrina jusnaturalista moderna, a noção da *razão humana* como medida de todas as coisas, conceito que substitui, nessa corrente, a vontade criadora de Deus como fundamento do direito natural.

Para os modernos jusnaturalistas, o traço característico que distingue o ser humano dos outros animais é sua racionalidade que, no âmbito da filosofia racionalista que lhes dá suporte, é posta em termos ideais, ou seja, uma racionalidade essencialmente igual em todos os homens, com características eternas e imutáveis. Essa razão idealizada é o meio, o instrumento através do qual o ser humano tem acesso aos valores morais e princípios de justiça universalmente válidos. Segundo essa teoria, portanto, o direito natural faz parte da própria essência humana, sendo acessível a todos por meio da razão, daí referir-se a essa doutrina, também, como jusnaturalismo racionalista.¹⁰ É clara, nessa concepção, a conexão conceitual necessária entre direito e justiça, conforme o observa Ferrajoli:

[...] È chiaro che entro un tale paradigma, sopravvissuto sotto molti aspetti nei sistemi di *common law*, la scienza giuridica è immediatamente normativa, confondendosi di fatto con lo stesso diritto, da essa stessa rielaborato e unificato. *Veritas non auctoritas facit legem*, potremmo affermare, capovolgendo la massima giuspositivistica di Hobbes, per esprimere la norma di riconoscimento del diritto entro questo tipo di esperienza. In assenza di un sistema formalizzato di fonti legislative, infatti, la validità di una norma giuridica dipende non già dalla sua positività, ma dalla sua intrinseca giustizia o razionalità, ossia dalla sua valutazione e argomentazione come in sé giusta o razionale ovvero, in senso lato, “vera”.¹¹

8 Ressalte-se que a tese da supremacia do direito natural sobre o direito positivo é uma construção do jusnaturalismo medieval, que se manteve no pensamento jusnaturalista moderno; no jusnaturalismo antigo, admitia-se a prevalência da norma positiva sobre a norma natural, por considerar-se o direito positivo como fruto da *necessidade*: uma vez suprida a necessidade, a norma positiva deveria deixar de existir, e a regra natural voltaria a ser aplicada. Sustentavam essa tese também, os antigos, com base no argumento de que, sendo o direito natural aplicável a toda a humanidade e presente em toda parte, consistia em norma geral; e sendo o direito positivo válido apenas na comunidade política em que foi instituído, tratava-se de norma especial. Aplicando, assim, o princípio de que *norma especial derroga norma geral*, consideravam os antigos lícita a prevalência do direito positivo, caso entrasse em conflito com o natural. Cf. BOBBIO, Norberto. **Positivismo jurídico**, Op. Cit. p. 25.

9 NINO, Carlos Santiago. **Introducción al análisis del derecho**. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 1980. p. 28.

10 Idem, p. 29.

11 FERRAJOLI, Luigi. La pragmatica della teoria del diritto. in.: COMANDUCCI, Paolo; GUASTINI, Riccardo (org.) **Analisi e diritto 2002-2003**. Turim: Giappichelli, 2004. p. 354-5. Disponível

DA RACIONALIZAÇÃO À POSITIVAÇÃO DO DIREITO NATURAL

Os séculos XVIII e XIX foram tempos de grande ebulição intelectual, econômica e política no continente europeu. A revolução industrial seguia seu curso de forma pujante, os iluministas exaltavam a racionalidade humana e preconizavam a instauração de um novo modelo político, que reconhecesse e assegurasse a igualdade e a liberdade de todos os indivíduos, ao lado de outros direitos, tidos como indispensáveis para a vida em sociedade.

Baseados nas teorias jusnaturalistas de John Locke e Jean-Jacques Rousseau, e na teoria da tripartição do poder de Montesquieu, os teóricos da modernidade defenderam a criação de um Estado que tivesse como finalidade precípua a salvaguarda dos direitos naturais, deixando assim amplo espaço para o livre desenvolvimento da autonomia individual. Acentuou-se, assim, a dicotomia entre a esfera pública e a privada, como âmbitos distintos e dissociados da vida em sociedade.

Contudo, a premente dificuldade dos teóricos jusnaturalistas em chegar a um consenso em relação à definição do elenco de direitos naturais inerentes ao ser humano representava um entrave à atuação garantidora do Estado; era necessária a positivação desses direitos, para que se gerasse segurança jurídica e o Estado pudesse atuar de forma mais clara e consistente. A burguesia havia conseguido realizar sua revolução, e precisava instaurar uma nova ordem, que atendesse a seus interesses econômicos, políticos e sociais.

O fato de o direito tornar-se escrito contribuiu para importantes transformações na concepção de direito e de seu conhecimento. A fixação do direito na forma escrita, ao mesmo tempo em que aumenta a segurança e a precisão de seu entendimento, aguçava também a consciência dos limites.¹²

Dito de forma ainda mais enfática,

O jusracionalismo jogou um importante papel, por seu esforço em construir o direito sobre uma base de princípios e regras fundadas na razão, por reconhecer ao indivíduo, ao menos intelectualmente, liberdades

em: <http://www.giuri.unige.it/intro/dipist/digita/filo/testi/analisi_2002/18FER_2.PDF>. Acesso em: 12 dez. 2008.

12 FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 72.

e direitos subjetivos que seriam inerentes à sua natureza e, ainda, por sua tendência à unificação do direito e ao refundimento completo do conteúdo do direito sobre a base do individualismo e da relevância atribuída à vontade humana como fonte criadora de vínculos jurídicos. A codificação a ele vincula-se geneticamente, porque, na medida em que se crê em uma ordem jurídica imutável e metaempírica, garante dos valores do indivíduo e das suas aspirações, e na medida em que esta ordem se quer ver traduzida em normas e preceitos, “a idéia de código aparece como o prestigioso compêndio no qual as esperanças se lançam e como meio insubstituível para tornar certos e partilháveis os princípios de direito natural”.¹³

É com esse espírito que, a partir já do final do século XVIII, mas sobretudo a partir do século XIX, o direito passa a ser codificado, conforme o aponta John Gilissen:

Na época feudal, isto é, do século X ao XII, não há muitas leis, nem muitas regras gerais; a desigualdade predomina na vida social; quando muito há, por aqui e por ali, privilégios, pazes e *keures* como manifestações de uma vontade que se assemelha à que cria a lei. Cada pequena comunidade de habitantes tem o seu próprio direito, essencialmente consuetudinário.

No século XIX, depois da Revolução Francesa e por influência desta, o direito é estatal: cada Estado tem o seu direito, geralmente unificado. Este direito é estabelecido sob a forma de leis, elaboradas por órgãos legislativos. Pode-se calcular que na maior parte dos Estados – salvo, talvez, a Inglaterra, com o seu sistema de *common law* – no século XIX e sobretudo no século XX, cerca de 90% das regras de direito são de origem legislativa [...].

É também a época em que o costume é reduzido a escrito e adquire, pela sua promulgação, os caracteres essenciais da lei. Num outro domínio, a prova escrita tende a ultrapassar a prova oral: ‘Documentos passam à frente das testemunhas’, em vez de ‘testemunhas passam à frente dos documentos’.¹⁴

13 COSTA, Judith Martins. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: RT, 2000. p. 174.

14 GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. 4.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2003. p. 237-238.

Para Ferrajoli, é precisamente a positivação do direito, como meio de realizar a segurança jurídica, que caracteriza o surgimento do paradigma jurídico moderno:

Il diritto positivo moderno nasce allorché si afferma, a garanzia della certezza del diritto e della libertà contro l'arbitrio, il principio di legalità quale sua meta-norma di riconoscimento. Grazie a questo principio, espresso dalla massima hobbesiana *autoritas non veritas facit legem*, tutte le norme giuridiche, e quindi tutte le regole d'uso della lingua giuridica, in tanto esistono e sono valide in quanto siano "poste" da autorità dotate, in base ad altre norme, di competenza normativa. Ne consegue che i discorsi della scienza giuridica cessano di essere immediatamente normativi per divenire tendenzialmente "interpretativi" dei testi legislativi, cioè esplicativi di un oggetto – il diritto "positivo" – da essa autonomo e separato.¹⁵

A partir da codificação do direito, portanto, a doutrina do direito natural perde força e, enquanto na França esse movimento resulta no desenvolvimento de uma compreensão exegetista do direito,¹⁶ surgem na Alemanha as mais contundentes críticas ao racionalismo jusnaturalista e exegetista, plantando as bases do que, no curso dos séculos XIX e XX, tornar-se-ia a doutrina juspositivista.¹⁷

DA POSITIVAÇÃO DO DIREITO NATURAL AO POSITIVISMO JURÍDICO

Na Alemanha do início do século XIX o cenário político não era propício à difusão do ideário iluminista francês, como aconteceu no restante da Europa. Lá, o racionalismo cartesiano e a crença na existência de valores morais universais encontraram forte resistência por parte dos teóricos. De fato, é na Alemanha que o jusnaturalismo e o exegetismo encontram seus mais robustos críticos, inicialmente com a chamada Escola Histórica do

15 FERRAJOLI, Luigi. La pragmatica della teoria del diritto. in.: COMANDUCCI, Paolo; GUASTINI, Riccardo (org.) *Analisi e diritto 2002-2003*. Turim: Giappichelli, 2004. p. 355. Disponível em: <http://www.giuri.unige.it/intro/dipist/digita/filo/testi/analisi_2002/18FER_2.PDF>. Acesso em: 12 dez. 2008.

