XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

TEORIAS DO DIREITO

GILMAR ANTONIO BEDIN

JOÃO PAULO ALLAIN TEIXEIRA

Copyright © 2015 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP
Secretário Executivo -Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR
Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches - UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)
Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias
Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC
Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU
Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC
Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC
Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM
Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA
Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladmir Oliveira da Silveira – UNINOVE

T314

Teorias do direito [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS;
Coordenadores: Gilmar Antonio Bedin, João Paulo Allain Teixeira – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-072-5
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Teoria do direito. I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju, SE).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

TEORIAS DO DIREITO

Apresentação

APRESENTAÇÃO

A chamada Teoria do Direito alcançou, no decorrer do século 20, uma sofisticada elaboração teórica e um grau de maturidade diferenciado. Este processo teve, com a publicação da segunda edição da obra Teoria Pura do Direito, de Hans Kelsen, em 1960, um momento marcante de sua configuração e um instante singular de afirmação do projeto epistemológico maduro de um dos seus principais modelos teóricos: o chamado positivismo jurídico.

Neste sentido, a publicação da obra Teoria Pura do direito foi, como afirma Tércio Sampaio de Ferraz Júnior, um verdadeiro divisor de águas da teoria jurídica no século 20: há um antes e depois da obra da Teoria Pura do Direito. Esta relevância histórica da referida obra de Kelsen justifica-se pela consistência teórica dos argumentos apresentados e ao fato do livro em questão ser uma das primeiras grandes sistematizações científicas do conhecimento jurídico.

Além disso, é importante lembrar que a publicação da obra Teoria Pura do Direito foi o texto que, em certo sentido, fundou a chamada Escola de Viena e deu um estatuto científico à chamada Ciência do Direito. Neste sentido, a sua preocupação central sempre foi formular uma proposta de ciência jurídica em sentido estrito, isto é, uma ciência purificada de toda a ideologia política e de todos os elementos da ciência natural, uma teoria jurídica consciente da sua especificidade porque consciente da legalidade específica de seu objeto.

Mas, por que retomar esta trajetória nesta apresentação? Porque os principais textos que compõe a presente obra (que foram apresentados ao Grupo de Trabalho de Teoria do Direito do XXIV Encontro nacional de Conselho de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito CONPEDI, realizado de 03 a 06 de junho de 2015, na cidade de Aracaju, Sergipe, Brasil) dialogam, direta ou indiretamente, mesmo quando realizam fortes crítica, com a matriz teórica elaborada por Hans Kelsen. Neste sentido, pode se dizer que a sua contribuição ainda está muito viva e durante a apresentação dos trabalhos foi uma referência recorrente.

Desta forma, é possível dizer que a leitura dos mais de vinte textos que compõe o presente livro tem na obra de Hans Kelsen um ponto de apoio importante, ainda que não se restrinjam, em nenhuma hipótese, na análise de sua contribuição sobre um tema específico. Mas, é

evidente que a sua contribuição está de alguma forma presente, por exemplo, quando se discute os temas como:

a) itinerários do positivismo, a crise na lei na pós-modernidade ou pós-positivismo;

b) conceito de fato jurídico, de lacunas, de norma jurídica e de completude do ordenamento jurídico;

c) política como fator complicador do direito;

d) dogmática jurídica como disfarce do uso de argumentos práticos nas decisões judiciais;

e) raciocínio jurídico, moralidade e estrutura das decisões judiciais;

f) constitucionalismo, neoconstitucionalismo e transconstitucionalismo;

g) sujeito cognoscente, construtivismo, substancialismo e procedimentalismo.

Estes temas estão, de uma forma ou de outra, presentes nos textos que compõe o presente livro e. portanto, esta é uma obra que merece ser lida com cuidado. Neste contexto, a referência as contribuição de Hans Kelsen é um porto seguro para a análise e uma referência indispensável para todos os interessados. Boa leitura.

OS ORGANIZADORES

O ESTADO, SUA EVOLUÇÃO E UM NOVO LOCUS HERMENÊUTICO: O PÓS-POSITIVISMO JURÍDICO COMO SUPERAÇÃO OU CONTINUIDADE DAS ESCOLAS JUSNATURALISTA E JUSPOSITIVISTA

STATE, ITS EVOLUTION AND A NEW LOCUS HERMENEUTIC: THE POST-POSITIVISM AS LEGAL OR CONTINUITY OF OVERCOMING JUSNATURALIST SCHOOLS AND JUSPOSITIVISTA

Ezair Jose Meurer Junior
Fernando da Silva Mattos

Resumo

O presente estudo visa desenvolver uma análise e crítica argumentativa, de modo que se aborda o Estado, seus poderes e sua evolução até a denominada pós-modernidade, e de igual forma, na mesma lista evolutiva se faz um estudo progressivo do ordenamento jurídico, motivo pelo qual o estudo foi desenvolvido com intuito de abordar o contexto contemporâneo do que denominam como escola pós-positivista, que teria, em tese, uma postura ideológica de superação às clássicas escolas positivista e jusnaturalista, criando-se assim, uma nova hermenêutica jurídica de aplicação do direito. Desta forma, busca-se analisar o contexto cortejando pontos e contrapontos à luz das doutrinas vigentes que sustentam ou reproduzem segmentos do Estado na pós-modernidade e da referida escola pós-positivista, pautados assim, numa retórica e dialética de ensino-aprendizagem constitucional.

Palavras-chave: Estado; poderes; pós-modernidade; positivistas; jusnaturalistas.

Abstract/Resumen/Résumé

This study aims to develop an argumentative and critical analysis, so that it addresses the state, its powers and its evolution to the so-called "post-modernity", and equally, in the same evolutionary list becomes a progressive study of the legal system , reason why the study was developed with the aim of addressing the contemporary context of what they call as school "post-positivist", which would, in theory, an ideological stance to overcome the classical positivist and natural law schools, thus creating a new legal interpretation of law enforcement. Thus, we try to analyze the context courting points and counterpoints in the light of prevailing doctrines that support or reproduce State segments in the "post-modern" and that school "post-positivist", guided thereby in rhetoric and dialectic teaching constitutional-learning.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: State; powers; postmodernity; positivist; natural law.

INTRODUÇÃO

O presente estudo foi desenvolvido com intuito de abordar o Estado, seus poderes e sua evolução ao que denominamos de período da “pós-modernidade”. Isto porque, a idade contemporânea vive um momento de transformação estatal, onde o Estado de bem-estar social encontra-se em constante crise e de outro norte ganha força os ideais liberais.

Em ato contínuo se analisa a evolução das escolas clássicas até chegar ao estudo da doutrina “pós-positivista”, que teria, em tese, uma postura ideológica de superação às

clássicas escolas positivista e jusnaturalista, criando assim, uma nova hermenêutica jurídica na era contemporânea.

Sabe-se que sempre se classificou que as ideologias situam-se em regra entre o direito natural e direito positivo, correspondendo às concepções jusnaturalista e juspositivista. (LYRA FILHOa, 2002, p. 25). Todavia, este pensamento encontra-se relativamente ultrapassado segundo a doutrina de John Rawls e Jüngen Habermas.

