

O CAMINHO ATÉ O PÓS-POSITIVISMO

Gabriel Dolabela Rangel

Doutorando em Sociologia e Direito pela Universidade Federal Fluminense, Mestre em Direito pela Universidade Gama Filho, Pós-Graduado (LLM) em Litigation pela Fundação Getúlio Vargas, Graduado em Direito pela Universidade Candido Mendes.

Pedro Hermílio Villas Bôas Castelo Branco

Professor Adjunto do Instituto de Estudos Sociais e Políticos (IESP) da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Veiga de Almeida (UVA). Doutor em Ciência Política pelo Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro (antigo IUPERJ, atual IESP-UERJ), em 2009. Bolsa sanduíche (Instituto de Ciência Política Otto Suhr) na Freie Universität Berlin (Universidade Livre de Berlim), na Alemanha.

Recebido em: 05/03/2020

Aprovado em: 12/03/2020 e 13/05/2020

RESUMO: O presente trabalho visa a esclarecer como se deu o desenvolvimento teórico e histórico do direito, para se chegar até o atual cenário do pós-positivismo, que é teoria pouco compreendida na doutrina brasileira.

PALAVRAS-CHAVE: Pós-positivismo; Positivismo; Teoria do Direito; Direito e Moral

ABSTRACT: This paper aims to clarify how the theoretical and historical development of law took place, to reach the current scenario of post-positivism, which is a theory little understood in Brazilian doctrine.

KEYWORDS: Post-positivism; Positivism; Theory of law; Law and Moral

INTRODUÇÃO

É sustentado atualmente por grande parte da doutrina brasileira que o paradigma do positivismo jurídico, que por muito tempo estabeleceu um modelo de discurso axiomático-dedutivo do direito amplamente aceito, teria sucumbido, dando lugar a um novo modelo, que se convencionou chamar de “pós-positivismo”. Não é raro ver a doutrina afirmar que o positivismo jurídico seria uma visão teórica ultrapassada, que faria do juiz a boca do legislador, sendo retrógrada, pregando a legalidade levada ao extremo, tendo, assim, o condão de legitimar atrocidades. (BARROSO, 2009, p. 242)

Estabeleceu-se, assim, sobretudo no período posterior à Segunda Guerra Mundial, um mosaico de críticas ao positivismo — algumas inclusive injustas (DIMOULIS, 2006, p.45) — e, como resposta, tenta-se um novo modelo de aplicação do direito, com o reconhecimento de que elementos axiológicos como justiça e moral penetram na célula da aplicação jurídica, o que até então era negado. Em outras palavras, a acepção formalista do direito alicerçada em um raciocínio lógico-dedutivo perdeu espaço e, a partir daí, muitos autores passaram a buscar responder inquietações teóricas, tentando reaproximar o direito de noções como a moral e a justiça. Cunhou-se, pois, apressadamente, a expressão “pós-positivismo”, a fim de rotular esse movimento difuso de autores que tentam revisitar a teoria do direito em oposição ao positivismo jurídico.

No presente trabalho, tentar-se-á traçar o caminho percorrido pela teoria clássica do direito até se chegar a esse cenário pós-positivista. Dada a complexidade do tema, o presente artigo se cingirá a apenas alguns aspectos e a um limitado apanhado de autores que versam sobre o assunto. Tentaremos esclarecer em termos gerais como se deu a ascensão e a queda do positivismo jurídico, sem pretensão de completude do tema.

A VITÓRIA DO POSITIVISMO JURÍDICO

O *jusnaturalismo* é a orientação jurídica e filosófica que reconhece a existência de um direito natural, ou seja, a existência de valores que não

emanam do Estado e que seriam vigentes em qualquer época e lugar. Como diz Juan Manuel Teran, “el derecho natural es aquel que existe para todo tempo y todo lugar, universal y necessário”. (TERAN, 1974, p. 225) A acepção de direito positivo surge justamente em um primeiro momento como contraposição ao direito natural, em uma busca de codificação do direito, a fim de se estabelecer clareza, unidade e segurança.

