

**A REVISÃO PÓS-POSITIVISTA DAS FONTES DO DIREITO: DA UNIDADE DO
ORDENAMENTO JURÍDICO DE NORBERTO BOBBIO AOS PRINCÍPIOS DE
RONALD DWORKIN E ROBERT ALEXY ¹**

Pedro Walter Guimarães Tang Vidal²
Soadre Caroline Rolim de Moura³

RESUMO

O presente artigo apresenta a revisão das fontes do direito, sob o referencial teórico do Pós-Positivismo. Para tanto, estuda-se o problema da unidade do ordenamento jurídico de Norberto Bobbio; a síntese entre Jusnaturalismo e Positivismo Jurídico, que resultou na concepção das constituições como conjunto de princípios morais sob o qual se equilibra o Poder Legislativo e o Judiciário; e, por fim, a concepção de Ronald Dworkin e Robert Alexy sobre a utilização dos princípios como fonte do direito. Como resultados, extrai-se que, com a Teoria das fontes do direito, conquistaram-se garantias, por meio de normas positivadas, como a previsibilidade e a segurança jurídica. A utilização dos princípios como fonte do direito enseja um estudo sobre a forma pela qual eles serão abordados: enquanto para Ronald Dworkin os princípios exigem uma reflexão sobre os valores cotejados pela norma a se aplicar, para Robert Alexy a ponderação consiste no sopesamento de mandamentos de otimização. Utilizou-se para o desenvolvimento desta pesquisa o método indutivo, operacionalizado pela técnica da pesquisa bibliográfica.

Palavras-Chave: Positivismo jurídico. Pós-Positivismo. Fontes do direito. Princípios.

¹ Artigo desenvolvido como requisito de aprovação na disciplina “Teorias da Justiça e da Jurisdição”, vinculada ao Mestrado em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI), sob orientação do Professor Orlando Luiz Zanon Júnior, Doutor. Artigo produzido conforme o modelo de artigo científico constante in Pasold (2015, p. 165-169).

² Mestre em Direito Internacional Econômico pela Universidade de Lausanne – Unil. Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Técnico Judiciário Auxiliar da Divisão de Sistemas Judiciais/DTI do Poder Judiciário de Santa Catarina.

³ Mestranda em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí. Especialista em Direito Público. Especialista em Direito Penal e Processo Penal. Graduada em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí. Técnica judiciária auxiliar e secretária jurídica do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina.

1 INTRODUÇÃO

Um dos sete modos de definir o positivismo jurídico é a partir de suas fontes. Por meio dessa aproximação, o direito confere à lei o *status* de principal fonte do direito e reduz a relevância do costume ao mínimo.⁴

A necessidade de revisão do Positivismo Jurídico e da lei como fonte principal do direito foi apontada em 1946 por Gustav Radbruch sob o argumento da convivência do Estado e, sobretudo, do Poder Judiciário com leis cruéis e criminosas.⁵

Segundo Gustav Radbruch, há princípios fundamentais de direito que estão acima de qualquer preceito jurídico positivo. O autor, que viveu isolado durante o Reich, encontra estes princípios no direito natural e afirma que a partir deles é possível extrair um núcleo seguro e fixo e que eventual objeção a eles só poderia ser feita mediante um sistemático ceticismo.⁶

Para Mário Losano (2010), no entanto, a atitude dos juristas nesse período remonta a condicionamentos sociais anteriores.⁷ Dessa forma, para o autor italiano, a doutrina

⁴ “Do ponto de vista das fontes do direito, o positivismo considera a legislação como fonte principal do direito, reduzindo ao mínimo a relevância do costume (teoria do normativismo legislativo)” (LOSANO, 2007b, p. XXXIII).

⁵ “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 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 arbitrarias, mais cruéis e mais criminosas. Torna equivalentes, em última análise, o direito e a força, levando a crer que só onde estiver a segunda estará também o primeiro” (RADBRUCH, 1997).

⁶ “Há também princípios fundamentais de direito que são mais fortes do que todo e qualquer preceito jurídico positivo, de tal modo que toda a lei que os contrarie não poderá deixar de ser privada de validade. Há quem lhes chame de direito natural e quem lhes chame de direito racional. Sem dúvida, tais princípios acham-se, no seu por menor, envoltos em grandes dúvidas. Contudo, o esforço de séculos conseguiu extrair deles um núcleo seguro e fixo, que reuniu nas chamadas declarações dos direitos do homem e do cidadão, e fê-lo com um consentimento de tal modo universal que, com relação a muitos deles, só um sistemático ceticismo poderá ainda levantar quaisquer dúvidas. Na linguagem da fé religiosa estes mesmos pensamentos acham-se expressos em duas passagens do Novo Testamento. Está escrito numa delas (S. Paulo, Aos romanos, 3, 1): “deveis obediência à autoridade que exerce vós o poder”. Mas numa outra (Actos dos Apost. 5, 29) está escrito também: “deveis mais obediência a Deus do que aos homens”. E não é isto aí, note-se, a expressão dum simples desejo, mas um autêntico princípio jurídico em vigor” (RADBRUCH, 1997, p. 418).

⁷ “Os juizes do Estado oitocentista eram recrutados com critérios homogêneos aos do Estado: eram pessoas autoritárias e conservadoras. Não lhes foi possível identificar-se com a frágil República de Weimar, abalada por uma violenta luta entre partidos à qual os juizes não estavam habituados e fundada em ideias socialistas que eles consideravam subversivas. O Estado nacional-socialista oferecia-lhes, ao contrário, a imagem de um Estado novamente compacto e acima das partes: não tiveram, portanto, dificuldade para identificar-se com ele. Em

de Gustav Radbruch exerceu forte influência na Alemanha, porém, com efeitos trágicos.⁸

Conforme pode-se perceber, a revisão das fontes do direito é uma construção ampla e complexa, sem que se tenha chegado até o momento a um consenso sobre a superação do modelo de fontes proposto pelo Positivismo Jurídico. Essa indefinição, entre outros sinais, evidencia uma crise no paradigma do Positivismo Jurídico, que reina na dogmática e na ciência jurídica desde os séculos XVIII e XIX.

Sem a pretensão de resolver definitivamente o impasse, mas com vistas a compreensão do debate e, sobretudo, das categorias e conceitos operacionais que tramitam entre os autores que abordam a temática, busca-se demonstrar em que medida a proposta pós-positivista consiste em superação e/ou reforço quanto à unidade do ordenamento jurídico e à diversidade de fontes e modos de produção do direito.

Em um primeiro momento, portanto, a revisão das fontes do direito e do Positivismo Jurídico se dirige a um contraponto entre Positivismo e Jusnaturalismo; em um segundo momento, à sua função promocional; e, por fim, ao confronto entre a unidade proposta pelos princípios do direito e a diversidade dos modos de produção, problema este que remonta ao relativismo ético e axiológico sobre o qual se ergue a democracia e a diversidade dos modos de produção, típicos da dinâmica jurídica positivista.

Nesse contexto, este artigo define como referente: verificar e estudar a

suma, quanto mais um Estado era autoritário, mais os juízes estavam dispostos a ater-se rigorosamente ao seu direito. Ao contrário, quanto mais um Estado se tornava democrático e pluralista, mais entrava em crise o positivismo jurídicos dos juízes. Para Radbruch, portanto, o positivismo jurídico predisusera os juízes a identificar-se com o Estado nacional-socialista. Mas aqui surge a segunda discordância histórica com a tese de Radbruch: o Estado nacional-socialista não propôs aos juízes alemães um modelo positivista, mas exatamente seu contrário, como foi visto nas páginas anteriores. Na verdade, o juízes alemães não agiram como positivistas nem durante a República de Weimar, nem durante o regime nacional-socialista”(LOSANO, 2010).