16 BOBBIO, Norberto. **Positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo, Ícone, 1995. p. 63-89. No mesmo sentido, CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e argumentação**: uma contribuição ao estudo do direito. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 65-66.

17 BOBBIO, Norberto. **Positivismo jurídico**, Op. Cit., p.45-62.

Direito e, em seguida, com o sociologismo e o positivismo jurídico. Tais críticas partem da refutação dos dois principais pressupostos metodológicos que dão suporte a toda a teoria jusnaturalista, ou seja, o racionalismo e o universalismo ético; nesse sentido, a tradição teórica alemã fundar-se-á no *empirismo* e no *relativismo ético*.

Em primeiro lugar, os historicistas refutam a tese da existência de uma razão universal ideal, isto é, não acreditam que a razão seja, como dizem os racionalistas, igualmente presente em todos os seres humanos, e que tenha uma essência eterna e imutável. Historicistas que são, negam o conceito racionalista de que exista “o homem”, e defendem que o ser humano é mutável e mutante e que, portanto, a razão não constitui instrumento adequado de compreensão da realidade. O culto à razão, segundo a tradição empirista, não passa de uma forma de dominação engendrada pela classe burguesa que, alegando a perfeição de seus postulados, busca legitimar a criação de um sistema de normas supostamente derivados de uma moralidade perfeita, eterna e imutável. Isto posto, defendem a ideia de que o direito não deve ser imposto arbitrariamente pela razão, mas fruto do desenvolvimento das relações sociais, uma natural construção histórica.

Céticos em relação à razão, os alemães também colocarão em dúvida a existência de valores morais e princípios de justiça eternos e imutáveis, assumindo posição relativista em matéria ética. Em defesa dessa tese, os relativistas argumentam que: (1) Os teóricos universalistas jamais conseguiram elencar os valores com validade universal, e (2) as escolhas morais não podem ser justificadas racionalmente, por tratar-se de juízos de valor, estranhos ao mundo do “ser”.

O segundo argumento constitui o que se convencionou chamar, no âmbito das teorias críticas do jusnaturalismo, de *falácia naturalista*,¹⁸ por pretender obter, a partir de juízos de fato, juízos de valor, coisa que seria, segundo os relativistas, logicamente impossível.¹⁹ Destarte, dirão os relativistas que é

18 É comum encontrar nos livros sobre o tema a expressão *falácia naturalista* para referir-se o problema do ser e do dever ser. Contudo, aquele termo não é unívoco, uma vez que foi cunhado por George Edward Moore, em 1903, para designar a pretensão de fundamentar uma proposição ética a partir de uma definição do termo “bom” que o identifique com uma ou mais propriedades naturais. Cf. COLABORADORES DE WIKIPEDIA. **Falacia naturalista**. Wikipedia, La enciclopedia libre. Disponível em: <http://es.wikipedia.org/w/index.php?title=Falacia_naturalista&oldid=24368063>. Acesso em: 25 fev. 2009.

19 Essa é uma das principais críticas dirigidas à doutrina jusnaturalista por KELSEN, Hans. **O que é justiça?** A justiça, o direito e a política no espelho da ciência. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p.140:

impossível justificar racionalmente opções morais e que, para justificá-los, recorrer-se-á sempre a outros valores morais. Assim, dentre as várias opções possíveis, a lei será sempre uma escolha moral, e não fruto natural de uma razão perfeita e imutável, como pretendem os racionalistas franceses.

Partindo desses pressupostos, tradição teórica que se desenvolve na Alemanha refuta veementemente o jusnaturalismo e o exegetismo, e propugna a adoção de uma postura meramente descritiva em relação ao direito, já no final do século XIX, quando o cientificismo positivista já havia conquistado espaço suficiente para dar ensejo ao surgimento de uma *ciência do direito*.

DO JUSPOSITIVISMO AO NEOCONSTITUCIONALISMO

O juspositivismo surge, portanto, com a proposta de construção de um conhecimento científico sobre o direito, de natureza descritiva, avaliativa e objetiva,²⁰ e encontra seu modelo mais acabado na Teoria Pura do Direito, de Hans Kelsen,²¹ modelo tal que será amplamente aceito no campo do conhecimento até o fim da Segunda Grande Guerra.²² Deve-se ressaltar, contudo, que o juspositivismo, assim como o jusnaturalismo, não é uma corrente teórica coesa e unitária, havendo em seu interior inúmeras discussões,

[...] O valor atribuído a um objeto não é dado com as propriedades desse objeto sem referência a uma norma pressuposta. O valor não é inerente ao objeto julgado como valioso, é a relação desse objeto com uma norma pressuposta. Não podemos encontrar o valor de uma coisa real ou de uma conduta efetiva analisando esses objetos. O valor não é imanente à realidade natural. Portanto, o valor não pode ser deduzido da realidade. Não se conclui, do fato de que alguma coisa é, que ela deva ser ou deva ser feita, ou que não deva ser ou não deva ser feita. O fato de que na realidade peixes grandes comem peixes pequenos não implica que a conduta do peixe seja boa, tampouco que seja má. Não existe nenhuma inferência lógica a partir do 'é' para o 'deve ser', da realidade natural para o valor moral ou jurídico."

20 BOBBIO, Norberto. **Positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo, Ícone, 1995. p. 135.

21 SGARBI, Adrian. **Clássicos de teoria do direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 31.

22 Cf. LOSANO, Mario G. La dottrina pura del diritto: bilancio d'una teoria, bilancio di un secolo. In.: **Seminario presso na Universidad Carlos III de Madrid**. Madrid: [s/n.], 2004. "Paper" disponibilizado para os alunos do Doutorado em Direito da Universidad Carlos III de Madrid. p. 7.: "Il pensiero di Hans Kelsen è il meridiano di Greenwich della scienza giuridica del secolo XX: tutte le teorie giuridiche finiscono per essere misurate in funzione della loro distanza o della loro prossimità alla teoria pura del diritto, da lui enunciata nei primi decenni del secolo e poi incessantemente affinata sino [sic] agli ultimi anni della sua vita."

muitas vezes, levando a posições bastante diferentes, conforme o aponta o jusfilósofo argentino Carlos Santiago Nino:

[...] Mucho más difícil resulta, en cambio, caracterizar la concepción positivista del derecho. Esto es así porque la expresión “positivismo” es marcadamente ambigua: ella hace referencia a posiciones diferentes que a veces nada tienen que ver entre sí; que, en muchos casos, fueron explícitamente rechazadas por algunos autores considerados positivistas, y que, en otros, fueron sostenidas por juristas positivistas pero no como parte esencial del positivismo por ellos defendido.²³

Torna-se mais claro, assim, compreender o juspositivismo a partir de três perspectivas, conforme sugere Bobbio, em classificação muito bem recebida no âmbito da teoria do direito:²⁴ o juspositivismo como método de estudo, como teoria e como ideologia do direito.²⁵

PERSPECTIVAS DO JUSPOSITIVISMO

O juspositivismo como método de estudo do direito

Do ponto de vista metodológico, o juspositivismo se caracteriza pela tentativa de abordar avalorativamente o direito, a partir da distinção entre juízos de fato e juízos de valor, adotando-se os primeiros e excluindo os segundos do âmbito da teoria do direito. Nas palavras do próprio Bobbio, [...] o positivista jurídico assume uma atitude científica frente ao direito já que, como dizia Austin, ele estuda o direito tal qual é, não tal qual deveria ser. O positivismo jurídico representa o estudo do direito como *fato*, não como *valor*: na definição do direito deve ser excluída toda qualificação

23 NINO, Carlos Santiago. **Introducción al análisis del derecho**. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 1980. p. 30. No mesmo sentido, PINO, Giorgio. Il positivismo giuridico di fronte allo stato costituzionale. in.: COMANDUCCI, Paolo; GUASTINI, Riccardo (org.) **Analisi e diritto 1998**. Turim: Giappichelli, 1999. p. 204-5; DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico**: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2006. p. 71-2.

