

A FUNÇÃO DO DIREITO E O PÓS-POSITIVISMO JURÍDICO

Anna Christina Gris

Especialista em Direito Público: Constitucional e Administrativo. Bacharel em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí (Univali). Advogada. anna_brum_gris@hotmail.com

Luciene Dal Ri

Doutora em Direito Civil-Romanístico pela Università degli Studi di Roma – La Sapienza. Professora no curso de Graduação em Direito e no Programa de Pós-Graduação stricto sensu, Mestrado e Doutorado, em Ciência Jurídica, na Universidade do Vale do Itajaí (Univali). luciene.dalri@univali.br

Resumo:

O presente trabalho discute a função do Direito à luz da teoria do positivismo normativo de Hans Kelsen e da teoria funcional do Direito, segundo Mário Losano, vinculada ao pós-positivismo jurídico, com o objetivo de apontar semelhanças e contrastes entre as duas tendências. Inicia-se, assim, conceituando e contextualizando o conjunto de teorias pós-positivistas e abordando individualmente suas três principais áreas de elaboração: a aproximação do Direito com os valores morais, a teoria dos princípios e a teoria da argumentação jurídica. Posteriormente, discute-se a tendência pós-positivista de inserção no ordenamento jurídico de sanções premiais. Por fim, a abordagem funcionalista do Direito de Norberto Bobbio, entendida como de cunho pós-positivista, evidencia como principais resultados da pesquisa que o Direito continua sendo uma técnica de controle social, no entanto sua função social amplia-se como prevenção e não apenas como repressão, buscando atingir seus fins pelos meios menos danosos. O presente artigo é fruto de pesquisa bibliográfica e da aplicação de método indutivo.

Palavras-chave:

Pós-positivismo jurídico. Princípios. Regras. Argumentação. Sanção premial.

LAW FUNCTION AND POST-LEGAL POSITIVISM

Abstract:

This paper discusses the role of law in the light of the theory of legal positivism of Hans Kelsen and functional theory of law, according to Mario Losano, linked to legal postpositivism, in order to denote similarities and contrasts between the two trends. It begins thus conceptualizing and contextualizing the set of post-positivist theories and individually addressing its three main areas of development: the approach of the right to moral values, the theory of the principles and theory of legal argument. Later, we discuss the inclusion of post-positivist trend in the legal system of positive sanctions. Finally, the functionalist approach to the law

of Norberto Bobbio, understood as post-positivist, highlights main results of the research that the law remains a technique of social control, however its social function expands as prevention and not just as repression, seeking to achieve its ends by less harmful means. The present article is the result of bibliographic research and inductive method of application.

Keywords:

Legal post-positivism. Principles. Rules. Argumentation. Positive sanction.

Recebido em: 15/8/2016

Aceito em: 14/11/2017

Sumário:

1 Introdução. 2 Do Pós-Positivismo Jurídico. 2.1 Reconciliação com os Valores Morais. 2.2 Teoria dos Princípios. 2.3 Da Teoria da Argumentação Jurídica. 3 Novas Ideias – Função Premial do Direito. 4 Considerações Finais. 5 Referências.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objeto o estudo da função do Direito à luz de teorias de alguns autores vinculados ao movimento de pós-positivismo jurídico, levando em conta os acontecimentos históricos e políticos que contextualizam tal movimento.

O tema é de importância basilar à teoria do Direito e à prática jurídica, constituindo a base filosófica que fundamenta uma série de modificações nas legislações e na jurisprudência nos últimos anos.

Nas últimas décadas tem-se constatado uma série de questionamentos quanto aos postulados do positivismo jurídico, teoria filosófica estrutural do Direito, hegemônica no mundo jurídico por dois séculos e dominante até os dias atuais.

Estes questionamentos, decorrentes do advento de duas grandes guerras mundiais, são consequências da consolidação de regimes totalitários que tinham lastro em sistemas jurídicos embasados no legalismo positivista. Somados à transformação da sociedade em uma matriz plural de relações que se modificam a todo o momento, resultaram especialmente em modificações na forma de se pensar o Direito, surgindo assim adequações quanto a alguns elementos da teoria positivista.

Assim, foi levantada a seguinte pergunta de pesquisa: Com as propostas de adequação de alguns elementos do positivismo jurídico à realidade social e política após a Segunda Guerra Mundial, evidenciando o surgimento de teorias denominadas de pós-positivistas, observa-se alteração na função do Direito?

Levanta-se como hipótese a afirmativa de que atualmente o Direito tem como função a garantia da realização de ideias de justiça e liberdade, bem como da efetivação de direitos, o que não representa necessariamente uma ruptura com a corrente positivista.

2 DO PÓS-POSITIVISMO JURÍDICO

Pode-se afirmar que o positivismo jurídico¹ consiste em uma escola doutrinária que aplica os fundamentos do positivismo filosófico no mundo do Direito, com o intuito de criar uma ciência jurídica, com os mesmos fundamentos das Ciências Exatas ou Naturais, fundada assim em juízos de fato e não de valor (BARROSO, 2015).

Isso tudo para se chegar a uma objetividade científica, com base na realidade observável e não na especulação filosófica, dissociando-se por completo o Direito da moral e dos valores. Assim o Direito passa a ser compreendido integralmente na norma, ato emanado do Estado com caráter imperativo e força coativa (BARROSO, 2015).

