

## POSITIVISMO E PÓS-POSITIVISMO NO BRASIL: TEORIA DO DIREITO PARA ALÉM DO ANTIPOSITIVISMO IDEOLÓGICO

Tiago Lopes Mosci<sup>1</sup>

### Resumo

O artigo propõe uma reflexão sobre as críticas direcionadas ao positivismo jurídico que têm sido feitas no Brasil por autores que se auto denominam pós-positivistas. Para isso, propõe-se: (i) examinar os fundamentos que penso estarem na base destes ataques ditos *pós-positivistas* ao positivismo jurídico, na tentativa de esclarecer alguns pontos que permanecem obscuros; (ii) mostrar que este movimento que se convencionou chamar, no Brasil, de pós-positivismo é, na verdade, um antipositivismo que não se sustenta diante de uma definição consistente do positivismo jurídico e de suas principais teses; e (iii) argumentar que é possível ir além de um antipositivismo ideológico e contribuir efetivamente para a solução dos problemas não resolvidos pelo positivismo jurídico simplesmente compreendendo de forma adequada quais são estes problemas.

**Palavras-chave:** Positivismo Jurídico; Pós-positivismo Jurídico; Neoconstitucionalismo; Antipositivismo Ideológico; Legitimidade.

### Abstract

The paper proposes a reflexion on the criticisms of legal positivism that have been made in Brazil by authors who call themselves postpositivists. In this way, it is proposed: (i) to examine the fundamentals that I believe are the basis of these postpositivist attacks on legal positivism, in an attempt to clarify some points that remain obscure; (ii) to show that this movement that in Brazil has been called postpositivism is, in fact, an antipositivism that does not stand up to a consistent definition of legal positivism and its main theses; and (iii) to argue that it is possible to go beyond an ideological antipositivism and effectively contribute to the solution of the problems unresolved by legal positivism simply by properly understanding what these problems are.

**Key-words:** Legal Positivism; Legal Postpositivism; Neoconstitucionalism; Ideological Antipositivism; Legitimacy.

## 1. INTRODUÇÃO

No livro *Contextos da Justiça*, o filósofo alemão Rainer Forst analisou a fundo um dos mais importantes e acirrados debates travados no âmbito da Teoria Política no último quarto

---

<sup>1</sup> Doutor e Mestre em Teoria do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC-MG, Professor do Curso de Direito da Faculdade da Saúde e Ecologia Humana (FASEH), Advogado.

MOSCI, Tiago Lopes. Positivismo e Pós-Positivismo no Brasil: Teoria do Direito para além do Antipositivismo Ideológico. pp. 63-77

do século passado e observou que, a despeito da existência de divergências teóricas fundamentais entre comunitaristas e liberais, boa parte da controvérsia não decorre propriamente de divergências teóricas, mas da falta de clareza e precisão conceitual acerca do objeto da disputa. Isso ocorre, em grande medida, porque os termos *liberalismo* e *comunitarismo* aglutinam muitas teorias que não são homogêneas. Assim, Forst suspeita que a definição preliminar das teses centrais de cada uma dessas correntes e dos principais pontos sobre os quais elas divergem mostrará que essas matrizes têm mais em comum do que aparentam ter, e que as posições centrais de cada uma delas não são inconciliáveis.<sup>2</sup>

No plano da Teoria do Direito, a observação de Forst parece bastante pertinente no atual estágio do debate jusfilosófico no Brasil, que alguns autores denominam *pós-positivista*. Em estudo dedicado ao tema, Trivisonno observa que, por um lado, não há, até o presente momento, uma definição clara do que seja o pós-positivismo, seu conceito e suas principais teses; e, por outro lado, não há uma compreensão adequada, por parte daqueles que se autodenominam *pós-positivistas*, acerca do que seja o positivismo, suas principais características, quais delas merecem ser incorporadas e o que precisa ser superado.<sup>3</sup>

Nesse contexto, o termo *pós-positivismo*, tal como vem sendo utilizado no Brasil, parece aglutinar uma miscelânea de autores, argumentos e suposições que se reúnem em torno de um único ponto de convergência: a negação radical de um positivismo jurídico pouco ou mal definido, que seria ultrapassado e incompatível com as novas exigências do que chamam *direito pós-moderno*, embora também não haja muita clareza acerca do que isso vem a ser.

No presente ensaio, quero (i) examinar os fundamentos que penso estarem na base destes ataques ditos *pós-positivistas* ao positivismo jurídico, na tentativa de esclarecer alguns pontos que permanecem obscuros; (ii) mostrar que este movimento que se convencionou chamar pós-positivismo é, na verdade, um antipositivismo que não se sustenta diante de uma definição consistente do positivismo jurídico e de suas principais teses; e (iii) mostrar que é possível ir além de um antipositivismo ideológico e contribuir efetivamente para a solução dos problemas não resolvidos pelo positivismo jurídico simplesmente compreendendo de forma adequada quais são estes problemas.

---

<sup>2</sup> FORST, Rainer. *Contextos da justiça*. Boitempo: São Paulo, 2009.