No período anterior às revoluções liberais do século XVIII, tinha-se Estados absolutistas, com uma confusão arbitrária entre o direito, a vontade do monarca e a divindade. Nesse contexto, a concepção de direito natural se mostrou fundamental fator para impulsionar as revoluções liberais que, alicerçadas na justificativa da existência de direitos inerentes à condição humana, romperam com esses modelos absolutistas e limitaram o poder do Estado. Todos os autores idealizadores da acepção de contrato social, como Hobbes, Locke e Rousseau, valeram-se da ideia de um estado de natureza, de direitos existentes antes da atividade humana, para justificar a necessidade de um contrato social. A afirmação da existência de direitos anteriores à formação do Estado foi, sem dúvidas, o argumento indispensável para exigir a limitação da atuação de arbitrariedades dos Estados. (BOBBIO, 2004, p. 15)

Como observou Carl Schmitt, o estado de natureza foi fundamental às teorias de transição. Aqueles autores que partiam de uma visão “boa” da natureza humana, defenderam um Estado liberal, sem intervenções na vida privada. Já os autores que partiam de um estado de natureza de homens perversos, tenderam para um Estado mais sólido, intervencionista. (SCHMITT, 2009, p. 65)

Nesse contexto, por mais curioso que possa parecer, ocorre uma espécie de superação histórica do direito natural, com o início do processo de codificação do direito, na busca de estabelecer, como já dito, clareza, unidade e segurança. O “êxito” do direito natural em justificar as revoluções liberais, significou também a sua morte, pois os novos Estados passaram a consagrar esses direitos em diplomas legais. (LIMA, 2000, p. 181) Pode-se dizer que positivismo-jurídico, já nesse contexto, torna-se marco do pen-

samento do direito na modernidade, uma vez que a própria concepção de Estado de Direito moderno nasce na forma de Estado Legislativo, com uma ansiedade pela afirmação do direito válido, posto por autoridade competente. (FERRAJOLI, p. 422-423)

No processo de codificação, outra corrente ganha projeção e merece aqui destaque: a escola que passou a ser chamada de “histórica”. Seu principal nome foi o do alemão Savigny. O que inspirava essa escola era o sentimento de tradição, um apego ao passado para elucidar o presente e motivar o futuro. De tal sorte, o direito não seria um mero produto racional, seria fruto da história peculiar de cada povo. Haveria uma irracionalidade e concretude nessa história do povo que se contrapõe ao racionalismo abstrato até então sustentado pelo direito natural. Savigny, em especial na segunda fase de sua obra, não aceitava a existência de um direito único, igual para todos os tempos e lugares, uma vez que o pensamento jurídico vive acompanhando os fenômenos sociais: daí suas críticas ao direito natural. (LARENZ, 1969, p. 3-4)

De volta ao positivismo jurídico, é de se dizer que tal corrente ganhou notoriedade com as codificações paulatinas na Europa e com os novos teóricos do direito que surgiram a partir daí. Em seguida, alguns estudiosos passam a buscar estabelecer rigor epistemológico ao direito, em uma tentativa de estabelecer uma verdadeira “ciência do direito”. Ou seja, apresentou-se o positivismo jurídico nesse contexto como uma tentativa ontológica e epistemológica de estabelecer o direito como uma verdadeira ciência, com rigor na formação de suas conclusões.

John Austin, autor inglês, costuma ser mencionado com um dos mais importantes autores nesse aspecto. Concentrou seus estudos nas ideias de “comando”, “soberano” e “hábitos de obediência”, para tentar explicar a chave da teoria do direito. Em sua visão, o estudo da ciência jurídica teria por objeto o direito positivo, que seria referência às leis impostas por superiores políticos a seus súditos, espécies de ordens. (SGARBI, 2009, p. 2-4) Ou seja, seria o direito positivo constituído pelos comandos emanados pela au-

toridade soberana representativa do Estado, numa sociedade política independente. (AUSTIN, 1972, p. 220)

O autor mais lembrado, contudo, ao se falar em positivismo jurídico, é o austríaco Hans Kelsen, cuja obra representou uma versão mais elaborada do pensamento normativista. Sua preocupação central também era de alçar o direito ao *status* científico, de modo que postula, na “Teoria Pura do Direito”, objetividade do direito e que o Estado, com força coativa e imperatividade, seja sua fonte exclusiva. (KELSEN, 2006) Nesse sentido, ao aplicar o direito, não deveria haver qualquer juízo de valor de seu conteúdo, mas somente uma análise da validade da norma. Como consequência, não seria possível qualquer discussão acerca de justiça e moral. O nome Teoria Pura do Direito decorre justamente dessa postura, isto é, do entendimento de que o direito é a norma, desvinculada de quaisquer outras áreas do saber, tais como a filosofia, a sociologia, a moral, etc. Em outros termos, a “pureza” da teoria do direito estaria na não interferência de outros campos de conhecimento. Elementos políticos, religiosos, sociais e éticos, por exemplo, deveriam ser alijados do campo jurídico.

