



Enero 2015

DO MODERNISMO AO PÓS-MODERNISMO E DO POSITIVISMO AO PÓS-POSITIVISMO

Marcelo Zenni Travassos¹

RESUMO: O artigo realiza reflexões sobre os paradigmas filosóficos do modernismo e do pós-modernismo bem como analisa a influência dos mesmos sobre o Direito e sua conformação. Primeiramente, após delinear as premissas filosóficas gerais do modernismo, o trabalho busca identificar qual teria sido a influência do paradigma modernista na seara jurídica. Em um segundo momento, o artigo procede à formulação de críticas ao modernismo e ao positivismo jurídico, destacando, porém, a insegurança do chamado “pós-positivismo”. O objetivo principal do trabalho, por fim, é o de desenvolver de forma crítica os pensamentos e idéias que orientaram a passagem da modernidade à pós-modernidade e, de forma similar, do positivismo ao pós-positivismo jurídico.

PALAVRAS-CHAVE: Modernismo. Pós-modernismo. Positivismo. Pós-positivismo. Filosofia do Direito. Filosofia Político-moral.

FROM MODERNISM TO POST-MODERNISM AND FROM POSITIVISM TO POST-POSITIVISM

ABSTRACT: This article reflects upon the philosophic paradigms of modernism and post-modernism as well as it analyses the influence of those paradigms on Law and its conformation. First of all, after having delimited the general philosophic premises of modernism, the article tries to identify what might have been the influence of the modernist paradigm on the judicial field. In a second moment, the article elaborates some criticisms to modernism and to judicial positivism, putting light, however, on the insecurity of the so called “post-positivism”. The main objective of the study, at last, is to develop in a critical way the thoughts and ideas that have orientated the shift from modernity to pot-modernity and, in a similar way, from judicial positivism to post-positivism.

KEYWORDS: Modernism. Post-modernism. Positivism. Post-positivism. Political-moral Philosophy.

SUMÁRIO: I. Notas Introdutórias Relevantes. II. O Modernismo. III. O Modernismo no âmbito jurídico e o Positivismo. IV. John Rawls e seu Liberalismo. V. Conclusão: Crítica ao Modernismo e ao Positivismo Jurídico.

¹ Procurador do Estado do Rio de Janeiro. Subsecretário de Estado Jurídico da Casa Civil do Rio de Janeiro. Mestre e Doutor em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).

I. NOTAS INTRODUTÓRIAS RELEVANTES:

O presente trabalho destina-se a realizar algumas reflexões a respeito dos paradigmas filosóficos da modernidade², bem como a analisar a influência dos mesmos sobre o próprio direito e sua formação. O objetivo do trabalho será desenvolver os questionamentos, pensamentos e ideias que orientaram a passagem da modernidade à pós-modernidade e, após, do positivismo³ ao pós-positivismo.

Buscar-se-á, primeiramente, desenvolver um breve estudo sobre o pensamento modernista em sua perspectiva filosófica geral, como conjunto de ideais, premissas e paradigmas referentes a todos os diversos ramos do conhecimento humano.

Posteriormente, serão encontrados paralelos da modernidade que sejam visualizados especificamente no âmbito do direito, que nada mais é do que um determinado ramo do conhecimento que possuiu suas relevantes particularidades. Para tanto, serão desenvolvidos alguns conceitos que servirão de premissa ao próprio desenvolvimento do trabalho.

Nesse contexto, o trabalho tentará estabelecer uma efetiva delimitação do que seria modernismo. Como restará demonstrado, talvez seja possível se afirmar que o modernismo corresponde a um conjunto de ideais e paradigmas que, no ocidente, em determinada época, passou a permear e direcionar a produção, reconhecimento e *status* do conhecimento humano. Seria todo um arcabouço de premissas adotado pelos homens que passava a determinar o correto processo de conhecer, de saber, de criação da verdade, o qual estabelecia verdadeiros requisitos para exata obtenção do verdadeiro conhecimento⁴.

O trabalho buscará, ainda, identificar qual teria sido a influência do paradigma modernista na seara jurídica.

Em consequência disso, no intuito de caracterizar o direito como ciência, foram excluídas do âmbito de análise dos juristas todas as questões sociais, econômicas, políticas, filosóficas e morais. Seria objeto de estudo da ciência jurídica tão somente o direito positivo, traduzindo-se na ideia de positivismo jurídico. Tal positivismo jurídico, no entanto, como restará demonstrado no decorrer do trabalho, não se resume, de forma alguma, à formulação legalista de Kelsen⁵.

O trabalho seguirá à formulação de críticas ao modernismo e ao positivismo jurídico, destacando, porém, a insegurança do chamado “pós-positivismo”.

Em suas conclusões, o trabalho reconhecerá que a questão evolutiva proposta não é tão simples quanto se pensava. A rigor, como bem destacava Rawls⁶, não haveria

² Acerca dos paradigmas filosóficos da modernidade, v. BAUMAN, Zygmund. *Modernidade e Ambivalência*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 1999.

³ Sobre o gênero “positivismo”, v. BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito*. São Paulo: Ícone, 1995.

⁴ BAUMAN, Zygmund. *Modernidade e Ambivalência*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 1999.

