

# KANT E O PÓS-POSITIVISMO NO DIREITO\*

Alexandre Travessoni\*\*

## RESUMO

Este artigo aponta a indeterminação com que o termo Pós-Positivismo vem sendo usado na literatura jurídica, sobretudo brasileira, bem como sua relação com termos tais como Direito pós-moderno e outros. Procura, ainda que de forma não-definitiva, esclarecer o que pode ser o Pós-Positivismo e nega algumas características comumente atribuídas ao Positivismo Jurídico por autores chamados Pós-Positivistas. Identifica as principais teses do pensamento jurídico atual, por alguns denominado Pós-Positivista, quais sejam: (i) a fundamentação do Direito para além da validade formal e (ii) a argumentação por princípios e o senso de adequação. Procura evidenciar que essas duas características, presentes na Filosofia do Direito atual, foram explícita ou implicitamente defendidas por Kant, que em sua Doutrina do Direito, adota uma posição não positivista sem, contudo, partilhar a crença jusnaturalista em uma ordem heterônoma. Em síntese, defende que Kant, mesmo sem dispor de ferramentas somente descobertas posteriormente, com a Filosofia da linguagem, supera o Positivismo Jurídico antes mesmo de seu desenvolvimento: Kant era Pós-Positivista.

## ABSTRACT

This essay points the indetermination of the expression post-positivism, especially in the Brazilian juridical literature, as well as its relation to expressions such as post-modern law and others. It tries, in a non-conclusive way, to clear the meaning of post-positivism, and it denies some characteristics attributed to legal positivism by the post-positivists. It identifies the main thesis of current legal though,

---

\* Texto modificado da versão apresentada no Colóquio *Filosofia do Direito para quê?*, promovido pelo Departamento de Direito do Trabalho e Introdução ao Estudo do Direito da Faculdade de Direito da UFMG, em novembro de 2004, sob o título *Por que Kant hoje?*

\*\* Professor Adjunto de Teoria e Filosofia do Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais e da Faculdade Mineira de Direito da PUC-Minas.

named by some post-positivist: (i) grounding law beyond the formal validity and (ii) stressing the need of the argumentation by principles and the sense of appropriateness. It tries to show that Kant in his Doctrine of right already focused these three characteristics, without sharing the belief in such heteronomous order as the one of the natural law philosophers. It defends that Kant, even without having the tools discovered only later with the linguistic turn, overcomes legal positivism even before its development: Kant was post-positivist.

**SUMÁRIO:** I. Introdução; II. O Pós-Positivismo de Kant; II.1. A questão do fundamento de validade do Direito; II.2. A argumentação por princípios e o senso de adequação; III. Conclusão; IV Bibliografia.

## I. Introdução

Tendo chegado o bicentenário da morte de Kant, cabe perguntar: qual a razão de se estudar sua Filosofia nos dias atuais? Será por saudade de um tempo em que o homem tinha sido iluminado pela razão (*Aufklärung*) e vivia o otimismo de dias melhores, ou será porque Kant ainda pode oferecer repostas (ou mesmo levantar questões) que dizem respeito a problemas atuais? Parece-me ser pelo segundo motivo.

Como uma investigação ampla sobre o papel da Filosofia prática de Kant hoje extrapolaria os limites de um ensaio, pretendo me concentrar no Direito. Pretendo mostrar que Kant constitui um verdadeiro divisor de águas na Filosofia do Direito moderna e que as questões da Teoria do Direito atual, sejam aquelas aparentemente já resolvidas ou aquelas ainda pendentes, passam necessariamente por Kant, ou, pelo menos, por uma interpretação ou crítica à sua Filosofia. Pretendo abordar dois desses pontos fundamentais, a saber: (1) a questão do fundamento de validade do Direito e (2) a argumentação por princípios e o senso de adequação.

Antes, porém, de ingressar no exame desses dois pontos acima referidos, uma explicação se faz necessária. Alguns autores, sobretudo no Brasil, referem-se ao momento atual da Filosofia do

Direito como *pós-positivista*. Não há, porém, até o presente momento, uma definição clara do que seja o Pós-Positivismo; seu conceito, suas principais teses e, sobretudo, o que incorpora do movimento que pretende negar (o Positivismo Jurídico) ainda não foram satisfatoriamente estudados. Não pretendo aqui desenvolver esse estudo, mas devo constatar que, do modo como empregado atualmente, pelo menos por alguns, o termo Pós-Positivismo envolve vários problemas, que aparecem também naqueles que não o adotam mas que compartilham desse confuso ideário, que é apresentado sob diferentes rótulos como *Pós-Modernidade no Direito*, *Direito pós-moderno*, *Neoconstitucionalismo* etc.

Luís Roberto Barroso, por exemplo, após várias considerações genéricas sobre as características do Positivismo em geral, do Positivismo Jurídico e da necessidade de sua superação devido às características do momento atual em que vivemos, afirma que “o *pós-positivismo* é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada *nova hermenêutica* e a teoria dos direitos Fundamentais” (2001, 59-60). Além disso, afirma, de forma explícita, que no Pós-Positivismo os princípios, “na trajetória que os conduziu ao centro do sistema, (...) tiveram de conquistar o *status* de norma jurídica” (2001, 61-62 e 2004, 476). Na mesma linha de raciocínio, Letícia Balsamão Amorim afirma que no Pós-Positivismo “os princípios jurídicos foram alçados de normatividade” (2005, 98).

Daniel Sarmiento afirma que “o Direito pós-moderno é refratário à abstração conceitual e à axiomatização: prefere o concreto ao abstrato, o pragmático ao teórico, e rejeita as grandes categorias conceituais do Direito moderno (‘direito subjetivo’, ‘interesse público’, etc)”, que “o Direito não vai mais ser concebido como ciência, mas como prudência, num retorno às idéias pré-modernas sobre o jus” e ainda que, no Direito pós-moderno, “são revigoradas certas concepções antigas sobre o modo de fazer direito e justiça, com o retorno da tópica e da retórica jurídicas” (2004, 409). Continua dizendo que “o direito pós-moderno pretende-se também mais flexível e adaptável às contingências do que o direito coercitivo e sancionatório, próprio da modernidade” e que “no novo modelo, ao invés de impor ou proibir

condutas, o Estado prefere negociar, induzir, incitar, comportamentos, tornando-se mais 'suave' o seu direito (*soft law*)" (2004: 409). O próprio Sarmiento reconhece que, no que diz respeito ao pensamento pós-moderno, "encontram-se desde propostas sérias, de autores realmente preocupados com a construção de novos caminhos para a emancipação social, até o puro besteirol, trajado com aparência supostamente erudita" (*sic*) (2004, 412-413). Após isso, conclui que a Constituição, sobretudo no caso do Brasil, não pode abdicar de sua pretensão de impor padrões mínimos de justiça nas relações humanas (2004, 413).

Lênio Streck, afirma que "o neoconstitucionalismo é incompatível com o positivismo ideológico, porque este sustenta que o direito positivo, pelo simples fato de ser positivo, é justo e deve ser obedecido, em virtude de um dever moral", que "o neoconstitucionalismo não se coaduna com o positivismo enquanto teoria, estando a incompatibilidade, neste caso, na posição soberana que possui a lei ordinária na concepção positivista" e ainda que "também há uma incompatibilidade entre neoconstitucionalismo com o positivismo visto como metodologia, porque este separou o direito e a moral, expulsando esta do horizonte jurídico" (*sic*) (2006, 275). Para Streck, a subsunção no momento da aplicação (2006, 276 e 279), a prevalência da lei ordinária sobre a Constituição, a "incindibilidade" entre texto e norma e entre vigência e validade (2006, 279) e a consideração do Direito somente num plano abstrato são características fundamentais do Positivismo Jurídico (2006, 280).

