



APONTAMENTOS PARA UMA ANÁLISE ONTOLÓGICA DO DIREITO PÓS-POSITIVISTA

Mario Cesar da Silva Andrade*

Resumo:

O presente artigo analisa a crítica ontológica ao direito, conforme desenvolvida pela filosofia marxista-lukacsiana. Adotando como fio condutor as considerações materialistas e ontológicas do ser social ao fenômeno jurídico, são investigadas as potencialidades e limitações do direito, especialmente a partir da contraposição entre os paradigmas jurídicos positivista e pós-positivista. Para isso, parte-se das críticas teorizadas a partir do pensamento do filósofo marxista húngaro György Lukács, bem como dos desenvolvimentos teóricos baseados em sua obra produzidos por comentadores e críticos. Metodologicamente, a pesquisa bibliográfica qualitativa, de viés crítico-compreensivo, busca analisar a consistência da chamada crítica ontológica em relação ao pós-positivismo jurídico, valendo-se de fontes doutrinárias a partir da abordagem lukacsiana. Em conclusão, aponta-se como as críticas desenvolvidas pela corrente ontológica do ser social centra-se no paradigma do positivismo jurídico, negligenciando avanços e potencialidades franqueados pelo pós-positivismo, levando a certa incompreensão das aplicações do direito, incluindo, na regulação de condutas humanas e políticas públicas.

Palavras-chave:

Paradigmas jurídicos; Pós-positivismo; Crítica ontológica; Materialismo; Políticas públicas

NOTES FOR AN ONTOLOGICAL ANALYSIS OF POST-POSITIVIST LAW

Abstract:

This paper analyzes the ontological critique of law as developed by Marxist-Lukacsian philosophy. Adopting the materialist and ontological considerations of the social being as conductor to the legal phenomenon, the potentialities and limitations of law are investigated, especially from the opposition between positivist and post-positivist legal paradigms. To this end, it is based on the theorized criticism from the thought of the Hungarian Marxist philosopher György Lukács, as well as from the theoretical developments based on his work

* Professor da Universidade Federal de Juiz de Fora - UFJF. Doutor em Teorias Jurídicas Contemporâneas na Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro - FND/UFRJ. Mestre em Direito e Inovação pela Universidade Federal de Juiz de Fora - UFJF. Coordenador do Grupo de Pesquisa CNPq Jurisdição Constitucional Democrática. Pesquisador do Grupo CNPq Observatório da Justiça Brasileira - OJB/UFRJ. Coordenador da Clínica de Direitos e Jurisdição - CDJ/UFJF. Membro Associado da Rede Brasileira de Direito e Literatura (RDL). Membro Associado da Associação Brasileira de Filosofia do Direito e Sociologia do Direito (ABRAFI). E-mail: cesarandrade.mario@ufjf.br





produced by commentators and critics. Methodologically, the qualitative bibliographical research, with a critical-comprehensive approach, seeks to analyze the consistency of the so-called ontological criticism in relation to post-positivism in law, using doctrinal sources based on the Lukácsian approach. In conclusion, it is pointed out how the criticism developed by the ontological current of the social being is focused on the paradigm of legal positivism, neglecting the advances and potentialities offered by post-positivism, leading to a certain incomprehension of the applications of law, such as the regulation of human conduct and public policies.

Keywords:

Legal paradigms; Post-positivism; Ontological criticism; Materialism; Public policies

1 INTRODUÇÃO

No âmbito da filosofia do Direito, a segunda metade do séc. XX foi marcada pela difusão de críticas ao positivismo jurídico, com destaque para a alegação de que o formalismo e a amoralidade de tal paradigma impediam a imposição de quaisquer limites valorativos para a elaboração e a aplicação do Direito, apartando o fenômeno jurídico da concepção de justiça. Segundo a conhecida crítica de Gustav Radbruch, ainda que não fosse esse o objetivo, a pretensa neutralidade moral do positivismo jurídico difundiu uma concepção de Direito que acabou servindo aos regimes nazifascistas, legitimando pela mera formalidade jurídica conteúdos arbitrários de toda ordem (MORRISON, 2006).

Em reação, a oposição ao positivismo jurídico manifestou-se em uma pluralidade de propostas, recorrentemente agrupadas sob o nome de pós-positivismo, nomenclatura genérica que fornece muito mais uma localização cronológica do que uma delimitação satisfatória de seu conteúdo (MORRISON, 2006). Porém, pode-se apontar como traço comum aos pós-positivistas a defesa da relativização da separação entre *direito* e *moral*, com a possibilidade de sindicância da correção do Direito a partir de parâmetros valorativos (ALEXY, 2008a). Em suma, o pós-positivismo opõe-se ao absoluto relativismo moral que os positivistas entendiam como elemento necessário da defesa de um *status* de objetividade científica para a ciência jurídica diante dos valores. Nesse sentido, sua difusão internacional se pautou por propostas que visavam a superação dos alegados erros e limitações da visão positivista.

Essa dicotomia positivismo-pós-positivismo segue influenciando a construção, interpretação e aplicação do direito, incluindo, a elaboração de leis, de decisões judiciais e de



políticas públicas, com consideráveis repercussões sobre a dinâmica social e a vida institucional do Estado Democrático de Direito.

A presente pesquisa busca analisar o pós-positivismo jurídico a partir da proposta de uma crítica ontológica do ser social, a fim de identificar os avanços e limitações desse paradigma, para além da superação do positivismo.