Neste sentido, nasce e se consolida o denominado "pós-positivismo" como uma interpretação jurídica nova e que, a princípio, não se resume as escolas clássicas retro mencionadas, razão pela qual existe a necessidade de se abordar o presente tema para aprofundar suas peculiaridades e concepções filosófico-jurídicas ora vigente.

Para tanto, se faz uma introdução sobre a criação do Estado e sua transformação, sem a qual não seria possível compreender isoladamente as clássicas escolas positivistas e jusnaturalistas. Ao final aborda-se o pós-positivismo como um novo paradigma e *locus* hermenêutico no âmbito jurídico contemporâneo.

1 O ESTADO, SEUS PODERES E SUA TRANSFORMAÇÃO

1.1 Uma breve análise histórica do Estado, suas funções e poderes.

Antes de adentrar nas escolas clássicas do positivismo e jusnaturalismo, ou até mesmo do "pós-positivista" (ato sequencial desta pesquisa), necessário se faz, primeiramente, uma breve análise na forma de constituição do Estado, seus poderes e sua evolução até os dias atuais, bem como as atribuições que competem a um Estado Democrático de Direito[1], para assim, também compreender melhor a atual transformação estatal. Até mesmo por que as ideologias e escolas clássicas acompanham a própria evolução do Estado e suas concepções.

Pois bem! Segundo Da Silva (2004, p. 108), o governo é "*o conjunto de órgãos mediante os quais a vontade do Estado é formulada, expressada e realizada, ou o conjunto de órgãos supremos a quem incube o exercício das funções do poder político*". As funções do Estado são exercidas e cumpridas pelos órgãos de governo, que "*se compõe de várias funções, fato que permite falar em distinção das funções, que fundamentalmente são três: a legislativa, a executiva e a jurisdicional*". (sem grifo no original)

[1]Ao tratar do Estado Democrático de Direito, segundo Reale (2003, p. 09): "ao meu ver, não fazia Hegel senão dar continuidade, com inovador senso histórico, à obra de Kant, cuja teoria sobre o espírito com autoconsciência e autonomia (fundamento do poder instaurador ou nomotético do conhecimento) constituiu um dos alicerces do liberalismo e do Estado de direito".

A palavra "Estado", propriamente dita, segundo Fagundes (2004, p. 29), surge no Ocidente somente com Maquiavel na obra "O Príncipe[2]" e no Oriente, no entanto, já se encontra referência ao termo Estado no "*Tao Te King*[3]", estando nele contida toda uma teoria política.

Maquiavel[4] (2003, p. 21), em sua obra esclareceu questões fundamentais sobre a conquista e a preservação do poder e os cuidados para não perdê-los.

Montesquieu[5] (1999, p. 85) ao publicar sua consagrada obra "O Espírito das Leis", trouxe à baila o aperfeiçoamento da tese de separação dos poderes e das funções estatais, motivo pela qual consagrou a tese de que "existem no Estado três espécies de poderes: o Legislativo; o Executivo; e o Judiciário[6]" (MONTESQUIEU, 1999, p. 166-167 - sem grifo no original).

Não é fora de propósito esclarecer que o art. 2° da CRFB/88 consagra a referida tripartição de poderes de Montesquieu como cláusula pétrea de nossa CRFB/88, uma vez que o art. 60, §4°, inciso III, é taxativo nesta garantia constitucional, não podendo, portanto, ser mudado pelo Poder Constituinte Derivado.

Separado os poderes e consolidado o idealismo constitucional como norma suprema no ordenamento jurídico (em regra temos entre tantos exemplos o modelo: brasileiro, europeu e norte americano), que tem por bem, que a Constituição é a lei fundamental de um Estado, e, "*nesse sentido é que se diz que todo Estado tem constituição, que é o simples modo de ser Estado*", uma vez que esta seria a organização de elementos essenciais, ou seja, "*um sistema de normas jurídicas [...] que regula forma do estado*" (DA SILVA, 2004, p. 37).

Este sistema constitucional, que fortemente regulamenta o Poder Estatal por uma norma maior e fundamental, com garantia de direitos fundamentais, sociais, bem como de igualdade entre todos e com intervenção econômica foi à arquitetura constitucional da construção contemporânea do Estado tradicional até o período moderno.

---

[2] O livro de Maquiavel referido por Fagundes foi escrito há quase 500 anos – precisamente em 1513 - permanecendo atual e polêmico até hoje, continuando a despertar o maior interesse entre os estudiosos da complexa arte Política, conforme Cretella (MAQUIAVEL, 2003, p. 09).

[3] Não se faz maiores referências neste trabalho à obra "Tao Te King", uma vez que Fagundes (2004, p. 29), não aborda os detalhes desta teoria política da cultura oriental.

[4] Niccoló Machiavelli ou Nicolau Maquiavel foi político, escritor e filósofo, nasceu em Florença em 1469, e veio a falecer no ano de 1527.

[5] Ressalta-se que Charles Louis de Secondat, o Barão de Bréde e de Montesquieu (1689 a 1755), deixou sua confortável posição na Magistratura francesa, em 1726, para ir descobrir as leis políticas.

[6] De acordo com Da Silva (2004, p. 09), "O princípio da separação dos Poderes já se encontra sugerido em Aristóteles, John Locke e Rousseau, que também conceberam uma doutrina da separação de poderes que afinal, em termos diversos, veio a ser definida e divulgada por Montesquieu".

Entretanto, na atualidade fale-se em um Estado pós-moderno, que com uma sociedade pós-industrial ou financeira (fruto, em parte, do capitalismo e globalização), que procuram introduzir uma nova política constitucional voltada ao liberalismo constitucional conforme se demonstra na sequência deste estudo.

Quanto à clássica separação dos poderes, inicialmente, se torna importante esclarecer que impossível aqui esgotar o assunto. De forma, que se busca classificar o conceito de separação de poderes, sua origem e sua evolução ao longo dos vários pensadores e da própria humanidade, pois somente assim pode-se entender a razão pela qual é consolidado este princípio fundamental no direito constitucional.

Há quem diga que Aristóteles foi o pioneiro no assunto e desenvolveu a tese de divisão das funções estatais. Entretanto, sabe-se que muito embora Aristóteles tenha sido pioneiro em muitos aspectos, inclusive quanto às formas de poderes, este não conseguiu consolidar de forma clara a tripartição de poderes que posteriormente veio a ser adotada por Montesquieu[7].

Porém, s.m.j., uma das teses mais aceita pela doutrina é a que "o pilar do Estado liberal (doutrina de separação dos poderes) foi formulada por John Locke[8], no século XVII e aperfeiçoada por Montesquieu, no século seguinte" (MENDONÇA, 2000, p. 12-13).

Neste norte, no século XVIII, com Montesquieu, na referida obra "*O Espírito das Leis*", se conseguiu afirmar que as três funções estatais deveriam ser atribuídas a órgãos independentes e autônomos (CAPEZ *et al*, 2006, p. 37).