Devo considerar que, embora não explicitamente, esses autores parecem querer dizer ser necessária a negação radical do Positivismo Jurídico, que, estando "superado", não pode mais oferecer contribuição alguma. Entendo, porém, que a superação do Positivismo Jurídico só pode ser superação no sentido positivo, ou seja, crítica e ao mesmo tempo incorporação de seus avanços. Esses avanços, muitos deles incorporados de forma velada pelos pós-modernos ou pós-positivistas, localizam-se, sobretudo, no campo da Teoria do Direito. Assim, por

exemplo, (i) a normatividade da Constituição e a idéia de auto-regulamentação pregadas por Sarmento, (ii) a normatividade dos princípios pregada por Barroso e (iii) algumas das idéias de Streck sobre a superação do Positivismo Jurídico pelo Neoconstitucionalismo estavam já presentes no pensamento positivista.

(i) Sobre a normatividade da Constituição devo considerar que, se por um lado, o Direito pós-moderno “sério” é para Sarmento um Direito não impositivo, pois negocia e induz e não simplesmente proíbe ou obriga condutas, por outro lado esse Direito pressupõe, ao mesmo tempo e de forma contraditória, que a Constituição imponha determinados padrões. Há de se perguntar a Sarmento se impor minimamente determinados padrões não seria proibi-los ou obrigá-los, ou ainda, como fazer isso sem sancionar ou coagir, isso é, sem a adoção de sanções que possam ser aplicadas de forma coativa?! Demais, a negociação e a indução são técnicas não incompatíveis com um direito normativamente considerado, mas, na verdade, relacionadas à produção de normas ou regulamentadas por normas, que podem prever inclusive sanções premiais como já advertia Kelsen.

(ii) Sobre a normatividade dos princípios, como mostrarei abaixo (ainda nesta introdução), trata-se de característica presente nos positivistas, que portanto não pode diferenciar o Positivismo Jurídico do Pós-Positivismo.

Por fim, (iii) sobre a argumentação de Streck, é preciso separar o que de fato foi defendido e o que não foi pelos positivistas. Ao falar de um Positivismo ideológico, que identifica direito e justiça, Streck não diz de quem está falando. Há de se perguntar se os principais autores positivistas, a saber, Kelsen, Hart e Bobbio, foram positivistas nesse sentido. Entendo que não: nenhum deles afirmou que o Direito é justo pelo simples fato de ser Direito ou que há um dever moral de obediência ao Direito, qualquer que seja seu conteúdo. Streck afirma ainda que nos positivistas há a supremacia da lei ordinária sobre a Constituição, o que é, entendo, inconsistente, pois para os principais

positivistas há hierarquia entre a Constituição e as leis (veja-se, por exemplo, Kelsen). A meu ver, Streck corretamente aponta a separação entre Direito e moral operada pelos positivistas, característica que de fato ocorreu, mas parece se equivocar ao afirmar que o Positivismo Jurídico prega a “incindibilidade” entre texto e norma, pois o que ocorreu, no Positivismo, foi apenas identificação da vigência com a validade. Parece-me que Streck confunde essas duas “incindibilidades”: ele defende que, (i) por ter o Positivismo pregado a validade meramente formal, isso é, por ter identificado a validade do Direito com a vigência, teria ele também (ii) pregado a identidade texto-norma. Como demonstrarei abaixo, somente a primeira “incindibilidade” foi defendida pelos positivistas. Por fim, a consideração do Direito somente num plano abstrato e a pregação da aplicação por subsunção não são características do Positivismo Jurídico. Como veremos, Kelsen tratou da produção de normas concretas quando da aplicação de normas gerais a casos levados a um juiz e concluiu pela impossibilidade lógica da dedução através da subsunção no momento da aplicação. Entendo que a idéia de Streck, fundada em Müller, de que não há concretismo algum na teoria positivista, é inconsistente, como também demonstrarei mais adiante.

Portanto a idéia de Pós-Positivismo (bem como Neoconstitucionalismo, Pós-Modernidade no Direito etc) coloca na teoria positivista características que ela não tem, ou, pelo menos, atribui características do pensamento de algumas escolas (como a Jurisprudência alemã dos Conceitos) a autores positivistas como Kelsen e Hart. Essa confusão tira a clareza das críticas ao Positivismo Jurídico e até mesmo prejudica sua superação. É difícil até mesmo identificar, na argumentação dos autores acima, de que ou de quem estão falando quando se referem ao Positivismo: da Escola da Exegese? Da Jurisprudência dos Conceitos? De Kelsen, de Hart ou de Bobbio? Ou ainda das práticas judiciais adotadas hoje, sobretudo no Brasil? Parecem adotar o termo Positivismo Jurídico para englobar tudo que se passou na modernidade no plano do Direito.

Após essas considerações devo dizer, ainda que de forma resumida, o que considero Pós-Positivismo no Direito e em que sentido entendo superar ele o Positivismo Jurídico.

Entendo, em caráter provisório, que o Pós-Positivismo deve ser definido com base em sua tarefa, que é superar o Positivismo Jurídico no que diz respeito, sobretudo, ao problema da validade material (ou legitimidade) do Direito, incorporando, contudo, os avanços da teoria positivista. Essa superação da consideração da validade no plano meramente formal gera conseqüências naqueles dois pontos fundamentais que, entendo, são características do Positivismo Jurídico que o Pós-Positivismo procura superar: a fundamentação do Direito e sua adequação. Como os positivistas se limitaram à validade formal, o fundamento de validade do Direito é, para eles, formal, assim como a adequação que pregam, por ser formal, é indeterminada. Voltarei a esses dois pontos abaixo. Nesse ponto, preciso esclarecer que o Pós-Positivismo não tem a ver com a idéia, pregada por Müller, de superação da dicotomia kelseniana entre ser e dever-ser (MÜLLER: 1996, 105)<sup>1</sup> e de conceituação da norma como sentido que se extrai do texto, por três motivos, que passo a expor. (a) A, meu ver, ao contrário do que pensa Müller, a dicotomia ser/dever-ser não é, em Kelsen, absoluta, pois, para ele, a eficácia é condição da validade formal seja da norma jurídica individualmente considerada, seja do ordenamento jurídico globalmente considerado. Embora a eficácia não constitua, para Kelsen, fundamento de validade do Direito (que só pode ser uma norma fundamental pressuposta), ela é sua condição de validade (KELSEN: 1987, 6 e TRAVESSONI GOMES: 2004, 199). (b) Embora, a meu ver, com razão afirme Müller que no Positivismo legalista a norma se confunde com o texto (1996, 227), ele não enfatizou que alguns positivistas, como Kelsen, não confundem norma e texto, apesar de ele parecer reconhecer que a Teoria Pura do Direito dá um tratamento diferenciado ao tema (1996, 227). Parece certo que Kelsen intuiu que norma se constitui como sentido, pois ela é sentido de atos de vontade dos quais resultam, no caso do direito legislado, textos (KELSEN: 1987, 4-9); porém Kelsen, em algumas passagens de sua obra, não compreende sua própria intuição, como quando trata da distinção entre norma jurídica e proposição jurídica (1987, Cap. III) e ainda quando aborda a questão da relação entre supressão de validade de normas e permissões positivas (1986, Caps.