⁵ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

⁶ RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

procedimentalismo puro. A própria definição das corretas condições para perfeita deliberação já importa uma prévia estipulação. A deliberação para definir as corretas condições para deliberações, por sua vez, importariam evidentemente em um “regresso ao infinito”. Pretende-se realizar o devido confronto entre a teoria de Rawls e algumas críticas feitas por outros autores, inclusive Habermas⁷, em relação ao tema.

Por fim, expostas algumas concepções do pensamento modernista, assim como sua nítida influência em certas premissas adotadas por determinadas escolas jurídicas, as presentes reflexões alcançarão, em conclusão, a formulação de críticas aos paradigmas estabelecidos. Igualmente serão destacadas as grandes angústias e tentativas de solução trazidas pela queda do paradigma modernista.

II. O MODERNISMO:

Qualquer tentativa de definição com pretensões de universalização completa bem como de caráter absoluto e infalível corre sempre grande risco de fracasso. Tal risco é ainda agravado sendo o objeto a ser definido um grupo abstrato de ideias e pensamentos. Afinal, o que se entende por modernismo?

Reforçando-se a ressalva já feita, talvez se possa afirmar que o modernismo corresponde a um conjunto de ideais e paradigmas que, no ocidente, em determinada época, passou a permear e direcionar a produção, reconhecimento e *status* do conhecimento humano. Trata-se, portanto, de todo um arcabouço de premissas adotado pelos homens que passava a determinar o correto processo de conhecer, de saber, de criação da verdade. Estabelece o modernismo verdadeiros requisitos para exata obtenção do conhecimento, sob pena de não ser àquele conferido *status* de verdadeiro conhecimento, mas tão somente crença ou mesmo senso comum de baixo prestígio⁸.

Dois grandes pilares estruturam a base do pensamento modernista: o primado da *razão* e uma mudança de posicionamento do sujeito no processo de busca do *conhecimento*.

O homem é um ser pensante e racional. Mais que isto, esta passa a ser reconhecida justamente como a sua característica principal e diferenciadora dos demais animais da natureza. Ultrapassado o período de exacerbado teocentrismo da Idade Média, marca-se o início da idade moderna por um retorno ao antropocentrismo. Perde força a mera revelação da vontade divina concomitantemente ao fortalecimento da efervescência de ideias e produção humana de conhecimento. A retomada do comércio e da interação humana reaviva a dinâmica social antes estagnada no isolamento feudal.

Nesse particular ambiente, o homem passa, cada vez mais, a se preocupar e a pensar o mundo, não mais para simplesmente recebê-lo como criação pronta da vontade divina. O conhecimento paulatinamente deixa de ser fruto da revelação teológica para se tornar consequência do pensar humano. Passa o homem a raciocinar e ordenar a natureza a seu redor bem como sua própria sociedade. O homem começa a pensar e organizar o mundo, sendo ápice desta ebulição a era das luzes e os pensadores iluministas.

⁷ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Tradução por Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

⁸ BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade e Ambivalência*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 1999.

Este ambiente cria o primeiro pilar do pensamento modernista: o primado da razão. Segundo o paradigma modernista – conjunto de ideias que passou a permear o pensamento e o conhecimento ocidentais em certa época –, a verdade e o saber são frutos eminentemente de um processo racional.

O modernismo, assim, realiza verdadeira “purificação” dos ramos do conhecimento. O verdadeiro saber seria fruto da razão, do processo racional de conhecimento, sob pena de nem mesmo se tratar de conhecimento. O “saber” obtido por meios não racionais seria um “falso saber”, um “saber impuro”, não obtido pelo procedimento seguro de obtenção da verdade. Dessa forma, rejeita o modernismo de forma rigorosa qualquer espécie de “crenças”, “saber popular”, “senso comum” ou revelações religiosas⁹.

Perceba-se que o surgimento do ideal modernista deve ser entendido juntamente com o seu contexto de surgimento em determinada época do mundo ocidental. Apresentava-se o procedimento puro-racional de conhecimento como verdadeira garantia de segurança contra as incertezas de revelação divinas, que se estenderam desde a Idade Média até o governo de monarcas legitimados por Deus.

A consequência inafastável do triunfo da razão foi a busca incessante do modernismo pela ordem. A ideia de ordem pode ser definida como o oposto de caos. Na verdade, correto esteve Bauman¹⁰ ao afirmar que ordem e caos são “gêmeos modernos”. Ordenar é classificar e dispor o conhecimento em conformidade com determinado padrão lógico-racional, verdadeira obsessão de modernidade. Caos, ao inverso, é a absoluta negação da ordem.

Ora, fácil é perceber que, se a definição de caos é precisamente a negação da ordem, não existindo a ideia de ordem, igualmente não haveria como se falar em caos. Neste sentido, pode-se afirmar que a própria criação da ideia de ordem, preocupação modernista, criou o caos.

A busca da ordem modernista se espalhou por todos os setores. A própria linguagem, instrumento de comunicação se submete a pretensões de ordem. A função classificatória da linguagem bem como a existência de vocábulos técnicos são bastante eloquentes.

Na mesma linha exposta acima, porém, a ideia de ordem na linguagem traz inerentemente ligada a ideia de caos na mesma. A desordem, caos no âmbito da linguagem se manifesta através da ambivalência, que denota a falha das palavras em sua função de classificar.

