



# BREVE ENSAIO SOBRE ALGUMAS TEORIAS DO DIREITO E O PSEUDO PÓS-POSITIVISMO DO STF

---

FEVEREIRO 2022

POR DR. MARCOS ROBERTO DE MORAES MANOEL

*O Senado Federal deveria passar a com efeito realizar o controle das indicações por meio da sabatina, que deveria deixar de ser pro forma e de fato fazer as perguntas difíceis aos postulantes, com foco maior na formação humanística e filosófica dos indicados.*

Este breve ensaio tem por objetivo discorrer de maneira sintética acerca de algumas das principais teorias do Direito que atualmente compõem o pensamento jurídico global.

Demais disso, pretende-se argumentar que o Supremo Tribunal Federal, com base em uma subversão da orientação jurídica pós-positivista, associada à teoria constitucional do neoconstitucionalismo, vem, com efeito, distorcendo o processo que lhe cabe na qualidade de guardião da Carta Magna de criar normas jurídicas e inovar no ordenamento em um verdadeiro ativismo judicial que, no mais das vezes, não tem sido saudável para o sistema jurídico pátrio e nem para a política brasileira, tendo a corte se tornado um epicentro de insegurança jurídica e imprevisibilidade.

As teorias do Direito procuram respostas para o que é o Direito, enfrentando perguntas teóricas relativas à validade da norma jurídica, à normatividade e ao caráter de cada uma das teorias desenvolvidas pelos jusfilósofos.

A primeira teoria do Direito a ser concebida foi o Jusnaturalismo. Existe uma enorme variedade de concepções relacionadas ao Jusnaturalismo, mas, neste texto, vamos nos ater ao de matriz religiosa e ao de matriz racional.

O Jusnaturalismo de matriz religiosa sustenta que o Direito é inerente à condição humana por força da criação de Deus. O

homem teria direitos naturais de cunho superior independentemente das leis humanas, os quais decorreriam da vontade e dos desígnios de Deus e, portanto, também da natureza.

O Jusnaturalismo evoluiu para o de matriz racional, que sustenta que o direito natural, superior às leis editadas por homens, tem como fundamento a razão humana, sendo o seu expositor contemporâneo mais importante John Finnis. O caráter desta teoria é descritivo e sua relação com a prática seria de antecipação.

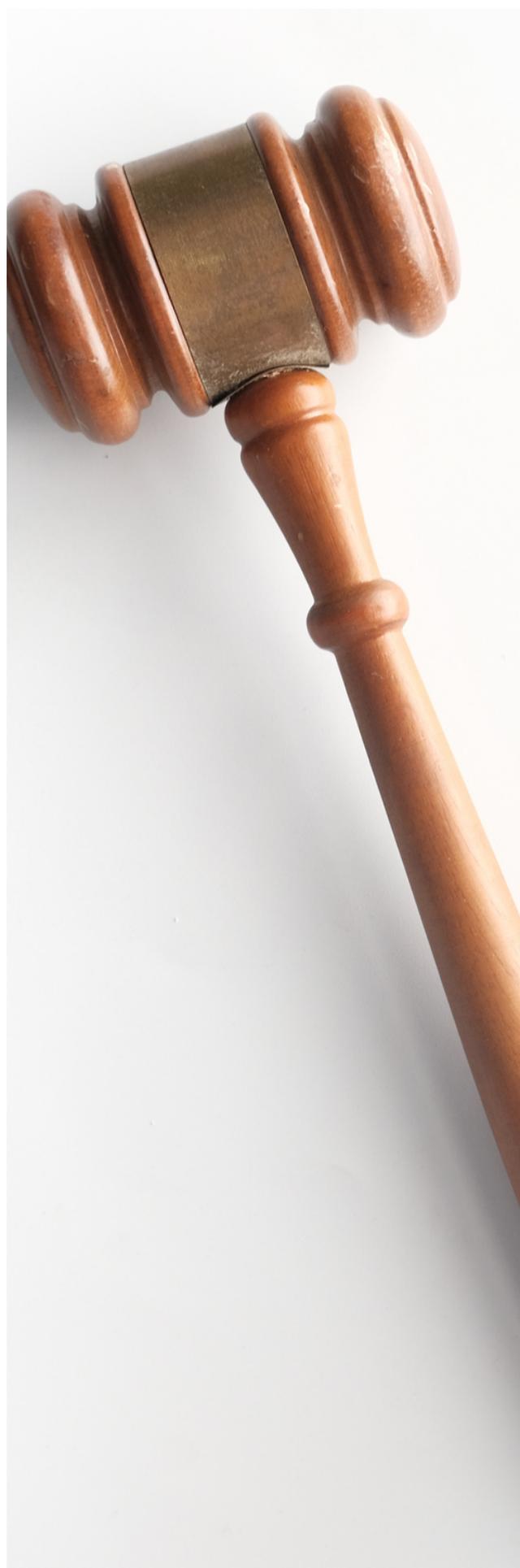
Surge, a seguir, o positivismo, cujos primeiros filósofos que formularam uma teoria dentro deste pensamento jurídico foram Thomas Hobbes, Jeremy Bentham e John Austin, que argumentavam que o Direito era, de um lado, o conjunto de normas elaboradas a partir de comandos e sanções emanados de um soberano, detentor do poder político absoluto, que poderia ser uma pessoa, ou uma instituição, e, de outro lado, obediência por parte dos súditos, sob pena de punições, inclusive físicas.