<sup>1</sup> Müller afirma que a separação entre ser e dever ser é, em Kelsen, rigorista como de resto nos neo-kantianos (1996, 105), e que não há relação, neste autor, entre ser e dever-ser (1996, 157 e 227).

25 a 27).<sup>2</sup> (c) Por fim, ao afirmar serem as sentenças judiciais, negócios jurídicos e atos administrativos normas individuais, Kelsen está desenvolvendo uma idéia concretista que pressupõe um senso (ainda que indeterminado!) de adequação na aplicação, como demonstrarei abaixo (ponto II.2).

O Pós-Positivismo, como o entendo, tem características comuns ao Jusnaturalismo e ao Juspositivismo: como este não pressupõe a existência de um Direito natural metafísico, como aquele não aceita que o Direito positivo possa ter qualquer conteúdo. Não posso aceitar estar a diferença entre Positivismo e Pós-Positivismo na distinção, supostamente ausente naquele e presente neste, entre regras e princípios. Com efeito, alguns querem fazer crer constituir essa a falha do Positivismo Jurídico que deve ser superada: os positivistas não teriam percebido que normas não são apenas regras, são também princípios (ou que os princípios são normativos), tendo desenvolvido suas idéias com base em um modelo apenas de regras. Essa idéia, que tem sua raiz na interpretação equivocada de Dworkin sobre a característica de essência do Positivismo Jurídico, que, para ele, é a defesa de um modelo normativo apenas de regras (DWORKIN: 2002, Caps. II e III), tem, como vimos, muitos adeptos entre nós, como os já mencionados Barroso (2001)<sup>3</sup> e Amorim (2005).

*Em primeiro lugar*, devo considerar que, sendo a diferenciação entre regras e princípios uma diferenciação entre normas, o Positivismo não poder ser considerado com ela incompatível. Regras, assim como princípios, são, como mostra Alexy, tipos de normas (1993, 83). Dois positivistas, se ambos são positivistas, concordam não existir o Direito natural e defendem uma teoria que trata somente do Direito positivo e aborda sua validade no âmbito meramente formal. Mas esses dois positivistas podem, em tese, discordar sobre a tipologia das normas jurídico-positivas: o primeiro pode defender a

2 Não há espaço, aqui, para demonstrar essas teses, o que pretendo fazer em outro lugar.

3 Barroso afirma que "A distinção qualitativa entre regra e princípio é um dos pilares da moderna dogmática constitucional, indispensável para a superação do positivismo legalista, onde as normas se cingiam a regras jurídicas" (2001,62). Portanto, apesar de ele, na primeira parte dessa sentença, estar afirmando não haver nos positivistas legalistas uma distinção *qualitativa*, ao não afirmar que em alguns positivistas normas não se cingiam a regras, na verdade ele parece estar negando de modo absoluto a existência, nos positivistas, de princípios.

não-existência de princípios no sistema normativo, enquanto o segundo pode. Mas, em todo caso, ambos continuam sendo positivistas. Embora em tese possam tanto aceitar quanto negar a existência somente de regras ou de regras e princípios, na prática, os principais positivistas (Bobbio, Kelsen e Hart) aceitam que os princípios existem e, mais ainda, que eles são normas.

*Em segundo lugar*, devo constatar que a visão de Dworkin sobre a característica de essência do Positivismo Jurídico é falsa porque o que os positivistas têm em comum é, principalmente, a crença que somente o Direito positivo existe e que não pode a Ciência do Direito estabelecer critérios de validade para o Direito que extrapolem a validade formal. Isso significa, portanto, que nem todo aquele que nega a existência do Direito natural é positivista, pois o positivista, além de negar uma ordem suprapositiva nega a possibilidade de um critério para a legitimidade do Direito que vá além da validade formal, seja o Direito natural ou uma ordem moral, qualquer que seja sua natureza. É falso afirmar que os positivistas desconhecem a existência de princípios (enquanto normas). Bobbio fala em princípios (normas de alto grau de generalidade) e normas que têm menor grau de generalidade (2001, Cap. VI e 1996, 158). Kelsen também menciona os diferentes graus de generalidade de normas e a indeterminação da aplicação de normas gerais (1987, 364). Dworkin analisa o modelo de Hart e, não tendo encontrado ali a presença de princípios, afirmou que os positivistas em geral não perceberam sua existência normativa. É possível defender, com boas razões, que os princípios já aparecem inclusive no próprio Hart. Ao falar da textura aberta do Direito Hart está se referindo àquilo que Dworkin chamou de princípios. Ele mesmo se manifestou nesse sentido (HART: 1994, 321-325). Mas mesmo se aceitarmos a análise de Dworkin em relação à teoria de Hart, o que não é absolutamente pacífico, temos que concluir, por amor à verdade, que atribuir uma característica da parte ao todo é falácia grotesca. Talvez seja possível criticar uma distinção baseada somente no critério da generalidade. Porém essa crítica pode ser rebatida com boas razões: o comportamento dos princípios quando do choque pode ser ligado a seu caráter geral ou generalíssimo (Bobbio). Não pretendo aqui discutir se a distinção baseada no comportamento dos princípios quando da colisão é de fato diferente

da distinção baseada no critério da generalidade; mesmo se aceitarmos que ela é, não podemos afirmar que não havia princípios nos positivistas.<sup>4</sup> As diferenças entre as teorias de Dworkin e de Hart, como de resto entre aquele e os positivistas de modo geral, no que diz respeito a esse tema, são duas, que abordarei resumidamente.

(i) A diferença começa pelo *lugar dos princípios*, já que eles, em Dworkin, podem ser não jurídico-positivos, enquanto nos positivistas, de modo geral, são de Direito positivo. Essa diferença decorre daquela característica fundamental do Positivismo que descrevi acima: não aceitando qualquer fundamentação do Direito na moral, os Positivistas não podem aceitar princípios não jurídico-positivos (como em Dworkin).<sup>5</sup> O próprio Dworkin reconhece essa distinção ao diferenciar teorias interpretativas e descritivas (1999, cap. III). Porém, o que ele não viu foi que teorias descritivas como as de Hart e Kelsen tratam os princípios (positivados pelo Direito) pelo nome *normas gerais* (Kelsen) ou *regras de textura aberta* (Hart). Kelsen, sob influência de Esser, chama de *princípios* apenas os padrões morais ou políticos (1986, 152), e de normas jurídicas gerais o que, para Dworkin, são princípios jurídicos positivados. De forma mais clara: o Direito é, para Kelsen, um conjunto de normas e, para Hart, um conjunto de regras. As normas de Kelsen e as regras de Hart englobam tanto aquilo que Dworkin chama de regras quanto aquilo que ele chama de princípios, com a diferença, de resto não pouco significativa, que para aqueles elas estão separadas da moral enquanto neste não. Estando para os positivistas a moral separada do Direito, as normas morais, sejam elas princípios ou não, não são jurídicas, embora possam (mas não necessariamente devam) ser usadas para a decisão de casos levados a um juiz. O princípio é jurídico para os positivistas se pertence à ordem jurídica, pois, se pertencer à ordem moral, embora possa ser usado para a decisão de um caso, não faz parte do âmbito do jurídico (*realm of law*).

<sup>4</sup> Alexy, por exemplo, embora não descarte o critério da generalidade, adota um critério qualitativo. Princípios são normas *prima facie* enquanto regras são normas que se cumpre na base do tudo ou nada (1993, 85-86).