⁸ “Para entender o mecanismo desse trágico equívoco, Walther se pergunta primeiramente se os juízes alemães tinham sido assim tão positivistas durante a República de Weimar e durante o regime nacional-socialista: essa é, de fato, a constatação sobre a qual se baseia o raciocínio de Radbruch. Os dados históricos parecem demonstrar o contrário. No plano metodológico, na época de Weimar tomava corpo uma interpretação das normas fundada cada vez mais na ‘vontade da lei’, bem diversa da ‘vontade do legislador’ propugnada pelos positivistas. [...] Os juízes nunca haviam aceitado aquela república e sua ideologia socialdemocrata. No momento em que a associação dos magistrados se dissolvia para fundir-se com a associação nacional-socialista dos juízes, o presidente em fim de mandato recordava que na República de Weimar, desde 1919, pedia-se aos juízes que proferissem sentenças para ‘introduzir na jurisprudência’ as concepções políticas da maioria, ou seja, a concepção marxista; mas ‘nós nos opusemos por quinze anos a essa pretensão’, porque os juízes queriam impedir que a jurisprudência se tornasse ‘a serva das aberrações políticas’; e concluiu com orgulho ‘Nós juízes somos a única classe a ter mantido imaculado nosso próprio brasão’. Em outros termos: nós juízes nunca reconhecemos a soberania daquela república socialdemocrata e tampouco nos sentimos vinculados por seu direito (LOSANO, 2010. p. 237-238).

revisão das fontes do direito sob a óptica do Pós-Positivismo Jurídico, com vistas à compreensão das reformas propostas nos conceitos operacionais e matrizes fundantes da dinâmica jurídica das fontes do direito.

Para seu desenvolvimento, o trabalho será dividido em três itens. O primeiro estuda o problema da unidade na Teoria do Ordenamento Jurídico de Norberto Bobbio; o segundo aborda o Pós-Positivismo como síntese entre o Jusnaturalismo e o Positivismo Jurídico; e, por fim, o terceiro investiga os princípios jurídicos no pensamento de Ronald Dworkin e Robert Alexy.

Quanto à metodologia, o relato dos resultados foi composto na base lógica indutiva⁹ e foi utilizada a técnica da pesquisa bibliográfica.¹⁰ Utilizou-se ainda a técnica do referente¹¹, sendo definido para o presente trabalho o seguinte referente: investigar as categorias fontes do direitos, separação dos Poderes e Democracia, buscando examinar a evolução do pensamento moderno sobre a tarefa criativa da jurisprudência.

2 A DIVERSIDADE DAS FONTES E O PROBLEMA DA UNIDADE NA TEORIA DO ORDENAMENTO JURÍDICO

Norberto Bobbio se interessa pelos estudos de Positivismo Jurídico já em 1949 e nele se concentra pelas décadas de 50, 60 e 70. Apenas em 1980, passa a focar menos na estrutura positivista kelseniana e mais na função do direito¹² delineando, dessa forma, uma flexibilização de elementos do positivismo normativo (RI, 2017, p. 24-43).

Importa aqui, como referente, estudar as contribuições de Norberto Bobbio

⁹ “[...] pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral [...]” (PASOLD, 2015. p. 86).

¹⁰ “Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais” (PASOLD, 2015. p. 209). Foram utilizadas principalmente as técnicas de fichamento destaque e fichamento resumo das principais obras que compõem a referência das fontes citadas desta pesquisa.

¹¹ “[...] explicitação prévia do(s) motivo(s), dos objetivo(s) e do produto desejado, delimitando o alcance temático e de abordagem para um atividade intelectual, especialmente para uma pesquisa” (PASOLD, 2015. p. 54).

¹² “El interés de Bobbio por el positivismo jurídico empieza en 1949, sigue en los años Sesenta y Setenta y termina en los Ochenta; sin embargo, se concentra en una época concreta de su vida entre los años Cincuenta y Sesenta (cf. infra, § 3). Interés que fue precedido y seguido por otras muchas predilecciones teórico-jurídicas, filosóficas, metodológicas e históricas, las cuales no se podrán ni siquiera mencionar en las próximas páginas. Baste aquí recordar que los comienzos del interés por el positivismo jurídico se entrelazan con un fuerte apego a la metodología de cuña neopositivista y con el acercamiento a la filosofía analítica, de la que nacería una pujante escuela” (LOSANO, 2007a, p. 15-16).

para evolução do pensamento científico, de forma cronológica e cientificamente organizada, quanto ao problema da unidade do ordenamento jurídico ante a diversidade das formas de produção do direito proposta pela Teoria das Fontes do Direito.

2.1 As fontes do direito na teoria do ordenamento jurídico

A obra “Teoria do Ordenamento Jurídico” é a continuação da obra predecessora de Norberto Bobbio “Teoria da Norma Jurídica”. Nesta, o autor trata da norma e da sanção; naquela, o jurista italiano entende que as normas não existem fora de um contexto. Daí decorre a necessidade de estudar o “ordenamento jurídico” e considerar, de acordo com sua metáfora, “[...] não só a árvore, mas também a floresta”(BOBBIO, 2011, P. 37).

Após enfrentar a novidade do problema do ordenamento jurídico – as definições de direito segundo os critérios formal, material e do sujeito que põe a norma e ao qual ela se destina; uma definição própria de direito e o problema da pluralidade de normas –, Bobbio (2011, p. 48-49) elenca aqueles que seriam os quatro problemas do ordenamento jurídico: a unidade do ordenamento e a hierarquia das normas; o sistema do ordenamento e as antinomias jurídicas; a completude e as lacunas normativas; e, por fim, as relações entre os vários ordenamentos e o reenvio.

Dessa forma, como se vê, as fontes do direito, para a Teoria do Ordenamento Jurídico, são essenciais para tratar do problema da unidade do ordenamento jurídico.

Para Bobbio (2011, p. 51), os ordenamentos não são compostos de uma ou duas normas, mas de um infinito que, assim como as estrelas, nunca ninguém conseguiu contar. No entanto, é possível distinguir fontes delegadas e fontes reconhecidas de modo a estabelecer uma unidade entre elas.

Para exemplificar as fontes delegadas, Bobbio (2011, p. 53) se utiliza da relação entre a lei e o regulamento, sugerindo que as leis, por vezes, são demasiadamente genéricas e exigem, portanto, um regulamento que permita sua operacionalização nas questões cotidianas sobre as quais elas incidem.

Quanto às fontes reconhecidas, o costume exemplifica como autorizar os próprios cidadãos a produzirem normas por meio de seu comportamento uniforme, as quais

podem ou não ser recepcionadas pelo ordenamento. De igual maneira, isso ocorre com o poder conferido aos particulares, ou seja, através do poder negocial e com supedâneo na autonomia privada, eles podem produzir normas válidas e capazes de constituir direitos (BOBBIO, 2011, p. 53).

O problema de distinguir fontes reconhecidas de fontes delegadas remete, segundo Bobbio (2011, p. 55), à concepção geral do ordenamento. Nesse contexto, insta reconhecer que o ponto de referência de todos os ordenamentos é o poder originário, ou seja, a fonte das fontes. No entanto, nenhum ordenamento nasce de um deserto, ou seja, nenhum ordenamento é erigido a partir do nada, mas sim levando em consideração também a herança de ordenamentos predecessores. Da mesma forma, uma vez constituído, o poder originário cria mecanismos de normatização.

Portanto, o poder originário, que decorre de um contrato social, pode ser concebido de duas maneiras: a primeira é aquela descrita pela teoria hobbesiana, na qual os sujeitos renunciam todos os direitos do estado de natureza e fundam o poder civil sem limites;¹³ e a segunda é oriunda da teoria de John Locke, na qual o poder civil se funda com a certeza de se obter ainda mais direitos.¹⁴ Para a primeira teoria, o direito natural se extingue e o único direito válido é o direito positivo; para a segunda, o direito positivo é tão somente um mecanismo de ampliação dos direitos naturais (BOBBIO, 2011, p. 56).

Em cada uma das hipóteses, o direito preexistente possui um valor distinto. Para a primeira, novo ordenamento é concebido de forma a se tornar autônomo em relação ao direito natural; na segunda o ordenamento é concebido como uma continuidade, ou seja, uma subsistência do direito anterior. Dessa forma, fontes reconhecidas e delegadas encontram limites externos e internos que permitem interpretações distintas em cada uma das teorias: o direito novo é acolhido ora como extensão do direito natural, ora por meio de delegação aos cidadãos e/ou sujeitos qualificados (BOBBIO, 2011, p. 57).