Da Silva (2004, p. 09), não é diferente e já firmou o mesmo entendimento:

> O princípio da separação dos Poderes já se encontra sugerido em Aristóteles, John Locke e Rousseau, que também conceberam uma doutrina da separação de poderes que afinal, em termos diversos, veio a ser definida e divulgada por Montesquieu. (sem grifo no original)

[7] Cumpre-me destacar, para corroborar com o assunto em tela, à opinião de Bandeira de Melo (2004, p. 29), que com muita propriedade enalteceu Montesquieu ao discorrer sobre a divisão de poderes quando esclareceu que "esta tipologia não reflete uma verdade, uma essência, algo inexorável proveniente da natureza das coisas. É pura e simplesmente uma construção política invulgarmente notável e muito bem sucedida, pois recebeu amplíssima consagração jurídica. Foi composta em vista de um claro propósito ideológico do Barão de Montesquieu, pensador ilustre que deu forma explícita a ideia de tripartição. A saber: impedir a concentração de poderes para preservar a liberdade dos homens contra abusos e tiranias dos governantes".

[8] Para corroborar, destaca-se que Da Silva (2004 p. 109) também afirma que já é possível constatar que o princípio da separação de poderes encontra-se outrora sugerido em John Locke e Rousseau, "que também conceberam uma doutrina da separação de poderes, que, afinal, em termos diversos, veio a ser definida e divulgada por Montesquieu".

Assim, facilmente, consta-se que a teoria de tripartição de poderes (Legislativo, Executivo, e Judiciário), se consolidou de fato com Montesquieu. Diante disto, passa-se a demonstrar o que Montesquieu (1999, p. 169), entende quanto a quem deve ter o poder de julgar:

> O Poder de julgar não deve ser entregue a um senado permanente, mas exercido por pessoas tiradas do seio do Povo, em certas épocas do ano, da maneira prescrita por lei, para formar um tribunal que não durará senão o quanto exigir a necessidade.

Vale dizer que, para Montesquieu (1999, p. 170), o poder de julgar é tão terrível entre os homens, não estando ligado nem a certo Estado, nem a certa profissão, torna-se por assim dizer, invisível e nulo.

Sobre o Legislativo, esclareceu há época Montesquieu (1999, p. 171) que existem duas categorias que ele classifica como "Câmara Baixa e Câmara Alta". Na primeira hipótese, num Estado livre, todo homem reputado terá alma livre de ser governado por si mesmo. Por isso precisaria que o povo, no seu todo, tivesse o Poder Legislativo, porém, não precisa que os membros do corpo legislativo sejam tirados do corpo da nação em geral. Ao contrário, convém que, em cada lugar importante, os habitantes escolham os seus representantes para poder formar a denominada Câmara Baixa (MONTESQUIEU, 1999, p. 171).

O Poder Executivo, em regra, segundo Montesquieu (1999, p. 174) deve estar nas mãos de um Monarca[9], pois esta parte do governo tem quase sempre a necessidade de uma ação instantânea para executar as tarefas de competência dos governos que é melhor quando administrada por apenas um, do que por diversos.

Ademais, a referida obra desse escritor é respeitada até a idade contemporânea, haja vista que desde sua época esclareceu que mesmo com a divisão dos poderes, cada poder tinha o direito de "frear" um ao outro, para que impeça o abuso entre os poderes **(**MONTESQUIEU, 1999, p. 171).

Diante do exposto, constata-se que a tripartição dos poderes desenvolvida por Montesquieu foi consolidada devido suas técnicas inovadoras do sistema de freios e contrapesos. Neste sentido destaca-se o seguinte comentário:

> A tripartição dos poderes, portanto é a técnica pela qual o poder é contido pelo próprio poder, um sistema de freios e contrapesos (também denominado *checks and balences*), verificações e equilíbrios ou método das compensações, uma garantia do povo contra o arbítrio e o despotismo (CAPEZ *et al*, 2006, p. 36).

[9]Acredita-se que Montesquieu se referiu a um Monarca, pois seria o chefe do Estado daquela época de Monarquia, que atualmente equivale-se de forma idêntica a um Presidente de República nas maiorias das vezes quando este exerce cumulativamente e isoladamente o papel de chefe de Estado e de Governo.

Percebe-se assim, que Montesquieu contribuiu muito para a humanidade. Isto tanto é fato que por causa deste nobre escritor deve-se a divisão e distribuição clássica, tornando-se inclusive fundamental da organização política liberal e transformando-se em dogma pelo art. 16 da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, que posteriormente foi prevista no art. 2° da Constituição da República Federativa do Brasil (MORAIS, 2006, p. 373).

Enfim, o modelo adotado por Montesquieu é utilizado quase que na íntegra pelos países ocidentais e também por alguns países orientais, inclusive pelo Estado brasileiro.

Dallari (2000, p. 101), explica que a Constituição brasileira define o Judiciário como um dos Poderes da República, pois tendo adotado na primeira Constituição Republicana de 1891, o modelo republicano federativo dos Estados Unidos da América, o Brasil aderiu ao sistema de separação de poderes, estabelecendo que o Legislativo, o Executivo e o Judiciário são autônomos e reciprocamente independentes.

Desse modo, a República brasileira não só definiu o Judiciário como um Poder da República, deixando explícita sua condição de instituição política, mas também afirmou sua equivalência aos demais Poderes, o que foi mantido integralmente em todas as Constituições subsequentes (DALLARI, 2000, p. 101).

Em outras palavras, no Brasil e em outros países liberais a teoria de tripartição dos poderes está consolidada há muito tempo. Todavia, em nosso território é possível observar, que o processo democrático só ganhou forma com a CRFB/88, após o período obscuro da ditadura, e ainda mesmo assim, o legislador constitucional derivado, não vem cumprindo seu dever de regulamentar as normas constitucionais consignadas na Constituição Cidadã, sendo, portanto, conivente com a omissão legislativa e indo ao desencontro do desejo popular.

1.2 A teoria da pós-modernidade e transformação estatal

O Estado contemporâneo ocidental juridicamente se estrutura em obediência ao princípio da separação ou divisão de poderes, conforme a versão clássica de Montesquieu (demonstrou-se nas folhas retro), assim como em total respeito à dogmática positivista (sequência desta pesquisa), e a uma construção hermenêutica que valoriza a dimensão retórica dos ditames constitucionais da Carta Magna.

Todavia, vive-se atualmente e inegavelmente uma transformação estatal num cristalino "*cenário nebuloso que coloca no mesmo campo a grandeza ética do neoconstitucionalismo (que reaproxima a ética do direito) com a perigosa tendência de desconstrução do estado nacional, patrocinada pela doxa neoliberal*" (*in* O Estado pós-moderno, p. 2-3).

Esta nova fase constitucional - Estado pós-moderno - que começa a despontar no terceiro milênio e influência diretamente na transformação estatal se dá, em parte, como já destacado, pelo "*triunfo do capitalismo sobre o socialismo real*" que, somado a "*crise do constitucionalismo contemporâneo*", traz a baila uma teoria de "*esvaziamento axiolóxico da Constituição*", que por derradeiro, também "*chega-se, inclusive, a propalar uma crise de paradigma do próprio Direito Constitucional*" (*in* O Estado pós-moderno, p. 2-3).