“Validade” expressaria o fato de a norma existir e, por esse singelo fato, ser juridicamente obrigatória. Essa norma seria o único parâmetro para dizer se determinado ato é lícito ou ilícito. Em outras palavras, o que vai dizer se algo é ilícito ou não é a interpretação da norma jurídica e não a facticidade que envolve o ato. O que faria o “matar alguém” ser homicídio seria sua tipificação no Código Penal. O que faria o contrato ser contrato seria o Código Civil. São fatos objetivos que satisfazem as condições da norma jurídica. Desse entendimento, nasce uma importante distinção feita por Kelsen entre “ser” e “dever ser”.

Todo comando seria um fim em si mesmo, sendo que, para ser cumprida, a norma seria dotada de sanção, criando uma coação psíquica, buscando, em última análise, a paz social. Ademais, toda conduta humana seria regulada: todos os atos humanos ou seriam proibidos pela norma — ilícitos, portanto, — ou seriam regulados de maneira negativa, sendo lícitos por não

serem proibidos. Toda conduta seria, portanto, prevista em norma, ainda que de maneira negativa.

Kelsen assevera que o direito regula sua própria criação, sendo que, ao mesmo tempo, toda criação do direito é uma aplicação do direito. Por exemplo, no momento em que o legislador cria leis, ele cria o direito e aplicando o direito, uma vez que respeita a Constituição e cria uma norma. De igual modo, quando o juiz julga, está criando o direito (criando uma norma individual) e está aplicando o direito com base em normas superiores. É seguida uma lógica piramidal: norma individual (decisão judicial), com fundamento em uma lei, que tem fundamento na Constituição, que, por fim, se fundamenta na norma hipotética fundamental. Essa última norma, por sua vez, por ser pouco explicada, acaba sendo um ponto de irracionalidade da obra kelseniana. (KELSEN, 2006)

Certo é que o austríaco, pela busca de um rigor epistemológico capaz de levar o direito à categoria de ciência, entende que justiça e moral não são elementos constitutivos do direito (KELSEN, 2006, p. 50), o que, mais adiante, mostrou-se o maior fator de críticas.

O ROMPIMENTO COM O POSITIVISMO JURÍDICO

O positivismo jurídico alcançou certa hegemonia no pensamento jurídico, o que fica claro ao se verificar que o que chamamos de “direito” na atualidade é o direito positivo, enquanto sistema normativo vigente em determinada época e determinado lugar, sendo certo que a ideia de direito natural passou a ser tratada mais como uma questão filosófica do que propriamente jurídica. (BOBBIO, 2006, p. 26) No entanto, diversos aspectos dessa escola positivista passaram a ser objeto de severas críticas, sobretudo no período que sucedeu a Segunda Guerra Mundial.

As críticas principais enfrentam a separação completa entre direito, moral e justiça. O positivismo pregou a cisão entre direito e justiça, pois, em caso contrário, haveria uma autorização para que todos desobedecessem a lei invocando a justiça, o que acarretaria a falta de segurança jurídica. Ro-

bert Alexy rebateu tal afirmação, argumentando que não deve ocorrer uma anarquia e desobediência legal, mas apenas uma busca de justiça em casos de injustiça extrema:

“Se, além disso, parte-se do julgamento que cada um faz da justiça para autorizar a todos que desobedeçam às leis, o argumento da segurança jurídica se reforça, transformando-se em argumento de anarquia. Mas não há necessidade de dar continuidade a essa ideia, pois nenhum não positivista que se preze defende tais pontos de vista. Aqui, trata-se apenas de saber se um conceito de direito, que não desconsidera o caráter jurídico em todos os casos de injustiça, mas somente naqueles de uma injustiça extrema, põe em risco a segurança jurídica. A resposta deve ser negativa.” (ALEXY, 2011, p. 63)