¹³ “A essência do Estado consiste nisso e pode ser assim definida: uma pessoa instituída pelos atos de uma grade multidão, mediante pactos recíprocos uns com os outros, como autora, de modo a poder a usar os meios de todos, da maneira que achar conveniente para assegurar a paz e a defesa comum.” (HOBBS, 2012. p. 140).

¹⁴ “O maior e principal objetivo, portanto, dos homens se reunirem em comunidades, aceitando um governo comum, é a preservação da propriedade. De fato, no estado de natureza faltam muitas condições para tanto” (LOCKE, 2011. p. 84).

As fontes do direito, para Bobbio (2011, p. 58), dessa forma constituem-se em “[...] fatos e aqueles atos dos quais o ordenamento jurídico faz depender a produção de normas jurídicas”.

Segundo o autor, elencar as fontes do ordenamento é o ponto de partida para o conhecimento de um ordenamento jurídico. No entanto, muito mais do que permitir enumerações e classificações infundáveis e regular o comportamento das pessoas, as fontes também regulam o modo com que se devem produzir outras normas jurídicas (BOBBIO, 2011, p. 58).

2.2 O problema da unidade do direito na teoria do ordenamento jurídico

Para a Teoria do Ordenamento Jurídico, a construção escalonada do ordenamento não exclui a sua unidade. Ainda que suas normas estejam em planos distintos, acima de todas elas encontra-se um fundamento de validade comum, a norma hipotética fundamental, que serve como termo unificador das normas (BOBBIO, 2011, p. 61).

Assim, as normas do ordenamento jurídico se organizam segundo uma estrutura hierárquica, cuja relevância impacta, sobretudo, para resolução de antinomias. Segundo Bobbio (BOBBIO, 2011, p. 61), essa estrutura hierárquica se apresenta por meio de uma pirâmide:

Geralmente se representa a estrutura hierárquica de um ordenamento por meio de uma pirâmide, donde se pode falar também de construção em pirâmide do ordenamento jurídico. Nessa pirâmide, o vértice é ocupado pela norma fundamental; a base é constituída pelos atos executivos.

Essa estrutura se apresenta, para o autor, como um processo dúplice ascendente e descendente que qualifica duas outras noções, quais sejam, poder e dever: a produção jurídica como um poder e sua execução e cumprimento como um dever. Não existe, assim, obrigação para um sujeito sem que haja poder para o outro¹⁵.

Nessa pirâmide, Bobbio (2011, p. 64) encontra uma das maiores fontes de confusão e conflito entre os teóricos do direito: a definição de direito, pois essa categoria é

¹⁵ “Chama-se poder, numa das mais importantes acepções, a capacidade que o ordenamento jurídico atribui a esta ou àquela pessoa de positivizar obrigações em relação a outras pessoas; chama-se obrigação o comportamento que se espera daquele que é sujeito ao poder” (BOBBIO, 2011, p. 63).

comumente utilizada com significados distintos e pode designar, inclusive, a faculdade de não cumprir uma obrigação. Portanto, direito pode se referir tanto a essa faculdade quanto ao poder, que é o termo correlativo de dever numa relação intersubjetiva.

Assim, voltando à estrutura piramidal, encontra-se ali também a representação do ordenamento jurídico com a execução de uma série sucessiva de poderes: o poder constitucional, legislativo, regulamentar, jurisdicional, negocial e assim sucessivamente. Essa estrutura possui forma de pirâmide, que é comum aos mais diversos ordenamentos jurídicos; no entanto, os estratos podem variar (BOBBIO, 2011, p. 64).

Esses poderes, no entanto, não são absolutos, ou seja, eles possuem limites, que podem ser materiais e formais. São considerados limites materiais, para Bobbio (2011, p. 65), aqueles que dizem respeito ao conteúdo da norma a ser produzida. Formais, por sua vez, são os limites que dizem respeito à forma ou ao procedimento pelo qual são editadas essas normas. O estudo desses limites se revela importante, sobretudo, para investigações que se referem à legitimidade da edição de uma norma inferior.

Quanto aos limites materiais, Bobbio (2011, p. 66) os divide em limites positivos e negativos. Serão positivos os limites quando o legislador ordinário impõe a edição de normas sobre determinada matéria e, por sua vez, negativos, aqueles que proíbem normas sobre determinado conteúdo. Bobbio apresenta, como exemplo de limite negativo, a liberdade de religião – ou seja, quando a Constituição estabelece o direito de liberdade de religião, ao mesmo tempo está proibindo a edição de normas que limitem esse direito – e, como exemplo de limite formal, todas as normas da Constituição que prescrevem um modo de funcionamento dos órgãos legislativos.

Nessa estrutura piramidal, os limites materiais e formais são importantes para a ideia da legitimidade das normas inferiores. No entanto, ao chegar no topo da pirâmide, questiona-se aquela que seria a norma fundamental, ou seja, qual seria o limite imposto à Constituição. No entanto, segundo Bobbio (2011, p. 69), a norma fundamental não é expressa, mas sim pressuposta e seu conteúdo é o fundamento de legitimidade de todo o sistema.

Além da legitimidade, a norma fundamental estabelece um critério de validade, ou seja, as condições para que uma norma seja reconhecida como válida. Dessa forma, o juízo de validade de uma norma é decisivo tanto para a conduta do cidadão quanto

para a do juiz. Será válida, assim, a norma que for editada por uma autoridade que tenha legitimamente, poder para editar normas jurídicas (BOBBIO, 2011, p. 71).

Contudo, com relação à pertinência do fundamento da norma fundamental, Bobbio (2011, p. 72-73) é categórico ao afirmar que essa discussão não é um problema jurídico, mas sim externo ao direito positivo:

Qual é o fundamento da norma fundamental num ordenamento jurídico positivo? Tais respostas podem ser dadas desde que se transcenda o ordenamento jurídico positivo e se leve em consideração um ordenamento mais vasto, por exemplo, o ordenamento cósmico, ou o humano de maneira geral, do qual o ordenamento jurídico seja considerada uma parte, em outras palavras, realiza-se a operação de inserir um dado no sistema, no nosso caso, o sistema jurídico num sistema mais vasto.

Sem querer deixar o leitor sem resposta, Bobbio (2011, p. 73-74) apresenta aquelas que seriam as respostas mais comuns ao fundamento da norma fundamental do ordenamento jurídico positivo: Deus; lei natural; e convenção originária (contrato social).

Além do fundamento da norma fundamental, a Teoria do Ordenamento Jurídico também enfrenta um segundo problema: a relação com a força. Segundo Bobbio (2011, p. 77), a força é um instrumento necessário ao poder, mas não é necessariamente o seu fundamento. Ela é um meio que permite o exercício do poder. A relação entre as normas jurídicas e a força consiste, portanto, na sua aplicação: “uma regra é jurídica porque dispõe sobre uma sanção. O problema da coerção não é o problema de assegurar a eficácia das regras, mas sim o *problema do conteúdo das regras*”. Portanto, “[...] a sanção é, em última instância, um ato de força” e “o objetivo de qualquer legislador não é organizar a força, *mas sim organizar a sociedade mediante a força*”.

3 O PÓS-POSITIVISMO COMO SÍNTESE ENTRE JUSNATURALISMO E POSITIVISMO JURÍDICO

O confronto entre o Positivismo e o Jusnaturalismo encontra na obra “Jusnaturalismo e Positivismo Jurídico”, de Bobbio (2011, p. 77), uma proposta de abordagem dos problemas da filosofia do direito. Além dos problemas relacionados com os valores (deontológicos), das categorias gerais (ontológicos), do funcionamento das

instituições (fenomenológico) e do método jurídico (científico), Bobbio introduz também uma visão sobre as diferentes perspectivas. De forma contundente, critica o analfabetismo filosófico e sociológico dos juristas e propõe um reconhecimento do direito a partir da justiça, da validade e da efetividade (FERRAJOLI, 2016, p. 8).