24 Cf. SGARBI, Adrian. **Teoria do direito**: primeiras lições. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 714: “Deve-se a Norberto Bobbio uma das exposições mais interessantes e claras a respeito de como o positivismo jurídico tem historicamente se apresentado: o positivismo como um ‘método do estudo do direito’; como uma ‘teoria do direito’; e como uma ‘ideologia do direito’.” No mesmo sentido, PINO, Giorgio, op. cit., p. 206.: “Si deve a Bobbio uno dei più penetranti tentativi di individuare le principali *concezioni o aspetti* in cui il positivismo giuridico si è storicamente presentato: il positivismo giuridico inteso come modo di accostarsi al diritto, ovvero come teoria del diritto, ovvero ancora come ideologia del diritto”.

25 BOBBIO, Norberto. **Positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo, Ícone, 1995. p. 131 e ss.

que seja fundada num juízo de valor e que comporte a distinção do próprio direito entre bom e mau, justo e injusto. O direito, objeto da ciência jurídica, é aquele que efetivamente se manifesta na realidade histórico-social.²⁶

Acerca dessa perspectiva do juspositivismo, comenta Adrian Sgarbi:

[...] O objetivo dessa distinção é relevante para o jurista positivista porque ele estuda do direito “real”, o direito tal como se apresenta nas ordens jurídicas. Portanto, sua preocupação não é com o conteúdo do que descreve, porquanto podem estar em sua análise prescrições que ofendam um “ideal valorativo”, como, também, pode estar em sua análise algo consentâneo com esse “ideal”. “Estar” em “conformidade” com certo “ideal valorativo” ou “não estar” em “conformidade” com este “ideal valorativo” não influencia sua atividade.²⁷

Do intuito de abordar avalorativamente o direito decorre a chamada *tese da separação entre direito e moral*, conceito fundamental da doutrina juspositivista. Essa é uma tese conceitual, pois pretende unicamente delimitar o objeto da ciência do direito em termos descritivos, e não valorativos. Daí falar-se, também, em *positivismo metodológico* ou *positivismo conceitual* para designar essa abordagem.²⁸

O juspositivismo como teoria do direito

Do ponto de vista teórico, o juspositivismo constrói formulações sobre a natureza do direito que, conforme Adrian Sgarbi, podem ser resumidas a seis aportes principais:

[...] a) a teoria da coatividade (que supõe que a força é um elemento essencial e típico do direito); b) a teoria imperativista (as normas jurídicas são comandos); c) a supremacia da lei (as demais “fontes” do direito são subordinadas à lei); d) a teoria da coerência (a defesa da ausência de contradições entre as normas que compõem o ordenamento jurídico); e) a teoria da plenitude (que nega que haja lacunas no direito); e f) a

26 Idem, p. 136.

27 SGARBI, Adrian. **Teoria do direito**: primeiras lições. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 715.

28 NINO, Carlos Santiago. **Introducción al análisis del derecho**. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 1980. p. 37-43.

interpretação mecanicista (que considera ser a interpretação jurídica apenas silogística);²⁹

Todas as seis teses apresentadas por Bobbio sofreram críticas de opositores do juspositivismo. Entretanto, comenta o próprio autor:

Ora, sustentamos que as críticas às primeiras três teorias não são consistentes e, de qualquer maneira, tais teorias permanecem intactas na sua essência, mesmo depois que se deu conta das objeções a elas dirigidas. A crítica às últimas três teorias é, pelo contrário, fundada. De fato: a) um ordenamento jurídico não é necessariamente coerente, porque podem coexistir no âmbito do mesmo ordenamento duas normas incompatíveis e serem ambas válidas (a compatibilidade não é um critério de validade); b) um ordenamento jurídico não é necessariamente completo, porque a completude deriva da norma geral exclusiva, ou norma de clausura, que na maior parte dos casos – excluído o direito penal – não existe; c) a interpretação do direito feita pelo juiz não consiste jamais na simples aplicação da lei com base num procedimento puramente lógico. Mesmo que disto não se dê conta, para chegar à decisão ele deve sempre introduzir avaliações pessoais, fazer escolhas que estão vinculadas ao esquema legislativo que ele deve aplicar.

As três primeiras e as três últimas concepções não têm, entretanto, a mesma importância no sistema da teoria juspositivista: as três primeiras, na verdade, constituem as pilastras de tal teoria, enquanto as três últimas têm importância somente secundária. Podemos assim falar de uma *teoria juspositivista em sentido estrito* e de uma *teoria juspositivista em sentido amplo*, em conformidade com as quais se reúnem integralmente todas essas seis concepções, se não se reúnem apenas as primeiras três.³⁰

De acordo com a observação de Bobbio no excerto citado, portanto, como teoria do direito o juspositivismo mantém sua legitimidade, uma vez que as críticas a ela dirigidas não a invalidam.

29 SGARBI, Adrian. **Teoria do direito**: primeiras lições. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 715.

30 BOBBIO, Norberto. **Positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo, Ícone, 1995. p. 237.

O juspositivismo como ideologia do direito

Ao contrário do que inicialmente propugna, o juspositivismo não logrou manter-se totalmente neutro em relação ao seu objeto de estudo. Assim, a par de teoria, isto é, abordagem descritiva do direito, o juspositivismo pode ser identificado também, na construção de alguns de seus teóricos, como ideologia, ou seja, abordagem normativa do direito. Quando posto em termos ideológicos, o juspositivismo estatui o dever moral de obediência ao direito positivo, independentemente de seu conteúdo (versão forte do positivismo ideológico), ou o dever moral de obediência ao direito positivo, desde que o mesmo conduza aos objetivos sociais propostos, independentemente de sua justiça (versão fraca do positivismo ideológico). Nesse particular, Nino observa que

[...] la tesis que estamos considerando no es de índole conceptual sino que involucra una posición ideológica o moral. Ella combina espuriamente una definición de derecho en términos puramente fácticos, como la que los positivistas propugnan (por ejemplo, “el derecho es el conjunto de normas impuestas por los que tienen el monopolio de la fuerza en una sociedad”) con la idea iusnaturalista de que toda norma jurídica tiene fuerza obligatoria moral (idea que es coherente con la posición iusnaturalista de que una regla no es jurídica si no satisface exigencias morales o de justicia).³¹

O próprio Bobbio aduz que o único a quem se pode atribuir a defesa da versão forte do positivismo ideológico é Thomas Hobbes, mesmo assim com ressalvas;³² segundo o autor italiano, a versão fraca do positivismo ideológico pode ser mais frequentemente encontrada entre os juspositivistas, entretanto

[...] neste caso são injustificadas as críticas que da extremidade jusnaturalista foram a ele dirigidas, pois a versão moderada da ideologia juspositivista não leva em absoluto à estatolatria e ao totalitarismo político.³³

31 NINO, Carlos Santiago. **Introducción al análisis del derecho**. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 1980. p. 33.

32 BOBBIO, Norberto. **Positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo, Ícone, 1995. p. 228 e 235.

33 BOBBIO, Norberto. **Positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo, Ícone, 1995. p. 236.

A despeito da defesa do juspositivismo feita por Bobbio, inúmeras foram as críticas dirigidas a essa doutrina, sobretudo após do fim da Segunda Grande Guerra, por considerar-se que sua declarada neutralidade axiológica teria legitimado juridicamente o regime nazi-fascista, contribuindo para a perpetração das atrocidades imputadas àqueles regimes. Segundo esses críticos, o direito não pode ser analisado a despeito de seu fundamento moral, pois não é desejável e, mais ainda, é perigoso admitir a existência de uma ordem jurídica que não seja comprometida com a realização da justiça e não esteja arrimada no respeito de defesa de direitos fundamentais mínimos, consubstanciados na Declaração Universal dos Direitos Humanos, de dezembro de 1948. O juspositivismo, acusado de realizar a separação entre o direito e a moral, e de assim funcionar como instrumento do nazi-fascismo, é desacreditado como legítima teoria do direito, e um novo paradigma passa a ser construído.³⁴

Esse “novo” paradigma encontra fundamento da Declaração Universal dos Direitos do Homem, e na inclusão, no corpo das constituições do pós-guerra, de valores e direitos fundamentais tidos como indispensáveis a todo ser humano. Declarando a supremacia normativa da Constituição e a fundamentalidade dos direitos individuais ali previstos, os teóricos passam a defender a adequação de todo o ordenamento jurídico aos ditames constitucionais, em um movimento que se chamou de *constitucionalização do direito*, e a teoria que lhe deu suporte, de *neoconstitucionalismo*. Nesse sentido, e em síntese, observam Oto Duarte e Susanna Pozzolo:

O Estado Constitucional contemporâneo, ao contrário, vê: (1) a supremacia da Constituição sobre a lei ordinária e, portanto, (2) a subordinação da vontade legislativa ao conteúdo de justiça constitucionalmente previsto: a Constituição não constitui um mero invólucro político e de inspiração para