As pretensões de ordem modernistas atingiram igualmente as concepções do homem sobre a própria organização da sociedade. Neste sentido a lei como fruto da elaboração racional e o dever de obediência dos indivíduos à mesma. Ao contrário, a desordem se verificaria na desobediência civil e na prática de resistência dos indivíduos.

O outro grande pilar do modernismo, a se somar à razão, foi uma alteração da posição do “sujeito” no processo de conhecimento. Prega o paradigma modernista uma separação metodológica entre sujeito e objeto sob análise no procedimento de conhecimento.

⁹ BAUMAN, Zygmund. *Modernidade e Ambivalência*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 1999.

¹⁰ BAUMAN, Zygmund. *Modernidade e Ambivalência*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 1999.

Em busca de uma suposta neutralidade do sujeito no atuar lógico racional, o mesmo passa a ser um observador teoricamente fora do âmbito de análise, não exercendo qualquer influência sobre o objeto, nem sendo pelo mesmo influenciado.

O paradigma modernista resultou em uma “explosão científicista”¹¹ como único meio de produção de conhecimento reconhecido. Embora atualmente já surjam relevantes críticas ao paradigma modernista, fato é que o mesmo ainda goza grande respeitabilidade. Afirmar que determinado dado é “cientificamente comprovado” é argumento de autoridade. Mesmo linguisticamente, o que é “moderno” é associado ao “mais evoluído” e, portanto, “melhor”.

III. O MODERNISMO NO ÂMBITO JURÍDICO E O POSITIVISMO:

Conforme exposto, o modernismo expandiu suas pretensões de cientificidade pelos diversos ramos do conhecimento em geral. Somente se conferia verdadeiro reconhecimento ao saber produzido de forma científica. Em outras palavras, o conhecimento deveria ser obtido através de procedimento onde o sujeito neutro racionalmente examinasse o objeto sob análise.

O paradigma modernista exerceu influência também na seara jurídica. Como já explicado, a febre da ciência ameaçava mesmo o reconhecimento do saber produzido em desconformidade com os padrões científicos pregados. No intuito de garantir o *status* de ciência ao direito, juristas passaram a adaptar suas disciplinas a estruturas análogas às vigentes nas demais ciências¹².

Dessa forma, por exemplo, em nítida analogia à separação sujeito/objeto, surge no direito o mito da neutralidade do intérprete. Passa-se a acreditar em um intérprete “pinçado” do meio social, supostamente sem concepções prévias a respeito dos conflitos a serem solucionados. Não possuiriam os juízes qualquer crença, senso comum ou pré-conceito sobre as questões.

Igualmente consequência do científicismo modernista sobre o direito pode ser encontrada na tentativa de definição fechada do objeto de tal ciência. No intuito de caracterizar o direito como ciência, que pressupõe objeto próprio de estudo, foram excluídas do âmbito de análise dos juristas todas as questões sociais, econômicas, políticas, filosóficas e morais. Seria objeto de estudo da ciência jurídica tão somente o direito positivo. Esta a ideia de *positivismo* jurídico.

O positivismo jurídico não se resume, de forma alguma, à formulação legalista de Kelsen. O modelo jurídico desenvolvido por Kelsen – normativismo/legalista – corresponde tão somente a uma das vertentes do positivismo¹³. Bem destaca Ricardo Lobo Torres¹⁴ que pode perfeitamente haver (e de fato há) concepções de positivismo judicial ou positivismo sociológico. O traço marcante do positivismo jurídico se situa na definição restritiva do objeto jurídico, excluindo da análise do direito as questões de ordem moral.

¹¹ BAUMAN, Zygmund. *Modernidade e Ambivalência*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 1999.

¹² KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

¹³ Sobre a classificação do gênero “positivismo” nas espécies legalista, consuetudinária e jurisprudencial-realista, v. BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito*. São Paulo: Ícone, 1995.

¹⁴ TORRES, Ricardo Lobo. “Introdução”. In TORRES, Ricardo Lobo. (Org.). *Legitimação dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

Nesse contexto, ciência do direito e as demais ciências mantiveram um relacionamento conturbado, repleto de idas e vindas, ao longo da história da filosofia do direito.

Por inúmeras vezes, juristas pregaram, quase que em profissão de fé, a separação entre direito e as demais ciências.

Hans Kelsen¹⁵, por exemplo, ao tratar de uma possível relação entre direito e demais ciências, excluiu tudo o que não era jurídico da ciência do direito. A teoria formulada por Kelsen possuía um intuito principal claro e explícito: alçar o estudo e a produção de conhecimento jurídico ao *status* de ciência¹⁶.

Buscando sucesso nesta empreitada, Kelsen preocupou-se substancialmente com a definição dos dois pilares básicos do padrão científico, a saber, o método e o objeto de estudo da “ciência” jurídica.

No que diz respeito a este último, para justificar a autonomia da ciência jurídica, Kelsen esforçou-se para delimitar um campo de estudo e de produção que pertencesse única e especificamente à seara jurídica.

Desta forma, foi excluída do âmbito de preocupação da ciência do direito quase que toda e qualquer consideração interdisciplinar. Deveria a ciência do direito estudar tão somente as normas formalmente jurídicas, sua produção, validade e aplicação.