Apesar de se posicionar como árbitro da tensão entre as duas categorias, nas palavras de Ferrajoli (2016, p. 8), Bobbio defende o Positivismo em desfavor do Jusnaturalismo. Nesse contexto de tensão, a obra apresenta aquela que seria considerada a síntese entre as duas categorias:

A alternativa entre jusnaturalismo e positivismo jurídico, resolvida por Bobbio e por grande parte da filosofia jus-analítica dos anos 1960 e 1970, com uma clara opção pelo positivismo jurídico, voltou a ser proposta com força nas últimas décadas, no modo diferente de conceber as constituições do segundo pós-guerra e o constitucionalismo: como conjunto de princípios morais objeto de equilíbrio legislativo ou judiciário, ou como sistema de limites e vínculos de direito positivo rigidamente impostos a todos os poderes públicos (BOBBIO, 2016, p. 12).

O problema que a obra Jusnaturalismo e Positivismo Jurídico se propõe a resolver, dessa forma, remete ao questionamento que o Positivismo Jurídico havia sepultado, ou seja, importa saber se a crise do Positivismo Jurídico é imposta pela constitucionalização de princípios morais de justiça e de direitos fundamentais, oriundos dessa sinergia entre Positivismo e Jusnaturalismo, ou se, pelo contrário, eles proporcionariam uma continuidade do Positivismo mantendo seu valor teórico e pragmático. Esse questionamento remete, em última análise, à existência ou não de conexão entre direito e moral ou entre validade e justiça (BOBBIO, 2016, p. 14).

Com efeito, Ferrajoli (BOBBIO, 2016, p. 17) apresenta a distinção em sentido forte entre regras e princípios. Enquanto aquelas aplicam-se peremptoriamente aos casos por elas previstos, estes se respeitam e se equilibram, porque possuem maior indeterminação.

Bobbio (2016, p. 19), no entanto, não reconhece “princípios éticos autoevidentes com valor absoluto e universal” ou a também denominada “objetividade da moral”. O risco do reconhecimento de princípios autoevidentes, segundo Ferrajoli, é o de se minar a hierarquia das fontes e a separação de poderes:

[...] tal concepção do constitucionalismo corre de fato o risco de enfraquecer a normatividade das constituições em relação ao legislador, de favorecer e promover, também, além dos seus espaços inevitáveis, a discricionariedade e o ativismo judiciário e, assim, minar a hierarquia das fontes e a separação de poderes. (FERRAJOLI, 2016, p. 18-19).

Portanto, para Bobbio (2016, p. 37), a revisão das fontes do direito, ou seja, uma crítica às fontes do direito, remonta à crise do próprio Positivismo Jurídico. Ao lado das fontes do direito, o autor destaca como focos de crise eventual o retorno ao direito natural; a crítica do estatualismo em face do pluralismo; e a crise dos métodos em nome de interpretações mais abertas pela jurisprudência (métodos jurídicos) – problemas estes que, em sua visão, são clássicos da filosofia do direito.

De encontro ao Positivismo Jurídico e à hierarquia de fontes por ele proposta, as críticas se direcionam ao legalismo e ao predomínio da lei como fonte principal do direito. Responsável pelo dogma estatalista, essa tendência reduz ao mínimo o direito consuetudinário e o Judiciário e constrói uma imagem do direito demasiadamente restrita (BOBBIO, 2016, p. 44-45).

Esse formalismo¹⁶ atraiu críticas e expressões radicais para que a ciência jurídica deixasse de ser uma ciência normativa e passasse a ser empírica e descritiva, de modo a reivindicar, por conseguinte, também o poder criativo do juiz em uma cultura, a qual Bobbio denomina, ainda que genericamente, de antilegalista. Esta foi alvo dos críticos positivistas que, com supedâneo na certeza e na segurança jurídica, ainda acreditavam na concepção do valor meramente declarativo da atividade do juiz. É nesse sentido que vigora a crise da concepção de que a atividade do juiz é meramente uma lógica de subsunção do texto ao fato (BOBBIO, 2016, p. 46-47).

Ainda ao analisar os aspectos do Positivismo Jurídico, Bobbio (2016, p.

¹⁶ “Como está em questão o formalismo jurídico, não parece inoportuno nem impertinente fazer, à guisa de discurso introdutório, a seguinte pergunta: por formalismo jurídico entende-se o quê? [...] O termo mais comumente usado para designar essa teoria é legalismo. Então podemos dizer que, nessa primeira acepção, o formalismo jurídico coincide com a concepção legalista de justiça. [...] Mas o dogma da legalidade, ao qual eles são fiéis, é diferente da concepção legalista de justiça (ou seja do legalismo). A legalidade é um critério porque serve para distinguir os atos jurídicos dos não jurídicos, mas não para formular um juízo sobre sua justiça ou injustiça. É bastante pacífico que um defensor da legalidade afirme que leis positivas devem ser obedecidas e aplicadas porque são leis, não porque são justas, e, portanto, devem ser obedecidas ainda que sejam injustas. [...] A concepção legalista de justiça, formulável em sua pureza deste modo: ‘A lei positiva é justa pelo único fato de ser lei’ (redução da justiça à validade), é, na realidade, bastante rara.” (BOBBIO, 2016, p. 103-104).

152) parte em defesa do *approach* positivista do direito, ou seja, o acerto de contas que o direito tem para com a sociologia, sobretudo no que diz respeito à abordagem valorativa dos fatos. Nesse sentido, insta reforçar que o fato de a atividade do jurista não ser lógica, ou seja, o fato de ser avaliativa e eticamente orientada não implica ser jusnaturalista: significa apenas que essas avaliações tornam-se direito à medida que são acolhidas no sistema das fontes, por meio de procedimentos estabelecidos e objetivamente verificáveis, e não por sua maior ou menor conformidade a certos ideais de justiça em detrimento de outros.

Dessa forma, o dogma da supremacia da lei sobre outras fontes conduz ao estabelecimento de relações entre o Jusnaturalismo e o Positivismo Jurídico quando ambos são considerados como teorias gerais do direito. Para este, o direito é entendido como vontade do soberano, o Estado, que não é uma pessoa moral, mas uma elaboração teórica do voluntarismo jurídico, enquanto para aquele a fundamentação do direito provém não de comandos, mas da natureza das coisas. Há para o jusnaturalismo o reconhecimento da incompletude do ordenamento jurídico, que propicia a livre pesquisa do direito para integrar e adaptar o direito posto.

O problema do Jusnaturalismo, no dizer de Bobbio (2016, p. 169), é que entre os braços do direito natural encontram refúgio valores contraditórios: autoridade e liberdade; igualdade e escravidão; propriedade individual e comunidade de bens; resistência e obediência. A razão para essas contradições deriva do fato de não existir uma ética comum entre os jusnaturalistas e quem por ela trafega “confunde-se no emaranhado das distinções entre verdadeiros e falsos jusnaturalistas”. Por isso, essas teorias representam dois extremos, entre os quais há teorias intermediárias (BOBBIO, 2016, p. 170).

Sendo assim, da contraposição entre o Jusnaturalismo e o Positivismo Jurídico, extrai-se que este, como teoria do Direito, supervaloriza a lei sobre outras fontes. É a preeminência do direito do Estado sobre o de qualquer outro ordenamento. Por meio do desenvolvimento do Positivismo Jurídico como teoria, construiu-se o dogma da completude do direito; com a supremacia da lei e a onipotência do legislador, o direito como ciência se viu diante de um sistema dotado de valores próprios capazes de oferecer respostas para todas as perguntas jurídicas; por fim, o juiz, nesse contexto, é um autômato, que aplica a lei, sem proceder a um exame crítico dela (BOBBIO, 2016, p. 186).

Essa abordagem do Positivismo Jurídico, também denominada de

positivismo em sentido estrito, não se confunde com o Positivismo enquanto método ou enquanto ideologia e subestima demais fontes do direito, tais como o direito consuetudinário e o científico (BOBBIO, 2016, p. 187). No entanto, ao positivismo em sentido estrito é que se destinam as críticas pós-positivistas que elencam, entre outros, a utilização de princípios tanto como fontes do direito quanto como mecanismos de superação da crise positivista.