34 FERRAJOLI, Luigi. La pragmatica della teoria del diritto. in.: COMANDUCCI, Paolo; GUASTINI, Riccardo (org.) *Analisi e diritto 2002-2003*. Turim: Giappichelli, 2004. p. 352. Disponível em: <http://www.giuri.unige.it/intro/dipist/digita/filo/testi/analisi_2002/18FER_2.PDF>. Acesso em: 12 dez. 2008, observa que “[...]La ferma difesa di questa tesi è forse spiegabile, ben più che sul piano epistemologico, sul piano filosofico-giuridico e filosofico-politico: ben più che con gli argomenti neo-positivistici dell’assenza o del rifiuto dei giudizi di valore entro i discorsi scientifici, che pure valsero nei primi anni a confortarla sul piano meta-scientifico, con la volontà di difendere il positivismo giuridico, e con esso il principio di legalità su cui si basa lo stato di diritto, dall’altro contro le perduranti inclinazioni giusnaturalistiche di una parte della vecchia filosofia giuridica, dall’altro contro gli orientamenti idealistici, antiformalistici, organicistici e variamente irrazionalistici che nella prima metà del secolo avevano messo in crisi, con l’autonomia del diritto dalla morale e dalla politica, il ruolo stesso del diritto quale tecnica di limitazione dell’arbitro e quindi il principio, proprio dello stato di diritto, della rigida soggezione alla legge di qualunque potere.”

o sistema, mas sim introduz um vínculo substancial à criação do direito positivo, que é (3) rígida e (4) garantida. A capacidade permeável do texto fundamental, pleno de princípios e de conteúdos de valores, irradia-se por todo o ordenamento jurídico e determina a sua constitucionalização. Logo, (5) a aplicação direta da Constituição às relações privadas, o que implica (6) a imposição de obediência diretamente aos cidadãos, e não mais somente aos órgãos do Estado.³⁵

A partir da identificação das características dos novos ordenamentos jurídicos europeus do pós-guerra, acima apontadas, os teóricos do direito começam a decretar a morte do juspositivismo, por considerá-lo metodologicamente incapaz de compreender e explicar essa nova conformação do direito ocidental capitalista.³⁶ Conforme a observação de Giorgio Pino,

Fra i diversi elementi di complessità che caratterizzano gli ordinamenti giuridici degli Stati contemporanei, l'attenzione è spesso concentrata sulle novità introdotte nel panorama delle fonti del diritto dalle moderne costituzioni rigide, novità tali da indurre i più a parlare di una nuova forma di Stato, lo Stato costituzionale; il diritto costituzionale (contemporaneo) viene assunto come banco di prova dalle nuove teorie antipositiviste per dimostrare l'incapacità teorica del vecchio positivismo giuridico a comprendere la struttura e l'essenza stessa degli ordinamenti giuridici contemporanei; di conseguenza, si sottolinea l'esigenza di un approccio nuovo ai problemi classici della teoria e della filosofia del diritto (ad esempio: il rapporto tra diritto e morale, la teoria dell'interpretazione, i compiti della scienza giuridica, la tutela dei diritti, la teoria della sovranità).³⁷

Assim, uma série de críticas passa a ser dirigida ao juspositivismo, sobretudo no que toca ao seu fundamento metodológico da separação conceitual entre direito e moral. Passa-se a construir uma tradição teórica

35 DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição. São Paulo: Landy, 2006. p. 87.

36 COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. in.: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. 2.ed. Madrid: Trotta, 2005. p. 82-3.

37 PINO, Giorgio. Il positivismo giuridico di fronte allo stato costituzionale. in.: COMANDUCCI, Paolo; GUASTINI, Riccardo (org.) **Analisi e diritto 1998**. Turim: Giappichelli, 1999. p. 203.

anti-positivista, genericamente chamada de neoconstitucionalismo, por conta do papel desempenhado pela Constituição no centro dessa teoria. Resta analisar, conforme far-se-á no capítulo subsequente, os contornos dessa proposta teórica.

DO NEOCONSTITUCIONALISMO AO JUSPOSITIVISMO

Conforme explicitou-se no capítulo precedente, o neoconstitucionalismo fez ressurgir a discussão acerca das relações entre o ordenamento jurídico e os anseios sociais, entre o direito e a justiça. Evidenciou-se, também, a grande diversidade de posições teóricas que caracterizam o movimento, conforme observa Miguel Carbonell:

Lo que haya de ser el neoconstitucionalismo en su aplicación práctica y en su dimensión teórica es algo que está por verse. No se trata, como se acaba de apuntar, de un modelo consolidado, y quizá ni siquiera pueda llegar a estabilizarse en el corto plazo, pues contiene en su interior una serie de equilibrios que difícilmente pueden llegar a convivir sin problemas.³⁸

Assim, analogamente ao que se fez na análise do juspositivismo, adotar-se-á o modelo meta-teórico proposto por Paolo Comanducci³⁹ que, tendo como base as três perspectivas do juspositivismo apresentadas por Bobbio, analisadas no capítulo anterior, aponta as características do neoconstitucionalismo como método de estudo, como teoria e como ideologia do direito.⁴⁰

38 CARBONELL, Miguel. Prólogo: nuevos tiempos para el neoconstitucionalismo. in.: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. 2.ed. Madrid: Trotta, 2005. p.11.

39 COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. in.: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Op. Cit., p.75-98. As virtudes dessa análise são apontadas também por DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição. São Paulo: Landy, 2006. p. 24.: “[...] é constante a existência de diversas qualificações que denotam o sentido do neoconstitucionalismo. Uma tipologia bastante elucidativa e didática nos é oferecida pelo constitucionalista italiano Paolo Comanducci. Este autor, partindo dos três sentidos nos quais segundo Bobbio se pode falar de positivismo jurídico, distingue três formas de neoconstitucionalismo: o neoconstitucionalismo teórico, o neoconstitucionalismo ideológico e o neoconstitucionalismo metodológico.”

40 Em sua abordagem do juspositivismo, Bobbio apresenta as três perspectivas na seguinte ordem: (1) juspositivismo metodológico; (2) juspositivismo teórico; (3) juspositivismo ideológico. Como o principal objetivo de Comanducci, conforme ele mesmo afirma (p. 76), é criticar a proposta metodológica do neoconstitucionalismo, identificando-a com o jusnaturalismo, o autor inverte a ordem de apresentação das perspectivas, da seguinte maneira: (1) neoconstitucionalismo teórico; (2) neoconstitucionalismo ideológico; (3) neoconstitucionalismo metodológico. O presente trabalho seguirá a ordem proposta por Comanducci, a fim de que se mantenha a linha de raciocínio do autor italiano.

Neoconstitucionalismo teórico

Em sua construção teórica, o neoconstitucionalismo parte do pressuposto de que o método e a teoria juspositivista são insuficientes para compreender os sistemas jurídicos contemporâneos.⁴¹ Sustentam essa tese com o argumento de que as principais características do método juspositivista, quais sejam, o estatalismo, o legicentrismo e o formalismo interpretativo tornaram-se obsoletas, em face do novo contexto histórico dos países democráticos ocidentais.⁴² Propõem, assim, os teóricos neoconstitucionalistas, uma nova teoria do direito, arrimada em novos pressupostos metodológicos.

Nesse intento, e a partir desse diagnóstico, os neoconstitucionalistas seguem dois caminhos distintos: (1) propõem uma teoria que funciona como uma continuação do juspositivismo, a partir da ampliação do seu objeto, numa espécie de adequação do positivismo jurídico ao novo contexto histórico do pós-guerra, adotando como objeto de estudo o *modelo descritivo* da constituição como norma;⁴³ ou (2) propõem uma teoria completamente diferente da juspositivista, por considerarem o objeto de estudo substancialmente diferente, requerendo, portanto, a adoção de uma metodologia completamente diversa, já que tomam como objeto o *modelo axiológico* da constituição como norma.⁴⁴ Neste segundo caso, trata-se menos de uma teoria do que de uma ideologia, razão pela qual Comanducci analisa suas características ao tratar do neoconstitucionalismo ideológico. Essa é, também, a compreensão de Susanna Pozzolo, para quem:

41 COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. in.: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. 2.ed. Madrid: Trotta, 2005. p. 83.

42 DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição. São Paulo: Landy, 2006. p. 87-8, afirmam: “[...] Em suma, o argumento neoconstitucionalista sustenta que, dada a diversa natureza do objeto ‘direito positivo’, a sua maior complexidade, no âmbito do Estado Constitucional (em relação ao Estado de Direito), o instrumento ‘positivismo jurídico’ deve ser substituído, porque obsoleto.”