<sup>3</sup> TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes. Kant e o pós-positivismo no direito. In: TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes; MERLE Jean-Christophe. *A Moral e o Direito em Kant - ensaios analíticos*. 2. ed., ampl. e atual. - Caxias do Sul, RS: Educs, 2015, p. 213.

MOSCI, Tiago Lopes. Positivismo e Pós-Positivismo no Brasil: Teoria do Direito para além do Antipositivismo Ideológico. pp. 63-77

Se essas premissas se confirmarem, acredito que teremos o ponto de partida para a construção de uma teoria pós-positivista que terá mais em comum com o positivismo do que os antipositivistas de plantão gostariam de admitir.

## 2. ANTIPOSITIVISMO E *REDUCTIO AD HITLERUM*

Trivisonno enumera algumas das teses difundidas por autores brasileiros que compartilham um ideário dito pós-positivista sob diferentes rótulos, tais como *pós-modernidade no direito*, *direito pós moderno*, *neoconstitucionalismo* etc.<sup>4</sup> Vejamos algumas delas:

Para Barroso, o pós-positivismo seria definido a partir de uma *nova hermenêutica*, que atribui aos princípios um *status* de norma jurídica que o positivismo parece ter negligenciado. Na mesma linha, Amorim sustenta que no pós-positivismo os princípios teriam sido alçados de normatividade. Dessa forma, a normatividade dos princípios e seu papel central no sistema jurídico parecem ser os grande traços definidores do pós-positivismo para esses autores.<sup>5</sup>

Já Sarmiento aproxima o pós-positivismo do que denomina um *direito pós-moderno*, caracterizado por uma maior flexibilidade e adaptabilidade às contingências do que o direito coercitivo e sancionatório que seria próprio da modernidade. Nesse novo modelo, ao invés de impor ou proibir condutas, o Estado prefere negociar, induzir, incitar comportamentos, tornando-se o direito mais suave e menos interventor (*soft law*). Ao mesmo tempo, no entanto, a Constituição não poderia abdicar de sua pretensão de impor padrões mínimos de justiça nas relações humanas.<sup>6</sup>

A posição de Streck parece ser a mais radical. Para ele, o positivismo (que denomina ideológico) não seria compatível com o neoconstitucionalismo por sustentar (o positivismo) que o direito positivo, pelo simples fato de ser positivo, é justo e deve ser obedecido em virtude de um dever moral. A inadequação do positivismo diante deste neoconstitucionalismo se revelaria, também, na primazia da lei ordinária sobre a Constituição, nos pressupostos metodológicos, na “incidibilidade” entre texto e norma, além de outras características que atribui ao positivismo.<sup>7</sup>

---

<sup>4</sup> TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes, op. cit, p. 213.

<sup>5</sup> TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes, op. cit, p. 213-214.

<sup>6</sup> TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes, op. cit, p. 214.

<sup>7</sup> TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes, op. cit, p. 214-215.

MOSCI, Tiago Lopes. Positivismo e Pós-Positivismo no Brasil: Teoria do Direito para além do Antipositivismo Ideológico. pp. 63-77

O *pós-positivismo*, então, parece ser definido ora como uma teoria que reconhece e incorpora princípios ao Direito, ora como um sistema mais conciliador e menos coercitivo em relação aos parâmetros vigentes na modernidade, ora como uma teoria refratária a um positivismo que impõe aos cidadãos o dever moral de obedecer a toda e qualquer norma jurídica sob o pressuposto de que a justiça das normas estaria determinada *a priori* pelo seu simples pertencimento ao ordenamento.

Não pretendo, aqui, discutir todas essas ideias, teses e argumentos por vezes confusos, contraditórios e, na minha visão, impossíveis de serem organizados sob a denominação de uma “corrente do pensamento jurídico”. Ao invés disso, vou me concentrar em outra questão: será que todas essas vertentes ditas pós-positivistas possuem algo em comum além de uma aversão apriorística e intransigente em relação a todo e qualquer ponto de vista que possa ser qualificado como positivista? Qual seria a origem desta aversão? Acredito que a resposta para essas perguntas encontra-se na aproximação histórica e infundada entre o positivismo jurídico e os regimes totalitários que se disseminaram pela Europa durante o século XX.

Como observa Dimoulis, uma recorrente acusação formulada contra o positivismo jurídico "é que a visão formalista sobre a validade e a interpretação do direito permite legitimar qualquer vontade política".<sup>8</sup> O positivismo jurídico foi, para muitos, o responsável pelo surgimento do mais bárbaro e sanguinário regime do século XX, o nacional-socialismo, pois foi precisamente a característica avaliativa do direito positivo que permitiu a experiência do Estado totalitário, já que a justiça ou injustiça de suas normas nunca foram questionadas.<sup>9</sup>

Um dos mais implacáveis defensores da tese da fundamentação positivista do totalitarismo foi Radbruch, um filósofo supostamente positivista que, com o advento do Estado alemão nazista, passou a adotar uma posição moralista de conformação do direito à justiça.<sup>10</sup> Na visão de Radbruch o direito encerra três valores a que deve servir, quais sejam, o bem comum, a segurança jurídica e a justiça. Esses valores deveriam se harmonizar, o que, no entanto, a imperfeição humana não consente, de modo que eles estão em constante processo

---

<sup>8</sup> DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. São Paulo: Método, 2006 (Coleção Professor Gilmar Mendes; v.2), p. 257.