<sup>5</sup> É possível defender que os princípios são, em Hart, não só do Direito positivo, pois ao falar de textura aberta e do poder discricionário ele abre a possibilidade de padrões não jurídicos de orientação de decisões judiciais.

(ii) A diferença se amplia quando se considera o *papel dos princípios*, que nos positivistas justificam o poder discricionário e nos pós-positivistas são usados justamente para superar essa discricionariedade. Essa talvez seja a maior colaboração da crítica de Dworkin ao Positivismo Jurídico, pois ele enfatiza, ao longo de toda sua argumentação, a necessidade de superação da discricionariedade do poder judicial pregada por Hart. Essa crítica, que é um ponto importante, pode ser dirigida também a Kelsen. Talvez, muito mais que a distinção entre regras e princípios e a percepção da existência (ou normatividade) dos princípios, essa seja a colaboração mais importante de Dworkin para a construção de um Pós-Positivismo. Mas Dworkin não enxergou que essa sua importante crítica ao Positivismo Jurídico era independente daquilo que ele imaginou ter visto no movimento que queria superar: a característica do Positivismo é, para ele, a defesa de um modelo puro de regras. Mais que isso, a correta crítica de Dworkin ao poder discricionário pregado pelos positivistas pressupõe que os positivistas defendam a existência de princípios, pois normas com baixo grau de generalidade não deixam margem a um poder discricionário. As duas teses fundamentais de Dworkin sobre o Positivismo Jurídico, a saber, (i) a de que ele entende o Direito como um conjunto somente de regras e (ii) a de que ele prega o poder discricionário do órgão aplicador são, portanto, incompatíveis. Elas não podem ser defendidas coerentemente ao mesmo tempo. Como já ressaltai, somente a segunda é verdadeira.

Semelhante (mas não completamente igual) contradição encontramos em Streck, para quem, por um lado, os positivistas defendem ter o juiz poder discricionário (2006, 277) e, por outro, eles acreditam que interpretar é encontrar o sentido unívoco da norma (2006, 294). Não me alongarei nesse tema, que merece um estudo mais detalhado. Feitos esses esclarecimentos preliminares, passo, agora, a tratar daqueles dois pontos antes mencionados.

## II. O Pós-Positivismo de Kant

### II.1. A questão do fundamento de validade do Direito

A questão do fundamento de validade do Direito sempre foi objeto do pensamento jusfilosófico ocidental. Como já defendi em outro lugar,<sup>6</sup> desde a Grécia Antiga o homem se pergunta porque deve obedecer ao Direito e qual deve ser seu conteúdo. A resposta, antes de Kant, foi um Direito natural superior e anterior ao Direito positivo. Além de fundamentar a observância do Direito positivo, o Direito natural servia como critério para sua avaliação: justo é o Direito que concorda como a ordem natural.

Os positivistas empreenderam uma crítica radical contra o Jusnaturalismo, mostrando que a crença em um Direito natural, qualquer que seja a sua origem, é, no mínimo, ingênua. Ao analisar as várias concepções de Direito natural, Kelsen evidencia a fragilidade do Jusnaturalismo, chegando à conclusão que a justiça é um conceito subjetivo. Partidário do relativismo filosófico (ou axiológico), Kelsen não acredita em valores absolutos: valores decorrem de normas, e, portanto, valores de Direito se diferenciam de valores de justiça. Estes decorrem de normas morais, aqueles de normas jurídicas. Havendo não uma mas várias morais, i.e., várias ordens morais positivas, o que é justo depende da moral à qual me vinculo. Em virtude disso, não se pode falar em *uma* (ou *a*) justiça, sendo os valores de justiça relativos. Por negarem o Direito natural e a fundamentação do Direito na moral, os positivistas, e, sobretudo, Kelsen, pregam um fundamento de validade meramente formal, i.e., que não determina o conteúdo da ordem que fundamenta.

Uma grande questão que enfrenta a Filosofia do Direito atual é a superação (em sentido positivo) do desafio positivista: como buscar novamente a legitimidade do Direito? Mas a Filosofia do Direito atual precisa superar o referido desafio sem voltar ao dogmatismo jusnaturalista: é preciso superar o Positivismo Jurídico incorporando-o.

<sup>6</sup> Conferir *O Fundamento de Validade do Direito – Kant e Kelsen*, em que comparo a liberdade enquanto fundamento da Ética de Kant com a norma fundamental de Kelsen e faço uma breve análise do fundamento de validade do Direito no Jusnaturalismo, desde a Antiguidade (TRAVESSONI GOMES: 2004).

Kant se antecipou à Filosofia do Direito atual, embora esta disponha de ferramentas inexistentes à sua época (como, por exemplo, a Filosofia analítica da linguagem). Kant superou o Positivismo Jurídico antes mesmo de seu desenvolvimento, pois defende um fundamento de validade que não é dogmático como o jusnaturalista nem formal como o positivista. Dito em outros termos, como veremos, Kant pode ser considerado pós-positivista, antes mesmo do surgimento do Positivismo Jurídico.

A liberdade, entendida enquanto autonomia da vontade, i.e., a propriedade de a razão ser lei para si mesma, fundamenta o Direito em Kant. Kant busca esse conceito de liberdade em Rousseau, mas, como ressalta Salgado, o trata não mais no plano empírico, elevando sua especulação ao plano transcendental. A liberdade, em Kant, é idéia. Sendo idéia não pode ser provada: é pressuposto racional, fruto da absolutização da razão. Sendo transcendental tem que ser pressuposta para que seja possível a ética, já que é sua condição de possibilidade (KANT: 1995, seções II e III).

Essa idéia de liberdade fundamenta a ética de modo geral, que se divide em ética (*stricto sensu*) ou moral e Direito. As leis éticas ou morais são internas e exigem, além do cumprimento do dever, a ação por dever. As leis jurídicas são externas e exigem apenas a conformidade com o dever. Não pretendo, aqui, desenvolver mais detalhadamente as distinções entre moral (ou ética *stricto sensu*) e Direito em Kant. Quero apenas enfatizar que o Direito, sendo parte da ética de Kant, se legitima no imperativo categórico, que tem por fundamento a idéia de liberdade. Isso significa que, ao colocar a liberdade, enquanto idéia, como fundamento de sua ética, Kant a está fazendo fundamento do Direito. Na introdução da *Fundamentação* Kant afirma expressamente estar desenvolvendo a busca e fixação do princípio supremo da moralidade (1995, 19). Kant quer, com isso, dizer duas coisas: (a) que as leis do agir só são possíveis sob o pressuposto da liberdade e (b) que essas leis, para um ser tanto racional quanto sensível, adquirem a forma de imperativos (1995, 47-48).

Ao fazer da idéia de liberdade o fundamento supremo de sua ética e, conseqüentemente, do Direito, Kant está abandonando a fundamentação material típica do Jusnaturalismo. Kant não pode ser considerado um autor jusnaturalista, pois o fundamento de validade

do Direito não é, para ele, uma ordem natural superior e anterior ao Direito positivo. Não pode ser considerado, contudo, positivista, pois, apesar de não defender um Direito natural, prega uma idéia de justiça. A idéia de justiça em Kant, como demonstra Salgado, tem por fundamento a liberdade e a igualdade (SALGADO: 1995). Embora Kant afirme, na *Metafísica dos Costumes*, que a liberdade é o único Direito natural, não se pode interpretar essa afirmação literalmente. Ao afirmar isso, Kant quer dizer que a liberdade é o fundamento de validade do Direito. Mas, repito, a liberdade, em Kant, não é, não provém, e nem leva a uma ordem heterônoma como no Jusnaturalismo. A idéia de liberdade faz do homem legislador. A ordem normativa é fundamentada, a partir de Kant, em uma idéia que é auto-reflexiva: está implícita no próprio fato da normatividade. E se a normatividade é fato diferente dos fatos do mundo fenomenal, a liberdade tem que ser um *faktum* da razão, como afirma Kant na *Crítica da Razão Prática* (1994, 43).