Essa escola doutrinária foi hegemônica durante o século 19 e início do século 20, no entanto após a Segunda Guerra Mundial houve a necessidade de revisão de alguns seus postulados.

Desse modo, o pós-positivismo jurídico consiste em um movimento que surgiu em decorrência de uma série de eventos históricos e transformações ocorridos no seio social, que acabaram por modificar alguns dos postulados estabelecidos pelo positivismo.²

¹ Norberto Bobbio elenca sete características ou elementos para definir o positivismo jurídico: o modo de abordar o Direito como um fato e não como um valor, atendo-se, desse modo, na norma e na sua validade e não no seu valor; o Direito definido em razão de sua coação, de onde surge a teoria da coatividade das normas, em que as normas se fazem valer por meio da força; a ideia de que a fonte preeminente do Direito é a lei; teoria da norma jurídica, fundada na ideia imperativista de que a norma é um comando; na teoria do ordenamento jurídico, em que o Direito é compreendido como uma estrutura interligada e hierárquica de normas que juntas devem formar um ordenamento completo e coerente; o elemento da ciência jurídica, como uma ciência autônoma que deve realizar apenas juízos de fatos e não de valor, com uma interpretação mecanicista descritiva do Direito e, por fim, a teoria da obediência, que diz mais respeito ao positivismo ético do que ao positivismo jurídico (BOBBIO, 2006).

² BARCELLOS et al., 2003.

Foi resultado de uma série de doutrinas surgidas imediatamente após a segunda grande guerra que questionavam a rigidez sistemática e outros postulados positivistas, sendo as mais influentes a Jurisprudência dos Valores³ e a Teoria Crítica do Direito.⁴

Essencialmente, os autores⁵ pós-positivistas fizeram críticas à forma avaliativa ou formalista de conceber o Direito pelos positivistas e sua fixação pela ausência de subjetividade, o que teria tornado o Direito um mero instrumento do exercício do poder das mais variadas correntes políticas, algumas baseadas em preceitos autoritários, com desprezo ao indivíduo.

Defendiam, ainda, que o positivismo acabou tornando o Direito obsoleto em uma sociedade altamente volátil, em que novos problemas se multiplicam a uma velocidade sem precedentes e que com a mesma rapidez com que passavam a existir demandavam soluções efetivas.

Argumentavam que a lei representa muitas vezes a vontade de um grupo em especial e não de toda a sociedade, de forma que passa muitas vezes a ser um instrumento de instabilidade e não de segurança, como idealizado. Entendiam, portanto, que os ordenamentos jurídicos atuais deviam ser resultado de uma pluralidade de fontes, como forma de dar legitimidade a grupos menores, que sempre ficam em segundo plano em matérias legais (ZAGREBELSKY, 2011).

³ Fizeram, sobretudo, uma revisão da sistemática do positivismo jurídico e na busca pelos valores fundamentais do ordenamento, passaram a argumentar por uma nova forma de interpretação e aplicação do Direito, aproximaram-se da teoria do positivismo sociológico e também tiveram uma forte influência americana, o que levou à aceitação de um Direito mais judiciário. Buscavam determinar os valores sobre os quais se fundava o Direito, não na busca por um valor absoluto, mas com o objetivo de encontrar numerosos valores que consistiam no fundamento do Direito. Não eram antissistemáticos, mas propunham uma profunda revisão da noção de sistema, aproximando-se de um ideal de justiça (LOSANO, 2010).

⁴ Ligada a concepções marxistas, questionaram o positivismo pelos postulados da: cientificidade, objetividade, neutralidade, estatalidade e completude (BARROSO, 2015).

⁵ Pode-se citar como principais autores dessa corrente doutrinária, que trataram de estudar em diferentes campos uma nova concepção dos preceitos positivistas: no campo internacional, Manuel Atienza, Robert Alexy, Ronald Dworkin, Gustavo Zagrebelsky, e no Direito nacional, Ana Paula Barcellos, André Rufino Vale, Humberto Ávila, Luís Roberto Barroso e Paulo Bonavides.

Dentro dessa conjuntura, podemos afirmar que o pós-positivismo é, nas palavras de Barroso⁶ “[...] a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica e a teoria dos direitos fundamentais.”

Da afirmativa anterior vale destacar que se trata de um ideário difuso pelo fato de os “autores que se classificam como pós-positivistas” criticarem o sistema positivista nos mais variados aspectos, surgindo estudos especialmente em três campos: na questão da reinserção dos valores e da ética no mundo jurídico; na elaboração de uma teoria que concedia normatividade aos princípios e outros dedicando-se ao estudo de uma nova hermenêutica e uma nova forma de aplicação do Direito.⁷

O Direito, nessa nova acepção, é um instrumento da melhor resolução que o conflito pode ter e não mais um instrumento da lei, uma vez que em alguns casos aceita a justiça em detrimento da segurança jurídica trazida pela lei (ZAGREBELSKY, 2011).

Surge a consciência de que, em uma sociedade extremamente plural e em constante transformação, o Direito não pode mais estar integralmente contido na lei, bem como a consciência de que já não cabem no mundo leis despóticas baseadas no desrespeito ao homem e a sua individualidade (BOBBIO, 2007).

Dessa forma, parte-se para o estudo individualizado das três principais áreas de desenvolvimento da corrente doutrinária pós-positivista.

⁶ BARCELLOS et al., 2003.