<sup>9</sup> A propósito: ALMEIDA, Guilherme Assis de; CHRISTMANN, Martha Ochsenhofer. *Ética e direito: uma perspectiva integrada*. São Paulo: Atlas, 2004, p. 18.

<sup>10</sup> Como apontei em outro estudo, a classificação do pensamento de Radbruch em dois períodos, comumente aceita, é uma questão complexa (MOSCI, Tiago. *O fundamento de validade transcendental do direito: a ética kantiana como superação do positivismo*. 2011. 111 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011, p. 44). O tema foi objeto de excelente pesquisa de Trivisonno e Oliveira, recém publicada (TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes; OLIVEIRA, Júlio Aguiar de. Gustav Radbruch's supposed turn against positivism: a matter of balancing. *A&C - Revista de Direito Administrativo e Constitucional*. v. 18, n. 73 (2018): julho/setembro).

MOSCI, Tiago Lopes. Positivismo e Pós-Positivismo no Brasil: Teoria do Direito para além do Antipositivismo Ideológico. pp. 63-77

de ponderação: "Será, muitas vezes, necessário ponderar se a uma lei má, nociva ou injusta, deverá ainda reconhecer-se validade por amor da segurança do direito; ou se, por virtude da sua nocividade ou injustiça, tal validade lhe deverá ser recusada".<sup>11</sup> Radbruch viveu em permanente conflito em relação à validade ou invalidade de uma lei injusta ou contrária ao bem comum. Inquietava-o a escolha entre a justiça, o bem comum e a segurança jurídica, e o filósofo permaneceu reticente durante a maior parte da vida. O estudo de sua vasta obra revela passagens em que parece sustentar ser a segurança jurídica a principal tarefa do direito,<sup>12</sup> contrastando com outras em que parece sustentar que a lei injusta deve ceder à justiça.<sup>13</sup>

A experiência do nacional-socialismo, contudo, constituiu um grande marco para o pensamento de Radbruch. Vásquez observa que os horrores da guerra provocaram no filósofo uma tal impressão que o obrigaram a repensar o seu anterior positivismo, e essa reflexão o levou a rechaçá-lo, por ver na separação entre o direito e a moral a base em que se apoiou o nazismo para levar a cabo, sob a aparência da legalidade, as maiores injustiças.<sup>14</sup> Isso levou Radbruch a sustentar que uma lei que contrarie os princípios básicos da moralidade, ainda que seja válida, não pode ser direito: "*pode* haver leis tais, com um tal grau de injustiça e de nocividade para o bem comum, que toda a validade e até o caráter de jurídicas não poderão jamais deixar de lhes ser negados".<sup>15</sup> Este foi, para o filósofo, o grande erro do positivismo jurídico: ao pressupor que todo direito pode ser válido, independentemente de seu conteúdo, não se deu conta de que podem haver leis que, por serem tão injustas, perdem o caráter de jurídicas, não podendo ser reconhecidas como direito. Por isso, em seus últimos escritos, Radbruch formulou uma dura crítica ao positivismo jurídico que, para ele, acabou por desaguar na arbitrariedade, fornecendo as bases jurídicas para a maior barbárie já cometida:

Ordens são ordens, é a lei do soldado. A lei é a lei, diz o jurista. No entanto, ao passo que para o soldado a obrigação e o dever de obediência cessam quando ele souber que a ordem recebida visa a prática dum crime, o jurista, desde que há cerca de cem anos desapareceram os últimos jusnaturalistas, não conhece exceções deste género à validade das leis nem ao preceito de obediência que os cidadãos lhe devem. A lei vale por ser lei, e é lei sempre que, como na generalidade dos casos, tiver do seu lado a força para se fazer impor.

Esta concepção da lei e sua validade, a que chamamos *Positivismo*, foi a que deixou sem defesa o povo e os juristas contra as leis mais arbitrárias, mais cruéis e mais

<sup>11</sup> RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. 6. ed. Coimbra: 1997, p. 417.

<sup>12</sup> RADBRUCH, Gustav. *Introdução à ciência do direito*. Tradução Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 25.

<sup>13</sup> RADBRUCH, Gustav. *Arbitrariedad Legal y Derecho Supralegal*. Trad. María Isabel Azaretto de Vásquez. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1962, p. 37.

<sup>14</sup> VÁSQUEZ, María Isabel Azaretto de. Prólogo. In: RADBRUCH, Gustav. *Arbitrariedad Legal y Derecho Supralegal*. Trad. María Isabel Azaretto de Vásquez. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1962.

<sup>15</sup> RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. 6. ed. Coimbra: 1997, p. 417.

MOSCI, Tiago Lopes. Positivismo e Pós-Positivismo no Brasil: Teoria do Direito para além do Antipositivismo Ideológico. pp. 63-77

criminosas. Torna equivalentes, em última análise, o direito e a força, levando a crer que só onde estiver a segunda estará também o primeiro.<sup>16</sup>

A tese segundo a qual a neutralidade axiológica defendida pelo positivismo jurídico constituiu o sustentáculo teórico do nacional-socialismo foi amplamente difundida no momento de desorientação política que se seguiu à queda do regime nazista, em que a maioria dos juristas estava à procura de uma teoria do direito que pudesse condenar a barbárie e evitar a sua repetição. Mesmo aqueles que colaboraram com o regime queriam agora distanciar-se de seu passado, atribuindo sua atuação em prol do nazismo a equívocos teóricos e desejando modificar seus posicionamentos.