43 Explica o autor que o modelo descritivo de constituição como norma “[...] designa un conjunto de reglas jurídicas positivas, contenidas en un documento o consuetudinarias, que son, respecto a las otras reglas jurídicas, fundamentales (y por tanto fundantes del entero ordenamiento jurídico y/o jerárquicamente superiores a las otras reglas).” O modelo axiológico de constituição como norma possui o mesmo conceito do modelo descritivo, “[...] a condición de que tengan determinados contenidos a los que se atribuye un especial valor”, o que torna a constituição, nesse caso, um valor em si mesma. Cf. COMANDUCCI, Paolo. **Formas de (neo)constitucionalismo**: Op. Cit., p. 84.

44 Idem, p. 83.

Pode-se questionar essa reconstrução “científico-descritiva”, que torna necessária a escolha pelo neoconstitucionalismo, senão outro, porque isso que vem apresentado como um objetivo do modelo institucional pode ser reconstruído com uma peculiar concepção de Constituição. A adoção do modelo prescritivo da Constituição como norma não é uma necessidade, mas uma escolha: o modo de conceber o papel e a função da Constituição é o que determina a reconstrução do modelo positivo.⁴⁵

Os neoconstitucionalistas teóricos que adotam o modelo descritivo de constituição consideram, em geral, que o que diferencia sua interpretação em relação à legislação infraconstitucional é o seu grau, e não sua qualidade.⁴⁶ Nesse caso, contudo, uma vez que se aceita a conexão somente contingente (e não necessária, como propugna o neoconstitucionalismo ideológico) entre o direito e a moral, a teoria neoconstitucionalista não é incompatível com o juspositivismo metodológico, “[...] al contrario, podríamos decir que es su hijo legítimo”.⁴⁷

Neoconstitucionalismo ideológico

O neoconstitucionalismo ideológico, além de descrever as conquistas oriundas do processo de constitucionalização do direito, valora-os positivamente e propugna sua defesa e ampliação.⁴⁸ Adota, assim, o modelo axiológico da constituição como norma, a partir da pressuposta conexão necessária entre direito e moral, fato que geraria no indivíduo a obrigação moral de obediência às normas constitucionais e infraconstitucionais em conformidade com aquelas, aproximando essa concepção à do positivismo ideológico e, portanto, podendo-se aplicar-lhe as mesmas críticas dirigidas a este.⁴⁹

O principal problema do neoconstitucionalismo ideológico é, contudo, a diminuição do grau de segurança jurídica⁵⁰ como consequência do aumento da

45 DUARTE, Êcio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição. São Paulo: Landy, 2006. p. 88.

46 COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. in.: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. 2.ed. Madrid: Trotta, 2005. p. 85.

47 Idem, p. 87.

48 Idem, p. 85.

49 Idem, p. 86.

50 Adota-se aqui o conceito de segurança jurídica apresentado por GARCÍA MANRIQUE,

indeterminação *ex ante*, em decorrência da interpretação moral da constituição e da técnica de ponderação dos princípios constitucionais.⁵¹ Caso existisse uma moral objetiva, conhecida e observada pelos juízes, e caso estes construíssem sempre um sistema integrado de direito e moral, internamente consistente, tal indeterminação poderia ser reduzida. Entretanto, essas condições não são observadas na prática.⁵²

Em suma, enquanto o positivismo ideológico tinha como principal objetivo proteger o sistema jurídico moderno de supostos riscos de retorno a concepções jurídicas pré-modernas, a finalidade precípua do neoconstitucionalismo ideológico é, segundo Comanducci,

[...] la adecuación del Derecho a los cambios sociales, tomar decisiones “al por mayor”, ofrecer criterios generales a los órganos inferiores, establecer metas de reforma social, la delegación de poderes para determinar el contenido del Derecho, es decir, en general, la hetero y/o auto-atribución a los jueces de una parte del poder normativo, etcétera.⁵³

Neoconstitucionalismo metodológico

Em sua feição metodológica, o neoconstitucionalismo considera os princípios constitucionais e os direitos fundamentais como a ponte entre o direito e a moral, donde extraem a tese da sua conexão, conceitual ou

Ricardo. Acerca del valor moral de La seguridad jurídica. in.: **Doxa**: quadernos de filosofia del derecho, n. 26, 2003. Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com/FichaObra.html?Ref=15795>>. Acesso em: 07 jul. 2008. p. 477-8: “[...] cuando el poder político se ejerce mediante normas preestablecidas y conocidas por sus destinatarios, los individuos sujetos a dicho poder tienen la capacidad de precedir su ejercicio y, por lo tanto, de actuar en consecuencia; es decir, saben a qué atenerse con respecto a los agentes del poder político. Esta predicción es posible cuando las normas jurídicas son, en alguna medida, pública, generales, claras, estables, de cumplimiento posible, irretroactivas y no contradictorias, y cuando los encargados de su aplicación (jueces y demás funcionarios) lo hacen de manera consistente y regular. [...] Cuando así sucede, se dice que los individuos sujetos al derecho tienen seguridad jurídica, esto es, se sienten seguros respecto del contenido de las normas y respecto del modo en que serán aplicadas.” DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico**: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2006. p. 196-7, observa que “[...] o termo é polissêmico, adquirindo vários significados e operando tanto no registro normativo como no registro descritivo. Basta indicar que um recente estudo enumerou mais de dez significados do termo, com importantes diferenças em sua extensão e consequências jurídicas”. O autor, contudo, após apresentar o que considera os três principais significados de segurança jurídica, conclui (p.198): “[...] Em todos os casos, a segurança jurídica é o resultado (subjetivo e de cunho psicológico) de uma configuração jurídica cujo elemento principal (objetivo) é a *previsibilidade* das consequências jurídicas” [grifo no original].

51 COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. in.: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. 2.ed. Madrid: Trotta, 2005. p. 91.

52 Idem, p. 92.

53 Idem, p. 93.

justificatória.⁵⁴ Isso significa que “[...] cualquier decisión jurídica, y en particular la decisión judicial, está justificada si deriva, en última instancia, de una norma moral”⁵⁵ ou, dito em outras palavras,

O moralismo jurídico faz depender o reconhecimento da validade das normas jurídicas e sua interpretação de elementos vinculados a valores (e correspondentes mandamentos) de origem moral. Admite-se, assim, a tese da necessária conexão (junção, vinculação) entre direito e moral.

[...]

Dessa forma, o moralismo jurídico adota uma perspectiva *normativa*, afirmando que o direito *deve* estar vinculado à moral. Isto é um mandamento endereçado tanto ao legislador como ao intérprete/aplicador do direito, devendo todos levar em consideração a moral na tomada de decisões. Isto significa que os moralistas propugnam pela *correção* do direito nos dois sentidos do termo.⁵⁶

Essa fulcral distinção entre os métodos juspositivista e neoconstitucionalista é também analisada por Susanna Pozzolo:

Convém notar que, desse modo, o conceito descritivo de validade (pertinência) cede espaço a favor de um conceito normativo, já que a afirmação sobre a validade de uma norma comporta a expressão de um juízo de dever ser que implica razões para justificar ações ou decisões de natureza moral [...] Esta última exigência permite pôr em evidência a diversa orientação entre a abordagem do tipo juspositivista e aquela do tipo neoconstitucionalista: enquanto o primeiro visa descrever o funcionamento do direito, o segundo visa justificar ou oferecer os critérios para julgar justificado o direito; enquanto o primeiro não diz nada sobre a obrigação política de respeito ao direito, o segundo a pressupõe e por isso prescreve a forma e o conteúdo que o direito deve ter. Para o juspositivismo, “o direito vale porque vale, se vale; explicar por qual

54 COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. in.: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. 2.ed. Madrid: Trotta, 2005. p. 87. Segundo PINO, Giorgio. Il positivismo giuridico di fronte allo stato costituzionale. in.: COMANDUCCI, Paolo; GUASTINI, Riccardo (org.) **Analisi e diritto** 1998. Turim: Giappichelli, 1999. p. 213-4, “[...] è infatti una delle possibili implicazioni della teoria della separazione fra diritto e morale, vero e proprio terreno di battaglia fra giuspositivismo e giusnaturalismo prima, e fra giuspositivismo e (genericamente) antipositivismo poi.”