Neste sentido, restaram fora das fronteiras da Jurisprudência abordagens valorativas, políticas e econômicas. Embora, ao contrário do que lhe seja frequentemente imputado, Kelsen não tenha defendido a inexistência completa e absoluta de influências mútuas do direito com valores, política e economia, realmente estabeleceu o pensador que esses últimos fatores não deveriam ser objeto de estudo da ciência jurídica.

A ciência jurídica, por outro lado e em sentido diametralmente oposto, também já foi objeto de críticas que poderiam levar ao questionamento mesmo da própria existência autônoma do direito em relação às demais ciências, em especial à economia. Karl Marx¹⁷ e Friedrich Engels foram responsáveis por provavelmente oferecer a teoria mundialmente mais conhecida e influente neste sentido. Famosa a formulação desses pensadores (ainda que existam relatos de que a mesma veio a ser posteriormente relativizada por Engels) de que a economia constituiria a infraestrutura capaz de determinar completamente a superestrutura político-jurídica.

¹⁵ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

¹⁶ Até meados do século passado (época da publicação da Teoria Pura de Hans Kelsen), período marcado pela modernidade filosófica, havia verdadeira euforia pela cientificidade do conhecimento. Fruto da conjunção do racionalismo de Descartes com o empirismo dos ingleses, a modernidade filosófica foi marcada pela crença de que todo conhecimento legítimo deveria derivar dos padrões científicos. Segundo os valores epistemológicos daquela época, o conhecimento e o saber produzidos através dos procedimentos científicos passavam a gozar de *status* destacado, como a única forma segura de alcance da verdade. Ao contrário, todo conhecimento e saber que não houvessem sido produzidos segundo os padrões científicos, tinham sua veracidade em permanente questionamento e desprestígio. Pode-se dizer que havia praticamente uma cruzada epistemológica contra toda e qualquer espécie de mito ou senso comum.

¹⁷ MARX, Karl e ENGELS, Friedrich. *O Capital*. Edição condensada, Clássicos Edipro. Bauru-SP, 1998.

A teoria do sociólogo/economista Marx não restringiu suas influências aos pensadores desses ramos do conhecimento, que talvez pudessem ser acusados de serem academicamente suspeitos ao defenderem uma espécie de preponderância de outras ciências, em especial a economia, sobre o direito. A teoria mencionada encontrou acolhida também em linguagem jurídica na obra de Ferdinand Lassalle¹⁸. Segundo Lassalle, a Constituição seria mera “folha de papel”, que deveria apenas corresponder aos “fatores reais de poder”, sob pena de total perda de sua normatividade.

No âmbito da tradição anglo-americana, a obra de John Rawls¹⁹ representa um marco claro de retorno da discussão sobre valores morais e da preocupação com o justo. Pode-se apontar Rawls como o grande marco pelo não-positivismo já que o autor retoma expressamente a busca pela definição de princípios de justiça metapositivos, decorrentes de valores morais, com função crítica e a servirem de paradigma para o direito e a estrutura política positivados. Rawls estabelece dois princípios de justiça que, segundo sua formulação, certamente seriam adotados pelos indivíduos em uma posição original contra-fática.

Desta forma, tais princípios de justiça, definidos monologicamente por Rawls como imposições de valores morais superiores, deveriam condicionar a estruturação política e o direito positivados das mais diversas sociedades concretas.

A obra de John Rawls, longe de tornar-se opinião comum e pacífica na academia internacional, teve justamente como mérito maior constituir referência para infundáveis posições divergentes. A partir dos anos 70 do século passado, poder-se-ia discordar ou concordar com Rawls, nunca ignorá-lo. Os questionamentos reintroduzidos pelo autor foram responsáveis por um enorme aumento de interesse e renovação da filosofia política. Houve uma verdadeira pulverização de correntes de filosofia política e constitucional, fruto das inúmeras abordagens diferentes realizadas pelos pensadores para se afastar ou se aproximar do liberalismo de “Uma Teoria da Justiça”.

Uma das mais significativas vertentes de críticas a Rawls mencionadas foi o procedimentalismo de Jürgen Habermas²⁰. Tal vertente questionava a possibilidade de estabelecimento de valores materiais de uma teoria da justiça, destacando a arbitrariedade na definição por um indivíduo isolado dos valores moralmente relevantes. Habermas, desta forma, afirmará a necessidade de definição apenas de um procedimento para deliberação democrática, consubstanciada em direitos mínimos, condições básicas para o procedimento democrático.

Como se percebe, desde o advento da obra de John Rawls e a reinserção de determinados questionamentos, a filosofia política e constitucional contemporânea sofreu uma verdadeira pulverização de posicionamentos conforme o maior ou menor peso conferido à determinada abordagem específica conduzida pelos autores.

Há, assim, os que se propõem a debater a relação entre direito e valores morais filosóficos. Neste ponto se insere a discussão positivismo/ não-positivismo. O direito positivo necessariamente deve estar vinculado a valores morais superiores? Que “moral” e que “valores” são esses? Cabe ao direito o estudo dos mesmos? É possível definir uma ordem de

¹⁸ LASSALLE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

¹⁹ RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

²⁰ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Tradução por Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

valores morais como “verdadeira”, independente de problemas epistemológicos na relação sujeito/objeto de conhecimento? É possível o conhecimento do justo através de um procedimento puramente racional e monológico? Tais questionamentos refletem as principais preocupações que dominaram o meio acadêmico desde a obra de John Rawls e se inserem todas em um mesmo objeto de problematização das relações entre direito e valores morais.