Isso talvez explique a aversão de boa parte das teorias jurídicas desenvolvidas após a Segunda Guerra Mundial, e em especial das teorias ditas *pós-positivistas* desenvolvidas no Brasil, a toda e qualquer tese, argumento ou pressuposto a que se possa atribuir o rótulo de positivista. É preciso dizer que esta aversão não resulta em um pós-positivismo, no sentido afirmativo de uma corrente do pensamento jurídico que se propõe a superar os problemas que não puderam ser resolvidos no paradigma da teoria antecessora. Resulta, ao contrário, em um antipositivismo ideológico e acético que tem como único postulado a negação apriorística, peremptória e injusta de qualquer contribuição que o positivismo jurídico possa ter dado à Teoria do Direito. Dimoulis, com referência a Bobbio, descreve este processo como *reductio ad Hitlerum*, explicando-o da seguinte maneira:

O raciocínio aplicado nesses casos é conhecido como *reductio ad Hitlerum*. Quando se pretende rejeitar uma teoria ou visão política, afirma-se que ela foi adotada pelo regime nazista ou, pelo menos, que correspondia à ideologia nazista. Isso permite rejeitar imediatamente essa teoria ou visão política, já que ninguém aceitaria, em nossos dias, defender o pensamento nazista. Temos aqui um artifício retórico que objetiva desqualificar os adversários sem análise da substância. No nosso tema, alega-se que os positivistas aprovam a forma de agir de Hitler. E, já que Hitler encabeçou a pior ditadura do século XX, o positivismo jurídico que se identifica com o nazismo merece a mais firme condenação!<sup>17</sup>

Essa atitude antipositivista, evidentemente, tem muito pouco ou nada a contribuir para a superação dos desafios da Filosofia do Direito de nosso tempo, alguns dos quais apontados pelos próprios antipositivistas declarados. A construção de um projeto verdadeiramente efetivo e inovador perpassa, antes de mais nada, pelo exame crítico e sereno do momento

---

<sup>16</sup> RADBRUCH, Gustav, op. cit, p. 415.

<sup>17</sup> DIMOULIS, Dimitri, op. cit, p. 259-260.

MOSCI, Tiago Lopes. Positivismo e Pós-Positivismo no Brasil: Teoria do Direito para além do Antipositivismo Ideológico. pp. 63-77

anterior (o positivismo jurídico), para que sejam incorporados seus avanços, identificadas suas limitações e diagnosticados os problemas a serem superados.

Nesse sentido, entendo que a crítica de autores como Habermas, Alexy e Goyard-Fabre ao positivismo jurídico oferece um caminho mais viável para a construção de uma teoria *pós-positivista* do Direito. Apesar de existirem diferenças significativas nas abordagens destes autores ao positivismo jurídico, entendo que elas convergem em relação a pelo menos dois aspectos: (i) a proposta de uma leitura adequada do positivismo jurídico, mirando além da simples refutação de suas teses a qualquer custo; e (ii) a identificação da principal fragilidade do positivismo jurídico na ausência de um critério de justificação ou legitimidade para o direito.

Neste breve ensaio, me limitarei a tentar mostrar os problemas e desafios que decorrem da opção positivista por uma teoria meramente descritiva que relega a segundo plano a questão da justificação, o que será feito a partir da perspectiva de Habermas desenvolvida em torno da problemática da legitimidade.

### **3. UMA LEITURA PÓS-POSITIVISTA DO POSITIVISMO JURÍDICO SOB O PRISMA DA LEGITIMIDADE**

A fragilidade da objeção antipositivista ancorada na *reductio ad Hitlerum* foi demonstrada com propriedade por Charles Bahia no artigo *Positivismo Jurídico e Nazismo: a superação do mito*.<sup>18</sup> Dimoulis também enfrentou a questão, concluindo que a tese não convence, pois as mudanças políticas ocorrem muito mais em virtude das lutas políticas e da imposição de interesses de certos grupos sociais, não se baseando em crenças teóricas ou análises sobre a validade de normas jurídicas.<sup>19</sup>

O próprio Kelsen, no prefácio à *Teoria Pura do Direito*, já havia antecipado a resposta à crítica, consignando que não houve uma só orientação política de que sua teoria positivista tenha se tornado suspeita:

Os fascistas declaram-na liberalismo democrático, os democratas liberais ou os sociais democratas consideram-na um posto avançado do fascismo. Do lado comunista é desclassificada como ideologia de um estatismo capitalista, do lado

---

<sup>18</sup> BAHIA, Charles Nunes. Positivismo Jurídico e Nazismo: a superação do mito. *Revista Filosofia do Direito e Intersubjetividade*, v. 5, p. 1-16, 2014.