Para a condução da investigação, são expostas sinteticamente as principais características do Direito sob o paradigma pós-positivista, e, em seguida sua avaliação a partir das contribuições teóricas referentes à ontologia do ser social desenvolvidas na obra do filósofo húngaro György Lukács, bem como das críticas formuladas com base nessa específica perspectiva ontológica. Assim, pretende-se analisar criticamente em que medida as avaliações da proposta lukacsiana ultrapassam o direito positivista, se aplicando também ao paradigma surgido de sua problematização, o pós-positivismo.

Metodologicamente, a presente pesquisa qualitativa centra-se na investigação bibliográfica e na análise crítica das contribuições teóricas sobre o tema, ainda que sem pretensão de exaustão, haja vista a ausência de uma ampla teoria do Direito a partir da obra de Marx ou Engels, apesar dos esforços de pensadores como Pachukanis (1988), lacuna essa impossível de ser suprida nos limites dessa pesquisa. Assim, para maior precisão, a pesquisa centrou-se na análise do pós-positivismo a partir da crítica ontológica ao Direito de Luckás.

O inegável predomínio atual do pós-positivismo na cultura jurídica evidencia a necessidade de análise crítica de suas propostas e pretensos contributos progressistas. Importa avaliar em que medida as críticas direcionadas ao Direito pelos teóricos marxistas-lukacsianos persistem a despeito da mudança de paradigma jusfilosófico, especialmente após a Segunda Guerra Mundial. Portanto, busca-se avaliar quais críticas ontológicas ao Direito subsistem sob o paradigma pós-positivista, bem como quais reavaliações dessas críticas se fazem contemporaneamente necessárias.

Primeiramente, são expostas sinteticamente as principais características do paradigma do pós-positivismo jurídico. Em seguida, são abordadas as críticas ontológicas ao Direito desenvolvidas a partir da obra de György Lukács e sua proposta de uma crítica ontológica do ser social. Por fim, analisa-se criticamente o confronto entre as concepções teóricas anteriormente desenvolvidas a fim de se identificar mudanças e persistências, avanços e limitações do paradigma pós-positivismo atualmente dominante.



2 O DIREITO PÓS-POSITIVISTA E SUAS CONTRAPOSIÇÕES

O paradigma pós-positivista, como síntese entre o jusnaturalismo e o positivismo, surgiu como uma reação ao positivismo jurídico, fortemente influente na doutrina e prática jurídicas a partir do início do século XX. O novo paradigma jusfilosófico pretendeu impor limites valorativos à elaboração e aplicação do Direito, a partir da ideia de pretensão de correção moral (FIGUEROA, 2009, p. 201).

Destacadamente após a Segunda Guerra Mundial, evidencia-se uma crise do positivismo jurídico, que passa a ser crescentemente confrontado pelo pluralismo e complexidade das sociedades emergentes dos pós-guerra, repercutindo no questionamento da pretensa completude do ordenamento jurídico positivado, bem como no descrédito do formalismo unilateral e inflexível na aplicação das normas positivas. Essas perspectivas positivistas foram acusadas de possibilitarem a manipulação formal do Direito para veicular ações estatais substancialmente injustas e desproporcionais, mas legalmente legitimadas, como a sempre apontada ascensão e atuação do regime nazista na Alemanha (MORRISON, 2006).

2.1 PONTOS DE CRÍTICA DO PÓS-POSITIVISMO

Ainda que não haja homogeneidade entre os posicionamentos doutrinários dos diferentes autores reunidos sob o pós-positivismo, pode-se identificar aquele que talvez seja o principal ponto comum entre seus diferentes autores e vertentes: a conexão entre direito e moral. Esse ponto é uma nítida reação à proposta de total separação entre direito e moral professada pelos autores positivistas na busca por *pureza epistemológica* para a ciência jurídica, especialmente na versão teorizada por Hans Kelsen. Em reação a essa separação, o pós-positivismo defende o recurso a critérios materiais ou valorativos para a apuração da validade e aplicação das normas jurídicas (VALE, 2009, p. 47).

Ainda que algumas propostas pós-positivistas possam ser reconhecidas no pensamento de figuras como Josef Esser, Karl Larenz e Roscoe Pound, a divulgação das propostas teóricas dos jusfilósofos Ronald Dworkin e Robert Alexy tem sido considerada o marco fundamental do pós-positivismo.



Marcadamente no fim dos anos 60 do século XX, em oposição ao então dominante pensamento positivista, o jusfilósofo estadunidense Ronald Dworkin desenvolve as linhas principais de uma nova proposta de pensamento jurídico, com o expresso objetivo de promover um “ataque geral contra o positivismo” (DWORKIN, 2002, p. 35). Similarmente, em 1979, na Alemanha, Robert Alexy publica seu primeiro trabalho no mesmo viés de superação das teses centrais do positivismo jurídico. Na Itália, em 1992, Gustavo Zagrebelsky publica uma obra que também busca desenvolver a mesma proposta (FERNANDES; BICALHO, 2011, p. 113).

Como dito, o pós-positivismo não é um movimento uniforme, ainda que seja possível a identificação de algumas teses centrais majoritariamente compartilhadas entres seus adeptos, as quais derivam da contraposição ao positivismo jurídico.