Há, ainda, uma tentativa da doutrina brasileira de demonstrar um fracasso histórico do positivismo jurídico, por ter legitimado barbaridades em certas passagens. Afirma-se que a reverência à legalidade, sem atenção à justiça e à moral, teriam sido o argumento para legitimar atrocidades. Nesse sentido, por exemplo, afirma Luis Roberto Barroso:

“A decadência do positivismo é emblematicamente associada à derrota do fascismo na Itália e do Nazismo na Alemanha. Esses movimentos políticos e militares ascenderam ao poder dentro do quadro de legalidade vigente e promoveram a barbárie em nome da lei. Os principais acusados em Nuremberg invocaram o cumprimento da lei e a obediência a ordens emanadas da autoridade competente. Até mesmo a segregação da comunidade judaica, na Alemanha, teve início com as chamadas leis raciais, regularmente editadas e publicadas. Ao fim da Segunda Guerra Mundial, a ideia de um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos e da lei como uma estrutura meramente formal, uma embalagem para qualquer produto, já não tinha aceitação no pensamento esclarecido.” (BARROSO, 2009, p. 242)

Igualmente afirmam Daniel Sarmento e Cláudio Pereira de Souza Neto:

“A ascensão do partido nazista ao poder, por exemplo, ocorreu pelos meios previstos na Constituição de Weimar. Chegando ao poder, os nazistas utilizaram o Direito como instrumento para a imposição de políticas repressivas e discriminatórias. A Ciência do Direito que simplesmente descrevesse esse ordenamento jurídico, deixando de se pronunciar sobre a extrema injustiça de seu conteúdo, podia ser condenada como omissa, quando a afirmação política do Estado de Direito era demandada em todos os níveis, mesmo no da teoria do Direito. Perante a dramática irracionalidade do Direito e do Estado, se tornava completamente inadequada a concepção segundo a qual apenas a análise objetiva do fenômeno jurídico poderia ser validada como racional.” (NETO, 2014, p. 200)

Sobre esse ponto, entendemos ser indispensável ressaltar imprecisão histórica dos aludidos autores. Parece haver, em verdade, uma tentativa de se caricaturar o positivismo jurídico. Com efeito, os nazistas também invocavam valores, justiça e moral. Afirmaram a justiça e moral das diretrizes nazistas e do grupo no poder. (DIMOULIS, 2006, p. 261) O regime nazista na Alemanha buscou uma estrutura jurídica contrária ao positivismo jurídico, em verdade. Não custa chamar a atenção ao fato de que o próprio Hans Kelsen, principal nome do positivismo jurídico, era judeu e foi perseguido pelo movimento nazista. Por outro lado, os juristas partidários do nazismo dedicaram parte de sua obra a criticar o positivismo. Cite-se como exemplo Carl Schmitt (2007), autor alemão, que, no período de ascensão do nazismo na Alemanha, almejava ser o grande pensador do Terceiro Reich, de maneira que teve grande enfoque em legitimar os poderes do *Reich*. (CASTELO BRANCO, 2011, p. 5) Além disso, travou intenso debate com Kelsen sobre quem deveria ser o “Guardião da Constituição”, desenvolveu extensa obra apontando falhas ao sistema positivista, criando uma corrente de pensamento designada, em oposição à norma fundamental

kelseniana, por “decisionista”, na qual a decisão funcionaria como o último fundamento de validade do sistema jurídico.

Outro aspecto do positivismo jurídico muito criticado é o fato de, em certa medida, ignorar a contingência da realidade empírica. O positivismo jurídico parte da ideia de que o texto legal preveria todas as situações futuras, o que, à evidência, é impossível (LUHMANN, 1980). Lênio Luiz Streck chega a dizer que:

“[...] se fosse possível uma lei (um texto jurídico) prever todas as hipóteses de aplicação, estar-se-ia diante do fenômeno da entificação metafísica dos sentidos. Seria, pois, a invenção da ‘regra fundamental’ ou ‘regra perfeita’, uma vez que entre texto e sentido do(s) texto(s) não haveria qualquer tipo de tensão.” (STRECK, 2006, p. 332)

Talvez a principal crítica nesse aspecto tenha partido do americano Ronald Dworkin. Esse autor alvejou o positivismo jurídico, em especial a doutrina de Hart, fazendo uma distinção entre princípios e regras, apontando que os princípios seriam uma diretriz, uma razão que conduziria o argumento a uma determinada direção, sendo observado pelo intérprete como uma exigência de justiça e moral, ao contrário das regras (dogma positivista), que seriam aplicadas à maneira do tudo ou nada. (DWORKIN, 2010, p. 46.)