4 OS PRINCÍPIOS NO PENSAMENTO DE RONALD DWORKIN E ROBERT ALEXY

Conforme previamente abordado, uma das formas de se definir o Positivismo Jurídico consiste na identificação de suas fontes. Para fazer prevalecer a lei como fonte do direito e reduzir o costume ao mínimo, essa forma de abordagem do direito preconiza a separação entre direito e moral. Seu princípio metodológico fundamental consiste em expurgar todos os elementos considerados estranhos ao direito e formar um ordenamento jurídico exclusivamente por meio de regras positivadas. Para esse ordenamento, escalonado segundo um critério de validade formal, a aplicação do direito posto ocorre mediante subsunção e utilização da discricionariedade judicial para a resolução dos *hard case* (ZANON JUNIOR, 2015). Devido aos chamados decisionismos dos juízes positivistas, que lançam mão da discricionariedade para resolver os casos difíceis, o modelo juspositivista é alvo de severas críticas, “que visam demonstrar a incorreção de seus principais postulados teóricos, com vista a ensejar a revolução científica que, gradualmente, implicará a superação paradigmática por uma outra teoria do Direito” (ZANON JUNIOR, 2015, p. 89).

Nessa esteira, a separação entre direito e moral já não mais subsiste, porquanto “os temas morais estão intrinsecamente interligados com as questões jurídicas”, pois voltados ao sentido material finalístico do direito, que é disciplinar a tomada de decisões boas, corretas e justas (ZANON JUNIOR, 2015, p. 93). No entanto, os parâmetros utilizados para esboçar uma decisão judicial, invariavelmente, estão atrelados à carga de conhecimento e às convicções pessoais de cada um, bem como às forças que acomodam tal conjunto de influências. Por isso, “é inviável a proposição de uma blindagem eficaz da interpretação e da aplicação dos preceitos jurídicos em face da moralidade política, de sorte que os Juristas não devem de se esquivar em discutir tal tema” (ZANON JUNIOR, 2015, p. 95).

Pertinente à prevalência das regras jurídicas, conforme leciona Zanon Junior (2015, p. 99), reconhece-se que “o Direito não se resume a um conjunto de imperativos legislativos, porquanto há outros elementos que inegavelmente conformam a atividade jurígena”. Nesse desiderato, “merece ser respeitada a tese juspositivista que atribui apenas a prevalência, mas não a exclusividade, das disposições legais escritas sobre os demais padrões decisórios, com a ressalva da viabilidade do controle principiológico de constitucionalidade”.

Segundo a teoria complexa do direito desenvolvida por Zanon Júnior (2015, p. 101), existem diversos padrões que influenciam o magistrado na construção da norma que fundamenta uma decisão concreta, visto que no processo ingressa não apenas o texto normativo, “mas também diversas outras modalidades de argumentos, de cunho principiológico, moral, econômico, social, tecnológico, psicológico, dentre incontáveis outros.”

Sem embargo, e mantendo-se o referente do artigo, passa-se ao estudo dos princípios jurídicos no pensamento de Ronald Dworkin e Robert Alexy, com vistas a compreender a reforma proposta pelo Pós-Positivismo quanto às fontes do direito e responder o problema apresentado para o presente artigo, ou seja, saber em que medida a adoção de princípios como fonte do direito importa em superação ou aperfeiçoamento do Positivismo Jurídico e, por consequência, adoção de um novo paradigma para Ciência Jurídica.

Para Cezne (2005, p. 51-52), Ronald Dworkin e Robert Alexy trabalham com questões comuns, tais como “o tratamento de direitos fundamentais, a fundamentação das decisões jurídicas, e as teorias de ambos estão estreitamente ligadas à interpretação constitucional”.

4.1 Os princípios na visão de Ronald Dworkin

Dworkin defende que as partes num processo possuem o direito de que a solução jurídica para o caso esteja de acordo com o ordenamento previamente estabelecido. Esse seria o fundamento para todos os casos, fáceis ou difíceis, impedindo tanto a discricionariedade judicial como o poder criativo dos juízes. O ordenamento jurídico seria composto de regras e princípios, que vedariam um juízo discricionário, já que teria sempre uma história institucional a ser reconstruída e que indicaria a melhor decisão a ser tomada

(STRECK, 2014).

Segundo o autor norte-americano, quando os juristas se deparam com casos difíceis, “eles recorrem a padrões que não funcionam como regras” (DWORKIN, 2002, p. 36), os quais se constituem em princípios e política. Nessa esteira, “princípio” é utilizado por ele como a maneira genérica de “indicar todo esse conjunto de padrões que não são regras” e também para diferenciá-lo de políticas.

Política, relacionada às decisões judiciais em *hard cases*, trata-se de um “padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade”. Por sua vez, princípio, diferentemente, “é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade” (DWORKIN, 2002, p. 36).

É relevante, ainda, trazer a distinção feita por Dworkin (2002, p. 39) entre regra e princípio, que para ele é de natureza lógica:

Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão.

A regra pode comportar exceções, contudo estas deverão ser expressamente enunciadas, a fim de que a norma extraída delas seja a mais completa possível. Porém, com os princípios não há essa necessidade, uma vez que eles exercem função de sustentar as regras, limitando sua aplicação e integrando todo o sistema jurídico (DWORKIN, 2002, p. 40).

Ensina Dworkin (2002, p. 42) que “os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm”, qual seja, a dimensão do peso e da importância. Segue explicando que, quando os princípios se inter cruzam, “aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um”.

Por outro lado, “as regras não têm essa dimensão”, ou seja, “uma regra jurídica pode ser mais importante do que outra porque desempenha um papel maior ou mais importante na regulação do comportamento”. Todavia, se ela fizer parte do mesmo sistema de regras, então essa premissa não se confirma. Haverá, aí sim, um conflito de normas e uma

regra poderá suplantar a outra “em virtude de sua importância maior”. Uma das regras, com certeza, não poderá ser considerada válida, devendo ser abandonada ou reformulada. A resolução de conflitos como esse pode se dar pela “precedência à regra promulgada pela autoridade de grau superior, à regra promulgada mais recentemente, à regra mais específica ou outra coisa desse gênero” (DWORKIN, 2002, p. 43).

Na doutrina de Dworkin (2002, p. 46), os princípios – diferentemente da concepção dos princípios como mandamentos de otimização, de Robert Alexy, que chamam à colação a subjetividade do intérprete – fecham a interpretação, isto é, diminuem o espaço da discricionariedade do intérprete, colocando-se o círculo hermenêutico e a diferença ontológica como blindagem contra relativismos.

Nessa esteira, estabelecida a diferença entre princípios, regras e política, “subitamente nos damos conta de que (os princípios) estão por toda a parte, à nossa volta” (DWORKIN, 2002, p. 46). Contudo, é na resolução de questões judiciais difíceis que eles atuam de forma “mais vigorosa, com toda a sua força” (DWORKIN, 2002, p. 46).

Em casos como esses, os positivistas “sustentam que quando um caso não é coberto por uma regra clara, o juiz deve exercer seu poder discricionário para decidi-lo mediante a criação de um novo item de legislação” (DWORKIN, 2002, p. 49-50). Isso significa que “quando um juiz esgota as regras à sua disposição [...] ele não está obrigado por quaisquer padrões derivados da autoridade da lei”, isto é, “os padrões jurídicos que não são regras e são citados pelos juízes não impõem obrigações a estes” (DWORKIN, 2002, p. 55).

Cezne (2005, p. 52-53), a propósito, esclarece que a concepção de obrigação jurídica estabelece a inclusão de um caso em uma regra jurídica válida, exigindo ou proibindo algo. No entanto, essa teorização não exclui outros padrões:

[...] dizer que alguém tem uma obrigação jurídica quer significar que seu caso se inclui dentro de uma regra jurídica válida, que lhe exige fazer algo ou que lhe proíbe que o faça. Não existindo regra jurídica válida, não há obrigação jurídica – desta forma, quando o juiz decide o caso aplicando sua discricionariedade, não está impondo um dever jurídico no que se refere a esse conflito. A crítica de Dworkin a essa teorização baseia-se na ideia da existência de outros padrões, que não somente as regras, vinculantes também para o juiz. Especialmente, enfatiza o papel dos princípios no direito.