O fundamento de validade do Direito em Kant é transcendental. Isso significa que o imperativo categórico, que se fundamenta na liberdade e legitima o Direito, além de mandar a obediência à ordem jurídica, torna possível chegar, através de seu procedimento (teste de universalização), ao conteúdo de uma ordem jurídica justa. Esse fundamento que torna possível a ordem jurídica e que, embora formal, é, em certo sentido material, é o fundamento transcendental, verdadeira antecipação de Kant ao problema da fundamentação atual do Direito.

Se, portanto, como quer o Jusnaturalismo, nem todo conteúdo pode ser conteúdo da ordem jurídica e, como querem os positivistas, a crença em um Direito natural é ingênua e dogmática, a solução é o fundamento transcendental de validade.

Com isso não quero dizer estarem em Kant já presentes todas as características da Filosofia do Direito atual, sobretudo a denominada pós-positivista. A Filosofia está ligada a características de seu tempo. Mais ainda, a Filosofia, como mostra Salgado inspirando-se em Hegel, depende do conhecimento científico de seu tempo (SALGADO: 1987, 13-19). A Filosofia atual dispõe de ferramentas inexistentes à época de Kant. Uma característica comumente atribuída, no Brasil, ao pensamento pós-moderno no

Direito é a chamada “descoberta da linguagem” ou “giro hermenêutico” (*linguistic turn*) (STRECK: 2006, 290-293), que de fato está ausente na Filosofia de Kant. Essa abordagem tornaria possível uma adequação da norma a casos concretos que não pode existir na Filosofia de Kant. A resposta a essa crítica será elaborada logo abaixo (ponto II.2), pois diz respeito muito mais à adequação do Direito que a sua fundamentação. Nesse ponto cumpre apenas lembrar que Kant, mesmo sem dispor dessas ferramentas, ou seja, mesmo preso ao modelo da Filosofia de seu tempo, captou a necessidade de uma fundamentação transcendental e universal do Direito, que, sendo transcendental, pode ou não ser aceita por teóricos atuais que são partidários da descoberta da linguagem, mas que, de qualquer modo, *supera a antinomia entre Jusnaturalismo e Juspositivismo*. Uma fundamentação transcendental do Direito, como a de Kant, constitui parte da superação do Positivismo Jurídico, pois resolve o problema da busca da integração da dimensão ética ao Direito sem contudo adotar um Direito natural heterônomo. Essa superação não se deve portanto à “mudança paradigmática” da Filosofia da linguagem. Ela é bem anterior, pois decorre de um fundamento que não é heterônomo e material como o jusnaturalista nem meramente formal como o positivista. Logo, Kant supera o Positivismo Jurídico antes mesmo de sua chegada.

## II.2. A argumentação por princípios e o senso de adequação.

A argumentação por princípios e a superação do “mecanicismo” positivista são apontados, no Brasil, como características essenciais do pensamento pós-positivista. Esse modo de caracterizar o Pós-Positivismo se deve, por um lado, (a) à grande difusão, entre nós, do pensamento de Ronald Dworkin, que, como procurei demonstrar, apresenta um diagnóstico parcialmente incorreto do Positivismo Jurídico, e por outro, (b) à falsa crença de que para os positivistas uma norma só propicia uma solução geral para todos os casos.

(a) Sobre o parcialmente falso diagnóstico de Dworkin, como já procurei demonstrar, se ele por um lado se engana ao afirmar não haver princípios no modelo positivista e afirma duas teses incompatíveis sobre o Positivismo (a discricionariedade do juiz e não-

existência dos princípios), por outro lado, ele presta, como já mencionei, grande contribuição à Teoria do Direito por enfatizar a necessidade do desenvolvimento de uma teoria que supere as teorias que pregam o poder discricionário do juiz.

(b) Sobre a atribuição do mecanicismo ao Positivismo, isso é, a tese de que os positivistas pregavam a aplicação do Direito por mera dedução silogística (como defendem, por exemplo, Amorim, 2005, 98 e Streck, 2006, 279), é preciso dizer que ela parece equivocada ou extremamente simplificadora. Os positivistas não pregaram haver uma dedução lógica de normas individuais a partir de normas gerais. Pelo contrário, o que afirmaram foi a impossibilidade dessa dedução, devido à indeterminação de normas jurídicas gerais (Kelsen) ou à textura aberta do Direito (Hart). Alguém poderia argumentar, contra isso, que a indeterminação da aplicação de normas gerais e a textura aberta do Direito têm um papel secundário nas teorias de Kelsen e Hart, e que a maioria dos casos são resolvidos por mera aplicação mecânica. Contra isso, dois argumentos podem ser apresentados: (i) a indeterminação da aplicação, em Kelsen, não é fenômeno secundário, pois aparece quando da aplicação de toda norma *geral* a um caso, a fim de se produzir uma norma individual, e também a textura aberta das regras em Hart não é fenômeno pouco significativo, pois embora Hart admita que nem toda regra tem a textura aberta, ele não afirma serem aquelas regras que têm essa textura aberta exceção. (ii) Mas mesmo se fossem exceção, a mera identificação dessa abertura (Hart) ou indeterminação (Kelsen) já colocaria por terra o argumento de que a aplicação do Direito para os positivistas se dá *sempre* através de um processo mecânico. O próprio Dworkin reconheceu que casos simples podem ser decididos pela aplicação de regras (tudo ou nada) e que somente os casos difíceis requerem aplicação de princípios. Entre nós, Barroso afirma que, mesmo no chamado modelo pós-positivista, as regras se aplicam predominantemente por subsunção (2001, 62).

Portanto, a diferença entre as teorias positivista e pós-positivista, no que diz respeito a esse tema, é a seguinte: a existência dos princípios, que nos positivistas foi usada para constatar a discricionariedade do poder do juiz, em autores que procuram superar

o Positivismo Jurídico, como Dworkin, foi usada justamente para o oposto: restringir essa discricionariedade. Como podem teorias que constatarem a existência de um mesmo tipo de normas (os princípios) chegar a conclusões tão diferentes? Seria por causa do lugar dos princípios, que, como já mencionei, é um em Dworkin e outro nas teorias positivistas? Não. Como já afirmei, para os positivistas, sendo os princípios normas gerais, não podem eles justificar qualquer restrição da discricionariedade do juiz. Se os positivistas admitissem sempre aquilo que admitem de forma não vinculante, isso é, o uso de padrões morais para decidir casos levados a um juiz, não estaria resolvido o problema da discricionariedade, pois princípios morais, sendo princípios, são também indeterminados (Cf. HART: 1994, 321 e seg. e KELSEN: 1986, 145-156). A diferença entre Positivismo e Pós-Positivismo está no desenvolvimento, dentro deste, de teorias da argumentação que procuram, constatando como os positivistas a existência dos princípios, ir além dessa mera constatação e oferecer uma solução para o problema da discricionariedade da aplicação. As teorias de Dworkin, Alexy e Günter, dentre outros, embora com muitas diferenças entre si, têm o ponto comum de superar o Positivismo nesse ponto. Pode-se mesmo dizer que o Pós-Positivismo é uma continuação do Positivismo Jurídico: aquele começa onde este termina. Nesse sentido, já havia se manifestado Viehweg, nos anos 60, ao afirmar a complementaridade entre a Teoria Pura do Direito de Kelsen e a Nova Retórica de Perellmann (1991, 165).