O Positivismo avançou por meio de Hans Kelsen e, segundo esta orientação, o Direito seria o conjunto de leis escritas elaboradas pelo homem, daí o termo "positivadas", e uma lei somente seria existente e válida se elaborada e promulgada a partir de uma norma fundamental, usualmente uma Constituição, que seria pressuposta,



vinculante e deveria de fato exercer autoridade sobre a sociedade. Elementos relacionados à visão construtivista social do Positivismo, a qual tem em H. L. A. Hart o seu grande pensador, tais como, questões sociológicas, psicológicas e históricas, seriam estranhas ao Direito.

Outra corrente do positivismo é aquela formulada por H. L. A. Hart, conforme referido, segundo a qual o Direito é uma construção social, ou, em outras palavras, a partir de fenômenos sociais o homem faz as leis para governarem as ações (omissões) e as condutas humanas. As leis seriam um conjunto de regras primárias criadas com base nas relações e práticas sociais e nos usos e costumes das pessoas de determinada comunidade para o fim de orientar e proporcionar um juízo de valoração relativamente às ações dos indivíduos, às relações sociais e as relações frente ao Estado. Haveria também as leis secundárias, ou regras de reconhecimento, existentes tanto no âmbito do Direito Público, como do Direito Privado. As regras de reconhecimento tratam do processo legislativo em si, abarcando estruturas e regras orgânicas, as espécies de leis e atos normativos regulamentares, as competências, os processos de elaboração perante o Parlamento e instituições privadas, como elas validamente ingressariam no ordenamento jurídico e como poderiam ser validamente modificadas e extinguidas. Hart sustenta, outrossim, que as leis, em sendo normas gerais e abstratas, não ostentam a objetividade que idealmente se pretenderia e, por esta razão, os juízes têm grande poder de criar leis ao julgarem, e tanto a lei, como o ato de julgar, carregam um elemento político relevante. A própria Teoria do Direito contemplaria, também, um vetor



político, pois ela é construída a partir não só da lei, mas também da sociologia e da filosofia, que são campos do conhecimento que não pertencem ao domínio dos juristas, quer sejam juízes, advogados ou professores de Direito. O caráter da orientação Positivista é normativo e a sua relação com a prática é de determinação.

Após a 2ª Guerra Mundial, surgiu outra orientação filosófica na Teoria do Direito denominada pós-positivismo, que tem como um dos seus principais expositores Ronald Dworkin. Segundo esta corrente, o Direito seria, além das leis positivadas, em suas várias espécies, abrangendo, inclusive, leis e tratados internacionais, os usos e costumes e a jurisprudência, um conjunto de princípios, inclusive morais, valores, ideais de justiça e políticas, os quais justificariam as próprias leis e permeiam todo o ordenamento jurídico, particularmente importantes para *hard cases*, isto é, casos para os quais as leis não ofereçam uma clara resposta, ou que fugiriam ao bom senso de justiça e equidade se a lei fosse aplicada *ipsis literis*. O caráter desta teoria seria avaliativo e a sua relação com a prática

seria de emancipação.

Existem outras correntes do pensamento jusfilosófico que são consideradas prototeorias, ou, em outras palavras, teorias incompletas do Direito, sendo que duas serão perfunctoriamente mencionadas, quais sejam, o Realismo Jurídico e a *Critical Legal Studies* (Estudo Crítico do Direito).