Para a autora, a conclusão é de que o problema fulcral é ainda a relação

direito-moral. Partindo de Dworkin, pode-se afirmar que direito não é moral e também não é sociologia. Trata-se de um conceito interpretativo, ou seja, ele é aquilo que é emanado pelas instituições jurídicas, sendo que as questões a ele relativas encontram, necessariamente, resposta nas leis, nos princípios constitucionais, nos regulamentos e nos precedentes que tenham DNA constitucional, e não na vontade individual do aplicador (STRECK, 2014, p. 1281).

Dessume-se que os valores que haviam sido expungidos do direito pelo positivismo retornam, agora, por intermédio dos princípios constitucionais. Trata-se de um direito produzido democraticamente e com uma característica que preserva o seu necessário grau de autonomia. Ou seja, a regra está subsumida no princípio. Regra e princípios são textos, de onde se extraem normas. Regras produzidas democraticamente podem e devem igualmente traduzir a institucionalização da moral no direito; ao passo que a percepção do princípio faz com que este seja o elemento que termina se desvelando, ocultando-se ao mesmo tempo na regra. O princípio é elemento instituidor, o elemento que “existencializa” a regra que ele instituiu; e a regra, portanto, não está despojada do princípio (STRECK, 2014, p. 1624-1630).

Desse modo, mesmo que se procure dizer que as regras preveem comportamentos finalísticos e terminativos e que os princípios não possuem essa independência semântico-significativa, ainda assim estar-se-á dividindo (inadequadamente) o direito em dois mundos distintos: o das regras, que subsistiriam isoladamente, e o dos princípios, que teriam uma função complementar, representada por uma espécie de reserva de sentido, chamado à colação apenas quando a regra não resolver a querela (STRECK, 2014, p. 1720).

Para Dworkin, o princípio da integridade está umbilicalmente ligado com a democracia, exigindo que os juízes construam seus argumentos de forma integrada ao conjunto do direito. A integridade limita a ação dos juízes; mais do que isso, coloca efetivos freios, através dessas comunidades de princípios, às atitudes solipsista-voluntaristas. A integridade é uma forma de virtude política (STRECK, 2014, p. 1840-1847).

No que toca à resposta correta, tem-se que esta é necessariamente uma resposta adequada à Constituição. Por isso, o intérprete deve, antes de tudo, compatibilizar a norma com a Constituição, conferindo-lhe a total eficácia. Além disso, a resposta não advirá

da subjetividade do intérprete, alheia ao caso em exame. Ela se faz *ex parte principio*, e os princípios funcionarão como uma blindagem contra discricionariedades ou arbitrariedades, apontando o *modus* operativo que deve ser seguido pelo intérprete, buscando, assim, a coerência e a integridade do direito. O direito como integridade coloca limites à subjetividade do juiz (STRECK, 2014, p. 1884-1892).

Streck (2014, p. 432), sob a influência de Ronald Dworkin, esclarece que, mesmo nos casos decididos pela aplicação de princípios, cabe a discricionariedade segundo padrões normativos obrigatórios:

[...] mesmo nos casos específicos no interior dos quais os positivistas conceituais reconheciam a possibilidade de decisão discricionária, seja pela falta de uma regra clara, seja por questões de divergência interpretativa, haveria, também aqui, a necessidade de se observar que tais decisões aderem a padrões normativos obrigatórios. Tais padrões seriam princípios que estariam embebidos em uma forte controvérsia de fundo não apenas jurídico, mas, também – e principalmente –, moral.

Aponta Dworkin (2002, p. 57) que “somente as regras ditam resultados”, sendo estas abandonadas ou mudadas quando obtido um resultado contrário. Já com relação aos princípios é distinto, porquanto eles “inclinam a decisão em uma direção, embora de maneira não conclusiva”, sobrevivendo intactos quando não prevalecem. Desse modo, os juízes que se valem de princípios para a resolução dos casos difíceis não podem ser considerados discricionários, uma vez que “um conjunto de princípios pode ditar um resultado”.

Superadas, portanto, a doutrina positivista consistente na existência de uma regra suprema e do poder discricionário judicial, resta enfrentar a teoria positivista da obrigação jurídica, entendida esta como sendo estabelecida apenas por regras. Assim, num caso difícil em que é impossível averiguar qual a regra é aplicável, não existiria obrigação jurídica, se não fosse esta imposta por uma constelação de princípios. Dessa forma, Dworkin (2002, p. 71) afirma que “uma obrigação jurídica existe sempre que as razões que sustentam a existência de tal obrigação, em termos de princípios jurídicos obrigatórios de diversos tipos, são mais fortes do que as razões contra a existência dela”.

A teoria substantiva, portanto, desenvolvida por Dworkin (2002, p. 115), admite que os princípios “entram em conflito e interagem uns com os outros, de modo que

cada princípio relevante para um problema jurídico particular fornece uma razão em favor de uma determinada solução, mas não a estipula”.

Cezne (2005, p. 53) aduz, neste contexto, que para Ronald Dworkin “o sistema de princípios deve permitir que exista uma resposta correta também nos casos em que as regras não determinam uma única resposta”. Ademais, a autora realça que os princípios servem como instrumento de habilidade sobre-humana utilizada pelo juiz Hércules, sendo este a referência do juiz real:

Desta forma, a única resposta correta seria aquela que melhor se justificar em termos de uma teoria substantiva, que tenha como elementos os princípios e as ponderações de princípios que melhor correspondam à Constituição, às regras de Direito e aos precedentes (ALEXY, 1998, p. 140). Um juiz ideal (chamado por Dworkin de Juiz Hércules), com habilidade, sabedoria, paciência e acuidade sobre-humanas seria capaz de alcançar essa resposta correta, e ao juiz real incumbe a tarefa de se aproximar desse modelo ideal.

Ainda, a autora ressalta de Dworkin (2002, p. 127-128), que a obtenção da resposta correta não exclui a divergência entre juristas. Seguindo a sensatez, célebre autor norte-americano realça que dizer o direito das partes não pressupõe um procedimento mecânico, tampouco a invenção de novos direitos retroativos:

[...] mesmo quando nenhuma regra regula o caso, uma das partes pode, ainda assim, ter o direito de ganhar a causa. O juiz continua tendo o dever, mesmo nos casos difíceis, de descobrir quais são os direitos das partes, e não de inventar novos direitos retroativamente. Já devo adiantar, porém, que essa teoria não pressupõe a existência de nenhum procedimento mecânico para demonstrar quais são os direitos das partes, e não de inventar novos direitos das partes nos casos difíceis. Ao contrário, o argumento pressupõe que os juristas e juízes sensatos irão divergir frequentemente sobre os direitos jurídicos, assim como os cidadãos e os homens de Estado divergem sobre os direitos políticos.

Dessume-se que a teoria substantivista do direito “sustenta que, nos casos difíceis, as decisões judiciais são caracteristicamente geradas por princípios, não por políticas” (DWORKIN, 2002, p. 151).

Nesse desiderato, não estaria o julgador livre para decidir segundo os critérios extrajurídicos que achasse mais conveniente para o caso, mas sim obrigado, por um

dever moral que Dworkin nomeia de responsabilidade jurídica, a descobrir os direitos que as partes têm (STRECK, 2014, p. 439).

Ademais, para Streck (2014, p. 1086), continuar defendendo um fechamento das regras (enquanto detentoras de sentidos unívocos) e exaltando uma abertura dos princípios (como possibilidades infindas) representa sérios problemas, tais como: a manutenção da discricionariedade, uma tendência de inferiorizar a legislação democraticamente estabelecida e a fragilização da autonomia do direito pelo moralismo do sujeito-juiz. No entanto, os princípios não abrem a interpretação; mas, sim, fecham/limitam.