Nenhum dos autores apontados, todavia, parece ter se proposto a trabalhar a questão de forma tão explícita quanto Habermas²¹. Em sua festejada obra, Habermas se propôs nos primeiros capítulos a construir a validade/normatividade a partir da facticidade. Embora não trabalhe propriamente com fatores especificamente econômico-regulatórios da facticidade (trabalha mais com fatores sociais culturais acerca do pluralismo de valores morais), Habermas propõe a utilização de fatores do mundo do ser na própria construção do direito normativo.

Também não se deve aderir a um positivismo formalista, que baseie o direito unicamente em conceitos legais ou doutrinários, nem se deve defender um positivismo sociológico, que pregue um direito completamente determinado pelos fatores socioeconômicos. Ambas as opções representam indesejáveis espécies do gênero positivismo ao desconsiderarem a necessária relação entre direito e valores morais críticos. Deve-se aderir a um não-positivismo.

Nada obstante, deve-se buscar um não-positivismo pragmático, não um não-positivismo meramente retórico.

Importante destacar que, desde os anos 70, a partir da obra de John Rawls, a filosofia política contemporânea vive um período de grande e diversificada produção. A teoria da justiça do autor levantou questionamentos importantes e que não vinham sendo objeto de grande atenção no meio acadêmico. Atualmente, inúmeras são as correntes de filosofia política presentes no cenário internacional conforme a maior ou menor divergência com as ideias trazidas por Rawls ou conforme as diferentes abordagens dos temas postos no debate por este autor.

IV. JOHN RAWLS E SEU LIBERALISMO:

John Rawls pode ser apontado como o marco principal na retomada da discussão acerca da relação entre o direito e valores morais metapositivos. O autor reinsere no debate a preocupação com princípios de justiça que deveriam ser obedecidos quando da estruturação dos ordenamentos político e jurídico. Rawls rompe com as posições positivistas, que simplesmente aceitam o direito e a estruturação política tal como positivadas, possuindo o direito papel meramente descritivo de como efetivamente é, não crítico de como o direito deveria ser.

A teoria da justiça de Rawls²² define princípios de justiça anteriores ao estabelecimento de qualquer estrutura política ou ordenamento jurídico específicos de qualquer sociedade. Trata-se de princípios de justiça ligados a uma moral crítico-racional que, na opinião do autor, seriam necessariamente adotados em momento anterior ao contrato

²¹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Tradução por Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

²² RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

social²³, devendo os ordenamentos político-jurídicos positivos serem estabelecidos em conformidade com tais imperativos.

As estruturas político-jurídicas não devem justificar a correção de sua existência pelo simples fato de existirem. Não pode o mesmo ordenamento positivado ser simultaneamente o objeto que se indaga ser ou não legitimado e o próprio paradigma de legitimação a ser seguido. Enfim, não pode o ordenamento político-jurídico ser considerado justo pelo simples fato de existir.

Da mesma forma, não se pode admitir posição que, ainda que aceite que determinado ordenamento jurídico-positivo seja injusto perante parâmetros metapositivos, não caberia ao direito se preocupar com tal questão. Não pode o direito simplesmente fugir de preocupação tão importante e que lhe afeta tão diretamente, sob a alegação de possuir objeto de estudo delimitado no direito posto, devendo ser preocupação de outros domínios a eventual injustiça do ordenamento positivado. Trata-se de posição extremamente reducionista do conceito de direito.

Neste ponto, a obra de Rawls se apresenta como marco na retomada de preocupação do direito com princípios de justiça ligados a uma moral crítico-racional e imperativo sobre a estruturação político-jurídica das sociedades. Segundo John Rawls, as instituições estatais não devem ser apenas eficientes, mas, sobretudo, justas. Preocupa-se o autor em definir princípios de justiça aptos a determinar o que se deveria entender por uma estruturação/instituição “justa”.

A Teoria da Justiça de Rawls²⁴ surge como proposta de explícita superação de duas opções bastante utilizadas à época como pretensão de correção das instituições positivadas: o intuicionismo e o utilitarismo. Tais correntes, em certa medida, até ofereciam certo caminho alternativo a um positivismo puro. Embora de forma incipiente, o intuicionismo e o utilitarismo não se limitavam a aceitar um direito posto como justo independente de seu conteúdo, nem adotavam postura meramente descritiva do direito positivo. Utilitarismo e intuicionismo, em certa medida, poderiam ser utilizados como parâmetros críticos de como o direito positivo deveria ser.

O intuicionismo defendia a existência de uma pluralidade de princípios de justiça. Nada obstante, tal corrente entendia não haver nenhum método objetivo capaz de pautar a escolha por qualquer um desses. O próprio nome da corrente decorre do fato de que, segundo seus autores, os princípios de justiça a pautar o direito positivo deveriam derivar, no fim das contas, de uma “intuição” acerca do justo²⁵.

O utilitarismo (fazendo-se a ressalva de haver uma pluralidade de variações entre os autores do utilitarismo), por sua vez, pregava, em termos bastante simplificados, a “maximização da felicidade geral”²⁶. Segundo o pensamento utilitário, as instituições político-jurídicas positivadas deveriam se organizar de forma a atingir tal objetivo.