A proposta de Dworkin parte da crítica às três teses positivistas que ele identificou no pensamento do jusfilósofo inglês Herbert Hart, seu principal objeto de contraposição teórica. Essas teses seriam as (1) do pedigree das regras jurídicas, (2) da discricionariedade e (3) da aplicação do direito (DWORKIN, 2002, p. 29)

Pela *primeira tese*, o sistema jurídico seria formado exclusivamente por *regras*, identificáveis como legítimas não pelo seu conteúdo, mas por seu procedimento formal de instituição, isto é, por sua origem ou *pedigree*, o que distinguiria totalmente sua natureza normativa daquela de outras normas sociais, como as regras morais (DWORKIN, 2002, p. 27-29).

Pela *segunda tese*, em razão dessa constituição exclusiva por regras positivadas, o sistema jurídico seria essencialmente limitado, tendo em vista a possibilidade de surgimento de situações não abarcadas por qualquer regra específica previamente existente. Nesse caso, diante da necessidade de decisão de um caso que não possua uma regra específica a ser aplicada, o ordenamento estaria concedendo ao aplicador a *discricionariedade* para decidir com base em critérios extrajurídicos (DWORKIN, 2002, p. 27-29).

Pela *terceira tese*, toda obrigação jurídica é instituída por uma regra, entretanto, diante de um caso difícil (*hard case*), quando o ordenamento não prevê uma regra específica para o caso concreto, caberia ao decisor, valendo-se de seu poder discricionário, criar a regra necessária para dirimir o conflito e aplicá-la ao caso. Para Hart (2009), como decorrência da própria imprecisão da linguagem, toda regra tem uma zona de *penumbra*, ou regiões de incerta semântica, diante das quais podem surgir dúvidas sobre a adequação da prescrição



jurídica positivada ao caso concreto, cabendo ao aplicador do Direito a definição do sentido normativo a ser aplicado (GUEST, 2010). Dworkin (2002, p. 27-29) critica essa concepção decisória, alegando que, assim considerada, a aplicação do Direito não se limita ao reconhecimento de obrigações pré-existentes, antes, está legitimando a criação de direito *post factum* e sua aplicação retroativa ao caso concreto.

Segundo Dworkin (2002, p. 29), essas três teses formam o eixo estruturante do positivismo jurídico, independentemente do autor ou especificação.

Em oposição a tais teses positivistas, desenvolveram-se as diversas vertentes do pós-positivismo jurídico. Segundo Alexy, o traço comum a todas essas vertentes é a tese da vinculação entre direito e moral, a qual se manifesta: (1) na abertura valorativa do sistema jurídico, particularmente, da Constituição; (2) na identificação de *regras* e *princípios* como espécies do gênero norma jurídica; (3) no reconhecimento da Constituição como primordial e vinculante repertório principiológico; e (4) no aumento do poder e da atuação do Judiciário em decorrência do reconhecimento da natureza criativa e valorativa da função jurisdicional (MAIA, 2009, p. 07).

2.2 ABERTURA VALORATIVA DO SISTEMA JURÍDICO

As normas jurídicas não decorrem precisamente de fatos, mas da institucionalização de valorações sobre os fatos e condutas humanas. A positivação dessas valorações expõe os programas e objetivos a serem concretizados pela aplicação do ordenamento jurídico. Portanto, não há entre direito e moral uma absoluta identidade de conteúdo, pois a prescrição jurídica resulta da consciente institucionalização de valores socialmente selecionados (FARALLI, 2006).

Todavia, a ausência dessa identidade de conteúdo, não permite inferir que não existe ente direito e moral qualquer relação, isto é, que o direito seria qualificado por um relativismo moral total. Para o pós-positivismo, entre essas esferas há uma *relação conceitual necessária* (ALEXY, 2008a; 2009a).

Ressalte-se que, tanto no positivismo como no pós-positivismo, reconhece-se que os valores influem e ingressam no ordenamento. Todavia, esses paradigmas discordam sobre como deve se dar esse ingresso. Para o positivismo clássico, os valores ingressam unicamente através da atividade legislativa, no momento de elaboração da norma positiva geral e abstrata.



A moral figura como elemento externo ao direito, que é transmutado pelo legislador em um valor objetivo de um dado ordenamento jurídico, o qual, depois de positivado, autonomiza-se daquela fonte valorativa. Nessa linha, ao operador do direito deveria caber exclusivamente aplicar a lei, sendo-lhe vedada qualquer valoração sobre as escolhas instituídas pelo legislador, por ser apenas este a autoridade competente para tais escolhas.

Esse formalismo exacerbado criou um *hiato* moral ou de justiça entre a positivação da norma jurídica e sua aplicação a um caso concreto.

Em contraponto, o pós-positivismo busca parâmetros morais, de justiça ou equidade para a aplicação do direito. Porém, para o alcance desse objetivo, a valoração da realidade empírica do caso concreto e de seu entorno, das relações sociais nele presentes, e do próprio direito não podem estar restritas à elaboração legislativa. Portanto, faz-se necessária a abertura valorativa do sistema jurídico (ALEXY, 2009a; FARALLI, 2006).

Os princípios jurídicos que veiculam os valores basilares da comunidade devem se irradiar por todo o ordenamento jurídico e por todas as suas fases de concretização. Assim, nem mesmo as regras já positivadas estão a salvo da valoração do aplicador do Direito, visto que a aplicação do direito deve ser norteada por uma pretensão de correção frente àqueles princípios fundamentais, o que não pode ser livremente afastado ou alterado pela legislação positiva (DWORKIN, 2006; ALEXY, 2009b). O aplicador tem o dever de identificar os princípios fundamentais, e aplicá-los concretamente, ainda que a lei prescreva concretização divergente.