<sup>19</sup> DIMOULIS, Dimitri, op. cit, p. 261.

capitalista-nacionalista é desqualificada, já como bolchevismo crasso, já como anarquista velado.<sup>20</sup>

Houve, portanto, manifestação expressa e tempestiva de um dos principais representantes do positivismo jurídico no sentido de que a teoria não poderia ter servido como fundamento para qualquer regime ou ideologia, dado seu caráter meramente descritivo da realidade jurídica que se apresenta ao cientista observador.

A propósito, qualquer análise que se queira fazer acerca do positivismo jurídico deve levar em consideração o contexto em que a corrente surgiu, floresceu e alcançou o seu apogeu. O positivismo surgiu como alternativa teórica a um jusnaturalismo dogmático que há muito precisava ser superado, e prestou relevantes serviços ao pensamento jusfilosófico ao defender que o direito é uma criação de homens e para homens, que não precisa passar pelo crivo, por exemplo, de monarquias absolutistas supostamente investidas do poder divino de revelar as normas que nortearão nossas condutas (fundamento de validade material do Direito). De fato, o projeto positivista de elevação do direito ao patamar de uma ciência objetiva, com regras claras e previamente definidas em um procedimento formal é perfeitamente compreensível e adequado ao contexto histórico em que esta corrente se desenvolveu, contexto este em que a segurança se revelava um valor muito mais urgente e importante de ser tutelado do que a dimensão da legitimação ou justificação do direito.

Passados mais de um século e meio, mudaram-se os tempos e, com eles, os pressupostos, os valores e o senso de importância e urgência. Uma vez consolidado o projeto positivista de superação definitiva do direito natural e efetivada a segurança jurídica como um dos valores mais caros a serem protegidos, volta à pauta o problema da justificação, do qual o positivismo não se ocupou. Então, parece-me que uma avaliação correta do positivismo jurídico é a de que ele cumpriu a sua missão, mas em contrapartida legou ao pensamento jurídico o problema de justificação das normas jurídicas.

Esse problema foi bem exposto por Habermas em seus estudos acerca do conceito e o papel desempenhado pelo direito na modernidade, desenvolvidos no intuito de responder a uma questão central: em que medida o direito moderno pode ser considerado legítimo?

Quando nos perguntamos pela legitimidade do direito, queremos saber o que sustenta o ordenamento jurídico e assegura a sua aceitação por parte dos destinatários. O termo legitimidade, portanto, designa "o critério de *justificação* do poder, o '*título*' em virtude do

---

<sup>20</sup> Kelsen, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. XIII.



MOSCI, Tiago Lopes. Positivismo e Pós-Positivismo no Brasil: Teoria do Direito para além do Antipositivismo Ideológico. pp. 63-77

qual este dita seus comandos e exige obediência por parte daqueles a quem se dirige e que, por sua vez, se consideram 'obrigados' por ele".<sup>21</sup> Em sentido normativo, legitimidade é o mesmo que justificação, ou seja, "uma disposição generalizada para aceitar decisões de conteúdo ainda indeterminado, dentro de certos limites de tolerância".<sup>22</sup>

A crítica empreendida por Habermas à teoria de fundamentação do direito predominante na modernidade parte de sua leitura da teoria dos tipos puros de dominação de Max Weber, exposta na clássica obra *Economia e Sociedade*. Segundo Weber, o conceito de legitimidade é cunhado a partir da ideia de dominação. Sendo dominação "a probabilidade de haver obediência a um determinado mandato",<sup>23</sup> a legitimidade é descrita como a "probabilidade [de uma dominação] ser tratada praticamente como tal e mantida em uma proporção importante".<sup>24</sup>

Weber identifica três tipos puros de dominação legítima: (i) dominação legal, legitimada pela crença na legalidade, (ii) dominação tradicional, legitimada pela crença na tradição, e (iii) dominação carismática, legitimada pela devoção afetiva a uma pessoa. O tipo de dominação característico da modernidade é a dominação legal, cuja ideia básica é: "qualquer direito pode ser criado e modificado por meio de um estatuto sancionado corretamente quanto à forma".<sup>25</sup> A positivação do direito, que se insere num processo mais amplo de burocratização das estruturas administrativas, é um dos instrumentos que asseguram a submissão dos dominados, através da crença de que o que é legal é também legítimo. Nesse contexto, o problema da legitimidade passa a ser um problema procedimental, como observa Pereira Neto:

Weber desloca o problema da legitimidade do direito positivo para a questão do procedimento pelo qual o direito é produzido e modificado. É o "procedimento formal correto" que vai permitir uma identificação do que é ou não legal e, por sua vez, é a crença naquilo identificado como legal que residirá a legitimidade deste tipo de dominação. Portanto, em última análise, a pedra fundamental da legitimidade do edifício jurídico moderno, no pensamento weberiano, passa a ser a crença em um determinado procedimento que permita a identificação do direito.<sup>26</sup>

---

<sup>21</sup> SANTOS, Maria Celeste C. Leite dos. *Poder jurídico e violência simbólica*. São Paulo: Cultural Paulista, 1985, p. 111-112.

<sup>22</sup> LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 276.

<sup>23</sup> WEBER, Max. *Economia y sociedad: esbozo de sociología comprensiva*. Bogotá: Fondo de Cultura Económica, 1977, vol. II, p. 706.