²³ RAWLS retoma, com certas diferenças, o projeto dos contratualistas, ao trabalhar com um estado original prévio à estruturação política positivada, onde os indivíduos se colocam de acordo acerca de direitos básicos e que deverão ser obedecidos posteriormente.

²⁴ RAWLS, John. *ob. cit.*

²⁵ GARGARELLA, Roberto. *As Teorias da Justiça depois de Rawls. Um breve manual de filosofia política*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

²⁶ GARGARELLA, Roberto. *ob. cit.*

A obra de John Rawls possui o mérito de reencontrar a preocupação com as relações necessárias entre as instituições político-jurídicas positivas e os valores morais críticos, afastando-se do positivismo, sem recair em fragilidades das duas correntes mencionadas. Ao estabelecer princípios de justiça ligados a uma moral crítico-racional, imperativos a serem obedecidos pelas instituições político-jurídicas positivadas, Rawls adota postura nitidamente não-positivista.

A Teoria da Justiça de Rawls marcou-se por estabelecer princípios de justiça claramente definidos e atingidos através de procedimento explicitado pelo autor.

John Rawls constrói mecanismo bastante engenhoso para, afastando-se do positivismo, definir princípios morais de justiça imperativos para as instituições político-jurídicas positivas.

O “contrato social” imaginado por Rawls tem por objetivo definir os princípios morais básicos de justiça, aplicáveis na estruturação da sociedade e em sua Constituição, bem como definir os direitos e deveres fundamentais. O autor estabelece um modelo de “justiça procedimental pura”, onde os princípios de justiça serão naturalmente descobertos e acordados através do seguimento do procedimento estabelecido.

Tal procedimento consistiria na celebração de um acordo/contrato social entre os homens em determinada situação hipotética especial, sendo todos os homens livres e iguais na posição original.

A posição original de Rawls representa situação hipotética e contrafática, imaginando o autor cenário onde os homens seriam todos livres e iguais para pactuar princípios de justiça em uma nova espécie de contrato social. Em tal posição, os homens se encontrariam sujeitos ao “véu da ignorância”, desconhecendo as posições sociais que viriam a ocupar posteriormente na sociedade estabelecida²⁷.

Nessa linha, Rawls acredita que os homens pactuariam dois princípios morais básicos de justiça a serem obedecidos pela estruturação da sociedade positivada. O primeiro princípio de justiça determinaria que cada pessoa deveria ter direito ao máximo de liberdade compatível com um esquema de semelhante liberdade para todos os demais (nítida influência do imperativo de possibilidade de universalização das condutas de Kant).

O segundo princípio de justiça que seria pactuado pelos homens diria respeito às condições para que as desigualdades presentes na sociedade positiva fossem legitimamente aceitas. Tais desigualdades seriam legítimas tão somente se (i) acarretassem benefícios mesmo para os indivíduos menos favorecidos por tal situação (nítido rompimento com o utilitarismo, onde o sacrifício dos menos favorecidos poderia ser justificado pela maximização da felicidade geral e aproximação do imperativo de Kant segundo o qual as pessoas não são meio, mas fim em si mesmas, possuindo autonomia individual e dignidade); e (ii) se os cargos e posições da sociedade se encontrassem acessíveis a todos.

Como se percebe, Rawls, com muito mérito, reinsere a preocupação com valores morais metapositivos, definindo princípios morais de justiça a serem necessariamente obedecidos pela estruturação político-jurídica positiva, rompendo tanto com os positivistas

²⁷ RAWLS, John. *ob. cit.*

que defendiam não haver necessária conexão entre direito e moral bem como com aqueles que entendiam não ser tal questão objeto de preocupação do direito.

Nada obstante, apesar de seu enorme mérito, a obra de Rawls possui algumas fragilidades em pontos essenciais, tendo servido como referência para a classificação das mais diversas correntes de filosofia política contemporânea, conforme a maior ou menor discordância dos autores com a mesma. O principal ponto de ataque à obra de Rawls diz respeito a divergências acerca do conteúdo apontado pelo autor para seus princípios morais de justiça bem como divergências acerca viabilidade do procedimento utilizado pelo norte-americano para necessariamente acarretar uma definição de conteúdo certo e único dos mesmos.

Por que os princípios morais de justiça traçados por Rawls em sua razão monológica estariam corretos e não outros princípios morais de justiça estipulados por outro autor? Quem garante que indivíduos livres e iguais na posição original de Rawls (que não existe e nunca foi testada) teriam acordado os princípios de justiça do autor?

Perceba-se que Ronald Dworkin, em “A Virtude Soberana”²⁸, embora também parta de um cenário contrafático razoavelmente parecido com o de Rawls (imaginando um grupo de indivíduos isolados em posição com igualdade de “conchas” para escolher recursos que terão após loteria natural), define princípios morais de justiça de conteúdo diferente como fruto do acordo dos indivíduos.

Nesta esteira, a obra de Rawls não deixa igualmente de apresentar fragilidades por não conseguir garantir a completa e inquestionável legitimidade de seu procedimento e de sua posição original.