⁷ Muitos destes autores, como Ronald Dworkin, denominaram-se como antipositivistas; outros, como Manuel Atienza, chegaram a defender que esta nova corrente doutrinária na verdade tratava-se de uma variação do jusnaturalismo (BICALHO, 2011).

2.1 Reconciliação com os Valores Morais

O positivismo jurídico funda-se na identificação rígida do Direito vigente com a lei, desprezando em absoluto qualquer ligação ou aceção a valores morais e à ética na aplicação do Direito, isso na busca da elaboração de uma ciência jurídica.⁸

Ocorre que, na verdade, nunca se logrou êxito total na aplicação dos métodos das Ciências Exatas para a área das Ciências Humanas, pois não é possível ter uma postura completamente descritiva perante o Direito, de forma que o ideal positivista da neutralidade é impossível de se realizar por completo (BARROSO, 2015).

Para Barroso (2015, p. 276), dentro dessa tentativa rígida de separação com a moral, buscando-se alcançar a tão demandada neutralidade, o que se conseguiu foi que o Direito passasse a ser “[...] embalagem para qualquer produto [...],” pois na aplicação do Direito o juiz, na tentativa de ser neutro e imparcial, passa a ser acrítico, de forma que o Direito torna-se um mero instrumento político, que legitima qualquer poder que dele se apropria.

Dessa maneira, viu-se o surgimento de vários regimes autoritários legitimados pelas leis, de forma que já não serviam para a proteção e segurança das relações dos cidadãos. Ao invés disso, acabaram legitimando seu massacre. Assim, os doutrinadores buscaram a retomada dos valores morais ao mundo jurídico.⁹

O pós-positivismo jurídico, então, surgiu como uma terceira via, pois reuniria os preceitos da segurança jurídica, trazida pelo positivismo jurídico, respeitando assim as demandas por clareza e certeza do Direito, juntamente com a retomada de ideais inerentes às teorias *jusnaturalistas* como a ética, a política, a filosofia e a justiça. Isso, como comenta Luís Roberto Barroso (2015, p. 282.), “[...]”

⁸ Entendam que qualquer referência a valores era inadmissível no mundo jurídico, que o Direito deveria se fixar sempre no campo do dever-ser e não no campo do ser, permanecendo a ciência jurídica na mesma linha das Ciências Naturais ou Exatas, ou seja, realizando um estudo descritivo do Direito sem pretensões de influir em seu conteúdo (BOBBIO, 2006).

⁹ Havendo até mesmo, em um primeiro momento, quem requeresse a volta do antigo *jusnaturalismo*, o que obviamente era insustentável em razão do nível de complexidade a que haviam chegado as relações sociais já naquela época (BARROSO, 2015).

não para negar a especificidade dos objetos de cada um desses domínios, mas para reconhecer a impossibilidade de tratá-los como espaços totalmente segmentados, que não se influenciam.”

Nessa mesma linha, comenta Zagrebelsky (2011), no Direito atual teve de ocorrer a superação do postulado positivista de que os preceitos da lei seriam equivalentes aos ideais de justiça.

Há de se considerar que a sociedade do século 19 era uma sociedade bem mais homogênea que a atual; a lei representava o valor da classe dominante, ao passo que os demais grupos sociais eram completamente excluídos do processo legislativo. Por essa razão, a lei representava um único valor, de forma que o ordenamento jurídico na época apresentava-se coerente, pois defendia apenas um valor (ZAGREBELSKY, 2011).

Ocorre que a sociedade passou por um processo complexo, a partir do qual surgiu uma pluralidade de grupos e interesses que agora buscavam – e muitas vezes logravam êxito – em garantir representatividade, quebrando assim com a coerência e completude dos ordenamentos que agora apresentavam em seus conteúdos os mais variados e conflitantes valores (ZAGREBELSKY, 2011).

Os ordenamentos agora precisam dar unidade a essa pluralidade de valores oriundos dos mais diversos grupos sociais, caindo por terra a ideia da lei igualada à justiça. É preciso assim repensar o ordenamento dentro de valores conflitantes, que necessitavam permear-se no mundo do Direito (ZAGREBELSKY, 2011).

Ocorreu, desse modo, a necessidade da aproximação do Direito ao mundo das Ciências Sociais, partindo-se da aplicação do Direito nas relações e valores sociais que passam a estar contidos no mundo jurídico (BOBBIO, 2007).

Nota-se que todas as reformulações práticas propostas pelo pós-positivismo jurídico foram na busca da aproximação da doutrina positivista com a ideia de justiça e moral na elaboração e aplicação do Direito, sem perder de vista a necessidade do mundo contemporâneo pela segurança das relações jurídicas.

Surge assim uma necessidade de incorporação dos valores morais aos ordenamentos na busca de justiça, especialmente no que se refere à consolidação de respeito ao ser humano e sua dignidade.

Como forma de se alcançar essa flexibilização do Direito, elabora-se uma corrente doutrinária que defende a normatização do que se chama então de princípios jurídicos, uma espécie normativa com características especiais capazes de dar maleabilidade ao sistema diante da rigidez das demais normas jurídicas.

Assim, Zagrebelsky (2011, p. 116) comenta que a normatização dos princípios é um meio pelo qual “[...] *los principios morales del derecho natural se han incorporando al derecho positivo.*”

A normatividade dos princípios é um dos aspectos mais fortes de algumas doutrinas denominadas pós-positivistas, como veremos a seguir.