Para Dworkin (2006, p. 11), essa abertura valorativa não deve ser irrestrita, uma vez que as interpretações morais e valorativas das normas constitucionais devem se limitar aos princípios, não cabendo valorações morais sobre regras totalmente específicas, sob pena de o intérprete se sobrepor ao Poder Constituinte.

Tendencialmente, o controle de correção moral ou principiológica do direito posto e da decisão do caso concreto torna-se mais facilmente realizável nos sistemas jurídicos que adotam o controle difuso de constitucionalidade, em que os magistrados possuem a competência para negar a aplicação de uma lei a um caso concreto sobre o fundamento de incompatibilidade com os mandamentos constitucionais.

O pós-positivismo defende a possibilidade do afastamento ou recusa da aplicação de determinada norma positivada no caso concreto em nome de uma decisão concretamente justa e moralmente correta, isto é, principiologicamente coerente. Esse paradigma busca ir além da



legalidade estrita, em nome de uma interpretação valorativa (justa e equânime) do Direito, sem o recurso a noções meramente metafísicas (BARROSO, 2007; DWORKIN, 2005).

É exatamente a interpretação e aplicação do direito a partir de uma teoria dos princípios que promove a abertura valorativa do sistema jurídico aos valores morais de justiça e equidade (DWORKIN, 2005; 2010). Por meio dos princípios constitucionais, os valores fundamentais da comunidade se irradiam por todo o sistema jurídico, condicionando-o (ALEXY, 2008b). Decisões judiciais injustas não devem mais prevalecer, em razão de sua contradição com o ordenamento tomado como um todo; contradição essa que não deve ser ignorada pelo simples argumento de que existe uma regra que prevê a decisão nesse dado sentido.

2.3 NORMAS JURÍDICAS: PRINCÍPIOS E REGRAS

Segundo a crítica pós-positivista, o positivismo jurídico restringia o conceito de norma jurídica às regras, logo, princípios não seriam normas, mas meros critérios hermenêuticos, ocasionalmente utilizados para a colmatação de eventuais lacunas do ordenamento.¹

O pós-positivismo defende norma jurídica como gênero, que tem nas *regras* e nos *princípios* suas duas espécies. Essas duas espécies de normas podem ser entendidas como conjuntos de padrões que “apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas” (DWORKIN, 2002, p. 39).

Alexy (2008a; 2009a) aponta três traços distintivos entre regras e princípios: (1) a caracterização dos princípios como mandamentos de otimização; (2) a possibilidade de colisão entre princípios; e (3) a ponderação como critério de aplicação dos princípios.

Para Alexy (2008b, p. 90), os princípios são mandamentos de otimização, isto é, normas que prescrevem que um valor deve ser realizado *na maior medida possível*, dentro das “possibilidades jurídicas e fáticas existentes”. Em razão disso, os princípios são normas que comportam graus variados de concretização, visto que o cenário fático e jurídico delimita as

¹ Após a repercussão das críticas de Dworkin, Herbert Hart (2009) escreveu um famoso pós-escrito à sua obra magna, *O Conceito de Direito*, questionando as avaliações do jusfilósofo estadunidense e expondo mais detalhadamente sua concepção da função dos princípios no sistema jurídico moderno. Posteriormente, Dworkin reafirmou suas críticas em diferentes escritos (DWORKIN, 2005; 2010; GUEST, 2010).



possibilidades de realização e de compatibilização dos eventuais princípios colidentes no caso concreto.

Já as regras possuem um método de aplicação que observa a lógica do *tudo ou nada*, logo, se uma regra é aplicável a um caso concreto, todo o seu conteúdo prescritivo deve ser realizado; por outro lado, se ela não for aplicável, nada do seu conteúdo deve ser concretizado no caso. Ou a regra é aplicável *in totum* ao caso concreto, ou ela não é aplicável ao caso. Por isso, Alexy afirma que as regras já contêm em si mesmas a determinação do “âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível” (ALEXY, 2008b, p. 91). Assim, as regras não permitem sua aplicação em graus variados, como ocorre com os princípios.

Em razão de seu conteúdo valorativo e amplo, as prescrições veiculadas pelos princípios têm, *prima facie*, um caráter ilimitado, o que permite que, em um dado caso concreto, diferentes princípios prescrevam em sentidos diversos e/ou contraditórios. Por isso, para Alexy (2008b), os princípios podem colidir, visto que o que delimita o âmbito de proteção de um princípio em um caso concreto será o resultado da sua interação com todos os demais princípios incidentes no mesmo caso. Já as regras são *razões definitivas* que devem ser aplicadas ao caso desde que estejam presentes as condições fáticas e jurídicas para a sua aplicação. Como dito por Dworkin (2002), as regras operam pelo *tudo ou nada*, pois se uma regra for aplicável ao caso, estará excluída a aplicação de qualquer outra regra com o mesmo objeto ou substrato fático. Assim, nunca será possível a colisão entre diferentes regras, visto que a aplicabilidade de uma ao caso concreto afasta, necessariamente, qualquer outra regra com o mesmo objeto. Nesse sentido, o próprio ordenamento jurídico já possui os critérios para a resolução dos pretensos conflitos entre regras, as chamadas antinomias aparentes, a saber, os critérios hierárquico, cronológico e de especialidade. Por isso, para Dworkin (2002), a subsunção é o modelo característico de aplicação das regras.

Em contraponto, se dois princípios colidem diante de um mesmo caso concreto, esse impasse não pode ser resolvido na dimensão da validade, pois ambos os princípios são igualmente válidos, constitucionais e aplicáveis ao caso (ALEXY, 2008b, p. 93-103). Por conseguinte, em caso de colisão de princípios, o processo de aplicação das normas deve seguir a lógica da *ponderação*.