V. CONCLUSÃO: CRÍTICA AO MODERNISMO E AO POSITIVISMO JURÍDICO. A INSEGURANÇA DO “PÓS-POSITIVISMO”.

De fato, o paradigma modernista alcançou alta expansão e respeito na sociedade ocidental. O conhecimento produzido segundo os padrões científicos gozam *status* infinitamente superior a quaisquer outras formas de saber. Vive-se o triunfo da razão, onde o sujeito, neutro e sem sofrer interferências de seu meio, pode pensar e ordenar todo o mundo. Tudo o que é “moderno” é o “bom”²⁹.

O paradigma modernista, entretanto, não é imune a críticas. Ao contrário, muitos passam na atualidade a levantar o advento de um pós-modernismo. Mais do que uma escola precisa e de fácil definição, o pós-modernismo é um conjunto de ideias que surge a apontar diversas falhas na estruturação do ideal modernista.

Primeiramente, cai por terra o mito da neutralidade do cientista. A rigor, não somente o cientista é evidentemente influenciado pelo meio em que se insere, como ele também influencia o próprio objeto sob estudo.

²⁸ DWORKIN, Ronald. *A Virtude Soberana*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

²⁹ BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade e Ambivalência*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 1999.

Não há neutralidade pura. Todo ser humano, ao passar a refletir sobre algo, possui já concepções prévias sobre o objeto a ser examinado. É praticamente inviável se supor a existência do dogma da “tabula rasa”.

No caso do jurista, a impossibilidade de tal neutralidade se apresenta ainda mais gritante que nas ciências naturais. Tratando-se de ciência social, cujo objeto é a própria dinâmica social, o intérprete do direito traz evidentemente consigo todo um conjunto de pré-concepções políticas, econômicas, religiosas e morais sobre o assunto. Neste sentido, Luís Roberto Barroso defende que se deve exigir do jurista tão-somente a “neutralidade possível”³⁰.

Mas não é só o sujeito que se apresenta influenciado por seu meio e sua formação prévia. Também o sujeito evidentemente influencia o objeto examinado. Mesmo nas ciências naturais, Albert Einstein provou, em seus estudos de física quântica, que determinadas partículas podem ser simultaneamente massa ou energia conforme a observação do cientista!

Ora, se nem nas chamadas ciências naturais deixa o observador de influenciar seu objeto, que se dirá a respeito do Direito! O Direito não se encontra estático nos códigos e nas leis. Bem ao contrário, tal manancial é apenas o ponto de partida que, somado a fatores sociais do meio onde a lei será aplicada, somado a concepções morais vigentes e interpretado pelo aplicador resultará na norma jurídica.

Na realidade, a interpretação e aplicação da lei é a própria criação da norma jurídica. Friedrich Müller³¹ interessantemente afirma que o texto da lei é apenas “a ponta do iceberg da norma”. A lei traz o “programa normativo”, que se tornará norma tão somente após aplicação ao domínio normativo. Miguel Reale³², por sua vez, defende uma “visão tridimensional do direito”, onde o projeto de norma contido nos códigos e leis deve ser necessariamente interpretado junto com o fato e com os valores.

Ainda que estejamos diante de um sistema de precedentes judiciais, não o sistema legalista romano-germânico, a aplicação dos precedentes ao caso necessariamente passará por um trabalho de interpretação do jurista ao definir se o caso em tela se insere ou não no precedente. Evidentemente um trabalho de influência do jurista sobre o objeto de forma criativa.

As fragilidades do positivismo jurídico, porém, não se resumem ao mito da neutralidade e à posição do sujeito na dinâmica jurídica. A tentativa de definição de um objeto de estudo próprio do Direito a excluir toda e qualquer consideração de ordem meta positiva se encontra igualmente em xeque.

A aplicação positivista do direito despida de compromisso moral bem como a obediência cega ao cientificismo racional levaram a espécie humana a presenciar terríveis situações de barbárie. Apresenta-se como caso emblemático a Alemanha nazista e o holocausto.

³⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1999.

³¹ MULLER, Friedrich. *Discours de la Méthode Juridique*. Traduzido por Olivier Joujan. 1ª ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1996.

³² REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1999.

O paradigma modernista, em sua obsessão pela ordem e aplicação da razão científica sobre todos os campos, resultou na busca da criação de uma raça humana biologicamente “perfeita”, livre de todas as “impurezas genéticas”.

O positivismo jurídico, por sua vez, impedia qualquer reflexão suprapositiva pelos juristas a respeito da justiça do direito aplicado. Tratando-se de leis criadas em obediência ao correto procedimento legislativo, não seria possível que o direito indagasse a respeito da moralidade do conteúdo das mesmas. Evidentemente tais concepções trazidas pelo modernismo e pelo positivismo jurídico se encontram igualmente em crise.

Junto com a ideia de pós-modernismo, vive-se também a era do pós-positivismo jurídico. O direito não pode se resumir à forma, ao direito posto. Ao contrário, presencia-se a volta aos valores. Não apenas os valores da lei ou mesmo da Constituição. O retorno aos valores metajurídicos. O retorno aos valores morais.

Precisamente devido a esta volta aos valores morais o pós-positivismo atual se vale bastante da espécie normativa dos princípios. Pós-positivismo, ao contrário do que pregam alguns, não é sinônimo da adoção pelo Direito de princípios no lugar de regras. Pós-positivismo significa a aceitação de um plano metapositivo, o retorno às considerações de ordem moral. Ocorre que, justamente, a linguagem aberta da espécie normativa dos princípios se apresenta mais adequada ao ingresso de considerações morais no ordenamento.