Para o autor gaúcho, os estudos jurídicos devem ser norteados pela compreensão dos princípios constitucionais. Estes representam, dessa forma, o rompimento da Ciência Jurídica com o Positivismo, de modo a institucionalizar no mundo prático e no direito sua coerência e integridade. Somente assim será possível romper com a cisão semântico-estrutural entre regras e princípios, característica das teorias argumentativas e dos neoconstitucionalismos (STRECK, 2014, p. 771).

Consoante Streck (2014, p. 973), o problema da discricionariedade das decisões judiciais, fomentada pelo juspositivismo, até hoje não foi superado, nem o decisionismo de Kelsen, nem a discricionariedade hartiana, nem mesmo a teoria da argumentação alexiana. Na opinião de Streck (2014, p. 981), não há nenhuma decisão judicial que, por não ter aplicado a esquematização constante na tese alexiana, a partir da ponderação dos princípios, tenha ensejado uma elevação do coeficiente de incerteza e incontabilidade do resultado da decisão. Aliás, os princípios sob a ótica de Robert Alexy serão explorados mais adiante.

4.2 Os Princípios no pensamento de Robert Alexy

Na visão de Alexy (2010, p.25), o “sistema do constitucionalismo democrático permanecia incompleto sem a teoria dos princípios”, cuja base “é a diferenciação teórico-normativa entre regras e princípios”. Princípios, portanto, são essencialmente “mandamentos de otimização”, ou seja, eles “exigem que algo seja realizado na maior medida possível relativamente às possibilidades fáticas e jurídicas”, e sua “forma de aplicação é a ponderação”.

Para Alexy (2010, p. 25), há igualmente uma necessária vinculação entre direito e moral, razão pela qual o juiz não deixa de estar legalmente atrelado ao direito positivo; ou seja, o autor alemão aceita a argumentação jurídica por meio dos princípios, especialmente os constitucionais, sem, contudo, renegar a aplicação das regras. Nesse ponto de vista, há semelhança com a teoria defendida por Ronald Dworkin.

Já as regras, ao revés, são “normas que obrigam, proíbem ou permitem algo definitivamente” e, por isso, são consideradas “mandamentos definitivos”. Sua aplicação ocorre por meio da subsunção (ALEXY, 2010, p. 25).

A base da teoria da argumentação de Alexy (2011, p. 85) se funda na distinção entre regras e princípios. Assim, o conceito operacional de regras do autor estabelece que, ocorrendo pressupostos de incidência, elas ordenam, proíbem ou permitem algo de forma definitiva:

[...] são normas que, em caso de realização do ato, prescrevem uma consequência jurídica definitiva, ou seja, em caso de satisfação de determinados pressupostos, ordenam, proíbem ou permitem algo de forma definitiva, ou ainda autorizam a fazer algo de forma definitiva. Por isso, podem ser designadas de forma simplificada como mandamentos definitivos. Sua forma característica de aplicação é a subsunção.

É inegável, portanto, que os princípios são vistos por Alexy (2011, p. 85) como mandamentos de otimização, isto é, “são normas que ordenam que algo seja realizado em máxima medida relativamente às possibilidades reais e jurídicas”. Dessa sorte, “elas podem ser realizadas em diversos graus”. “As possibilidades jurídicas da realização de um princípio são determinadas não só por regras, como também, essencialmente, por princípios opostos”, o que implica a existência de uma colisão de princípios que, nesse caso, resolve-se pela ponderação.

Alexy (2010, p. 26) explica que “o papel mais importante da teoria dos princípios é desempenhada no âmbito dos direitos fundamentais”, dada a “relação de implicação recíproca existente entre o caráter de princípio e a máxima da proporcionalidade”. Desse modo, esclarece que, “se os direitos fundamentais têm natureza de princípios, a máxima da proporcionalidade é válida”; assim, se esta, por sua vez, é válida, significa então que “os direitos fundamentais têm natureza de princípios”.

Ao explicar a máxima da proporcionalidade, Alexy (1945, p. 77) esclarece aquelas que seriam as suas três submáximas, quais sejam: a adequação, que se trata do meio empregado para o alcance do resultado com ele pretendido; a necessidade, que condiz com um meio necessário, mais ameno, menos interventor; e a proporcionalidade em sentido estrito, que também demandam uma otimização diante das possibilidades fáticas, a fim de “impedir restrições em direitos fundamentais evitáveis sem custos para outros princípios”. A utilização da técnica da ponderação apenas será exigida quando a submáxima da proporcionalidade em sentido estrito for confrontada com as possibilidades jurídicas, as quais são determinadas por princípios concorrentes. Extrai-se, pois, que “a ponderação consiste em nada mais que a otimização relativa a princípios concorrentes”. O autor prescreve o seguinte: “quanto maior é o grau de não realização ou restrição de um princípio, maior deve ser a importância da realização do outro” (ALEXY, 2010, p. 26).

Nesse diapasão, o autor alemão explica a necessária conexão entre direito e moral por meio de três teses: a da incorporação, a da moral e a da correção. A primeira “afirma que todo sistema jurídico minimamente desenvolvido contém necessariamente princípios”, além de regras. Nesse sentido, sobretudo em casos difíceis e que não possam ser solucionados “unicamente com base no material dotado de autoridade e predeterminado”, Robert Alexy sustenta que é preciso saber se o juiz “procede a uma ponderação”, ou seja, a “uma consideração de princípios” (ALEXY, 2011, p. 89).

A tese moral, por sua vez, consiste em indicar que mesmo o Positivismo acentua que “o juiz, nos casos duvidosos, deve decidir com base em critérios extrajurídicos, o que inclui a decisão baseada em princípios morais”. Contudo, para atingir “o ponto crucial”, os princípios devem ser componentes necessários do sistema jurídico, inclusive “aqueles que integram uma moral”. Para Alexy (2011, p. 92), isso significa que há uma distinção entre forma e conteúdo e direito e moral, sobretudo na decisão de casos difíceis:

[...] a decisão do juiz em casos duvidosos deve ser interpretada de forma diferente do que acontece nas teorias positivistas. Como os princípios morais, por seu conteúdo, estão incorporados ao direito, o juiz que nele se apoia decide com base em critérios jurídicos. Querendo-se recorrer à dicotomia ambígua entre forma e conteúdo, pode-se dizer que, quanto ao conteúdo, ele decide com base em razões morais, mas quanto à forma, decide com base em razões jurídicas.

A tese da correção pressupõe uma conexão necessária entre direito e a moral correta, que se estende aos princípios que são tomados como base na fundamentação de uma decisão jurídica. Melhor explicando:

Como exemplos podem servir os seis princípios básicos da Lei Fundamental, ou seja, os princípios da dignidade humana, da liberdade, da igualdade, do estado de direito, da democracia e do Estado social. Como mandamentos de otimização esses princípios exigem sua mais ampla realização possível. Juntos exigem a realização aproximativa de um ideal jurídico, qual seja, o ideal do estado de direito democrático e social. Sendo esses princípios, ou seus inúmeros subprincípios, pertinentes num caso duvidoso, o juiz estará juridicamente obrigado a proceder a uma otimização relacionada ao caso concreto. Trata-se, aqui, de dar uma resposta a uma questão jurídica, que, por seu conteúdo, também é uma questão de moral política. Ao menos uma parte dos argumentos com os quais o juiz fundamenta a conclusão de sua ponderação tem, quanto ao seu conteúdo, o caráter de argumentos morais. Disso resulta que a pretensão à correção jurídica necessariamente vinculada à decisão inclui uma pretensão à correção moral. Nesse sentido, nos sistemas jurídicos cujos princípios jurídico-positivos possuem um conteúdo moralmente exigido ou ao menos admissível, existe uma conexão necessária entre o direito e a moral correta (ALEXY, 2011, p. 95-96).