<sup>24</sup> WEBER, Max. Os três tipos puros de dominação legítima. In: COHN, Gabriel (org). *Max Weber*. São Paulo: Editora Ática, 1979, vol. 13, p. 128.

<sup>25</sup> WEBER, Max. *Economia y sociedad: esbozo de sociología comprensiva*. Bogotá: Fondo de Cultura Económica, 1977, vol. II, p. 707.

<sup>26</sup> PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva. Alguns apontamentos sobre a crítica de Habermas ao conceito positivista de legitimidade. *Anais do V Congresso Brasileiro de Filosofia*. São Paulo: 1998. vol. II, p. 679-680.

MOSCI, Tiago Lopes. Positivismo e Pós-Positivismo no Brasil: Teoria do Direito para além do Antipositivismo Ideológico. pp. 63-77

Nota-se que Weber já havia sustentado, antes dos juspositivistas, que no momento em que ocorre a positivação do direito a legitimidade é deslocada para a legalidade, e o direito passa a dispensar qualquer fundamentação exterior a ele mesmo. Essas bases são semelhantes às aquelas sobre as quais se apoia o positivismo jurídico para a construção de uma teoria que funda a validade do direito no interior do próprio direito, a partir de uma norma fundamental pressuposta que prescreve, em última instância, que os indivíduos devem se conduzir conforme os mandamentos do direito positivo.

Há, contudo, diferenças que não podem ser desconsideradas entre o pensamento weberiano e a teoria juspositivista. Weber enxerga o fenômeno da positivação do direito como um meio de dominação, já que a crença na legalidade é o que garante a submissão dos súditos à autoridade dominante. O direito, nesse sentido, evoca uma pretensão de justificação que é expressamente rejeitada pelo positivismo jurídico.

A despeito das diferenças existentes, a teoria weberiana e o positivismo jurídico têm em comum o fato de que, em ambos, o problema da legitimidade é trazido para o interior da ordem jurídica, na medida em que a validade das normas é condicionada unicamente à observância do procedimento estatuído pelo próprio direito. Do ponto de vista do positivismo jurídico, isso é a afirmação do fundamento de validade formal do direito: "O princípio de que a norma de uma ordem jurídica é válida até a sua validade terminar por um modo determinado através desta mesma ordem jurídica, ou até ser substituída pela validade de uma outra norma desta ordem jurídica, é o princípio da legitimidade".<sup>27</sup> No positivismo jurídico a legitimidade é reduzida à legalidade, pois todo direito válido, isto é, conforme o procedimento determinado a partir da norma fundamental, é também legítimo.

Essa visão positivista do direito que reduz a legitimidade à legalidade é, como demonstrará Habermas, um tanto problemática, principalmente se levarmos em conta que o projeto positivista é de construção de uma teoria do direito que, livre de toda influência metafísica, se apoie em bases puramente racionais. A objeção corretamente posta é a de que assentar a legitimidade da ordem jurídica no procedimento não é suficiente para uma fundamentação racional do direito, já que o problema persiste, sendo apenas deslocado para o procedimento. "A fé na legalidade só pode criar legitimidade na medida em que se supõe a legitimidade do ordenamento jurídico que determina o que é legal".<sup>28</sup> É um círculo que não

---

<sup>27</sup> KELSEN, op cit, , p. 233.

<sup>28</sup> HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa: racionalidad de la acción y racionalización social*. Trad. Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Taurus, 1999, p. 343.

MOSCI, Tiago Lopes. Positivismo e Pós-Positivismo no Brasil: Teoria do Direito para além do Antipositivismo Ideológico. pp. 63-77

pode ser rompido, permanecendo a indagação pelo que confere legitimidade ao "procedimento legitimador".

A abordagem de Weber é, segundo Habermas, equivocada e está longe de representar a melhor tradução do direito característico das sociedades modernas. A legitimidade de uma ordem jurídica, na concepção habermasiana, não repousa na crença na legalidade, como sustenta Weber, nem tampouco pode ser pressuposta com recurso a uma norma fundamental, ela mesma pressuposta, que prescreve a obediência ao direito, como pretendem os juspositivistas. A legitimidade é alcançada ou, melhor dizendo, construída através de um procedimento racional discursivo capaz de oferecer uma *justificação* para as normas que integram o ordenamento:

A tese defendida por Habermas é a de que não se pode supor que a fé na legalidade de um procedimento legitime-se por si mesma, pois a correção processual das etapas de formulação do Direito apontam para a base de validade do Direito. Portanto, o que dá força à legalidade é justamente a certeza de um fundamento racional que transforma em válido todo o ordenamento jurídico. E é justamente esse consenso, racionalmente alcançado, que dá força factual à pretensão de validade do que é de fato tido e instituído como Direito.<sup>29</sup>