Na ótica de Dworkin, em casos difíceis (*hard cases*), o conflito não pode ser subsumido a uma norma jurídica estabelecida previamente por alguma instituição, de maneira que aí residiria uma insuficiência do positivismo. Para solucionar essas hipóteses de *hard cases*, o autor propõe correlação entre direito, princípios, moral, política e até mesmo economia. Essa crítica inicialmente foi dirigida à Hart, pois esse autor, em uma espécie de positivismo jurídico moderado, afirmava a necessidade de aplicação rígida e fria da norma jurídica. Em casos de ausência de norma jurídica aplicável, no entanto, caberia ao juiz julgar discricionariamente, criando o direito no caso concreto. (HART, 1986) Em outras palavras, para Hart, deveria ser usada

uma lógica relativa a antecedentes até que houvesse uma lacuna, momento em que se muda a lógica para a discricionariedade.

Dworkin rejeita a saída da discricionariedade. Para ele, ao julgar esses *hard cases*, o juiz poderia usar argumentos de princípio ou argumentos políticos; no entanto, na visão do autor, “devem ser, de maneira característica, gerados por princípios e não políticas”, isso porque:

“[...] um argumento de princípio estipula alguma vantagem apresentada por quem reivindica o direito que o argumento descreve, uma vantagem cuja natureza torna irrelevantes as sutis discriminações de qualquer argumento de política que a ela se pudesse opor. Assim, um juiz que não é pressionado pelas demandas da maioria política, que gostaria de ver seus interesses protegidos pelo direito, encontra-se, portanto, em melhor posição para avaliar o argumento.” (DWORKIN, 2010, p. 129-134)

A percepção do direito como sistema estático de regras era rejeitada por Dworkin, em especial por força da existência desses casos difíceis, que, na visão do autor, não deveriam ser solucionados na fórmula de Hart. É que o juiz criar o direito no caso concreto seria inaceitável, uma vez que haveria a criação de normas retroativas, sem a participação democrática. A solução, portanto, seria a aplicação de princípios. Nesse aspecto, o autor americano pregará a aproximação de moral e direito, reconhecendo a juridicidade de certos valores morais, e buscando introduzir uma razoabilidade filosófica e moral na estrutura do direito.

Certo é que, além dessas críticas, o positivismo jurídico sofreu diversas outras, que, somadas, importaram em uma tentativa de superação de seu modelo. É bem verdade que existem inúmeros teóricos que ainda defendem o positivismo jurídico e repensam os pontos objetos de críticas. De igual quilate, é certo que, não raras as vezes, as críticas são feitas simplesmente ao “positivismo jurídico”, desconsiderando as suas inúmeras vertentes e os inú-

meros autores diferentes que se dizem positivistas, isto é, há um evidente reducionismo, a fim de se criar um inimigo facilmente combatível.

É corriqueiro notar que os críticos chamem a atenção para o fato de o positivismo subordinar o direito à lei, ao reduzir o juiz “a boca do legislador”. Isso é uma crítica deveras injusta. Somente defenderam isso as versões positivistas mais primitivas, como da Escola da Exegese, que teve seu apogeu em meados de 1830 e declínio de 1880 em diante, tendo como seus principais expoentes autores franceses como Alexandre Duranton, Charles Aubry e Frédéric Charles Rau. (BOBBIO, 2004, p. 84) Essa vertente positivista realmente sustentou a necessidade de a interpretação da lei ser alicerçada na intenção do legislador. Partia da compreensão de que o único direito seria aquele contido na lei, compreendido como manifestação escrita da vontade do Estado.