2.2 Teoria dos Princípios

As teorias sobre os princípios¹⁰ são em geral elaboradas com a pretensão de correção do sistema jurídico, no sentido de que trariam, por meio dos princípios, valores morais objetivos que ocasionariam uma abertura do sistema normativo. Os princípios seriam, portanto, o meio de se alcançar a justiça quando a lei não se mostrasse capaz de fazê-la (ALEXY, 2009).

Nesse sentido, os princípios geralmente são utilizados no que Dworkin denomina de “casos difíceis”, que seriam os casos jurídicos em que a lei não apresenta uma resposta satisfatória ou justa à resolução do conflito, cabendo ao juiz transcender os limites da mera subsunção legal (DWORKIN, 2011, p. 74).

Por este motivo Zagrebelsky (2011, p. 117) afirma que os princípios podem ser definidos como uma “válvula de segurança” do ordenamento jurídico, mantendo a aplicação das regras condizentes com os preceitos de justiça e ética.

Dentro dessa pretensão de blindar o sistema de possíveis situações de injustiças causadas em nome da aplicação de uma norma inadequada, concede-se normatividade aos princípios, passando-se então a considerar que a norma é um

¹⁰ O debate sobre a valoração normativa dos princípios ganha corpo desde as obras de Walter Wilburg, na década de 40 do século 20, e Josef Esser, na década de 50, no entanto foi com Ronald Dworkin, já na década de 60, que a denominada teoria dos princípios é de fato elaborada e ganha peso no âmbito internacional (ALEXY, 2003).

gênero do qual se pode extrair duas espécies normativas: as regras e os princípios,¹¹ que se diferem quanto a sua qualidade, forma de aplicação e função (ZAGREBELSKY, 2011).

Inicia-se assim pela sua diferenciação qualitativa. Para Alexy (2009, p. 85), os princípios são mandamentos de otimização, cujo objetivo é a busca pelo aperfeiçoamento do sistema, traçando estados ideais a serem atingidos pelo Direito. “São normas que ordenam que algo seja realizado em máxima medida relativamente às possibilidades reais e jurídicas,” de forma que “podem ser realizadas em diversos graus e que a medida exigida de sua realização depende não somente das possibilidades reais, mas também das possibilidades jurídicas.”

Já as regras, segundo o mesmo autor (ALEXY, 2009, p. 85), seriam mandamentos definitivos, pois “[...] prescrevem uma consequência jurídica definitiva, ou seja, em caso de satisfação de determinados pressupostos, ordenam, proíbem ou permitem algo de forma definitiva, ou ainda autorizam a fazer algo de forma definitiva”.

Diferentemente, Humberto Ávila (2011, p. 78) entende os princípios como normas de fins, porque trazem um fim a ser atingido sem a especificação do meio a ser utilizado na sua realização. Assim, “[...] eles representam uma função diretiva (*richtungsgeben Funktion*) para a determinação da conduta,” exercem desse modo um posto de complementaridade e de parcialidade do qual se “demanda de uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção”.

Enquanto que as regras, para Humberto Ávila (2011, p. 78), consistem em normas descritivas, pois descrevem com exatidão os comportamentos desejados. Dessa forma, “são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência”.

¹¹ Deve-se levar em conta que não há hierarquia entre princípios e regras, a distinção entre estes tipos normativos se dá quanto às peculiaridades de cada um, é a junção dessas duas espécies que possibilita o equilíbrio do sistema normativo.

Importante ter em mente que os princípios não são normas provisórias utilizadas livremente pelos juízes como valores orientadores; eles se relacionam, sim, aos valores, mas não se confundem com eles, pois enquanto os valores encontram-se em um plano axiológico ou teológico, os princípios encontram-se no plano deontológico, estabelecendo obrigações de condutas ou de fins que não devem ser aplicadas ao livre gosto (ÁVILA, 2011).

Barroso conclui que os princípios e as regras diferenciam-se qualitativamente do seguinte modo: quanto ao conteúdo, as regras constituem-se em relatos objetivos e descritivos a serem realizados, enquanto que os princípios apresentam-se como valores ou fins a serem alcançados; e, quanto à estrutura normativa, as regras descrevem um fato objetivo e condicionam este fato a um efeito, enquanto os princípios apresentam estados ideais que podem ser realizados por meio das mais variadas condutas (BARROSO, 2015).

Observa-se assim que os princípios apresentam, a sua maneira, um maior grau de abstração do que as regras, incidindo sobre uma pluralidade de situações, exigindo assim do aplicador uma nova forma de interpretação (ÁVILA, 2011).

As diferentes concepções qualitativas quanto aos princípios e as regras refletem-se também nos modos de aplicação das duas espécies normativas. Dworkin (2011, p. 39) diferencia os princípios das regras pelo modo como se aplicam ao caso prático, ou seja, pela natureza da orientação que cada espécie normativa oferece e circunstâncias específicas em que são aplicados. Assim, temos que “As regras são aplicadas à maneira do tudo-ou-nada, dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão.”