Essa "certeza de um fundamento racional" sobre a qual repousa a legitimidade, que é o que assegura a validade de todo o ordenamento jurídico, é o elemento que falta à proposição positivista de fundamentação formal do direito. O erro, para Habermas, decorre do fato de que os positivistas assumem uma premissa equivocada de que o fenômeno da positivação do direito traz consigo a separação entre o direito e a moral, por um lado, e a política, por outro. Já no preâmbulo do artigo que intitulou *Como é possível a legitimidade por via da legalidade?*, o autor anuncia: "Vou defender a tese de que a autonomização do sistema jurídico não pode significar uma desconexão completa do direito e moral, por um lado, e política, por outro. O direito, ao converter-se em positivo, não rompe suas relações internas com a moral e a política".<sup>30</sup> Para Habermas, portanto, "o direito se situa entre a política e a moral".<sup>31</sup> É na relação do direito com a moral, limitada pela sua relação com a política, que reside a legitimidade do direito característico de nossa sociedade.<sup>32</sup>

A conexão necessária do direito com a moral e a política que constitui o pressuposto fundamental da legitimação da ordem jurídica é explicada por Habermas a partir do retorno ao

---

<sup>29</sup> MOREIRA, Luiz. *Fundamentação do direito em Habermas*. 3. ed., rev. atual. e amp. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 43.

<sup>30</sup> HABERMAS, Jürgen. Como es posible la legitimidad por via de legalidad?. *Revista Doxa*, nº 5, 1988, p. 21.

<sup>31</sup> HABERMAS, Jürgen, op. cit, p. 42.

<sup>32</sup> PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva, op. cit, p. 684.

MOSCI, Tiago Lopes. Positivismo e Pós-Positivismo no Brasil: Teoria do Direito para além do Antipositivismo Ideológico. pp. 63-77

que ele denomina direito pré-moderno, em que se verifica uma tensão interna entre o direito sacro e o direito profano. O direito sacro representa a dimensão incondicionada do direito, baseada na crença nas imagens religiosas do mundo que dominavam as estruturas de consciência pré-moderna, e constitui o fundamento de legitimidade do direito profano. Este representa o caráter instrumental do direito, burocrático, utilizado como meio para a consecução de fins políticos. Há uma relação de dependência entre o direito, a moral e a política, já que o direito sacro vincula o direito profano, estabelecendo os limites da atuação do príncipe e da resolução dos conflitos. No momento em que o direito é desconectado de sua dimensão moral, ele fica desprovido do caráter de incondicionalidade que conferia legitimidade ao poder político responsável por instituí-lo.<sup>33</sup>

Portanto, ao voltarmos ao ponto inicial da investigação de Habermas, verificamos que a resposta à questão proposta - em que medida o direito moderno pode ser considerado legítimo? - traça os contornos de uma importante crítica ao positivismo jurídico, já que a legitimação do direito não pode ser alcançada pela crença na legalidade, que na formulação juspositivista assume a forma de uma norma fundamental pressuposta que funda a validade da ordem jurídica. A pretensão de legitimação do direito através do procedimento pelo qual o direito é produzido apenas desloca o problema para o próprio procedimento. A pergunta "o que confere legitimidade ao ordenamento jurídico?" dá lugar à pergunta "o que confere legitimidade ao procedimento legitimador?", persistindo o problema da justificação, que é particularmente incômodo se considerarmos o projeto juspositivista de oferecer uma fundamentação racional para o direito.

A persistência do problema da legitimidade é um forte indício de que este projeto só poderá ser levado a cabo por meio da reconciliação entre o direito e a moral. É que a legitimidade reclama um fundamento de validade do direito para além do plano meramente formal. As conclusões de Pereira Neto, após a análise da crítica de Habermas ao conceito positivista de legitimidade, sintetizam bem o argumento que procurei desenvolver:

Ao encarar o direito como um sistema aberto a questões procedimentais de cunho moral e influenciado profundamente pela política, Habermas acaba por trazer para o centro da problemática jurídica questões que os juristas positivistas acreditavam não ser de sua alçada. E, ainda além, recoloca questões que os positivistas pensavam ter resolvido. [...] A questão da justiça, desde o advento do positivismo relegada à filosofia moral e posta entre parênteses pelo conceito positivista, é trazida para o seio da legitimidade, tal como posta por Habermas. [...] está aí um grande desafio

---

<sup>33</sup> PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva, op. cit, p. 684.

MOSCI, Tiago Lopes. Positivismo e Pós-Positivismo no Brasil: Teoria do Direito para além do Antipositivismo Ideológico. pp. 63-77

para o jurista de hoje: estar sempre questionando o procedimento racional pelo qual se dá a fundamentação e justificação das normas.<sup>34</sup>

Não pretendo aprofundar a tese de Habermas de resgate da justificação do direito através de uma Teoria do Discurso que assegura aos destinatários a participação no processo de construção do consenso sobre o qual se funda a validade das normas. Quero apenas observar que o grande desafio a ser superado por uma teoria que se possa a justo título chamar de pós-positivista é o de resgatar a legitimidade do direito sem, no entanto, retornar ao dogmatismo jusnaturalista. O desafio positivista foi assim definido por Trivisonno:

Uma grande questão que enfrenta a filosofia do direito atual é a superação (em sentido positivo) do desafio positivista: como buscar novamente a legitimidade do Direito? A filosofia do Direito atual precisa superar o referido desafio sem voltar ao dogmatismo jusnaturalista: é preciso superar o positivismo jurídico incorporando-o.<sup>35</sup>

#### **4. CONSIDERAÇÕES FINAIS: POSITIVISMO E PÓS-POSITIVISMO SÃO MESMO TEORIAS INCONCILIÁVEIS**

Feitos alguns apontamentos pertinentes, redefinidas as bases da crítica ao positivismo jurídico e redimensionados os problemas e desafios que verdadeiramente precisam ser superados no atual estágio da Filosofia do Direito, penso que é lícito concluir, como Forst concluiu acerca do debate entre liberalismo e comunitarismo, que o positivismo e o pós-positivismo têm mais em comum do que aparentam ter, e que as posições centrais de cada uma dessas matrizes não são inconciliáveis.