Antes de verificar se pode ser encontrada em Kant a idéia de adequação do modo como defendida hoje, é preciso melhor definir suas características, o que passo a fazer.

A percepção da necessidade de adequação de normas gerais a situações concretas, que são sempre específicas, tem sua origem remota em Aristóteles, que na *Ética a Nicômaco* afirma que o justo do caso concreto encerra uma forma de justiça, que não vai além da justiça mas a conforma à particularidade de um caso concreto. Nas palavras do próprio Aristóteles: "(...) o eqüitativo é o justo, porém não

o legalmente justo e sim uma correção da justiça legal” (1991, 96). A fim de explicar o que é essa correção, Aristóteles afirma que “(...) quando a lei se expressa universalmente e surge um caso que não é abrangido pela declaração universal, é justo, uma vez que o legislador falhou e errou por excesso de simplicidade, corrigir a omissão – em outras palavras, dizer o que o próprio legislador teria dito se estivesse presente, e que teria incluído na lei se tivesse conhecimento do caso” (1991, 96).

Portanto, aquele que aplica a lei deve adequá-la às particularidades do caso concreto, já que o legislador produz normas universais e gerais, isso é, que valem para todas as pessoas e que são aplicáveis a uma gama considerável de casos que têm uma característica comum.

Essa necessidade de adequação, percebida por Aristóteles, está ausente, segundo a voz corrente nos meios acadêmicos brasileiros, tanto no pensamento de Kant quanto no pensamento positivista, tendo sido superada somente pelo pensamento pós-positivista, como, por exemplo, em Müller (1996), que desenvolve uma teoria concretista, e em Günter, que separa o discurso de fundamentação do discurso de aplicação e, usando a idéia aristotélica de impossibilidade de o legislador prever antecipadamente todas as notas de uma situação, prega a necessidade de adequação no momento da aplicação (GÜNTER: 2004).

Falta de fato, nos autores positivistas, senso de adequação? Pregavam os positivistas, em nome da segurança jurídica, que todos os casos que podem ser julgados com base em uma norma geral são iguais e devem ser decididos do mesmo modo? Não. Em Kelsen, fica claro que a indeterminação da aplicação de normas gerais deve-se justamente a sua aplicação a casos concretos (1987, 363-367). Em Hart, do mesmo modo, a textura aberta de uma norma é aberta quando ela, aplicada a um caso concreto, não determina de forma detalhada o que fazer (1994, 137). Os positivistas entendiam, portanto, que normas gerais aplicadas a casos concretos podem gerar soluções

diferentes, justamente porque, sendo gerais, são indeterminadas. Embora não se possa falar num senso de adequação (do modo como entendido, por exemplo, em Günter) presente nos positivistas, pode-se falar em algo parecido, que passo a denominar *senso indeterminado de adequação*. Normas gerais aplicadas a casos concretos, para os positivistas, podem gerar normas individuais (Kelsen) ou decisões (Hart) iguais ou diferentes. Embora não seja completamente irrelevante, para o positivista, se uma ou várias normas gerais aplicadas a um caso (e, conseqüentemente a dois casos semelhantes) geram uma solução A ou B, desde que ambas as soluções A e B estejam dentro da moldura (Kelsen) ou cobertas pela abertura da linguagem da norma aplicada (Hart), eles não oferecem uma solução para essa desigualdade de decisões. Portanto, no Positivismo Jurídico, normas gerais são adequadas a casos concretos, porém de forma indeterminada. Entendo, portanto, não estar a diferença entre as teorias de Kelsen e Müller no fato de que o sujeito da concretização seja naquela a norma e neste o jurista, como afirma o próprio Müller (1996, 227-228), pois na Teoria Pura do Direito é o aplicador quem concretiza o Direito. Aliás, já aparece em Kelsen, como procurei demonstrar, a correta idéia de Müller de que textos sozinhos não podem fornecer decisões (MÜLLER: 1996, 186-187). Acontece porém que, como já vimos, no Positivismo, sobretudo de Kelsen e de Hart, não há um critério ou uma teoria que aponte a direção da adequação no momento da produção da norma individual (concretização): o juiz tem poder discricionário, *podendo* usar padrões morais (ou *princípios* como quer Kelsen baseando-se em Esser) (1987, 368), mas não sendo juridicamente obrigado a fazê-lo.

A diferença entre o pensamento positivista e o pensamento pós-positivista não é, pois, o senso de adequação (nem a concretização), mas a natureza desse senso de adequação (e dessa concretização). A adequação na produção de normas concretas é, nos positivistas, indeterminada, porque eles não conseguiram encontrar um critério científico que a torna determinada e, em virtude da constatação da

possibilidade da derivação de várias soluções diferentes a partir de uma norma para um mesmo caso, tiveram que confiar a solução ao poder discricionário do juiz. A insuficiência desse modelo é apontada corretamente por Dworkin, pois o juiz, nesse caso, torna-se um legislador *ex-post facto* (2002, 49). Teorias pós-positivistas como as de Dworkin, Alexy, Müller e Günter, superam essa indeterminação e defendem, de modo geral, haver uma melhor solução para cada caso. A indeterminação da adequação pregada pelos positivistas no momento da concretização não decorre da falta de conhecimento, por parte deles, que casos concretos aos quais se aplica uma (ou várias) norma(s) geral(is) podem ter características diferentes, mas sim de sua incapacidade na busca de uma solução para a indeterminação da aplicação (e da adequação) de normas gerais a esses casos concretos.

Naturalmente, por trás dessa diferença está o caráter descritivo da teoria positivista, e o caráter interpretativo, isso é, *normativo* de teorias pós-positivistas como a de Dworkin.

Se eu estiver correto, isso é, se a diferença entre as teorias positivista e pós-positivista estiver na natureza do senso de adequação na concretização, para que Kant seja considerado precursor do Pós-Positivismo é preciso mostrar que sua teoria *normativa* fornece já um senso determinado dessa adequação. O fato de a teoria de Kant ser normativa não significa, necessariamente, atingir ela esse objetivo, mas constitui apenas um requisito preliminar para atender essa exigência. Passo agora a analisar se ela de fato cumpre essa tarefa.

Pode parecer difícil, senão impossível, defender a presença, na Filosofia prática de Kant, desse senso determinado de adequação. Uma das características mais negativas da Filosofia de Kant seria o rigorismo, i.e, ela desconsideraria as características reais de cada situação, levando, em casos concretos, a extrema injustiça. Não haveria o mínimo senso de adequação na ética de Kant, que teria confundido normas gerias e absolutas com princípios que são, na verdade, apenas *prima facie*.

A crítica é comprovada, segundo alguns intérpretes, pelos exemplos que o próprio Kant escolheu, como o exemplo do escrito *Sobre um pretenso direito de mentir por filantropia*, em que ele defende que se um assassino bate à minha porta a procura de um inocente, que eu abrigo, devo dizer a verdade se não posso me esquivar da pergunta. Mais ainda, Kant afirma que, caso eu minta, i.e., diga ao assassino que a pessoa que ele procura não se encontra em minha casa e, em virtude disso, o assassino vai embora e, por coincidência, encontra a pessoa que havia saído em fuga, sou parcialmente responsável por sua morte e posso até mesmo ser punido (KANT: 1999).