Na ponderação, o aplicador do direito deve (1) avaliar o grau de promoção do princípio que se pretende realizar colidente; (2) avaliar o grau de não satisfação ou restrição



do princípio colidente; e (3) ponderar se o grau de promoção de um princípio justifica (e em que medida) a restrição ao princípio colidente (ALEXY, 2008b, p. 594).

Percebe-se, portanto, como o pós-positivismo concebe o fenômeno jurídico como normativamente aberto às dimensões valorativas da justiça e equidade, adicionando-as à dimensão lógico-formal na construção da validade e legitimidade da ordem jurídica.

3 CRÍTICA ONTOLÓGICA AO DIREITO

Comumente, a aplicação do Direito é acusada de ser desconectada com a realidade social sobre a qual incide, ignorando as relações sociais, econômicas e políticas que a constituem, em nome de raciocínios abstratos e formalistas. Assim, o fenômeno jurídico teria como base a concepção de uma cisão entre teoria e práxis, que, sendo reproduzida pelos operadores do Direito, serviria a manutenção de uma realidade sociopolítica, ou de ontologia do ser social, marcada por profundas contradições materiais.

3.1 TEORIA E PRÁTICA NA APLICAÇÃO DO DIREITO

A distinção entre os dois modos básicos de investigação do Direito, segundo Tércio Sampaio Ferraz Jr., a *dogmática* e a *zetética*, são apontados como uma evidência de que a prática do Direito diante da realidade social está desconectada e mesmo contraposta à teoria jurídica. Essa contraposição resultaria da pretensão da teoria jurídica de estar livre dos impulsos pragmáticos demandados pela necessidade de decisão de um caso concreto (SARTORI, 2010, p. 10-11).

A crítica a essa teorização excessivamente abstrata do Direito e de sua aplicação é enfatizada pelos teóricos de matriz filosófica materialista marxista, em suas diferentes especificações, dentre elas, a crítica ontológica do ser social, desenvolvida a partir do pensamento do filósofo húngaro György Lukács (2012).

A dicotomia zetética-dogmática seria uma evidenciação da cisão entre teoria e prática presente na aplicação do Direito, em que os aspectos sociopolíticos do fenômeno jurídico são apartados e considerados como insindicáveis pelo aplicador da norma (SARTORI, 2010). Contudo, por vezes, a cisão entre essas dimensões formal (jurídica) e material (social) é convenientemente ocultada ou dissimulada em pretensas reconciliações,



que, na prática, revestem de legitimidade jurídica a manutenção do *status quo*, na medida em que ignora ou coopta as contradições materiais subjacentes (LUKÁCS, 2012).

Nas palavras de Lukács (2013, p. 179):

O funcionamento do direito positivo está baseado, portanto, no seguinte método: manipular um turbilhão de contradições de tal maneira que disso surja não só um sistema unitário, mas um sistema capaz de regular na prática o acontecer social contraditório, tendendo para a sua otimização, capaz de mover-se elasticamente entre polos antinômicos – por exemplo, entre a pura força e a persuasão que chega às raízes da moralidade –, visando implementar, no curso das constantes variações do equilíbrio dentro de uma dominação de classe que se modifica de modo lento ou mais acelerado, as decisões em cada caso mais favoráveis para essa sociedade, que exerçam as influências mais favoráveis sobre a práxis social.

A crítica a uma prática jurídica desconectada da realidade social revela-se condizente com o Direito tradicionalmente exercido sob o paradigma positivista, o qual, ao favorecer o legalismo e o formalismo, concebe o ordenamento jurídico como um sistema lógico-formal uno, coeso e coerente. Essa visão do sistema jurídico tende a promover uma prática jurídica autorreferencial, em que todos os dados externos ao sistema são considerados como elementos não jurídicos, e, como tais, não devem ser levados em conta, sob pena de o direito perder sua pureza e objetividade científicas.

Porém, o pós-positivismo reage a essa visão de ordenamento jurídico. A grande importância dada aos princípios e à ponderação reforça a inescapável necessidade de o aplicador do Direito atentar para a realidade concreta do caso *sub judice*. Assim, o pós-positivismo busca reconectar a prática do Direito à concretude da realidade, remodelando, dialeticamente, a própria teoria jurídica, a qual deve levar em conta as tensões e conflitos sociais presentes na sociedade e no caso concreto.

A partir da crítica ontológica social de matriz lukacsiana, pode-se avaliar que essa reconexão com a realidade social é limitada, pois o processo de desconexão entre direito e realidade social estaria radicado nos problemas centrais das classes sociais e na oposição entre a propriedade privada dos meios de produção e a exploração do trabalho, tendo o direito o papel estratégico de manutenção dessa oposição. Nesse sentido, as contradições materiais continuariam ocultadas também na abstração dos princípios e mesmo na forma pretensamente universalizante da lógica jurisprudencial dos precedentes.

Todavia, se sob o direito pós-positivista contradições materiais ainda se mantêm, por outro lado, ele oferece uma abertura ao mundo dos fatos, em sua complexidade social,



econômica e política, que permite sua problematização e superação, pelo menos, em alguma medida, a partir de critérios de correção moral na aplicação do direito, algo que se buscava impedir no paradigma positivista.