55 COMANDUCCI, Paolo. **Formas de (neo)constitucionalismo**: Op. Cit., p. 94.

56 DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico**: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2006. p. 87-8. Cumpre ressaltar que o autor prefere a expressão “moralismo jurídico” ao termo “neoconstitucionalismo”, por considerar este último demasiadamente vago (p. 86).

razão será tarefa dos sociólogos, dos filósofos, dos homens políticos, dos moralistas; não interessa porque vale o direito, mas, se vale; que coisa vale como direito em certas circunstâncias”.⁵⁷

Do ponto de vista epistemológico, esse posicionamento apresenta sérios problemas. Se a validade de uma norma jurídica depende da identificação de seu suporte moral, deve-se questionar: norma moral em que sentido?⁵⁸

Dimitri Dimoulis, após apresentar o conceito de moral,⁵⁹ identifica três possíveis sistemas morais: (1) *moral dominante*, entendida como o sistema de normas de conduta e suas respectivas sanções, vigorando em uma dada sociedade e momento histórico; (2) *ética particular*, significando os valores morais aceitos e seguidos por cada indivíduo; e (3) *moral crítica*, designando os valores obtidos por meio de investigação e crítica filosófica aos demais sistemas morais.⁶⁰ A esses três sistemas morais, Comanducci acrescenta um quarto, composto por uma *moral objetiva verdadeira*, cuja suposta existência é propagada pelas teorias universalistas.⁶¹

Em termos taxionômicos, os quatro sistemas morais apontados apresentam, basicamente, duas espécies de solução para o problema: soluções objetivistas (*moral objetiva verdadeira* e *moral crítica*) e soluções subjetivistas (*ética particular* ou *moral individual* e *moral dominante* ou *positiva*).⁶²

As soluções objetivistas apresentam problemas epistemológicos importantes: como não há consenso ou certeza acerca da efetiva existência de uma moral objetiva verdadeira, e não há um sistema moral crítico único,⁶³ no fim das contas, o intérprete/aplicador do direito teria de escolher, a seu gosto, o sistema moral que julga verdadeiro ou adequado para validar a norma jurídica a ser interpretada/aplicada. Isso reduziria ambas as propostas a uma

57 DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição. São Paulo: Landy, 2006. p. 83-4.

58 COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. in: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. 2.ed. Madrid: Trotta, 2005. p. 94.

59 DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico**: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2006. p. 167-8. “Podemos definir a moral como conjunto de convicções que, primeiramente, têm como objeto distinguir o bem do mal; em segundo lugar, orientam o comportamento dos indivíduos (fazer o bem, evitar o mal); em terceiro lugar, permitem avaliar as condutas individuais, impondo sanções (difusas e informais) ao transgressor.”

60 Idem, p. 168.

61 COMANDUCCI, Paolo. **Formas de (neo)constitucionalismo**. Op. Cit., p. 95.

62 Idem, p. 94.

63 DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico**: Op. Cit., p. 169.

escolha pessoal do juiz, ou seja, a uma questão de moral individual.⁶⁴

O mesmo se pode dizer da solução subjetivista que propugna o recurso à moral positiva: ainda que se considerasse possível, nas sociedades hodiernas, a existência de homogeneidade moral, ter-se-ia como pressuposto a existência de um juiz-sociólogo, um intérprete que tivesse os instrumentos necessários para identificar, de forma exata, o conteúdo das normas morais de sua sociedade. Como as sociedades contemporâneas caminham, cada vez mais, para a heterogeneidade de sistemas morais,⁶⁵ no fim das contas, o juiz acaba fazendo uma escolha, de cunho pessoal, daquele sistema que julga ser o mais adequado, o que também reduz a proposta do recurso à moral positiva à utilização, na prática, de uma moral individual.⁶⁶ As incongruências e os riscos dessa escolha metodológica são explicitados por Susanna Pozzolo:

[...] se a reflexão moral individual de um único juiz (ou de alguns “sábios”) é considerada superior à discussão intersubjetiva, qual o sentido de se manter um procedimento para a tomada de decisões coletivas do tipo democrático? A manutenção da Constituição, se entendida como documento autoveiculante estabelecido pelos cidadãos, não teria razão de ser porque o juízo moral de um único juiz seria sempre mais justo do que aquilo que é definido pelas normas constitucionais. E existem ainda outros problemas. Um dos quais é do tipo salvaguarda institucional: quem controla o controlador? [...] não havendo atualmente nenhum acordo sobre o conjunto determinado de normas morais, a operação que transfere para esse plano os direitos, retirando-os da esfera jurídica, cria a ilusão de sua segurança, ocultando a sua intrínseca fragilidade.⁶⁷

Isso porque, ainda segundo Pozzolo,

[...] A perspectiva neoconstitucionalista se baseia na premissa do “bom juiz dotado de bom senso”. Contudo, do ponto de vista consitucionalista-legalista, seria melhor adotar a perspectiva do “bad man”, já que o direito apresenta duas faces: uma de garantia e outra de opressão.⁶⁸

64 COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. in.: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. 2.ed. Madrid: Trotta, 2005. p. 95.

65 DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico**: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2006. p. 187.

66 COMANDUCCI, Paolo. **Formas de (neo)constitucionalismo**: Op. Cit., p. 97.

67 DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição. São Paulo: Landy, 2006. p. 101-2.

68 DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo**

Ao analisar as críticas neoconstitucionalistas à tese da separação conceitual entre direito e moral, Écio Duarte conclui:

Nesse sentido, pensamos que a crítica à separação entre direito e moral tenha mais motivações políticas que teóricas. O neoconstitucionalismo tem se tornado porta-voz dessas exigências de fundação, argumentação e justificação do direito e, também, das eleições políticas que estão por trás.⁶⁹

Todos esses argumentos indicam que o neoconstitucionalismo, em sua dimensão metodológica, é menos adequado do que o juspositivismo metodológico, pelas razões explicitadas por Dimoulis:

O PJ [Positivismo Jurídico] *stricto sensu* é superior às teorias moralistas porque evita duas tendências equivocadas. Por um lado, a tendência anarquista que autoriza o indivíduo a desobedecer ao direito se o considerar injusto e/ou imoral (na versão pura do anarquismo, isso deve acontecer sempre, pois todo direito é opressor e injustificado). Por outro lado, a tendência apologética que aceita, na prática, qualquer conteúdo jurídico pelo simples fato de ter sido criado pelas autoridades que detêm o poder.

A abordagem juspositivista possui a vantagem política da *sinceridade*. Separa a constatação da validade de sua crítica, não disfarça a discordância nem cria a falsa impressão que o aplicador pode corrigir a norma insatisfatória ou encontrar a solução moralmente adequada. Rejeita-se aqui a tendência moralista de “ancorar a juridicidade na aprovação ideológica dos conteúdos do ordenamento jurídico”. Devemos, como dizia Luhmann, entender que o combate dos regimes autoritários não passa pela tentativa de corrigir seu direito mediante interpretação: “o importante é a vigilância política e não a vigilância justeórica”.⁷⁰

Tem-se, assim, que a separação conceitual entre direito e moral propicia uma compreensão mais adequada de ambas as esferas, permitindo ao estudioso e/ou aplicador do direito a crítica do próprio direito, o que seria impossível a partir das perspectivas do positivismo ideológico, do jusnaturalismo e do neoconstitucionalismo metodológico, conforme explicita Santiago Nino:

jurídico: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição. São Paulo: Landy, 2006. p. 103.

⁶⁹ Idem, p. 56.

⁷⁰ DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico:** introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2006. p. 203-4.

[...] Cuando uno dice que un objeto es un mal cuchillo, o que una persona es un mal profesor, no dice que sea un mal objeto o una mala persona, sino que son malos como cuchillo o como profesor. Si el mero hecho de ser malos los excluyera de la clase de los cuchillos o de los profesores, ya no podríamos criticarlos por ser un cuchillo o profesor que no satisfacen las condiciones para ser un buen exponente de su clase. Lo mismo ocurre con el concepto de derecho, si decidiéramos que éste sólo es aplicable a sistemas que son buenos o justos. No podríamos hacer comparaciones entre un sistema jurídico bueno y otro malo, porque este último sistema no sería un sistema jurídico. De este modo, oscurecemos los rasgos fácticos comunes que tienen tanto el uno como el otro sistema y dejamos de percibir con claridad cuál es el peculiar disvalor que puede presentar un sistema con esas propiedades fácticas.⁷¹

A distinção conceitual entre direito e moral, portanto, apresenta a virtude de possibilitar uma melhor compreensão e crítica do direito, razão pela qual o método juspositivista ainda é preferível ao neoconstitucionalista, o que não implica em, necessariamente, adotar-se também a ideologia juspositivista.⁷² Nas palavras de Bobbio,

[...] Com efeito, a assunção do método positivista não implica também na assunção da teoria juspositivista. A relação de conexão entre o primeiro e a segunda é uma relação puramente histórica, não lógica [...]. Do mesmo modo, a assunção do método e da teoria juspositivista não implica a assunção da ideologia do positivismo ético. Isso é demonstrável seja no plano lógico, visto que nunca é possível extrair de um fato um juízo de valor deste, seja no plano histórico, pois a teoria juspositivista parece geralmente ligada a *concepções éticas relativistas* bem distantes da concepção

71 SANTIAGO NINO, Carlos. Introducción al análisis del derecho. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 1980. p. 41-2. O autor refere-se à impossibilidade de crítica ao direito a partir do positivismo ideológico e do jusnaturalismo. Contudo, como em relação a este último a impossibilidade de crítica refere-se à conexão conceitual que fazem seus defensores entre o direito e a moral, a observação de Nino pode ser estendida ao neoconstitucionalismo metodológico, que defende a mesma tese.