Dessa afirmação podemos extrair que o critério de aplicação de uma regra é sempre sua validade. Assim sendo, quando se trata de uma regra a avaliação do julgador consiste em observar se não há no ordenamento outra regra, mais recente

ou específica, que lhe retire a validade, de forma que, quando existe um conflito entre o conteúdo de duas regras, uma delas não possui validade e necessita ser retirada do ordenamento jurídico.¹²

Por sua vez os princípios, para Dworkin (2011), possuem uma dimensão de peso e importância, pois caracteristicamente estes princípios se inter cruzam, cabendo ao intérprete determinar a força de sua aplicação ao caso concreto. Esse conflito de princípio, bem como a determinação de sua importância pelo intérprete, são partes integrantes do conceito de princípio.

Na teoria de Alexy (2009) concebe-se os princípios como normas extremamente abertas, que deixam um grande espaço para interpretação. Nesse sentido, o julgador necessita levar em conta toda uma realidade fática, considerando o meio social e a consequência prática da sua aplicação.

Em caso de conflito entre os princípios, deve-se aplicar a ponderação, atribuindo peso ou importância aos princípios conflitantes e determinando qual irá prevalecer e em que medida. A ponderação exige do intérprete uma avaliação por completo dos valores elencados pelos princípios conflitantes, dos fatos e consequências jurídicas da aplicabilidade de cada princípio conflitante, isso tudo à luz da proporcionalidade e razoabilidade, tão importantes na interpretação por meio da ponderação (ALEXY, 2009).

Os princípios pela sua natureza e função são oscilantes, não podem ser normas dotadas de validade definitiva, nem podem vincular sua aplicação a todos os casos. Por esse motivo quando têm sua aplicação afastada não são excluídos do ordenamento, como acontece com as regras incompatíveis. Possuem, assim, uma validade especial, provisória, que deve ser revista caso a caso (ALEXY, 2009).

Humberto Ávila (2011, p. 122) afirma que os princípios “[...] possuem força *prima face*, no sentido de irradiarem uma força provisória, dissipável em razão de princípios contrários”, sem serem excluídos do sistema.

¹² Essas regras só não são aplicadas a um caso concreto sem perder sua validade definitiva perante o sistema quando dentro de seu texto, ou mesmo por meio de outra regra, se traga elencada objetivamente uma exclusão de sua aplicabilidade (DWORKIN, 2011).

Zagrebelsky (2011, p. 110) vê os princípios como critérios para a tomada de posição, sempre solicitados ante um caso prático, em que podem ser aplicados em um grau distinto ou serem afastados por completo, no entanto sem serem excluídos do restante do universo jurídico. Temos, portanto, que essas normas existem para serem extremamente abertas, porque seu grande fundamento é flexibilizar um sistema rígido (ZAGREBELSKY, 2011, p. 133).

O terceiro critério de diferenciação dos princípios e das regras diz respeito a sua função no ordenamento jurídico.

Observa-se que nas teorias aqui apontadas e entendidas como pós-positivistas, os princípios alcançaram o *status* de norma jurídica,¹³ superando a crença positivista de que pertenciam a um campo puramente axiológico ou ético.¹⁴

Os princípios ganharam normatividade e obtiveram aplicabilidade prática. Sua função principal consistia em dar flexibilidade ao sistema, na busca de uma solução justa e proporcional para as situações em que a regra não fosse capaz, tornando-se um instrumento de aperfeiçoamento do sistema, de forma que não sejam cometidas injustiças pela aplicação de uma norma inapropriada (ALEXY, 2009, p. 43).

Além disso, há que se considerar que a sociedade atual se constitui em uma sociedade tão plural e volátil, criando novas relações e situações jurídicas ainda não regulamentadas pela lei, que os princípios hoje exercem função especial de complementaridade do sistema, fornecendo elementos morais que delimitam o fim ou motivo do ordenamento, servindo como base à resolução destas situações não regulamentadas, tendo assim uma importante função diretiva (ÁVILA, 2011).

¹³ Vale destacar que o positivismo jurídico clássico, na sua busca incessante pela segurança das relações, não via com bons olhos os princípios, pois os compreendia como fórmulas vagas, um vazio jurídico, que com sua insegurança poderiam contaminar as demais normas. Inclusive Hans Kelsen, em sua obra *Jurisdição Constitucional*, critica diretamente os princípios, entendendo-os como normas extremamente abstratas que trariam uma grande liberdade ao julgador, o que não seria desejável ao Direito, devendo assim ser traduzidos em normas de Direito positivo, com sua objetividade e força coercitiva. (KELSEN, 2003). Por esse motivo por muito tempo seu papel ficou relegado a meras declarações políticas, sem nenhuma incidência prática (ZAGREBELSKY, 2011).

¹⁴ BARCELLOS et al., 2003.

Na teoria de Humberto Ávila (2011) os princípios têm diversas funções no interior do ordenamento, em que apresentam: função integrativa, pela qual justificam elementos e situações não previstas no sistema; função definidora, quando delimitam com maior especificação o comando mais amplo estabelecido por princípios axiologicamente superiores; função interpretativa e explicativa, quando determinam a forma como todos os demais textos normativos devem ser lidos ao seu comando; função bloqueadora, quando afastam elementos contrários aos ideais do ordenamento e, por fim, função rearticuladora, integrando vários elementos na busca de um estado ideal.

Sob o ponto de vista de Ávila (2011), os princípios também atuam em relação aos fatos e provas, especialmente na sua interpretação, exercendo assim: função seletiva, em que os fatos são construídos mediante uma seleção principiológica de pertinência; função argumentativa, quando sob uma perspectiva principiológica faz uma construção argumentativa dos fatos; função de defesa ou resistência, proibindo assim intervenções indevidas do Estado perante o cidadão, que se relaciona com uma função protetora diante dos direitos subjetivos de liberdade e os direitos que exigem promoções do poder público.