Se, por um lado, a proposta pós-positivista é ontológico-socialmente limitada, sua aplicação prática tem promovido inegáveis avanços na concretização de históricas demandas sociais de igualdade e justiça. Certamente, o pós-positivismo não promete concretizações sempre totais ou perfeitas dos valores principiológicos, mas concebe o direito como permanentemente aberto a novas realizações, que, enquanto mandamentos de otimização, devem ser promovidas em concreto de acordo com possibilidade internas e externas ao Direito, logo, consciente de sua aplicação em cenários de possibilidades sempre socialmente disputadas.

3.2 A UNILATERALIDADE DO DIREITO

Outro objeto da crítica ontológica ao Direito é a unilateralidade presente na homogeneidade da forma jurídica, que teria na generalidade e abstração da norma jurídica sua unidade nuclear (SARTORI, 2010; PACHUKANIS, 1988).

Segundo essa crítica, correlata à anterior, o direito ignora as relações sociais presentes na realidade, privilegiando a ênfase em uma deontologia fetichista, em que o conteúdo normativo se autonomiza de sua origem socialmente contextualizada para ser considerado como um sistema autorreferencial e logicamente fechado em si mesmo. Recorrentemente, o juspositivismo de Hans Kelsen é apontado como exemplo lapidar de tal fetichismo lógico-formal ou mesmo legalista (SARTORI, 2010).

Segundo Sartori (2010, p. 76), contrariamente ao positivismo jurídico, Lukács não compreende o direito como mero espelhamento da realidade social, como se houvesse um processo de projeção idealista da dicotomia *ser* e *dever ser*, antes, ele entende que essas dimensões empírica e normativa estabelecem entre si uma relação dialética, afastando-se da unilateralidade, seja do positivismo, seja do jusnaturalismo.

Primeiramente, é inegável que o positivismo kelseniano caracteriza-se pela apontada unilateralidade, dada sua proposta de ciência jurídica, uma vez que defende uma abordagem *epistemológica* do ordenamento jurídico como um sistema hierarquizado a partir de um



critério de validade lógico-formal, que lhe é interno e, exatamente por isso, lhe asseguraria seu fechamento e autonomia sistêmicas, e, assim, a pureza epistêmica da ciência jurídica.

Para Lukács (2012, p. 386-388):

O direito é ainda mais nitidamente um pôr do que a esfera e os atos da economia, já que só surge numa sociedade relativamente evoluída, com o objetivo de consolidar de modo consciente, sistemático, as relações de dominação, de regular as relações econômicas entre os homens etc.

(...)

O acabamento formal de um sistema de regulação desse tipo tem uma relação de incongruência com o material a ser regulado, embora seja seu espelhamento. (...) Já por isso existe, em tal pôr teleológico, uma fissura ideal, que se costuma indicar como dualismo entre formação do direito e sistema jurídico, com a consequência de que a formação do direito não tem caráter jurídico. Essa fissura é tão drástica que Kelsen, um importante expoente do formalismo jurídico, chegou a definir certa feita o ato legislativo como um "mistério".

Todavia, exatamente por negligenciar, quase totalmente, os efeitos sociais do Direito na definição da norma jurídica, é errôneo dizer que a teoria kelseniana adota como parâmetro o direito que “realmente funciona”, segundo Sartori (2010). Tal parâmetro melhor seria atribuído à corrente chamada de realismo jurídico, muito influente na *common law*.

Nesse ponto, importa destacar que Kelsen defende a apoliticidade da *ciência jurídica*, não propriamente do Direito. Contudo, é inegável que tal pretensão de apartar o estudo do fenômeno jurídico de seus elementos sociopolíticos e fundamentos ético-morais permitiu sua utilização instrumental pelas mais diversas ideologias políticas.

O positivismo pode não ignorar que, ontologicamente, *ser e dever ser* compõem a mesma realidade, em que o momento normativo é, segundo a expressão de Lukács (2012), um *por teleológico* a partir da realidade social em que inseridos. Entretanto, essa corrente jurídica opta por fazer um recorte na realidade com o intuito de isolar o Direito como objeto de estudo, mas sem perceber que aquilo que passa a estudar já não é mais o Direito, senão um idealista construto lógico e formalista, apartado dos pores teleológicos aos quais está indissociavelmente ligado.

Logo, o Direito não pode ser visto unicamente como limitador dos pores teleológicos singulares.

Afinal, segundo Lukács (2012), o conteúdo de classe do Direito não impossibilita reconhecê-lo como fenômeno complexo, resultado de muitas mediações demandadas pelo processo de reprodução do complexo social. O conteúdo do Direito decorre dos



compromissos entre os atores sociais em um cenário de luta de classes. Entretanto, se interesses diretamente contrários ao modo de produção capitalista podem ser revestidos da forma jurídica, tais como a limitação e redução da jornada de trabalho ou a previsão de um salário-mínimo, fica evidenciado que o conteúdo do Direito é construído pela luta de classes e, conseqüentemente, também resultado da dialética entre os pores teleológicos das classes em conflito.

Com essa assertiva não se nega que o Direito promova a manutenção do modo de produção vigente, entretanto, evidencia-se que seu conteúdo também é definido em parte pela atuação de seus críticos, da classe trabalhadora, ainda que não de forma unilateral ou mesmo predominante. Por esse prisma, devido sua natureza instrumental, o Direito também pode ser usado como parâmetro objetivo de consolidação dos direitos conquistados pelos trabalhadores e, assim, para a promoção concreta dos valores de justiça e equidade.