72 Cf. PINO, Giorgio. Il positivismo giuridico di fronte allo stato costituzionale. in.: COMANDUCCI, Paolo; GUASTINI, Riccardo (org.) *Analisi e diritto* 1998. Turim: Giappichelli, 1999. p. 208, “[...] A partire dalla rappresentazione bobbiana del positivismo giuridico sono stati acquisiti al dibattito filosofico (non solo italiano) alcuni punti fermi: l’ambiguità della locuzione “positivismo giuridico”, che può denotare una varietà di teorie e ideologie; la constatazione che queste teorie ed ideologie, per quanto siano spesso storicamente legate e a volte logicamente compatibili, tuttavia non costituiscono una costruzione filosofica compatta, da accettare o respingere in blocco; la necessità quindi che i critici del giuspositivismo circoscrivano il loro bersaglio a tesi determinate; la possibilità comunque di difendere separatamente tutti e tre gli aspetti del positivismo giuridico, ovviamente con argomenti diversi.”

do Estado ético e das outras concepções éticas que comportam o princípio da absoluta obediência à lei.⁷³

A análise feita até aqui permite, portanto, concluir-se pela possibilidade de adotar-se o método e a teoria juspositivista, concomitantemente à ideologia neoconstitucionalista,⁷⁴ permitindo-se, assim, distinguir uma análise estruturalista de outra funcionalista do direito, conforme abordar-se-á no tópico seguinte.

JUSPOSITIVISMO E NEOCONSTITUCIONALISMO: ESTRUTURALISMO E FUNCIONALISMO NA TEORIA DO DIREITO

Observa Bobbio, em obra originalmente publicada em 1970, que

Se aplicarmos à teoria do direito a distinção entre abordagem estruturalista e abordagem funcionalista, da qual os cientistas sociais fazem grande uso para diferenciar e classificar as suas teorias, não resta dúvida de que, no estudo do direito em geral (de que se ocupa a teoria geral do direito), nesses últimos cinquenta anos, a primeira abordagem prevaleceu sobre a segunda.⁷⁵

Bobbio refere-se, sem a menor sombra de dúvida, à teoria juspositivista do direito. Segundo o citado autor no excerto transcrito, em sede de teoria do direito e, explicita-se aqui, teoria *juspositivista* do direito, a abordagem estruturalista tem prevalecido, em detrimento de abordagens funcionalistas.

Uma teoria estruturalista caracteriza-se por sua natureza descritiva, isto é, pelo fato de buscar analisar e descrever seu objeto de estudo tal qual se apresenta na realidade, ou seja, tal qual ele “é” de fato, independentemente do juízo que o pesquisador ou o leitor possa fazer dessa realidade. Nesse sentido, o pesquisador busca manter uma postura neutra diante do seu objeto, analisando-o da forma mais objetiva possível e evitando enunciar juízos de valor.

73 BOBBIO, Norberto. **Positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo, Ícone, 1995. p. 234.

74 Segundo PINO, Giorgio. Il positivismo giuridico di fronte allo stato costituzionale. in.: COMANDUCCI, Paolo; GUASTINI, Riccardo (org.) **Analisi e diritto 1998**. Turim: Giappichelli, 1999. p. 204., “[...] una versione del positivismo giuridico che riesca a tenere conto delle più importanti novità introdotte dallo Stato costituzionale sia non solo astrattamente concepibile, ma altresì utile.”

75 BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**: novos estudos de teoria do direito. Barueri: Manole, 2007. p. 53.

Diferentemente, uma teoria funcionalista tem natureza normativa pois, ao buscar definir a função de seu objeto de estudo, termina por mostrá-lo não como é de fato, mas como deveria ser para que se tornasse apto a realizar a função que lhe foi atribuída. Dessa forma, o pesquisador se posiciona acerca do objeto, emite juízos de valor e procura influenciar a realidade que está pesquisando.

Destarte, parece óbvia a conclusão de que a teoria juspositivista do direito é uma teoria estruturalista do direito.⁷⁶ De fato, os juspositivistas não fazem mais do que analisar a estrutura do direito, independentemente de sua função para a sociedade, e esse é o intuito declarado do próprio positivismo jurídico.

O século XIX, berço do positivismo jurídico, caracterizou-se pela rígida divisão do trabalho entre os juristas,⁷⁷ de acordo com os três principais problemas da teoria do direito: o problema ontológico, o problema deontológico, e o problema fenomenológico, respectivamente incumbidos ao cientista do direito, ao filósofo do direito e ao sociólogo.⁷⁸ O cientista do direito, portanto, assume a tarefa de estudar o direito tal qual é na realidade, independentemente de sua justiça ou eficácia, e o faz através do método juspositivista. O próprio Kelsen, na Teoria Pura do Direito, declara essa pretensão, conforme o observa Norberto Bobbio:

Na obra de Kelsen, não só a análise funcional e estrutural estão declaradamente separadas, como esta separação é a base teórica sobre a qual ele funda a exclusão da primeira em favor da segunda. Como todos sabem, para o fundador da teoria pura do direito, uma teoria científica do direito não deve se ocupar da função do direito, mas tão-somente dos seus elementos estruturais. A análise funcional é confiada aos sociólogos e, talvez, aos filósofos [...].⁷⁹

O juspositivismo, assim, declara explicitamente tratar-se de uma teoria estruturalista do direito. O neoconstitucionalismo, partindo da definição moralizante do direito e pretendendo conferir-lhe legitimidade por meio da realização de uma determinada pauta moral, constitui uma teoria funcionalista do direito.

76 BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**: novos estudos de teoria do direito. Barueri: Manole, 2007. p. 54.

77 Idem, *ibidem*.

78 BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Bauru: Edipro, 2001. p.45-68.

79 BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**: Op. Cit., p. 54.

A função do direito, segundo a construção neoconstitucionalista, muito além da função garantidora da paz social, conforme definiam os juspositivistas, é a realização e efetivação de uma gama de valores morais calcados na ideia de dignidade humana, valor que passa a ocupar o mais alto grau dentre os valores norteadores dos sistemas jurídicos ocidentais capitalistas contemporâneos.

Pode-se extrair do exposto que a função do direito é, para os teóricos neoconstitucionalistas, a defesa, proteção e realização da dignidade humana, entendida como noção básica de moralidade, da qual todos os demais direitos fundamentais decorrem.

Juspositivismo e neoconstitucionalismo são, assim, respectivamente, teoria estruturalista e teoria funcionalista do direito. Ambas as abordagens são extremamente importantes para uma melhor compreensão do fenômeno jurídico, e o estudo das dimensões de cada uma delas demonstrou que não existe, necessariamente, relação de mútua exclusão entre ambas. Ao contrário, a adoção do método juspositivista, caracterizado pela distinção conceitual entre direito e moral, juntamente com a ideologia neoconstitucionalista, caracterizada pela tentativa de maximizar os direitos fundamentais e a pauta moral constitucionalizada, com arrimo no princípio da dignidade humana, pode contribuir para uma melhor compreensão do direito, tal qual é, e uma mais adequada definição dos objetivos que o mesmo deve realizar. Juspositivismo e neoconstitucionalismo, assim, são teorias complementares, e não mutuamente excludentes, como defendem alguns teóricos de ambos os lados.

CONCLUSÃO

O presente trabalho procurou analisar as principais teorias do direito na modernidade, de tal forma que se pudesse compreender a atual discussão acerca das relações entre direito e moral.

Para tanto, partiu do estudo do jusnaturalismo moderno, de matiz racionalista, passou pela apresentação do juspositivismo e analisou a proposta neoconstitucionalista, de tal forma que se pudesse compreender o fundamento subjacente de cada uma dessas abordagens do direito, bem como as motivações políticas e ideológicas que as engendraram. Procurou, ainda, distinguir teorias

estruturalistas ou descritivas de teorias funcionalistas ou normativas, a fim de que se pudesse classificar adequadamente as teorias estudadas e, assim, perceber de forma mais acurada o papel e os limites de cada uma delas.

Nesse sentido, constatou-se que o jusnaturalismo correspondeu aos anseios de legitimação de uma nova ordem, fundamentada na razão, em detrimento do fundamento de viés religioso outrora vigente na Europa medieval. A teoria jusnaturalista moderna pressupunha a existência de valores morais ou princípios de justiça eternos e imutáveis, universalmente válidos, naturalmente presentes na consciência e acessíveis ao homem através da razão. Destarte, qualquer norma de direito positivo que viesse de encontro às normas de direito natural seria inválida e, portanto, não seria direito.