Esta nova tese constitucional pode resultar da neutralização da própria Constituição, devido a correntes pós-modernistas que podem trazer resultados e transformações diretas que colocam em xeque o consagrado Estado Social, que após muitas lutas e ideais se formou como um "*modelo político que busca um meio termo entre uma excessiva intervenção estatal, de caráter totalitário, e a estrutura liberal baseada em seu modelo clássico de máxima liberdade sócio-econômica*" (*in* O Estado pós-moderno, p. 2-3).

Ademais, o Estado moderno, exerce funções exclusivas de poder estatal, em "*questões governamentais básicas para a justiça e a segurança da sociedade, tanto interna como externamente"* (*in* Finalidades do Estado Moderno, p. 2-3). Sendo isto incontroverso no mundo jurídico constitucional, sendo inclusive, temas positivados em nossa Constituição Federal de 1998, que por este motivo entre outros, recebeu o simbólico termo de *Constituição Cidadã*, ou seja, com sua função social de norma fundamental voltada também para o benefício do povo (direitos fundamentais e sociais), e não somente na antiga configuração do ordenamento jurídico pátrio e na estrutura de nosso arranjo de república federativa tripartite (União, Estado Federativo, e, Municípios)

Ao discorrer acerca do *Estado Social de Direito*, Da Silva (2005, p. 115), com muita propriedade assim ponderou:

> O individualismo e o abstencionismo ou **neutralismo do Estado Liberal provocaram imensas injustiças**, e os movimentos sociais de século passado e deste especialmente, desvelando **a insuficiência das liberdades burguesas**, permitiram que se tivessem consciência da necessidade da justiça social. [...] O Estado de direito, na atualidade, deixou de ser formal, neutro e individualista, para transformar-se em estado material de Direito, enquanto adota uma dogmática e pretende realizar a justiça social. Transformando-se em *Estado Social de Direito*, **onde o qualificativo social refere-se a correção do individualismo clássico liberal pela afirmação dos chamados direitos sociais e realização de objetivos de**

> **justiça social**. Caracteriza-se no propósito de compatibilizar, em um mesmo sistema, anota Elias Díaz, dois elementos: **o capitalismo**, como forma de produção, e a **consecução do bem-estar social geral**, servindo de base ao neocapitalismo típico do *Welfare State*. (grifo acrescido)

Ocorre, que esta verdadeira premissa acima consignada, perde espaço para corrente do Estado pós-moderno, que após toda evolução histórica social, cultural e constitucional, a quem diga que as "*correntes pós-modernas apostam na ruptura do welfarismo*", motivo este pelo qual:

> "[...] é preciso, portanto, ganhar sensibilidade acadêmica apurada para compreender os riscos da neutralização axiológica da Constituição nesses tempos de pós-modernidade. A ameaça vem da receptação acrítica da ordem neoliberal e da concepção de estabilidade mínima [...] a matriz política neoliberal busca reconstruir o modelo constitucional pré-weimariano, denegador da segunda dimensão dos direitos fundamentais" (*in* O Estado pós-moderno, p. 03-04).

Nestes termos, vislumbra-se a formação (mesmo que seja teórica) de um Estado pós-moderno com pilares firmes voltados para os ideais liberais, na qual não se preocupa, a princípio, com "*a proteção dos hipossuficientes, suas vicissitudes e desigualdades*" (*in* O Estado pós-moderno, p. 03-04).

Isto nos leva a crer que se vivencia uma transformação estatal, que poderá agravar mais ainda a presente crise do Estado de bem-estar social (crise de desigualdade econômica e financeira), também conhecida como crise contemporânea da "autoridade ou poder estatal", devido às teorias neoliberais voltadas para o ideal de aperfeiçoamento do capitalismo e da globalização, que, segundo consta, vem a serem patrocinadores de "*interesses geoestratégicos dos centros mundiais de poder (Estados Unidos, União Européia e Japão). Ao revés, da teria dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana*" (*in* O Estado pós-moderno, p. 04). Fato este preocupante e necessário compreender para que não sejam propagadas novas injustiças com a ausência do Estado em sociedade.

2 O JUSNATURALISMO

Pois bem! Vislumbrou-se brevemente nas folhas retro o Estado, seus poderes e sua transformação liberal, bem como, a figura de um denominado Estado pós-moderno em construção, com pilares próximo aos ideais liberais.

Contudo, agora veremos as clássicas escolas, respectivamente, positivista e jusnaturalista, para tentar compreender como que se deu o surgimento da denominada escola

contemporânea ou da era “pós-positivista”, que teria, em tese, uma postura ideológica de superação às clássicas escolas, criando assim, uma nova hermenêutica jurídica.

Neste sentido, logicamente, não se pode analisar o “pós-positivismo”, sem uma breve análise das escolas clássicas, haja vista os fundamentos distintos entre ambos os institutos e a característica diferenciada da nova hermenêutica empregada pela referida escola, ora em debate, no que pese saber que, não é possível aprofundar os fundamentos de todas as ideologias jurídicas existente. Portanto, neste estudo procura-se simplificar o imenso repertório de doutrinas que aparecem da antiguidade até os nossos dias (LYRA FILHOa, 2002, p. 25).

Segundo Lyra Filho (2002a, p. 39), o direito natural apresenta-se, fundamentalmente, sob três formas, todas elas procurando estabelecer o padrão jurídico, destinado a validar as normas eventualmente produzidas, ou explicar por que elas não são válidas. As três formas são: “*a) o direito natural cosmológico; b) o direito natural teológico; c) o direito natural antropológico. A primeira liga-se ao cosmo, o universo físico; a segunda volta-se para Deus; a terceira gira em torno do homem*.”

Desta forma, o jusnaturalismo, não se liga as leis, e sim a um principio maior, acima da lei, que é o principio natural, este relativamente abstrato, que s.m.j., é de fácil forma maleável sob a alegada vontade divina, conforme o que se vê alinhado:

> “[...] a teológica pretende deduzir o direito natural da lei divina. Esta iria descendo, como que por uma escada: Deus mana; o sacerdote abençoa o soberano; o soberano dita a ‘particularização’ dos preceitos divinos, em suas leis humanas [...] e o povo? A este só cumpriria aceitar, crer e obedecer.” (LYRA FILHOa, 2002, p. 40)

Neste norte, é possível dizer que, o jusnaturalismo ou direito natural, para Roberto Lyra Filho, se coloca acima da lei, e para o jusnaturalismo o Direito é aquele que é justo, pode ser da ordem cósmica de vários deuses, ou teológico de um único Deus na concepção natural da Igreja, ou no combate com o conhecimento humano da razão, de não aceitar as idéias e Leis impostas pelo próprio homem.

Ademais, todas essas formas procuram estabelecer o padrão jurídico mais ideal, destinado muitas vezes a explicar porque as Leis não são sempre válidas e não devem ser aplicadas como garantia da ordem social.

Embora o jusnaturalismo (a ideologia do direito natural) seja a posição mais antiga (e de nenhum modo inteiramente liquidada), é o positivismo que hoje predomina entre os juristas do nosso tempo (sem, contudo descartar a importância da primeira escola), mesmo

sendo este último, em tese, mais contemporâneo ou porque assenta na garantia da ordem jurídica (LYRA FILHOa, 2002, p. 27), por isso, trabalharemos a escola positivista na próxima etapa (até pela sua importância), antes de adentrarmos no tema objeto final (pós-positivismo).