Se esses ataques dos críticos de Kant procedem, como pode Kant fundamentar uma teoria que justifique a adequação determinada de normas a casos concretos? A meu ver, se desconsiderarmos os exemplos de Kant e nos fixarmos nos princípios de sua ética obteremos a solução. Alguns intérpretes hoje já mostram que os princípios da ética de Kant justificam soluções diferentes daquelas por ele encontradas em seus exemplos.<sup>7</sup>

Não analisarei aqui a argumentação desses intérpretes. Interessa-me constatar que há, nos textos de Kant, orientações gerais que levam à conclusão da existência, em sua teoria do agir, de um senso determinado de adequação, como, por exemplo, a latitude das máximas dos deveres éticos imperfeitos<sup>8</sup> e, no Direito internacional, a *lex permissiva* (KANT:1999b). Pretendo abordar uma passagem que, ainda que resumida, constitui importante evidência da necessidade de adequação em Kant: a análise, na introdução da *Metafísica dos Costumes*, sobre a conciliação de razões para se chegar ao dever. Após analisá-la, testarei sua aplicação em casos práticos como o da mentira por filantropia. A passagem reza:

7 Korsgaard, por exemplo, afirma que o exemplo da mentira é um exemplo infeliz e que Kant se equivocou na aplicação dos princípios fundamentais de sua ética ao caso concreto em questão. Segundo ela, as fórmulas do imperativo categórico não são equivalentes: as fórmulas do reino dos fins e da humanidade nos fornecem o ideal que deve guiar nossas condutas, enquanto a fórmula da lei universal mostra o que é possível realizar. Se Kant tivesse aplicado corretamente a fórmula da lei universal teria concluído que nem sempre é errado mentir (KORSGAARD: 2000, 134-135).

8 Conferir, na Introdução à Doutrina da Virtude (KANT: 1994b) os pontos VI e VII, em que Kant discute o fato de os deveres éticos não poderem especificar precisamente o que alguém pode fazer, deixando uma folga para a livre escolha.

“Um conflito de deveres (*collisio officiorum*, s. *obligationum*) seria uma relação recíproca na qual um deles cancelasse o outro (inteira ou parcialmente). Mas visto que dever e obrigação são conceitos que expressam a necessidade prática objetiva de certas ações, e duas regras mutuamente em oposição não podem ser necessárias ao mesmo tempo, se é um dever agir de acordo com uma regra, agir de acordo com a regra oposta não é um dever, mas mesmo contrário ao dever; por conseguinte, uma colisão de deveres e obrigações é inconcebível (*obligationes non colliduntur*). Entretanto, um sujeito pode ter uma regra que prescreve para si mesmo dois fundamentos de obrigação (*rationes obligandi*), sendo que um ou outro desses fundamentos não é suficiente para submeter o sujeito à obrigação (*rationes obligandi non obligantes*), de sorte que um deles não é um dever. Quando dois fundamentos tais conflituam entre si, a filosofia prática diz não que a obrigação mais forte tem precedência (*fortior obligatio vincit*), mas que o fundamento de obrigação mais forte prevalece (*fortior obligandi ratio vincit*)” (1994b, 30-31).

Essa evidência textual (que não se refere a um único caso, isso é, a um exemplo, mas aos deveres em geral) mostra que, ao contrário do que pregam alguns críticos de Kant, ele considerou a possibilidade de choque de razões para se chegar ao dever. Acontece que, como mostra o texto acima, para Kant, deveres não são gerais, não podendo alguém, em uma situação, ter o dever de fazer alguma coisa e, ao mesmo tempo, o dever de não fazer. Aquilo que alguns chamam de dever é, para Kant, fundamento de obrigação; conseqüentemente, o que alguns chamam de conflito de deveres é, para Kant, conflito de fundamentos de obrigação. Imaginemos a seguinte situação: alguém se encontra em um barco que navega sobre mar revolto e, por acidente, uma pessoa cai dentro d'água. O que a pessoa que se encontra no barco deve fazer? Por um lado, um fundamento de obrigação nesse caso é salvar a vida daquele que está em risco; porém, por outro lado, outro fundamento de obrigação é manter-se vivo. Se a pessoa que se encontra no barco constatar (após

análise das diversas características da situação como sua habilidade em nadar, as condições do mar, a distância que a pessoa em risco se encontra do barco etc) que salvará a pessoa em risco, deve ela pular e resgatá-la, pois aí pode ao mesmo tempo salvar aquele que está em risco e manter sua vida. Porém, se avaliando as condições acima mencionadas a pessoa que está no barco chega à conclusão que não conseguirá de modo algum salvar a pessoa em risco, não deve pular e arriscar sua vida. Não há, pois, um dever geral como “devo sempre tentar salvar aquele que está em perigo”; o que há são fundamentos de obrigação que, aplicadas a um caso específico, geram soluções diferentes para casos diferentes. A solução não é indeterminada, como nos positivistas, mas direcionada pelo imperativo categórico, isso é, por um teste de universalização de máximas, máximas essas que devem conter o(s) fundamento(s) de obrigação do(s) qual(is) fala Kant na passagem acima.

No exemplo da mentira por filantropia, teria Kant desconsiderado que, além da regra que manda não mentir, há uma regra que manda salvar a vida de um inocente que se abriga em minha casa. Como já ressaltei, alguns intérpretes afirmam que os princípios da Filosofia de Kant justificam uma solução diferente daquela por ele encontrada. Cabe agora verificar se a argumentação acima de algum modo ajuda a reconstruir uma solução kantiana para o caso da mentira. Como, para Kant, não pode haver um conflito de deveres, mas somente de fundamentos de obrigação, no caso da mentira por filantropia *não mentir* é um fundamento de obrigação que tem que ser contraposto a outro, a saber, que *os inocentes devem ser protegidos*. Como não pode haver um conflito de deveres, o dever tem que ser oriundo do teste da máxima pelo imperativo categórico. Para Korsgaard, no caso da mentira, o agressor está em situação moral desprotegida, isso é, o exemplo da mentira só faz sentido se adotarmos o pressuposto que o assassino só faz a pergunta “onde está o inocente?” se acha que o protetor não sabe que ele tem a intenção de matar um inocente. Portanto, a mentira, nesse caso, pode ser universalizada sem contradição, pois o assassino pressupõe estar o protetor em uma situação em que ele, de fato, não está (KORSGAARD: 2000, 135-137). Logo, a máxima que inclui a descrição da situação (para salvar a vida de um inocente que se abriga em minha casa vou mentir) passa

pelo teste do imperativo categórico. Em outra situação envolvendo a mentira, por exemplo, a falsa promessa para obter dinheiro fácil (KANT: 1995, 60-61), a máxima que descreve a situação (“a fim de obter dinheiro fácil vou fazer uma falsa promessa”) não evidencia um conflito de fundamentos de obrigação, pois não há, aqui, uma razão moralmente relevante para justificar a mentira. Por isso, essa máxima, universalizada, entra em contradição, já que se todos fizerem falsas promessas para obter dinheiro fácil promessas não serão mais acreditadas e, portanto, a falsa promessa não poderá mais obter a finalidade para qual é proposta.

Assim como não há um dever geral do tipo “devo sempre tentar salvar alguém” não pode haver um dever geral como “não devo mentir”. Se procurarmos nos exemplos de Kant, provavelmente ficaremos frustrados com a falta do senso de adequação. Mas se olharmos para os princípios de sua Filosofia encontraremos não só o senso de adequação, mas, mais que isso, um senso determinado de adequação, fornecido pelo princípio de universalização.