Não obstante o êxito do jusnaturalismo moderno, no sentido de legitimar a ordem burguesa que se instaurava, o alto grau de indefinição dos direitos naturais e a necessidade de sua adequada definição, para fins de proteção por parte do Estado moderno, levaram à codificação do direito, e à substituição do costume pela lei como fonte primária do direito. Desse movimento, de viés igualmente racionalista e inspiração iluminista, decorreu o chamado exegetismo, tradição hermenêutica de natureza normativa, que pregava a estrita aplicação da lei pelo juiz, por meio de mera subsunção. Tal postura foi duramente criticada pelo historicismo alemão que, contradizendo as bases racionalistas e universalistas do exegetismo francês, defendeu a aplicação do direito por meio da pesquisa dos valores sociais vigentes, o chamado *Volksgeist* (espírito do povo), criando as bases do sociologismo que, décadas mais tarde, seria fundamental para o desenvolvimento do positivismo jurídico.

O positivismo jurídico nasce, portanto, da necessidade de se construir uma teoria estruturalista do direito, de natureza descritiva, nos moldes do método científico em voga ao longo do século XIX e parte do século XX.

Para tanto, em termos metodológicos, propõe a separação conceitual entre direito e moral, a fim de que se possa analisar o direito de forma neutra, descrevendo-lhe as características fáticas, a despeito da função que exerça na sociedade. Assim, o conceito de direito não deve fazer alusão a seu conteúdo, mas tão-somente à sua forma, e caracteriza-se, portanto, por ser um sistema de normas postas pela autoridade estatal competente, segundo as normas de estrutura que prescrevem a criação de normas jurídicas válidas. O direito

pode, destarte, ter qualquer conteúdo, desde que sua criação obedeça aos requisitos estatuidos pelo próprio ordenamento, independentemente de ser justo ou injusto.

Em termos teóricos, o juspositivismo se coloca a tarefa de elaborar uma teoria geral do direito, composto por uma teoria da norma jurídica e uma teoria do ordenamento jurídico.

Ao contrário do que inicialmente propôs, o juspositivismo também se constituiu como ideologia, consubstanciada na idéia de aplicação obrigatória do direito, independentemente de seu conteúdo. O direito, segundo essa perspectiva, sendo válido, possuía força moral obrigatória, não cabendo ao intérprete perquirir a sua moralidade ou justiça.

Após o fim da Segunda Grande Guerra, e em reação às atrocidades perpetradas pelos regimes nazi-fascistas, os teóricos do direito começam a propugnar a criação de uma nova teoria do direito, arrimada em valores como a dignidade humana, a vida, a liberdade e a defesa dos direitos fundamentais, constitucionalmente protegidos. Surge, assim, o neoconstitucionalismo que, assim como o juspositivismo, apresenta três faces: metodologia, teoria e ideologia do direito.

Como metodologia, o neoconstitucionalismo prega a conexão conceitual entre direito e moral, assemelhando-se, nesse sentido, à tradição jusnaturalista. Não é correto, contudo, afirmar que o neoconstitucionalismo seja uma forma de retorno ao jusnaturalismo, pois este é essencialmente universalista em matéria ética, enquanto o neoconstitucionalismo não parte de uma perspectiva universalista, ao contrário, defende a realização de valores que considera historicamente delimitados.

A conexão conceitual entre direito e moral, defendida pelo neoconstitucionalismo, apresenta problemas para uma adequada compreensão do fenômeno jurídico. Admiti-la significa excluir da teoria do direito a possibilidade lógica de criticar seu objeto, uma vez que somente seria conceituado como direito aquilo que fosse considerado justo e perfeito. Dessa consequência, exsurge outra: a de definir qual perspectiva moral se deve ter em conta ao se buscar uma definição para o direito. As sociedades contemporâneas caracterizam-se pela pluralidade de sistemas morais, o que torna extremamente difícil e problemático o trabalho do estudioso do direito,

já que não se pode falar em superioridade de um sistema moral em relação a outro. Nesse sentido, a proposta metodológica juspositivista permanece sendo a mais adequada para a melhor compreensão do fenômeno jurídico.

Como teoria, o neoconstitucionalismo não representa, necessariamente, um contraponto ao juspositivismo teórico. Pode ser, ao contrário, seu complemento, sua atualização em face das transformações ocorridas no direito a partir da segunda metade do século XX. Desde que se adote o modelo descritivo da constituição como norma, a teoria neoconstitucionalista complementa a teoria juspositivista, ao ampliar a noção de norma jurídica para englobar os princípios constitucionais e as regras de textura aberta. Se, ao contrário, adota-se o modelo normativo da constituição como norma, deixa-se de ter uma teoria, para se ter uma abordagem ideológica do direito.

Como ideologia o neoconstitucionalismo propugna a defesa e realização de uma pauta moral constitucionalizada, arrimada no princípio da dignidade humana. Os valores morais e princípios de justiça positivados em sede constitucional são aqueles inspirados nas declarações de direitos humanos, e passam a ter eficácia horizontal, aplicando-se também às relações privadas, e não mais somente às relações verticais entre o indivíduo e o Estado.

Não parece restar dúvida de que a ideologia neoconstitucionalista é pautada na traumática experiência das Grandes Guerras do século XX, e busca, de alguma forma, evitar que as atrocidades perpetradas durante aqueles conflitos se repitam. Nesse sentido, desempenha uma função importante, sobretudo quando fornece elementos teóricos para a construção de uma teoria funcionalista do direito.

Positivismo jurídico e neoconstitucionalismo, portanto, complementam-se para formar uma teoria do direito que melhor compreenda o direito ocidental capitalista contemporâneo. A metodologia do positivismo jurídico, aliada à ideologia neoconstitucionalista podem concorrer para a construção de uma completa teoria do direito, que dê conta de explicar as características atuais do direito, não só no momento de sua criação, mas também no que toca ao processo de sua aplicação.

Destarte, ao invés de disputarem o monopólio da verdade sobre o direito, construindo paradigmas isolados e permanecendo ilhados, mais proveitoso deve ser unirem-se, no que for possível, o juspositivismo e o

neoconstitucionalismo, este como teoria funcionalista, de natureza normativa, aquele como teoria estruturalista, de natureza descritiva do direito, a fim de que se possa compreender de maneira mais adequada o fenômeno jurídico, e o mais preciso conhecimento da estrutura do direito, aliado ao debate acerca de sua função social possam ensejar a sempre tão desejada aproximação do direito com o ideal de justiça, funcionando, quiçá, como ponte entre ambos. Afinal, pontes são melhores do que ilhas.

REFERÊNCIAS

BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de filosofia do direito**. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2007.

BOBBIO, Norberto. **Positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo, Ícone, 1995.

_____. **Direito e estado no pensamento de Emanuel Kant**. 3.ed. São Paulo: Mandarim, 2000.

_____. **Teoria da norma jurídica**. Bauru: Edipro, 2001.

_____. **Da estrutura à função**: novos estudos de teoria do direito. Barueri: Manole, 2007.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e argumentação**: uma contribuição ao estudo do direito. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. 2.ed. Madrid: Trotta, 2005.

COMANDUCCI, Paolo; GUASTINI, Riccardo (org.). **Analisi e diritto 1998**. Turim: Giappichelli, 1999.

_____. **Analisi e diritto 2002-2003**. Turim: Giappichelli, 2004. Disponível em: <http://www.giuri.unige.it/intro/dipist/digita/filo/testi/analisi_2002/18FER_2.PDF>. Acesso em: 12 dez. 2008.

COSTA, Judith Martins. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: RT, 2000.

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

DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto Ramos (org.). **Teoria do direito neoconstitucional**: superação ou reconstrução do positivismo jurídico? São Paulo: Método, 2008.

DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição. São Paulo: Landy, 2006.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2003.

GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. 4.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2003.

KELSEN, Hans. **O que é justiça?** A justiça, o direito e a política no espelho da ciência. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LOSANO, Mario G. La dottrina pura del diritto: bilancio d'una teoria, bilancio di un secolo. In.: **Seminario presso na Universidad Carlos III de Madrid**. Madrid: [s/n.], 2004. "Paper" disponibilizado para os alunos do Doutorado em Filosofia de los Derechos Fundamentales da Universidad Carlos III de Madrid.

GARCÍA MANRIQUE, Ricardo. Acerca del valor moral de la seguridad jurídica. in.: **Doxa**: quadernos de filosofía del derecho, n. 26, 2003. Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com/FichaObra.html?Ref=15795>>. Acesso em: 07 jul. 2008.

SANTIAGO NINO, Carlos. **Introducción al análisis del derecho**. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 1980.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Crítica da razão indolente**: contra o desperdício da experiência. 4.ed. São Paulo: Cortez, 2002.

SGARBI, Adrian. **Clássicos de teoria do direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. **Teoria do direito**: primeiras lições. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.