O pós-positivismo, em sua melhor forma, reconhece e incorpora os avanços do positivismo (sintetizados na superação do direito natural), ao mesmo tempo em que é capaz de desenvolver uma crítica fundamentada às teses de seu adversário, com um propósito claro e definido: identificar as limitações que precisam ser superadas, sendo a principal delas o resgate da dimensão da legitimidade do direito positivo. Este é, sem dúvida, o primeiro passo para a busca de soluções.

Deste modo, se é que podemos falar em uma corrente pós-positivista do pensamento jurídico, então ela tem características comuns às duas grandes correntes que a antecederam: como o positivismo, não pressupõe a existência de um direito natural metafísico; e como o

<sup>34</sup> PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva, op. cit, p. 690.

<sup>35</sup> TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes. Kant e o pós-positivismo no direito. In: TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes; MERLE Jean-Christophe. *A Moral e o Direito em Kant - ensaios analíticos*. 2. ed., ampl. e atual. - Caxias do Sul, RS: Educs, 2015, p. 224-225.

MOSCI, Tiago Lopes. Positivismo e Pós-Positivismo no Brasil: Teoria do Direito para além do Antipositivismo Ideológico. pp. 63-77

jusnaturalismo, exige que o direito positivo seja capaz de justificar suas premissas em bases que possam ser aceitas como legítimas. Pelo menos em tese, positivistas e pós-positivistas podem coexistir em um mesmo mundo, para a tristeza dos antipositivistas ideológicos de plantão.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Guilherme Assis de; CHRISTMANN, Martha Ochsenhofer. *Ética e direito: uma perspectiva integrada*. São Paulo: Atlas, 2004.

BAHIA, Charles Nunes. Positivismo Jurídico e Nazismo: a superação do mito. *Revista Filosofia do Direito e Intersubjetividade*, v. 5, p. 1-16, 2014.

DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. São Paulo: Método, 2006 (Coleção Professor Gilmar Mendes; v.2).

FORST, Rainer. *Contextos da justiça*. Boitempo: São Paulo, 2009.

HABERMAS, Jürgen. Como es posible la legitimidad por via de legalidad?. *Revista Doxa*, nº 5, 1988.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, t. I e II.

HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa: racionalidad de la acción y racionalización social*. Trad. Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Taurus, 1999.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

- MOSCI, Tiago Lopes. Positivismo e Pós-Positivismo no Brasil: Teoria do Direito para além do Antipositivismo Ideológico. pp. 63-77
- MOREIRA, Luiz. *Fundamentação do direito em Habermas*. 3. ed., rev. atual. e amp. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.
- MOSCI, Tiago. *O fundamento de validade transcendental do direito: a ética kantiana como superação do positivismo*. 2011. 111 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011.
- PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva. Alguns apontamentos sobre a crítica de Habermas ao conceito positivista de legitimidade. *Anais do V Congresso Brasileiro de Filosofia*. São Paulo: 1998. vol. II.
- RADBRUCH, Gustav. *Arbitrariedad Legal y Derecho Supralegal*. Trad. María Isabel Azaretto de Vásquez. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1962.
- RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. 6. ed. Coimbra: 1997.
- RADBRUCH, Gustav. *Introdução à ciência do direito*. Tradução Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- SANTOS, Maria Celeste C. Leite dos. *Poder jurídico e violência simbólica*. São Paulo: Cultural Paulista, 1985.
- TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes. Kant e o pós-positivismo no direito. In: TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes; MERLE Jean-Christophe. *A Moral e o Direito em Kant - ensaios analíticos*. 2. ed., ampl. e atual. - Caxias do Sul, RS: Educs, 2015.
- TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes; OLIVEIRA, Júlio Aguiar de. Gustav Radbruch's supposed turn against positivism: a matter of balancing. *A&C - Revista de Direito Administrativo e Constitucional*. v. 18, n. 73 (2018): julho/setembro.
- VÁSQUEZ, María Isabel Azaretto de. Prólogo. In: RADBRUCH, Gustav. *Arbitrariedad Legal y Derecho Supralegal*. Trad. María Isabel Azaretto de Vásquez. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1962.

MOSCI, Tiago Lopes. Positivismo e Pós-Positivismo no Brasil: Teoria do Direito para além do Antipositivismo Ideológico. pp. 63-77

WEBER, Max. *Economia y sociedad: esbozo de sociología comprensiva*. Bogotá: Fondo de Cultura Económica, 1977, vol. II.

WEBER, Max. Os três tipos puros de dominação legítima. In: COHN, Gabriel (org). *Max Weber*. São Paulo: Editora Ática, 1979, vol. 13.