No tema abordado nas presentes reflexões, é impossível fugir de uma última polêmica: a questão da insegurança trazida pelas concepções de ordem moral. Alegam os opositores do pós-positivismo que a sujeição do direito positivo a paradigmas de aferição moral suprapositivos traria grave insegurança. O que seria a moral? A moral de José é diferente da moral de Maria. A moral de um ocidental é diversa da moral de um muçulmano. A moral de um ocidental da década de 50 é diferente da moral de um ocidental da década de 90 e daí por diante.

A rigor, o problema não é propriamente novo, existindo de forma semelhante na clássica repartição que remonta à antiguidade entre direito positivo e direito natural. A ideia de um paradigma suprapositivo existiu na figura do direito natural teológico da antiguidade e da idade média, no direito natural alcançável pela razão na idade moderna e ressurgiu no retorno da ordem moral no pós-positivismo contemporâneo.

Por razões pragmáticas e observadas empiricamente, a sociedade parece sentir a necessidade de exigir um paradigma suprapositivo ao direito posto. Tais “razões observadas empiricamente” são as inúmeras ocasiões em que o ser humano criou ordenamentos jurídicos positivos demasiadamente injustos chegando mesmo ao limite da barbárie. O homem, na verdade, não confia mais em si mesmo e nos ordenamentos jurídicos que positivará, tendo-se em vista os inúmeros exemplos tenebrosos do passado.

Neste ponto, porém, surge o terrível dilema da filosofia do direito. O homem sente a necessidade de haver uma ordem paradigma suprapositiva (seja esta o direito natural dos Deuses, o direito natural derivado da natureza humana e conhecido pela razão ou a moral) para aferir a justiça dos ordenamentos positivos (que são sujeitos à falibilidade humana). Porém, ao final, a cognição desta ordem superior sempre se fará pelo próprio ser humano. A cognição do direito natural de Deus é revelada por um oráculo ou um profeta. A cognição do

direito natural racional é manifestada pela razão de algum homem. A definição “do que é a moral” também será feita por algum filósofo, líder religioso ou jurista.

Ora, exige-se uma ordem suprapositiva pela desconfiança no direito positivo criado pelo ser humano. Porém, ao final, a definição de tal ordem (quando de sua interpretação e revelação) será realizada pelo próprio ser humano e suscetível dos mesmos vícios a que se submete o direito positivo. Esta parece justamente a principal questão da filosofia do direito. Inclusive, não parece que algum dia seja a mesma resolvida. Deve-se sim tomar consciência do dilema para que corretamente se possa trabalhar sobre o mesmo.

Sabendo-se que, a rigor, a ordem moral suprapositiva e paradigma do direito positivo será definida por seres humanos, o objetivo passa a ser a melhor forma de fazê-lo. Deve-se buscar a redução ao máximo possível da insegurança de formulações particulares da ideia de moral. Neste ponto, ganham importância os estudos sobre a teoria da argumentação e a procura de universalização dos argumentos e participação nos procedimentos. Deve-se possibilitar que os mais diversos setores da sociedade participem com efetividade na definição do que seja “moral”. Mais que isto, além de afirmar o “moral”, deve-se argumentar em defesa da posição adotada, como forma de controle.

Levando ao extremo esta linha, alguns pensadores formularão concepções denominadas “procedimentalistas”. Afirmam, em linhas bem gerais, que, pela impossibilidade de defender-se um conceito moral material, a preocupação deve ser a formulação de um correto procedimento e suas condições. Dessa forma, seguindo-se tal procedimento, por consequência se obteria a correta concepção de justiça.

A questão não é tão simples. A rigor, bem destaca Rawls que não há procedimentalismo puro. A própria definição das corretas condições para perfeita deliberação já importa uma prévia estipulação. Uma eventual deliberação para definir as corretas condições para deliberações, por sua vez, importaria evidentemente em um “regresso ao infinito”.

Conclui-se apenas que a solução às questões levantadas não parece se encontrar em nenhuma das posições extremadas. Fundamental, desta forma, tanto o estabelecimento de uma teoria da justiça, com conteúdo morais substanciais a servirem de paradigma metapositivo de aferição das instituições postas. Nada obstante, igualmente fundamental a garantia de um espaço democrático e plural de deliberação.

VI. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1999.

BAUMAN, Zygmund. *Modernidade e Ambivalência*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 1999.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Tradução por Carlos Nelson. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. *O Positivismo Jurídico*. Tradução por Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1995.

DWORKIN, Ronald. *A Virtude Soberana*, São Paulo: Martins Fontes, 2005.

GARGARELLA, Roberto. *As Teorias da Justiça depois de Rawls. Um breve manual de filosofia política*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Tradução por Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Tradução por José Lamago. 3ª ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997.

LASSALLE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

MARX, Karl e ENGELS, Friedrich. *O Capital*. Edição condensada, Clássicos Edipro. Bauru-São Paulo, 1998.

MULLER, Friedrich. *Discours de la Méthode Juridique*. Traduzido por Olivier Joujan. 1ª ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1996.

RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. *O Liberalismo Político*. Tradução de João Sedas Nunes. Lisboa: Editorial Presença, 1996.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1999.

TORRES, Ricardo Lobo. “Introdução”. In TORRES, Ricardo Lobo. (Org.). *Legitimação dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.