3 O POSITIVISMO

Segundo Barroso (2006, p. 24), o positivismo jurídico foi à importação do positivismo filosófico para o mundo do direito, na pretensão de criar-se uma ciência jurídica, com características análogas às ciências exatas e naturais.

Assim, o positivismo tornou-se, nas primeiras décadas do século XX, a filosofia dos juristas. A teoria jurídica empenhava-se no desenvolvimento de idéias e de conceitos dogmáticos, em busca da cientificidade anunciada (BARROSO, 2006, p. 25).

Sendo que, inclusive, da análise da história brasileira, pode-se constatar que o Brasil sempre demonstrou simpatia pelo pensador Comte[10], que influenciou também este país com sua teoria da escola positivista, a ponto de seu lema ser inserido em nossa bandeira nacional republicana: "*Ordem e Progresso"*.

Na obra "Discurso Sobre o Espírito Positivo", Comte (p. 59), defendeu o positivismo e esclareceu no que consistia o verdadeiro espírito desta teoria:

> [...], o espírito positivo apresenta em sua extensão social, poderosas garantias diretas, não só cientificas, mas também lógicas, que poderão logo ser julgadas muito superiores às vãs pretensões de uma teologia retrógrada quer há vários séculos, degenerou cada vez mais em elemento ativo de discórdias, individuais e nacionais e se tornou incapaz de conter as divagações subversivas de seus próprios adeptos.

Muito embora a teoria positivista tenha sido recepcionada pelo ordenamento jurídico pátrio, nunca foi unanimidade entre a doutrina brasileira:

> [...], pode-se dizer que o positivismo representou a forma de "criticismo" que começou a situar a inteligência brasileira no âmbito da modernidade, tornando-se partícipes das idéias universais que tinham então a Europa como principal foco irradiador. Infelizmente, a outra e infeliz contribuição comteana no campo político, caracterizada pelo fortalecimento do poder executivo em detrimento do Poder Legislativo, que medrou no Brasil com tanta força que se tornou, por assim dizer, uma constante de nossa atormentada vida política (REALE, 2003, p. 43-44).

[10] Augusto Comte viveu entre 1798-1857, pensador francês, considerado o fundador da sociologia. Desenvolveu a teoria do positivismo, e deixou frases famosas tais como "Ordem e Progresso" que é um dos conceitos imprescindíveis para a reorganização da sociedade. Outras frases dele que se tornaram célebres "Só há uma máxima absoluta, a de que nada há absoluto". "Tudo é relativo, e só isso é absoluto". (Extraído do livro Discurso Sobre o Espírito Positivo, p. 11).

Reale[11] (2003, p. 45) esclarece ainda, que não se pode pensar que a influência positivista tenha desaparecido de nossa experiência política, encontrando ainda, sempre adeptos no meio militar – as quais distorcem a importância da escola positivista.

Para o professor Lyra Filho (2002a, p. 29-30), "as posições e barreiras do positivismo, sempre captam o direito, quando já vertido em normas, seu limite é a ordem estabelecida". Lyra Filho esclarece ainda que:

> Quando o positivista fala em direito, refere-se a este último – e único – sistema de normas, para eles, válidas, como se ao pensamento e prática jurídicas interessasse apenas o que certos órgãos do poder social (a classe e grupos dominantes ou, por elas, o Estado) impõem a rotulam como Direito. (LYRA FILHOa, 2002, p. 30).

Nessa perspectiva, para Lyra Filho (2002a, p. 08), a identificação entre Direito e Lei pertence ao repertório ideológico do Estado: "*A lei sempre emana do Estado e permanece, em última análise ligada à classe dominante*, pois o Estado, como sistema de órgãos é que rege a sociedade politicamente organizada".

Assim, o direito, resulta no aprisionamento de conjuntos de normas estatais, isto é, de padrões de conduta impostos pelo Estado, com a ameaça de sanções organizadas. (LYRA FILHOa, 2002, p. 09).

Vejamos que, não por acaso Lyra Filho há vários anos, já tem obra específica fazendo duras críticas ao ensino do direito, talvez pelo positivismo exacerbado e sem o equilíbrio adequado, ao ponto de afirmar que estamos a ensinar errado, senão vejamos:

> [...] o confronto entre a insatisfação que vocês todos sentem, como estudantes de direito, e o resultado das pesquisas e reflexões de um professor, que também não está satisfeito com a organização e funcionamento do ensino jurídico. Ao meu ver, este ensino ainda não corresponde às exigências da atual etapa do processo histórico, em que estamos envolvidos. O Direito Que se Ensina Errado pode entender-se, é claro, em pelo menos, dois sentidos: como o ensino de direito de forma errada e como errada concepção do direito que se ensina. O primeiro refere-se a um vício de metodologia; e o segundo, à visão incorreta dos conteúdos que se pretende ministrar (LYRA FILHOb, 1980, p. 5).

Não sem razão comenta Barroso (2006, p. 24) que o positivismo comportou algumas variações e teve seu ponto culminante no normativismo de Hans Kelsen.

[11] Embora, Reale tenha feito crítica ao positivismo, de acordo com Roberto Lyra Filho (2002a, p. 26), ele representa a doutrina classificada como positivista no Brasil, veja-se: "Miguel Reale, entre outros recusaria a classificação como positivista e, no entanto para este filósofo do Direito, é na ordem que se encontra a raiz de toda a elaboração jurídica: 'em toda a comunidade, é mister que uma ordem jurídica declare, em última instância, o que é ético ou ilícito [...]'. Depôs disto, qualquer acréscimo ou matizamento é secundário: permanece, no âmago, o compromisso com a ordem estabelecida e as barreiras que ela opõe ao Direito justo não seriam jamais transponíveis, porque, na verdade, para o positivista, a ordem é a justiça".

Nessa perspectiva, Kelsen[12] (1998, p. 221), que foi um dos grandes pensadores que também influenciou o ordenamento jurídico pátrio, ao tratar do assunto em pauta, ignorou severamente o jusnaturalismo e defendeu veemente o positivismo ao afirmar *v.g.* que "*o sistema de normas se apresenta como uma ordem jurídica que tem essencialmente um caráter dinâmico e eficaz*".

Ainda, na sua obra "Teoria Pura do Direito[13]", Kelsen (1998, p. 227) asseverou que uma Constituição deve ser o ápice da pirâmide no ordenamento jurídico:

> [...] uma ciência jurídica positivista considera o autor da Constituição, que foi a primeira, a autoridade jurídica mais alta, e por isso, não pode afirmar que a norma [...] é o sentido subjetivo do ato de vontade de uma instância supra-ordenada ao autor da Constituição.

Na prática, pode-se dizer que para Hans Kelsen, uma ciência do direito só é possível se seu objeto é fixado sem interferências alheias ao direito positivo. É por isso que a teoria pura do direito se apresenta como a "teoria do positivismo jurídico" (PERELMAN, 1996, p. 474).