Por conseguinte, diante das diferentes teorias apresentadas, observa-se que sob a ótica pós-positivista os princípios têm papel constitutivo no ordenamento, pois juntamente com as regras o formam e lhe dão completude, oferecendo por sua natureza uma flexibilização na busca da justiça (ZAGREBELSKY, 2011).

A ampliação da importância e das funções dos princípios no ordenamento resultou na necessidade de uma interpretação mais complexa por parte do julgador que aquela elaborada pelos positivistas clássicos. A mera subsunção, entre fato e norma, já não bastava para se alcançar uma solução, fazendo-se necessária a elaboração de uma teoria da argumentação jurídica, nesse mesmo contexto de busca pela justiça ao caso concreto.

2.3 Da Teoria da Argumentação Jurídica

Até meados dos anos 50,¹⁵ a argumentação jurídica estava toda contida na ideia de dedução lógica, quando então houve uma tomada de consciência de que a simples dedução já não se mostrava suficiente, levando assim ao desenvolvimento da denominada ¹⁶Teoria da Argumentação Jurídica.¹⁷

A teoria jurídica passa a defender que o Direito não está mais contido em sua totalidade dentro da lei, mas exige que o julgador considere caso a caso uma série complexa de fatos e de legislações extremamente abertas que precisam ser completadas com uma interpretação apurada de todo o contexto em que se insere o litígio (ZAGREBELSKY, 2011).

O juiz agora tem uma função criadora do Direito, com liberdade para se valer de critérios equitativos e éticos, passando a ser uma figura ativa na elaboração do Direito (ZAGREBELSKY, 2011, p. 133).

Com o advento dos princípios nos ordenamentos normativos surge a figura da ponderação,¹⁸ pela qual tenta-se resolver conflitos normativos da maneira menos traumática ao ordenamento, de forma a organizar o raciocínio diante de eventuais rupturas no sistema jurídico, isolando e aplicando a norma em medidas distintas, da forma que entende mais ajustada ao caso.¹⁹

¹⁵ Vale lembrar que até meados do século 20 vigorou no mundo jurídico o denominado positivismo clássico, que por sua essência relegou ao julgador o papel de simples aplicador mecânico de legislações.

¹⁶ Elucida-se, desde já, que não irá se estudar profundamente a teoria da argumentação jurídica com a análise apurada de seus regramentos. Aqui apenas se busca demonstrar o objetivo do desenvolvimento desta corrente doutrinária, o contexto em que se desenvolveu e suas consequências práticas no mundo jurídico.

¹⁷ Os principais autores que desenvolveram obras nesta área foram Theodor Viehweg, Chaim Perelman, Stephen Toumin, Neil MacCormick, Robert Alexy e Manuel Atienza. Enquanto os três primeiros falavam de argumentação de forma mais geral, sendo assim considerados precursores dessa teoria, os três últimos desenvolveram estudos precisamente sobre a teoria da argumentação jurídica (ATIENZA, 2002).

¹⁸ Que consiste em uma técnica adequada para a resolução de casos difíceis, nos quais o raciocínio silogístico da subsunção é insuficiente.

¹⁹ BARCELLOS et al., 2003.

Com a constatação de que a interpretação já não cabia mais dentro de uma dedução de fatos e normas a Teoria da Argumentação Jurídica é criada com o objetivo de questionar e demonstrar a possibilidade e validade de uma fundamentação racional do discurso jurídico, estipulando-se formalidades por meio de um regramento²⁰ da argumentação (TOLEDO, 2005).

Essa teoria defende a necessidade do poder público de justificar adequadamente suas decisões,²¹ que devem ser proferidas de forma racional (ATIENZA, 2002).

Como comenta Atienza (2002, p. 319), o que interessa não é somente como os juristas “[...] fundamentam as suas decisões (isto é, qual é o tipo de argumentação que eles consideram servir de justificação para uma decisão), mas também a de como eles chegaram de fato a essa decisão (isto é, qual é o processo mental – o processo argumentativo – que os leva a ela).”

Visa, sobretudo, à correção do Direito, tanto na teoria como na prática, sem perder de vista a racionalidade do discurso jurídico, criando um regramento a ser seguido como meio de alcançar essa racionalidade, acreditando que os argumentos são capazes de levar os locutores a um consenso universal (TOLEDO, 2005).

Em regra, aplicam a teoria padrão da argumentação no discurso jurídico, acreditando que podem justificar racionalmente as argumentações de uma decisão no contexto de validade da ordem jurídica (ATIENZA, 2002, p. 235).

Esclarecem que a demanda por racionalidade não significa que todas as regras devam ser simultaneamente aplicadas e justificadas, mas apenas que qualquer argumento pode ser submetido a um processo de justificação (ALEXY, 2001).

²⁰ Esse regramento varia de autor para autor, mas no geral consiste em regras simples como “nenhum orador pode se contradizer”, “o orador só pode defender aquilo em que de fato acredita,” etc., no entanto não vem ao caso, no momento, adentrar nestas diferenças, nem nos regramentos.

²¹ Desprezam a subsunção, na ideia de que justificar uma decisão é mais que operar uma subsunção entre fato e norma (ALEXY, 2001).