Com já ressaltai, para Günter, discursos de aplicação e de justificação não se confundem (GÜNTER:2004). Mas não há como o princípio de universalização não informar também a adequação de normas a um caso concreto. A elevação do princípio de universalização à categoria de princípio ético fundamental foi obra de Kant. A teoria atual apenas insere o teste de universalização de Kant na roda do discurso, e, além disso (e talvez por isso), enfatiza, é preciso dizer, de um modo não tão tímido como aquele presente nos exemplos de Kant, a necessidade de adequação.

#### **IV. CONCLUSÃO**

O Positivismo Jurídico foi objeto de muitas críticas: algumas procedentes, outras improcedentes. A meu ver, a maioria das críticas improcedentes dirigidas a algumas teses supostamente defendidas pelos positivistas são improcedentes não porque os positivistas estavam certos ao defender essas teses, mas, na verdade, porque eles não as defenderam. Entendo que a imprecisão com que o termo Positivismo Jurídico é utilizado no Brasil só não perde para a indeterminação com que os termos Direito Pós-Moderno, Pós-

Positivismo, Neoconstitucionalismo etc vêm sendo utilizados, a despeito da contribuição relevante que os defensores dessas tendências apresentam. Ao Positivismo Jurídico são comumente atribuídas teses da Jurisprudência dos Conceitos, assim como teses legalistas da Escola da Exegese. Que alguém enxergue essas escolas como importantes causas históricas do surgimento do Positivismo Jurídico não há mal algum. O próprio Bobbio o faz. Se, porém, alguém quiser chamá-las de Positivismo Jurídico é preciso, para o bem da precisão que deve ser sempre almejada por qualquer ciência, deixar bem claro que se trata de algo diferente daquele Positivismo Jurídico de Bobbio, Kelsen e Hart. Para o bem da precisão prefiro não denominar essas escolas anteriores (como a Escola da Exegese, a Jurisprudência dos Conceitos etc) positivistas.

Pós-Positivismo, como procurei demonstrar, é um termo impreciso que, embora bastante comum no meio acadêmico brasileiro, carece ainda de melhor conceituação. Contudo, podemos falar, em termos genéricos, em uma superação do Positivismo Jurídico, sobretudo no sentido apontado na introdução deste ensaio. Essa superação do Positivismo Jurídico pode ser denominada Pós-Positivismo. Como afirmei, ela nada tem a ver com a descoberta de princípios, atribuída por muitos a Dworkin, pois o Positivismo Jurídico já era um modelo de regras e de princípios, e não apenas de regras como quer se imaginar. Muito menos pode ser caracterizada como a suposta superação da identidade norma-texto e ausência de concreção, como quer Müller (e com ele Streck), justamente porque essa identidade e essa concreção não estavam de fato ausentes em alguns positivistas, como, por exemplo, Kelsen.

Se eu estiver correto, o atual pensamento pós-positivista tem duas características principais que procurei descrever: (i) no que diz respeito ao fundamento de validade do Direito combate em parte o Positivismo e em parte o Jusnaturalismo e, ao mesmo tempo, acolhe ambos, fazendo uma síntese e (ii) extrai da constatação positivista da existência dos princípios uma consequência diferente daquela

extraída pelos positivistas: procura reduzir e não simplesmente descrever a discricionariedade do juiz. O faz através de teorias da argumentação. Se eu ainda estiver correto, Kant abordou esses pontos fundamentais da Teoria do Direito atual, apontando soluções que são, com algumas modificações, adotadas hoje.

É preciso, contudo, reconhecer as limitações da Filosofia de Kant. São limitações inerentes ao modelo de seu tempo. Hoje, a Filosofia da linguagem analisa elementos implícitos na racionalidade de Kant, o que torna possível estabelecer soluções mais adequadas para problemas práticos em um mundo plural, em que diferentes projetos de vida e, mais que isso, diferentes interesses (interesses que, sendo patológicos são, em Kant, filtrados pelo imperativo categórico) colidem.

Mas se, por um lado, a Filosofia de Kant tem suas limitações, ela pode, com certeza, iluminar a busca de respostas para os problemas mais importantes da Teoria do Direito atual, ou, antes que isso, iluminar a identificação desses problemas. As principais teses pós-positivistas não são, portanto, novidade de um pensamento “pós-moderno”, mas desdobramentos da racionalidade do Direito implícita no pensamento de Kant.

E para responder à objeção daqueles que afirmam não ter a teoria de Kant resolvido adequadamente todos os problemas que ela própria identifica, podemos formular a seguinte pergunta: mas quem os resolve?

## V. BIBLIOGRAFIA

- ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 85-86.
- AMORIM, Letícia Balsamão. O Princípio do Estado de Direito à Luz do Pós-Positivismo. In *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, ano 13, no. 52, julho-setembro-2005

- ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. V. II. Coleção *Os Pensadores*. São Paulo: Nova Cultural, 1991.
- BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-Modernidade, Teoria Crítica e Pós-Positivismo). In *Interesse Público*, no. 11, 2001.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria da Norma Jurídica*. São Paulo: Edipro, 2001.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 8ª ed. Brasília: UNB, 1996.
- DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- DWORKIN, Ronald. *Levando Direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- GÜNTHER, Klaus. *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral – Justificação e Aplicação*. São Paulo: Landy, 2004.
- HART, Herbert L. A. *O Conceito de Direito*. 2ª ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1994.
- KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Prática*. Lisboa: edições 70, 1994.
- KANT, *La Metafísica de las Costumbres*. Segunda edición. Madrid: Tecnos, 1994b.
- KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Lisboa: edições 70, 1995.
- KANT, Immanuel. On a supposed right to lie from philanthropy, in *The Cambridge Edition of the Works of Immanuel Kant – Practical philosophy*, Cambridge: Cambridge University Press, 1999.
- KANT, Immanuel. Toward Perpetual Peace, in *The Cambridge edition of the works of Immanuel Kant – Practical Philosophy*, pp. 311-352. Cambridge: Cambridge University Press, 1999b.
- KELSEN, Hans. *Teoria Geral das Normas*. Porto Alegre: SAFe, 1986.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1987.

- KORSGAARD, Christine M. The right to lie. In *Creating the kingdom of ends*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.
- MÜLLER, Friedrich. *Discours de la Méthode Juridique*. Paris: PUF, 1996.
- SALGADO, Joaquim Carlos. *A Idéia de Justiça em Kant, seu Fundamento na Liberdade e na Igualdade*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 1995.
- SALGADO, Joaquim Carlos. A Necessidade da Filosofia do Direito, in *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*. V. 30-31, 1987-88, pp. 13-19.
- SARMENTO, Daniel. Os Direitos Fundamentais nos Paradigmas Liberal, Social e Pós-Social – (Pós-modernidade Constitucional?). In *Crises e Desafios da Constituição*, José Adércio Leite Sampaio (org.). Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- STRECK, Lênio Luiz. A Hermenêutica Filosófica e as Possibilidades de superação do Positivismo pelo (Neo)Constitucionalismo. In *Constituição e Crise Política*, José Adércio Leite Sampaio (org.). Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- TRAVESSONI GOMES, Alexandre. *O Fundamento de Validade do Direito – Kant e Kelsen*. 2ª ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.
- VIEHWEG, Theodor. *Tópica y Filosofía del Derecho*. Barcelona: Gedisa, 1991.