Outrossim, ressalta-se que Dallari (2000, p. 84) tem como justificativa o entendimento de que o legalismo formal afastou o direito da justiça, devido ao fato de toda América Latina ter sofrido grande influência dos pensamentos de Kelsen, vejamos:

> É tão profunda a influência da obra de Kelsen no Brasil e em toda América Latina que vale a pena fazer algumas considerações sobre sua contribuição ao direito, sobretudo porque, com muita freqüência, o que se utiliza é uma versão panfletária de seu pensamento, havendo muitos que se afirmam "kelsenianos" sem nunca terem lido um só de seus livros ou então, utilizando a versão difundida por juristas que encontraram, em parte da obra do eminente teórico, um bom escudo para a sustentação de posições formalistas antidemocráticas e contrárias à ética e à justiça.

Talvez, seja por isso, que no ordenamento jurídico nacional agrava-se a mentalidade dos juristas pelo legalismo, pois é comum que os julgadores se preocupem quase que exclusivamente com os aspectos formais de suas decisões. Haja vista que se sabe que atualmente em regra, ainda são frequentes as sentenças e os acórdãos recheados de citações eruditas, escritas em linguagem rebuscada e centrados na discussão do formalismo processual,

[12] Considerado um dos maiores pensadores do século XX, o positivista Hans Kelsen, nasceu em Praga, no ano de 1881 e morreu em 19 de abril de 1973, com 92 anos de idade. Kelsen deixou uma vasta obra, da qual se destaca principalmente por ser uma espécie de condensação de seus estudos a respeito da Teoria Pura do Direito.

[13] O notável esforço de Hans Kelsen de constituir uma ciência do direito, isenta de qualquer ideologia, de qualquer intervenção de considerações não-jurídicas, que se concretizou com a elaboração de sua Teoria Pura do direito e talvez tenha sido aquele que suscitou mais controvérsias entre todos os teóricos do direito do último meio século (PERELMAN, 1996, p. 473).

dando pouco ou nenhuma importância à questão da justiça das decisões (DALLARI, 2000, p. 84).

A grande verdade é que ambas as escolas citadas possuem resistências entre juristas, de forma que não existe univocidade sobre o tema. Contudo, parece constar que o formalismo jurídico ora pautado no positivismo poderia ser mais bem relativizado para aplicação do direito, de forma que alcançaria uma maior proximidade com a justiça.

4 PÓS-POSITIVISMO – UM NOVO PARADIGMA NO ÂMBITO JURÍDICO CONTEMPORÂNEO

Inicialmente convêm esclarecer que "*independente de haver ponderosas e importantes vozes contrárias à idéia da existência de uma linha pós-positivista, a verdade é que esta terminologia vem ganhando relevo como um novo modelo no âmbito da teoria jurídica*" (*in* Pós-positivismo como uma terceira via ao positivismo jurídico e ao jusnaturalismo, p. 35).

Pois bem! Segundo se desprende da doutrina, é correto afirmar que o pós-positivismo encontra contato imediato com idéias desenvolvidas por pensadores contemporâneos:

> [...] pós-positivismo encontra contato imediato com idéias desenvolvidas por pensadores como Gustav Radbruch, em sua segunda fase (o que leva alguns a chamarem-no de "o segundo Radbruch"), John Rawls – por meio de sua teoria de justiça – e Jüngen Habermas – por intermédio de sua teoria do discurso (*in* Pós-positivismo como uma terceira via ao positivismo jurídico e ao jusnaturalismo, p. 36).

Neste norte, é correto dizer que o "pós-positivismo" vem se fixando como um novo paradigma no âmbito jurídico contemporâneo, pois sua teoria diz respeito à mudança do temário e dos compromissos assumidos por juristas positivistas, pelas seguintes razões e peculiaridades: "*a) a importância dos princípios gerais do Direito na organização do sistema; b) a relevância da dimensão argumentativa na compreensão do Direito nas sociedades democráticas contemporâneas; c) reflexão profunda sobre o papel a ser desempenhado pela hermenêutica jurídica*" (*in* Pós-positivismo, p. 01-02).

Neste sentido, a doutrina pós-positivista aponta seu olhar não só para o presente, mas também para o futuro, "*com preocupações evidentes quanto à necessidade de solucionar casos cada vez mais complexos em um mundo essencialmente mutante, plural e dinâmico*" (*in* Pós-positivismo, p. 02).

Pela nova visão da teoria do pós-positivismo jurídico, como uma terceira via das escolas clássicas, só pode ser considerado pós-positivista aquele que contraria algumas das teses fundamentais do positivismo jurídico (*in* Pós-positivismo, p. 02-03).

Ainda, destacam-se os princípios como espécie normativa tão importante ao pós-positivismo, assim como, destaca-se para os pós-positivistas, o reconhecimento da centralidade do papel exercido pelos princípios jurídicos interrelaciona, inevitavelmente, com as três esferas da vida social (esferas moral, política e jurídica) (*in* Pós-positivismo, p. 02-03).

Ademais, salienta-se que adotar uma visão pós-positivista não significa recusar a racionalidade que permeia o pensamento positivista, mas sim superá-lo. Isto porque, o pós-positivismo não recusa a racionalidade instrumental que fundamenta as teses positivistas; apenas acrescenta a esta, outra que permite inserir uma perspectiva de análise sobre a justiciabilidade do sistema (*in* Pós-positivismo, p. 03).

Logo, conclui-se que para os pós-positivistas, é absolutamente necessário o reconhecimento da normatividade do princípio, pois sem ele, a norma friamente se restringiria ao legalismo meramente positivista, que já resultou ineficaz na sua aplicação prática no ordenamento jurídico.

Outrossim, é bom frisar que não se trata a escola pós-positivista de um sub-ramo da escola jusnaturalista (*in* Pós-positivismo, p. 03), tratando-se de institutos distintos, e ademais, como vimos, este segundo Lyra Filho liga-se a concepções do direito natural, o que é incompatível com as leituras pós-positivistas da contemporaneidade.

Entretanto, o pós-positivismo não deve ser entendido como uma nova teoria antipositivismo. Porém, o certo é que o pós-positivismo, como corrente teórica, surge fundamentalmente como resistência à hegemonia do positivismo jurídico (*in* Pós-positivismo como uma terceira via ao positivismo jurídico e ao jusnaturalismo, p. 40).

Ainda, abordando os princípios jurídicos, como um dos pilares da escola pós-positivista, é bom dizer que como novo paradigma filosófico-jurídico, essa terceira teoria destaca e coloca os princípios em lugar de destaque:

> Ao superar a visão a jusnaturalista que tinha nos princípios teoremas racionais abstratos, providos de baixa normatividade e eficácia jurídica, foi a proposta pós-positivista que revitaliza a eficácia principiológica, tida como verdadeira base da inteligência sistêmica (*in* Pós-positivismo como uma terceira via ao positivismo jurídico e ao jusnaturalismo, p. 42-43).

Ainda, destaca-se que outra importante "*mudança trazida pelo paradigma pós-positivista é a maior preocupação com os chamados casos difíceis (hard cases) em detrimento dos casos fáceis (soft cases)*" (*in* Pós-positivismo como uma terceira via ao positivismo jurídico e ao jusnaturalismo, p. 42-43). Haja vista que assim, as questões que exigem solução pelo Poder Judiciário nos dias de hoje, apresentam um grau de complexidade que o ordenamento jurídico contemporâneo não pode oferecer integralmente para solução de um conflito diante de um caso concreto.