Mesmo com essa série de regramentos Alexy (2001, p. 197) adverte que essas regras costumam levar mais facilmente a acordos em assuntos práticos, “[...] mas não garantem que a concordância seja alcançada em todo assunto nem que o acordo obtido seja final e irreversível”, pois essas regras muitas vezes não podem ser totalmente cumpridas, nem seus passos são fixos.

3 NOVAS IDEIAS – FUNÇÃO PREMIAL DO DIREITO

Vale lembrar que na concepção do positivismo normativo o ordenamento é definido como coativo,²² caracterizado dentro de uma sanção (predominantemente negativa).

Ocorre que, como bem explicado por Bobbio (2007, p. 25-26), existem dois tipos de sanções: as negativas, que se caracterizam “[...] em medidas retributivas, ou penas propriamente ditas, e em medidas reparadoras, como ressarcimento do dano”, ou seja, buscam seu objetivo punindo comportamentos contrários, e as sanções positivas, que se manifestam “[...] como prêmios, que têm função exclusivamente retributivas: são uma ação favorável a um comportamento vantajoso para a sociedade,” buscam determinadas ações por meio de prêmios ou indenizações, ou seja, de recompensa ao comportamento desejado.

Obviamente, quando os positivistas clássicos se referiam a uma sanção característica da ordem jurídica, faziam menção a uma sanção negativa, ou seja, a uma punição, e fato que é que até há pouco tempo os ordenamentos realmente se constituíam em sua imensa maioria em sanções negativas.²³

²² A coatividade, assim, caracterizada por uma sanção, é elemento essencial do ordenamento, na ideia de que o Direito emite comandos que devem ser cumpridos, sob pena de punição de conduta contrária, ou seja, desencorajam os sujeitos por meio de uma punição ou sanção (BOBBIO, 2006).

²³ Kelsen, o mais importante defensor do positivismo jurídico, até admite a existência de sanções positivas no ordenamento, no entanto não lhes dá a importância devida, pois por uma questão prática de controle, entende que o ordenamento caracteristicamente é feito por sanções negativas. O Direito, para ele, é fundado na ideia de coação (BOBBIO, 2007).

Ocorre que o Estado ampliou as suas antigas funções e agora, além do controle social, deveria também promover uma série de deveres de ações positivas (BOBBIO, 2007). Desse modo, o Direito concebido como coação já não se mostrava suficiente, o Estado agora não devia só abster-se de ferir os direitos individuais e garantir que ninguém mais os ferisse, mas também teria de promover uma infinidade de outros direitos, que não podiam ser efetivados pela coação, os direitos sociais, por exemplo.

Assim, no entendimento de Bobbio (2007, p. 45), verificou-se nas últimas décadas uma transformação na função do Direito, que consiste em uma tendência “[...] relativa à passagem da função tradicionalmente repressiva do direito para a função promocional”; agora os objetivos traçados pelo Estado não são atingidos somente por meio da repressão, desencorajando os comportamentos indesejáveis, mas também pelo estímulo aos comportamentos desejados, por meio de prêmios ou recompensas.

Basta um olhar para as novas legislações para se constatar o uso mais frequente das denominadas leis de incentivo, evidenciando que cada vez mais aplicam-se sanções positivas como um instrumento de controle social.

Para tanto há que se ter uma aproximação cada vez maior das Ciências Sociais, tendo em vista que inevitavelmente precisa-se conhecer as demandas sociais e os melhores meios para alcançá-las. Afasta-se a ideia de Direito como ciência autônoma, incomunicável com as demais, busca-se agora efetividade das normas exatamente no campo da realidade (BOBBIO, 2007).

Percebe-se uma grande mudança de paradigma na concepção do Direito, pois o positivismo jurídico o compreendia no contexto de uma teoria formalista, em que o Direito é uma estrutura. A nova concepção do Direito preocupa-se com sua função, eficácia e consequência no campo das relações sociais (BOBBIO, 2007, p. 53).

Passa-se assim de uma concepção de função estrutural para a ideia de um Direito funcional. A concepção funcional não representa um rompimento com a estrutura jurídica montada pelo positivismo normativo, mas apenas uma mudança de abordagem que privilegia seu aspecto funcional (BOBBIO, 2007).

Na obra de Kelsen, *Teoria Pura do Direito*, o Direito é uma forma de controle social repressiva, que tem como fim a relativa paz ou segurança coletiva e jurídica, ou seja, uma função coativa, e é justamente essa ideia que a teoria funcionalista questiona: o Direito não é mais concebido como meio para os fins mais variados, nem mais como ordem predominantemente coativa (BOBBIO, 2007).

Qual é, afinal, o fim do Direito dentro dessa concepção funcional?

Por óbvio que se torna difícil estabelecer atualmente um fim específico do Direito, até porque a esta especificidade de fim certamente se sacrificaria outras funções importantes do Direito (BOBBIO, 2007).

Vê-se então que o Direito continua sendo uma técnica de controle social, no entanto sua função social passa por uma tendência de prevenção ao invés da repressão, buscando-se assim atingir determinados fins pelos meios menos danosos.

Há também uma aproximação da eficácia, na ideia da importância da realidade na aplicação das normas jurídicas; uma função distributiva de poder, de recursos e de direitos; uma função de condicionar comportamentos, tornando possível a convivência entre indivíduos, e entre indivíduos e Estado na ideia de cooperação, isso tudo sem perder de vista o ideal da justiça (BOBBIO, 2007).