Nesse ponto, recorrentemente, é apontada a reversibilidade dos direitos conquistados, com diversos exemplos históricos. Porém, a possibilidade de retrocessos e desvirtuamentos não são privativos do direito, mas dos empreendimentos humanos em geral, mesmo das conquistas sociais de emancipação sob qualquer modelo econômico ou político.

Segundo a crítica ontológica, a categoria de sujeito de direito, enquanto forma jurídica, consubstancia a representação do indivíduo em “uma esfera reificada em que o ser social se encontra fragmentado e confinado em papéis sociais sem, no entanto, poder realizar a sua própria potencialidade, seu ser-para-si” (SARTORI, 2010, p. 14).

Porém, a relação entre a homogeneidade da forma jurídica e o desenvolvimento social conflitivo não pode ser restringida a um processo de redução da complexidade social a padrões formais, em que as particularidades são extirpadas. Ao prever direitos trabalhistas, por exemplo, a homogeneidade da norma jurídica tem como substrato certa homogeneidade das classes em conflito. Essa homogeneidade jurídica evidencia que os direitos trabalhistas não refletem uma condição particular, sendo também uma mediação na reação ao avanço do modo de produção do capital, o qual faz com que o mal experimentado por um trabalhador seja, segundo Marx (2005), o *mal em geral*.

3.3 CARÁTER LIMITADO DO DIREITO





Segundo Marx (2012), o Direito não pode ultrapassar a forma econômica e o desenvolvimento cultural da sociedade em que está inserido. Nesse sentido, Lukács se refere a esse vínculo como a prioridade do conteúdo político-social sobre a forma jurídica (SARTORI, 2011).

Nas palavras de Sartori (2016, p. 211),

Ou seja, mesmo que seja possível adquirir consciência acerca dos conflitos sociais que permeiam a sociedade civil-burguesa em meio às formas ideológicas conformadas no Estado e no Direito, de modo algum, caso se pretenda seguir o pensamento marxiano, elas podem trazer à tona, por si, qualquer modo de solução das questões sociais. No pensamento marxiano –se é verdade que elas podem ser, por vezes, essenciais ao processo de tomada de consciência acerca da conformação objetiva da realidade objetiva, bem como da necessidade de transformar a mesma – é igualmente verdadeiro que “os males sociais”, para Marx, só podem ser superados (*aufgehoben*) efetivamente quando a práxis política e jurídica, em meio às quais os homens “adquirem consciência” dos conflitos sociais, remete-os diretamente à transformação do solo social, em que se coloca a “totalidade das relações sociais de produção”

Contudo, importa ressaltar que essa limitação não é exclusiva do Direito, pois a nossa própria sociabilidade permanece condicionada por tais formações. Engels demonstra isso, por exemplo, na formação do tradicional modelo familiar burguês. Também por isso, conforme Marx (2013), Aristóteles não pode reconhecer o trabalho como fonte de produção do valor, visto estar condicionado por uma sociedade escravocrata, em que o trabalho constituía uma atividade indigna, reservada aos escravos.

Também no Direito, os condicionamentos estruturais do modo de produção econômica devem ser considerados tendenciais, sob pena de reduzir o fenômeno jurídico a um reflexo determinista, versão vulgar que não encontra amparo no pensamento de Marx ou Lukács.

Portanto, a forma jurídica não constitui uma mera operação de reconciliação entre as lutas por justiça e a desigualdade social produzida sob o modo de produção capitalista. Tampouco, a forma jurídica pode ser reduzida a uma mera universalidade engendrada estrategicamente para ocultar as necessidades concretas dos seres sociais em nome da manutenção de desigualdades e privilégios.

A universalidade do Direito moderno foi resultado de lutas sociais pela institucionalização do reconhecimento de uma igualdade que se contrapusesse aos privilégios nobiliárquicos da antiguidade.



Certamente, o conservadorismo presente na ideologia do direito e na homogeneidade da forma jurídica consiste na defesa de um sistema jurídico unitário, coerente, autônomo e autorreferencial. Porém, essa caracterização descreve perfeitamente o juspositivismo, mas, em contraponto, revela-se limitada e inadequada para a descrição do direito pós-positivista.

Somente reduzindo a atuação do Direito ao paradigma positivista pode-se identificar o direito positivo como o direito efetivo que realmente funciona.

Sob o paradigma do pós-positivismo, o Direito pode desenvolver a relação entre o direito positivo e os princípios de justiça e equidade que subjazem na consciência dos seres sociais, concretamente considerados. Sob o positivismo, a teoria jurídica não impede essa continuidade entre o social e o jurídico, entre o real e o positivo, mas a ignora deliberadamente, preferindo o positivado, em detrimento de tudo o que estiver fora dos seus limites lógico-formais.

O pós-positivismo busca combater o fetichismo do fenômeno jurídico, que não deve ser tomado como inerente ao direito em si, mas como resultado de uma instrumentalização do direito, a qual não permite o desenvolvimento de seu potencial contestador e emancipador.

Pelo exposto, a crítica ontológica de Sartori (2011) de que a esfera jurídica assume um caráter manipulatório, por ser indiferente à aplicabilidade da norma ao caso concreto, em razão do método formal da subsunção lógica, revela-se inapropriada ao direito pós-positivista.

Na verdade, é possível identificar que o paradigma pós-positivista do direito assimila parte da crítica materialista, compreendendo a crítica lukacsiana de que o direito posto sempre tem sido acompanhado da ideia de um direito não posto, que deve valer como ideal para aquele, como sê na concepção principiológica de Dworkin, por exemplo. No pós-positivismo, princípios de justiça e equidade socialmente compartilhados compõem o direito, buscando recuperar a continuidade entre as dimensões social e normativa do fenômeno jurídico.