Acerca da escola pós-positivista, destacam-se como autoridade as teorias de Jüngen Habermas e John Rawls considerados os filósofos de maior influência sobre os teóricos do Direito na atualidade. E, em especial, abordaremos um estudo deste como criador de uma nova "teoria de justiça".

John Rawls[14] um iminente filósofo contemporâneo em seus estudos retoma como fundamento um questão kantiana, que é "*considerar a prioridade do justo sobre o bem. O papel fundamental da filosofia política na Modernidade é de estabelecer princípios de justiça que possam regular a vida em comum de indivíduos que estão profundamente divididos em suas concepções de bens*" (*in* John Rawls e a virada para uma nova era no pensamento jurídico-político, p. 45).

Neste sentido, é bom frisar ainda, que para a doutrina de Rawls existem duas capacidades morais intrínsecas do indivíduo: "a racionalidade e a razoabilidade", sendo que, "estas duas faculdades da personalidade consistem na capacidade de eleger uma vida digna (racionalidade) e de respeitar os termos equitativos da cooperação social (razoabilidade)" (*in* Três pressupostos básicos da sua Filosofia Moral, política e jurídica, p. 01-02).

Ao fazer um plausível estudo acerca da teoria de justiça deste, Almir Pilon (2002, p. 80), esclarece que os "princípios da justiça", na concepção de Rawls funcionam quando os componentes de uma sociedade escolhem "*determinados princípios a serem aplicados na estrutura básica dessa sociedade. E, com base nesses princípios, assegurar que as principais instituições políticas e econômicas da sociedade garantam a realização da justiça*".

Neste sentido, destacam-se os dois princípios de justiça sobre os quais John Rawls acredita que haveria consenso na posição original:

[14] Salienta-se que, Rawls é estadunidense nato, e, estudou em Princeton e em Oxford, falecendo em 2002, aos 81 anos. Antes, ofereceu grande contribuição ao debate central da Filosofia Política contemporânea, decorrente de sua obra "Uma Teoria da Justiça", sendo uma das grandes referências do século XX.

> Primeiro, cada pessoa deve ter um direito igual ao mais abrangente sistema de liberdades básicas, igual que seja compatível com um sistema semelhante de liberdade para os outros.
> Segundo: as desigualdades sociais e econômicas devem ser ordenadas de tal modo que sejam ao mesmo tempo: a) consideradas como vantajosas para todos dentro dos limites do razoável, e b) vinculadas a posição e cargos acessíveis a todos (RAWLS, 1997, p. 64).

Em tempo, frisa-se que, para Rawls, existem duas espécies de princípios de justiça, ou seja, os princípios voltados para as instituições e aquelas voltadas para os indivíduos (PILON, 2002, p. 80).

Logo, se pode concluir que a teoria de John Rawls é original e com pilares sólidos, situada principalmente em três elementos da sua concepção, senão vejamos:

> Então, este parece ser o momento adequado de apontarmos os pontos em que a teoria de Rawls é original. Tal originalidade está situada principalmente em três elementos da sua concepção. São eles: a) o objeto da sua teoria, que é apresentar a estrutura básica da sociedade de "Uma Teoria de Justiça"; b) o método de apresentação, que receberá o nome de posição original; c) o conteúdo da concepção política da justiça, que vai se expressar em termos de princípios aceitáveis por pessoas livres e iguais (*in* Três pressupostos básicos da sua Filosofia Moral, política e jurídica, p. 03).

Por fim, é bom lembrar que na nova concepção rawlsiana, uma sociedade é bem ordenada não apenas quando está planejada para promover o bem de seus membros, mas quando é também efetivamente regulada por uma concepção pública de justiça (RAWLS, 1997, p. 05).

Portanto, é clarividente que Rawls, contribui muito para consolidação da escola pós-positivista como um novo paradigma no âmbito jurídico contemporâneo, pois ademais, conseguiu extrair do conceito de justiça a idéia da posição original, que é fundamental e necessária para a escolha dos princípios de justiça, que determina uma sociedade bem ordenada e, por conseguinte, a realização da denominada justiça (PILON, 2002, p. 113).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A idade contemporânea vive um momento de transformação estatal, onde o Estado de bem-estar social encontra-se em constante crise, não conseguindo o poder estatal resolver todos os problemas, desigualdade econômica e financeira, em prol dos mais necessitados.

Nesta esteira, que ganha força os ideais liberais, que tentam demonstrar que o modelo de Estado moderno (Estado Social de Direito) precisa ser redesenhado, o que nos leva crer, que o início desse novo mapa estatal deve começar pelas pleiteadas reforças de ordem constitucional (até mesmo com um possível e eventual esvaziamento axiolóxico da

Constituição). Entretanto, estas reformas constitucionais colocam em xeque lutas sócias históricas, na qual após várias revoluções conseguiram consagrar direitos fundamentais e sociais em uma única norma legal suprema, que ficou classificada propositalmente no ápice da pirâmide (modelo positivismo jurídico kelseniano) como garantia jurídica de um Estado Democrático de Direito.

Ainda, vislumbra-se com muito receio esse possível esvaziamento de conteúdo da Constituição Federal, que em última análise objetiva a minimização do Estado contemporâneo, configurando um Estado pós-moderno sem intervenção estatal e com ideais de desconstitucionalização de normas de interesse público (direitos fundamentais e sociais) até mesmo influenciando e prejudicando questões de soberania estatal.

Paralelo a isso, o presente estudo traduz um pouco dos sentidos jurídicos dados pelas clássicas escolas jusnaturalista e juspositivista, buscando destarte, trazer como tema principal o pós-positivismo, que, sobretudo, vem se fixando como um novo e consolidado paradigma no âmbito jurídico contemporâneo.

Inicialmente, pode-se perceber que, o jusnaturalismo, não se liga as leis, e sim a um princípio maior, acima da Lei, que é o princípio natural, este relativamente abstrato, é de fácil forma maleável sob a alegada vontade divina.

Neste norte, se viu que, embora o jusnaturalismo (a ideologia do direito natural) seja a posição mais antiga (e de nenhum modo inteiramente liquidada), é o positivismo que hoje predomina entre os juristas do nosso tempo, pela garantia da ordem jurídica e social. Positivismo jurídico este, que foi à importação do positivismo filosófico para o mundo do direito, na pretensão de criar-se uma ciência jurídica, com características análogas às ciências exatas e naturais.

Contudo, se observou na história brasileira, que o Brasil sempre demonstrou simpatia por pensadores positivista (no que pese nunca ter sido uma unanimidade entre a doutrina brasileira) e, que dessa forma, influenciaram neste país a teoria da escola positivista, a ponto de seu lema ser inserido em nossa bandeira nacional e ser por muito tempo a base do ensino jurídico nacional – fato este que recebeu inúmeras críticas Lyra Filho.