As versões mais contemporâneas, como a kelseniana, deram maior abertura ao tema. Kelsen sustentou que a norma jurídica funcionaria como uma moldura, sendo que, dentro dela, haveria várias possibilidades de decisões judiciais, que configurariam normas individuais. Era reconhecido um campo de discricionariedade do juiz dentro da moldura:

[...]“O Direito a aplicar forma, é uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme ao Direito todo ato que se mantenha dentro deste quadro ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível.” [...]

“[...] uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que – na medida em que apenas sejam aferidas pela lei a aplicar – têm igual valor, se bem que apenas uma delas se torne Direito positivo no ato do órgão aplicador do Direito – no ato do Tribunal, especialmente. Dizer que uma sentença judicial é fundada na lei, não significa, na verdade, senão que ela se contém dentro da moldura ou quadro que a lei representa – não significa que ela é a norma individual, mas

apenas uma das normas individuais que podem ser produzidas dentro da moldura da norma geral.” [...]. (KELSEN, 2006. p. 390/391)

De mais a mais, o fato é que os teóricos do direito, em sua grande dimensão, preferem sustentar a superação ou, ao menos, um forte esvaziamento do positivismo jurídico. Mais do que isso. Alguns autores decretam de modo arbitrário o fim do positivismo. Novas teorias do direito passam a ganhar coro.

PÓS-POSITIVISMO: UM CONCEITO DESCONHECIDO

Derrubados os pilares do positivismo jurídico, de maneira apressada e pouco cuidadosa, passou-se a falar em “pós-positivismo”. Inicialmente, vale a ressalva de que essa expressão não parece exata do ponto de vista cronológico, uma vez que muitas das teorias apontadas como pós-positivistas são anteriores a teorias positivistas mais recentes. (DIMOULIS, 2006, p. 51). No entanto, parece, com essa denominação, ter sido satisfeita a necessidade patológica da doutrina por rótulos. Não parece haver uma compreensão unânime do que seria o pós-positivismo. Pode-se, como fez Albert Calsamiglia (1998), espremer as teorias críticas do positivismo jurídico em dois pontos nodais, a saber: os limites do direito; e a relação entre direito e moral. Mas ainda assim não se chegará a uma compreensão exata e bem definida do que seria efetivamente o pós-positivismo.

De todo modo, das críticas doutrinárias ao positivismo, encara-se o pós-positivismo como um esforço de dissipação do normativismo, sem um retorno à metafísica do jusnaturalismo, valorizando a aplicação direta de princípios, bem como o uso de uma nova dinâmica hermenêutica, que, em última análise, visa a aproximar o texto da lei à moral e ao sentimento geral de justiça. Guilherme Sandoval Góes sintetiza o pós-positivismo como:

“[...] a superação da racionalidade linguístico-subsuntiva ligada ao texto da norma que cede à racionalidade discursiva

associada à dimensão retórica das decisões judiciais. Agora, a normatividade do Direito não se atrela tão somente ao conteúdo da norma em abstrato, mas, também, ao grau de aceitabilidade da norma-decisão pela consciência epistemológica da comunidade aberta de intérpretes da Constituição”. (CAL-SAMIGLIA, 1998, p. 210).

Passa-se a reconhecer que elementos axiológicos como justiça e moral integram o direito. Quando da tomada de decisões, como consequência, em casos de complexidade, o magistrado poderá ter argumentos favoráveis aos dois lados. Não sendo a norma jurídica o único elemento capaz de solucionar a controvérsia, caberá ao juiz valer-se de outros elementos que podem ser condensados na ideia de juízo de valor. (PERELMAN, 2004, p. 89) Para além dos elementos normativos, o julgador se valerá de princípios, valores morais, direitos fundamentais de grande abertura semântica e técnicas arrojadas de hermenêutica.

Luciene Del Ri afirma sobre o tema que o pós-positivismo:

“[...] 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.” (DAL RI, 2018, p. 3-24)