Nesse contexto, constata-se que atualmente o Direito tem mostrado uma tendência em produzir cada vez mais normas de caráter premial. Isso deve-se especialmente a uma mudança de abordagem da função do Direito, passando-se assim de uma aceção formalista estrutural do Direito para uma ideia de Direito funcional, que deve se ater a atingir seu fim do modo menos gravoso, sem se esquecer das mais diferentes realidades e aspectos sociais.

Diante do apresentado, é possível constatar a reelaboração do positivismo jurídico, a readequação de alguns de seus elementos a novos contextos sociais e políticos e não uma ruptura absoluta com seus postulados.

Como afirma André Luiz Souza Coelho (2011), “É assim que, considerada desse ponto de vista, a ‘crise do positivismo jurídico’ não é sinal de seu fracasso, mas sim de sua vitória, isto é, do esgotamento de suas energias intelectuais diante

do novo cenário social que ele mesmo criou”, na medida em que o positivismo foi capaz de se adaptar a novas exigências, especialmente no que se refere à abertura do mundo jurídico à moral.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste trabalho buscou-se apresentar algumas semelhanças e contrastes entre o positivismo jurídico de Kelsen e algumas doutrinas pós-positivistas. Assim, analisou-se o pós-positivismo jurídico por meio de suas três principais áreas de elaboração: na tese de aproximação do Direito com a moral, na teoria da normatividade dos princípios e no desenvolvimento de uma hermenêutica jurídica por intermédio da Teoria da Argumentação Jurídica.

Diante da descrição dessas três áreas de desenvolvimento pode-se concluir que as teorias indicadas como pós-positivistas questionaram e propuseram adequações a alguns dogmas do positivismo jurídico: a separação total do Direito com valores morais; a lei como fonte única ou preeminente do Direito e, por fim, a desvinculação da ideia do julgador passivo (ciência descritiva), passando à ideia de um aplicador ativo do Direito que deve avaliar uma série de fatores legais e reais na sua sentença, o que também resulta no questionamento da ideia de que o Direito compreende-se por completo dentro do campo do dever-ser, que não pode nunca entrar em contato com o campo do ser.

O principal questionamento, contudo, foi quanto à ideia da função coativa do ordenamento, quando a função do Direito passa de um papel passivo de controle social e de garantidor de relativa paz ou segurança, como concebido pelo positivismo normativo, para um papel ativo na busca da solução jurídica mais justa a cada caso e de criador de soluções adequadas às lacunas jurídicas, de inibidor de leis contrárias aos ideais de justiça, bem como de garantidor de direitos a grupos excluídos ou esquecidos no processo de elaboração legal, sem um fim específico, mas sempre na busca pela relativa equidade.

Nesse contexto, as teorias pós-positivistas surgem como proposta para garantir que o sistema cumpra sua função de dar segurança às relações, mas não em detrimento da justiça. Com seu equilíbrio entre princípios e regras, busca-se segurança sem cometer injustiças em nome da lei, utilizando essas duas espécies normativas na busca da estabilização do ordenamento.

5 REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Conceito e validade do Direito*. 2. ed. São Paulo: Ed. WMF Martins Fontes, 2009.

_____. *Teoria da argumentação jurídica*. 1. ed. São Paulo: Landy Livraria Editora, 2001.

_____. *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoria de los principios*. 1. ed. Bogotá: Editora Universidad Externado de Colombia, 2003.

ATIENZA, Manuel. *As razões do Direito – teorias da argumentação jurídica*. 2. ed. São Paulo: Landy Livraria Editora, 2002.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

BARCELLOS, Ana Paula et al. *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 1. ed. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BICALHO, Guilherme Pereira Dolabella; FERNANDES, Ricardo Vieira Carvalho. Do positivismo ao pós-positivismo: o atual paradigma jusfilosófico constitucional. In: *Revista Informação Legislativa*, Brasília, a. 48, p. 105-131, jan./mar. 2011. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242864/000910796.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 27 fev. 2016.

BOBBIO, Noberto. *Da estrutura à função: novos estudos da teoria do Direito*. 1. ed. Barueri, SP: Ed. Manole, 2007.

_____. *O positivismo jurídico: lições sobre Filosofia do Direito*. 1. ed. São Paulo: Ícone Editora, 2006.

_____. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 10. ed. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1997.

COELHO, André Luiz Souza. *Positivismo jurídico e crise, ou porque a chamada crise do positivismo é resultado da sua vitória, e não do seu fracasso*. Blog: Filósofo Grego. 22.3.2011. Disponível em: <<http://aquitemfilosofiasim.blogspot.com.br/2011/03/positivismo-juridico-e-crise-ou-porque.html>>. Acesso em: 1º abr. 2016.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3. ed. São Paulo: Ed. WMF Martins Fontes, 2011.

KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. 1. ed. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2003.

LOSANO, Mário G. *Sistema e estrutura do Direito, volume 2: o Século XX*. 1. ed. São Paulo: Ed. WMF Martins Fontes, 2010.

TOLEDO, Cláudia. Teoria da argumentação jurídica. In: *Revista Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 2. p. 47-65, 2005. Disponível em: <http://www.domhelder.edu.br/veredas_direito/pdf/4_28.pdf>. Acesso em: 4 mar. 2016.

ZAGREBELZKY, Gustav. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. 1. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2011.