Viu-se ainda, que o positivismo, sempre capta o direito, quando já vertido em normas, seu limite é a ordem estabelecida, razão pela qual este é fundamental no mundo jurídico. E no que pese isso, se discuti uma nova teoria clássica e contemporânea - doutrina do pós-positivismo jurídico. Nasce, portanto, o pós-positivismo com imediato contato com ideias desenvolvidas por pensadores contemporâneos, haja vista que sua teoria diz respeito à

mudança do temário e dos compromissos assumidos por juristas positivistas e jusnaturalista, criando assim, novo paradigma no âmbito jurídico.

A escola pós-positivista traz consigo peculiaridades como a importância dos princípios gerais do direito na organização do sistema c/c a relevância da dimensão argumentativa na compreensão do direito nas sociedades democráticas contemporâneas, e, ainda, traz uma reflexão profunda sobre o papel a ser desempenhado pela hermenêutica jurídica, motivo pela qual a doutrina pós-positivista aponta seu olhar não só para o presente, mas também para o futuro contemporâneo.

Talvez seja esta razão, a consolidação da teoria do pós-positivismo jurídico como uma terceira via das escolas clássicas, pois ademais, o pós-positivista se diferencia do jusnaturalismo e do positivismo, porque contrariam algumas das teses fundamentais dessas já denominadas antigas escolas clássicas.

Logo, é de fácil conclusão de que não se trata a escola pós-positivista de um sub-ramo da escola jusnaturalista ou juspositivista, tratando-se de institutos distintos e evolutivos, com concepções diferentes do direito natural ou da norma legal. Ademais, como se observou, o pós-positivismo também não deve ser entendido como uma nova teoria do antipositivismo.

Portanto é correto afirmar, que o pós-positivismo jurídico é sim uma terceira via das escolas clássicas, e assim, não pôde sua teoria ser confundida com as escolas de outrora. E também de nenhum modo inteiramente liquidadas estariam as escolas jusnaturalista e juspositivista (já que igualmente fundamentais à humanidade e ao próprio Estado).

O pós-positivismo se consolida e ganha papel de destaque na forma originária, por tratar-se de escola cuja teoria possuem autoridades como Jüngen Habermas e John Rawls – ora considerados os filósofos de maior influência sobre os teóricos do Direito na atualidade – criando e desenvolvendo um estudo de verdadeira teoria de justiça.

Como base nessa teoria filosófica, busca o pós-positivismo consigo os princípios jurídicos como um dos pilares básicos, e assim, com um novo paradigma filosófico-jurídico, essa terceira teoria destaca e coloca os princípios em lugar de destaque.

Ainda, salienta-se que outra importante mudança trazida pelo paradigma pós-positivista é a maior preocupação com os chamados casos difíceis, assim como, de importante também se destaca a teoria que estabelece princípios de justiça que possam regular a vida em comum de indivíduos que estão profundamente divididos em suas concepções de bens,

sempre buscando a justiça social e igualitária entre as partes, com atenção especial aos denominados carentes ou hipossuficientes.

Isto tudo, porém, se preocupando em amadurecer os denominados "princípios da justiça", que na concepção de John Rawls funciona quando os componentes de uma sociedade escolhem determinados princípios a serem aplicados na estrutura básica da sociedade.

Ex positis, torna-se cristalino que John Rawls, com um novo paradigma filosófico-jurídico, contribui significativamente para teoria do pós-positivismo - dentro de um Estado de pós-modernidade (era contemporânea), como uma terceira via diferenciando do jusnaturalismo e do legalismo praticado pelo positivismo (que, como dito também tem suas qualidades, tal como a segurança jurídica e a ordem estatal), haja vista que de fato, conseguiu extrair do conceito de justiça a idéia da posição original, que é fundamental e necessária para a escolha dos princípios de justiça, que determina uma sociedade bem ordenada e, por conseguinte, a realização da justiça com a necessária equidade.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A nova interpretação constitucional**: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas. 2° Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

CAPEZ, Fernando, et al. **Curso de direito constitucional.** 3° Ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

COMTE, Augusto; **Discurso sobre o espírito positivo.** Tradução: Antônio Geraldo da Silva. São Paulo: Editora Escala, [19--].

DA SILVA, José Afonso; **Curso de direito constitucional positivo**. 23° Ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2004.

DALLARI, Dalmo de Abreu; **O poder dos juízes**. 2° Ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

FAGÚNDEZ, Paulo Roney Ávila; **Direito e taoísmo**. Elementos para compreensão do sistema jurídico à luz do Princípio Único Universal. São Paulo: Editora LTr, 2004.

FINALIDADES DO ESTADO MODERNO. Artigo Científico. Disponível pela Universidade Estádio de Sá, na disciplina "Teoria do Estado", do Curso de Pós-Graduação em Direito Constitucional, acesso em 20.06.2008.

JOHN RAWLS E A VIRADA PARA UMA NOVA ERA NO PENSAMENTO JURÍDICO-POLÍTICO. Texto da disciplina "Filosofia do Direito", do Curso de Pós-Graduação em Direito Constitucional, da Universidade Estádio de Sá, com acesso em 30.03.2009.

KELSEN, Hans; **Teoria pura do direito.** Tradução: João Baptista Machado. 6° Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LIRA FILHOa, Roberto; **O que é Direito**. São Paulo: Brasiliense, 2002.

LYRA FILHOb, Roberto. **O Direito que se ensina errado.** Brasília: Centro Acadêmico de Direito da UnB, 1980.

MAQUIAVEL; **O príncipe**. Com as notas de Napoleão Bonaparte. Tradução: J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 3° Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

MENDONÇA, Paulo Roberto Soares; **A argumentação nas decisões judiciais**. 2° Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MONTESQUIEU; Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis**: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes, presidencialismo versus parlamentarismo. Introdução, tradução e notas de: Pedro Vieira Mota. 6° Ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

MORAES, Alexandre de; **Direito constitucional.** 19° Ed. São Paulo: Atlas, 2006.

PERELMAN, Chaim; **Ética e direito**. Tradução: Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

O ESTADO PÓS-MODERNO. Artigo Científico. Disponível pela Universidade Estádio de Sá, na disciplina "Teoria do Estado", do Curso de Pós-Graduação em Direito Constitucional, acesso em 20.06.2008.

PÓS-POSITIVISMO. Artigo Científico. Disponível Universidade Estádio de Sá, na disciplina "Filosofia do Direito", do Curso de Pós-Graduação em Direito Constitucional, com acesso em 30.03.2009.

PÓS-POSITIVISMO COMO UMA TERCEIRA VIA AO POSITIVISMO JURÍDICO E AO JUSNATURALISMO. Texto da disciplina "Filosofia do Direito", disponível pela Universidade Estádio de Sá, do Curso de Pós-Graduação em Direito Constitucional, com acesso em 30.03.2009.

PILON, Almir José, **Liberdade e Justiça - Uma introdução à filosofia do direito em Kant e Rawls**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

REALE, Miguel; **Filosofia e teoria política**: Ensaios. São Paulo: Saraiva, 2003.

TRÊS PRESSUPOSTOS BÁSICOS DA SUA FILOSOFIA MORAL, POLÍTICA E JURÍDICA. Artigo Científico. Disponível pela Universidade Estádio de Sá, na disciplina "Filosofia do Direito", do Curso de Pós-Graduação em Direito Constitucional, com acesso em 30.03.2009.