Portanto, ficam disponíveis ao aplicador de direito um enorme mosaico de opções de técnicas e recursos no exercício de seu mister, sem qualquer necessidade de reverência à normatividade. No entanto, quando da tomada de decisão, será necessário um maior esforço argumentativo e retórico, a fim de demonstrar o caminho percorrido para se chegar àquela solução. Passa a ser indispensável a busca por legitimação das decisões, com sua aceitação pelo jurisdicionado e pelo tecido social.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O positivismo jurídico, que estabeleceu uma acepção formalista do direito alicerçada em um raciocínio lógico-dedutivo, passou por um momento de erosão após a Segunda Guerra Mundial. Malgrado muitas críticas sejam injustas, a partir desse marco temporal, o positivismo jurídico ocupou o banco dos réus, sendo rotulado como teoria do direito ultrapassada. Em um movimento apressado, surgem novas e arrojadas teorias visando a reaproximar o direito de noções como a moral e a justiça, sem que isso significasse um retorno à metafísica do direito natural. Esse movimento, dada a necessidade irracional de rótulos, passou a ser apelidado de “pós-positivismo”, com a inclusão do prefixo “pós”, na tentativa de atestar a nova concepção do direito superadora, que rompe com o formalismo, adequando-se à complexidade da realidade empírica.

Ocorre uma transição brusca a um novo cenário, em que o julgador passa a ser municiado de diversos recursos de aplicação do direito, para muito além da lei. Há uma reconciliação entre direito e valores, bem como uma hipertrofia da importância dos princípios. No presente trabalho, tentou-se, em curtas linhas, demonstrar o caminho percorrido para essa transição.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Conceito e Validade do Direito*. Tradução Gercélia Batista de Oliveira Mendes. 2ª Tiragem. São Paulo. Martins Fontes, 2011.

AUSTIN, John. *Lectures on Jurisprudence*, vol 1, John Murray, London, 1972.

BARROSO, Luis Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 1ª Edição. Rio de Janeiro. Saraiva, 2009.

BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e Democracia*. Tradução Marco Aurélio Nogueira. São Paulo. Editora Brasiliense, 2004.

CALSAMIGLIA, Albert. *Postpositivismo*. Barcelona. Doxa.n° 21. VI, 1998.

CASTELO BRANCO, Pedro H. Villas Bôas. *Secularização Inacabada: política e direito em Carl Schmitt*. Curitiba, Appris, 2011.

DAL RI, Luciene; GRIS, Anna Christina. *A Função do Direito e o Pós-positivismo jurídico*. DIREITO EM DEBATE, v. 27, p. 3-24, 2018.

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

DWORKIN, Ronald, *Levando os Direitos a Sério*, tradução Nelson Boeira, 3ª Edição, São Paulo, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. *O Estado de Direito entre o passado e o futuro*. In COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. O ESTADO DE DIREITO: história, teoria e crítica. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo. Martins Fontes. 2006.

GÓES, Guilherme Sandoval, *Neoconstitucionalismo e Dogmática Pós-Positivista* In BARROSO, Luis Roberto. *A Reconstrução Democrática do Direito Público no Brasil*, Rio de Janeiro, Renovar, 2007.

HART, Hebert, *O Conceito de Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986.

KELSEN. Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução João Baptista Machado. 7ª Edição. São Paulo. Martins Fontes, 2006.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Tradução: José de Sousa e Brito e José António Veloso. 2ª Edição. Lisboa. Fundação Calouste Gulbenkian, 1969.

LIMA, Viviane Nunes Araújo, *A saga do Zangão: uma visão sobre o direito natural*, Rio de Janeiro, Renovar, 2000.

LUHMANN, N. *Legitimação pelo procedimento*. Tradução: Maria da Conceição Corte Real. Brasília. UNB. 1980.

NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2ª Edição. Belo Horizonte. Editora Fórum, 2014.

PERELMAN, Chaim. *Retóricas*. 2ª Edição. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo, Editora Saraiva, 2004.

SCHMITT, Carl, *O Conceito do Político: Teoria do Partisan*, Tradução Geraldo de Carvalho, Belo Horizonte, Editora Del Rey, 2009.

_____. *O Guardião da Constituição*. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte, Del Rey, 2007.

SGARBI, Adrian. *Clássicos da Teoria do Direito*. 2ª Edição. Rio de Janeiro. Lumenjuris. 2009.

STRECK, Lênio Luiz, *Interpretar e Concretizar: em busca da superação da discricionabilidade do positivismo jurídico* In: *Olhares Hermenêuticos sobre o Direito em busca de sentido para os caminhos do jurista*, 1ª Edição, Editora Unijuí, 2006.

TERAN, Juan Manuel, *Filosofia Del Derecho*, México D.F., Editora Porrúa S.A., 1974.