Dessa forma, Alexy (2010, p. 27-28) conclui que “a teoria dos princípios conecta a teoria dos direitos fundamentais e a teoria da argumentação em uma unidade necessária”. Assim, “estão juntos, então, os principais elementos do constitucionalismo democrático”. Sem embargo, o autor estabelece que os princípios referem-se tanto a direitos individuais quanto a bens coletivos; ao passo que “Dworkin concebe o conceito de princípio de maneira mais estreita”, referindo-se apenas aos direitos individuais e incluindo os demais no campo da política (AMORIM, 2005, p. 130).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo estabeleceu como referente a tarefa de verificar e estudar a revisão das fontes do direito sob a óptica do Pós-Positivismo Jurídico, com vistas à compreensão das reformas propostas nos conceitos operacionais e matrizes fundantes da dinâmica jurídica das fontes do direito.

Dessa forma, cumpre pontuar aqueles que seriam os aspectos mais relevantes da revisão pós-positivista das fontes do direito:

a) as fontes do direito, para a Teoria do Ordenamento Jurídico de Norberto Bobbio, são essenciais para tratar do problema da unidade do ordenamento jurídico;

b) a utilização de princípios como fonte do direito não se socorre do Jusnaturalismo, mas resulta de uma síntese da tensão entre ele e o Positivismo, no sentido da construção da unidade preconizada pelo Positivismo Jurídico – nesse contexto, a Constituição passa a ser concebida como objeto de equilíbrio entre o Legislativo e o Judiciário;

c) a utilização de princípios não tem um método unânime, por isso ainda reinam divergências e críticas com relação a sua utilização – para diferenciar regras de princípios, Ronald Dworkin recorre à dimensão de ambos, indicando que, enquanto regras são aplicáveis segundo um “tudo ou nada”, princípios sustentam as regras, limitando sua aplicação e integrando todo o sistema jurídico;

d) para Robert Alexy, no entanto, a distinção entre regras e princípios se opera segundo o conceito de mandamentos – enquanto regras são mandamentos definitivos que, em caso da ocorrência de um ato ou fato, prescrevem uma consequência jurídica definitiva que é aplicada, via de regra, pela subsunção, princípios são mandamentos de otimização, ou seja, ordenam que algo seja realizado em máxima medida, sendo aplicados, via de regra, pela ponderação;

e) dessa forma, enquanto para Ronald Dworkin ponderar os princípios consiste em uma atividade de reflexão sobre aqueles que seriam os pilares de sustentação das regras, para Robert Alexy a ponderação é uma técnica de sopesamento para resolução de conflitos entre princípios e entre regras;

f) não obstante o esforço teórico de Robert Alexy e Ronald Dworkin, não faltam autores, como Lênio Streck, a reconhecer que a utilização de princípios e da ponderação se dá de forma descompromissada, ou seja, apenas reproduzindo decisionismos que massacram a unidade do ordenamento jurídico em prol de uma discricionariedade arbitrária e sem critérios.

A revisão pós-positivista das fontes do direito, calcada sobretudo na utilização dos princípios como fonte do direito, representa muito mais uma complementaridade, no sentido de conferir a unidade proposta pelo Positivismo, do que uma ruptura com o referido paradigma. Contudo, a colisão entre princípios e a utilização da ponderação, seja por Ronald Dworkin, seja por Robert Alexy, ainda geram divergências,

decisionismos e arbitrariedades, mantendo ainda direitos fundamentais como a dignidade reféns da livre iniciativa e do livre mercado, de acordo com a formação e a consciência do julgador.

**THE POST-POSITIVE REVISION OF THE SOURCES OF LAW: FROM THE UNIT
OF LEGAL ORDINANCE OF NORBERTO BOBBIO TO THE PRINCIPLES OF
RONALD DWORKIN AND ROBERT ALEXY**

Pedro Walter Guimarães Tang Vidal
Soadre Caroline Rolim de Moura

ABSTRACT

This article presents the proposed revision on the Sources of Law, under the theoretical framework of Post-positivism. Baring in mind, the problem of the unity of under Norberto Bobbio's theory of juridical order; the synthesis between Jusnaturalism and Legal Positivism, which resulted in principles as mechanisms to balance Legislative and Judiciary; and, finally, the conception of Ronald Dworkin and Robert Alexy on the use of principles. As results, it is extracted that, with the Theory of the Sources of Law, it was guaranteed, by means of positive norms, like the predictability and the legal security. The use of principles as a source of law leads to a study of how they will be approached: while for Ronald Dworkin the principles require reflection on the values of the norms to be applied, for Robert Alexy, the consideration consists of the weighting of the commandments of Optimization. The inductive method was used for the development of this research, operationalized by the technique of bibliographic research.

Keywords: Legal Positivism. Post-Positivism. Sources of Law. Principles.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. Tradução Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

_____. Direitos fundamentais no estado constitucional de direito. Tradução de Luiz Afonso Heck. **Revista de Direito Administrativo**. v. 1, Rio de Janeiro, janeiro de 1945.

_____. Principais elementos de uma teoria da dupla natureza do direito. **Revista de Direito Administrativo**. v. 253, Rio de Janeiro, jan./abr. 2010.

AMORIM, Letícia Balsamão. A distinção entre regras e princípios segundo Robert Alexy: esboço e críticas. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, ano 42, n. 165, jan./mar. 2005.

BOBBIO, Norberto. **Jusnaturalismo e positivismo**. Tradução Jaime A. Clasen. 1. ed. São Paulo: Unesp; Instituto Norberto Bobbio, 2016.

_____. **O Positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Compiladas por Nello Morra. Tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006.

_____. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Tradução Ari Marcelo Solon. Prefácio de Celso Lafer. Apresentação de Tércio Sampaio Ferraz Júnior. São Paulo: EDIPRO, 2011. Tradução de: Teoria dell'ordinamento giuridico.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Tradução Carmen C. Varriale et. al. 12 ed. Brasília: Universidade de Brasília, São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2002. Tradução de: Dizionario di politica.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa**: por um direito constitucional de luta e resistência por uma nova hermenêutica por uma repolitização da legitimidade. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **Ciência política**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

CEZNE, Andrea Nárriman. A teoria dos direitos fundamentais: uma análise comparativa das perspectivas de Ronald Dworkin e Robert Alexy. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. Ano 13, n. 52, julho-setembro de 2005.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. Tradução de: Taking Rights Seriously.

FERRAJOLI, Luigi. Prefácio. In: BOBBIO, Norberto. **Jusnaturalismo e Positivismo**. Tradução: Jaime A. Clasen. 1. ed. São Paulo: Editora Unesp; Instituto Norberto Bobbio, 2016.

HOBBS, Thomas. **Leviatã: ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. Tradução Rosina D'Angina. São Paulo: Martin Claret, 2012.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**: introdução à problemática científica do direito. Tradução J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 6. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**. Tradução Alex Marins. São Paulo: Martins Claret, 2011. Tradução de: Two Treatises of Government.

LOSANO, Mario. Norberto Bobbio y el Positivismo Jurídico. **Derechos y Libertades**: revista de filosofía del derecho y derechos humanos. Madrid, época II, n. 17, p. 17-44, junho de 2007a. Disponível em: <<https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/8257/DyL-2007-17-Losano.pdf>>. Acesso em: 25 jul. 2017.

_____. Prefácio In: BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**: novos estudos de teoria do direito. Tradução: Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007.

_____. **Sistema e estrutura no direito**: volume 2 - o século XX. Tradução Luca Lamberti. 1. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. 2 v. Tradução de: Sistema e estrutura nel diritto, vol II: il novecento.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática. 13 ed. rev.atual.amp. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. Tradução L. Cabral de Moncada. Coimbra: Sucessor, 1997. 6. ed. Tradução de: Rechtsphilosophie.

RI, Luciene Dal. Entre positivismo e pós-positivismo: elementos de flexibilização do positivismo normativo nos escritos de Norberto Bobbio. In: **Quaestio Iuris**. vol. 10, n. 1, Rio de Janeiro, 2017. pp. 24 – 43.

ROMANO, Santi. **O ordenamento jurídico**. Tradução Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008.

STRECK, Lênio Luiz. **Lições de crítica hermenêutica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria complexa do direito**. 2. ed. Curitiba: Prismas, 2015.