4 CONCLUSÃO

Sem dúvida, a universalidade é um importante elemento da forma jurídica, entretanto, disso não se pode inferir a autorreferência da aplicação do Direito, nem atribuir simploriamente tal caráter à totalização do domínio do capital.

Difícil acreditar na possibilidade de existência de convívios sociais com ânimo de durabilidade sem a mediação de normas de conduta imperativas com algum grau de



generalidade e abstração, o que nos permite sustentar que a universalidade em si mesma seja uma demanda da regulação da vida social e não mero artifício de ocultação das contradições da realidade e das demandas dos seres sociais.

Certamente, a universalidade das normas jurídicas e do próprio ordenamento pode ser utilizada para tal fim. Porém, o fetichismo da forma jurídica parece decorrer, em grande medida, das funcionalidades e disfuncionalidades do modelo estritamente lógico-formal da concepção positivista do sistema jurídico, e não de um vício intrínseco do Direito.

A aplicação da norma ao caso concreto é exatamente adequar a norma positivada às particularidades do caso concreto. Nesse sentido, parece ser um erro ignorar a práxis do aplicador do Direito como uma possibilidade de recuperação da singularidade e totalidade que não abarcadas na forma jurídica das normas que compõem o ordenamento. Somente uma redução anacrônica e positivista da aplicação do Direito ao método lógico-formal da subsunção pode ignorar totalmente a ponderação de princípios e sua dimensão material.

Contudo, importa ressaltar que, apesar da defesa realizada nestes apontamentos para uma análise mais contemporânea do fenômeno jurídico, no sentido de que as críticas ontológicas se centram no paradigma positivista do direito, não se deve ignorar o caráter limitado do direito, principalmente, para os amplos objetivos socioeconômicos da crítica marxista-lukacsiana. Por certo, a mobilização do ordenamento jurídico vigente pode não servir ao atendimento das pretensões dos críticos materialistas e ontológicos da contraposição entre capital e trabalho, entretanto, esse cenário tampouco será favorecido pela incompreensão das potencialidades promotoras do ser social presentes no Direito.

Independentemente dos importantes e inegáveis avanços do pós-positivismo, o Direito sempre opera dentro dos seus limites jurídicos, formais e de conteúdo, ainda que estes não sejam mais tão estreitos como antes, sob o positivismo.

Assim, certamente, não será pela via jurídica que será superado o sociometabolismo do capital, como ambicionado pela crítica ontológica do ser social, mas ignorar os avanços e possibilidades do Direito pós-positivista não ajuda a elucidar a questão, nem a superar o infantilismo de negligenciar a via jurídica como campo de ação sociopolítica, com inegáveis impactos na elaboração das leis, das decisões judiciais e na implementação das mais diversas políticas públicas.

REFERÊNCIAS





ALEXY, Robert. *Conceito e validade do Direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009 (2009a).

ALEXY, Robert. Los Derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. 4. ed. Madrid: Trotta, 2009 (2009b).

ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008 (2008a).

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008 (2008b).

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, ano 23, jan., n. 1, 2007, p. 20-49.

DWORKIN, Ronald. *A justiça de toga*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FARALLI, Carla. *A filosofia contemporânea do direito: temas e desafios*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2006.

FIGUEROA, Alfonso García. *Criaturas de la moralidad: una aproximación neoconstitucionalista al Derecho a través de los derechos*. Madrid: Trotta, 2009.

FERNANDES, Ricardo V. de C.; BICALHO, Guilherme P. D. Do positivismo ao pós-positivismo jurídico: o atual paradigma jusfilosófico constitucional. *Revista de Informação Legislativa*, a. 48, jan./mar., n. 189, Brasília, 2011, p. 105-131.

GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

LUKÁCS, György. *Para uma ontologia do ser social I*. São Paulo: Boitempo, 2012.

LUKÁCS, György. *Para uma ontologia do ser social II*. São Paulo: Boitempo, 2013.

MARX, Karl. *Crítica da filosofia do direito de Hegel*. São Paulo: Boitempo, 2005.

MARX, Karl. *Crítica ao programa de Gotha*. São Paulo: Boitempo, 2012.





MARX, Karl. *O Capital: crítica da economia política*. Livro I: o processo de produção do capital. São Paulo: Boitempo, 2013.

MAIA, Antônio Cavalcanti. As transformações dos sistemas jurídicos contemporâneos: apontamentos acerca do neoconstitucionalismo. In: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de (Org.). *Neoconstitucionalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MORRISON, Wayne. *Filosofia do Direito: dos gregos ao pós-modernismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

PACHUKANIS, E. B. *Teoria geral do direito e marxismo*. São Paulo: Editora Acadêmica, 1988.

SARTORI, Vitor B. Apontamentos sobre marxismo e direito: decadência burguesa e manipulação. *Direito e Realidade*, v. 1, n. 02, p. 01-31, 2011.

SARTORI, Vitor B. Direito, política e reconhecimento: Apontamentos sobre Karl Marx e a crítica ao Direito. *Revista da Faculdade de Direito – UFPR*, Curitiba, v. 61, n. 2, maio/ago. 2016, p. 203–233.

SARTORI, Vitor B. *Lukács e a crítica ontológica ao Direito*. São Paulo: Cortez, 2010.

VALE, André Rufino do. *Estrutura das normas de direitos fundamentais: repensando a distinção entre regras, princípios e valores*. São Paulo: IDP/Saraiva, 2009.