O Realismo Jurídico, concebido nos anos 30 do séc. XX e que tem em O. W. Holmes o seu mais célebre expositor, sustenta que o Direito nada mais é do que aquilo que é decidido pelos juízes e cortes diante de casos concretos por meio de sentenças. Nas palavras de Holmes, "uma obrigação legal não é mais do que a predição de que, se um homem faz ou deixa de fazer certas coisas, terá de sofrer desta ou daquela maneira, por sentença dum tribunal" e "As profecias do que farão os tribunais, e nada mais pretensioso do que isso, é o que eu entendo por Direito" [1]. A decisão judicial é o resultado de uma pluralidade de possibilidades que lhe facultam a norma geral e abstrata, dentre as quais o juiz fará uma opção, influenciado, inclusive, por



outros fatores extrajurídicos, tais como a educação dos juízes, sua origem social, o seu estado de saúde e outras circunstâncias e contextos que estejam emanando efeitos sobre a vida do juiz naquele dado momento. Desta forma, os Realistas não se dedicam ao estudo da normatividade e não aceitam seja o Direito um sistema lógico, preferindo estudar e analisar o funcionamento prático e real dos tribunais. Em assim sendo, o Direito seria incerto por natureza e princípios normalmente invocados por juristas como a primazia da norma e a segurança jurídica seriam uma falácia.

Por seu turno, a corrente do *Critical Legal Studies*, surgida na década de 70 do séc. XX, entende que o Direito está intimamente relacionado a aspectos sociais e que ele é inexoravelmente enviesado, sendo que os indivíduos que detêm o poder político e econômico, historicamente privilegiados na sociedade, fazem com que as leis editadas lhes sejam sempre favoráveis, para a manutenção de um eterno *status quo*, utilizando-se das leis como instrumento de opressão da classe dominada, bem como para a proteção dos seus interesses. Os militantes desta corrente têm o ideal de inverter a hierarquia política e social e vêem as leis como um dos instrumentos para se alcançar este objetivo.

Uma vez sintetizadas algumas das teorias atualmente existentes no pensamento jusfilosófico, passemos ao outro tema deste breve ensaio, a saber, a postura do Supremo Tribunal Federal ("STF") *vis-à-vis* a teoria do Direito, notadamente o Pós-positivismo.

É fato notório que ministros do Supremo Tribunal simpatizam com ou são mesmo

adeptos da orientação Pós-positivista. É corriqueiro que extraiam e invoquem princípios, por vezes de índole moral, do ordenamento jurídico em geral e mormente da Lei Maior, como fundamento às suas decisões, comumente inovadoras, com efeito criando normas, realizando mutações constitucionais e modulando efeitos jurídicos de decisões.

O STF, na medida em que ministros nomeados e empossados previamente à Constituição da República de 1988 foram se aposentando, e com a nomeação de juristas de outras gerações para os cargos, passou a ter uma orientação Neoconstitucionalista.

De maneira sucinta, o Neoconstitucionalismo é uma teoria constitucional que surgiu após a 2ª Guerra Mundial, mas ela não é de formulação heterogênea pelos diversos juristas que sobre ela teorizaram. O Neoconstitucionalismo sustenta que (i) a Constituição tem força normativa, preponderando sobre as demais normas jurídicas; (ii) que deve haver a expansão constitucional, isto é, a corte constitucional tem o poder supremo para interpretar a Constituição; e (iii) que técnicas especiais de interpretação da Constituição devem ser empregadas pela corte constitucional, quais sejam, a ponderação, o uso de cláusulas gerais e a compreensão dos princípios, explícitos e implícitos, como normas constitucionais. A Constituição seria um organismo vivo que irradia efeitos sobre a vida em sociedade.

O STF, a partir da concepção Pós-positivista de alguns dos seus ministros e de sua orientação Neoconstitucionalista, tomou importantes decisões em casos polêmicos



para os quais as leis positivas não ofereciam uma solução direta e inequívoca, tais como a possibilidade de interrupção de gravidez de fetos com anencefalia, a constitucionalidade da norma do Conselho Nacional de Justiça que impedia a nomeação de parentes de membros do Poder Judiciário para cargos em comissão neste poder e o reconhecimento da possibilidade de uniões homoafetivas, dentre outras.

Neste ponto, insta fazer uma breve digressão acerca do pensamento Pós-positivista. Ronald Dworkin, em resposta a objeções formuladas contra a teoria que foi por ele robustecida, reconheceu que ela era melhor aplicável aos sistemas jurídicos de *Common Law*, notadamente no campo do Direito Privado. Em tais sistemas, o Direito Privado é criado e julgado a partir de casos concretos submetidos aos tribunais e, quando sobrevêm os *hard cases*, ou seja, casos cujas soluções não têm uma resposta clara e direta na jurisprudência e nas regras a partir dela elaboradas, novas normas podem ser extraídas de princípios e valores contidos no corpo jurisprudencial, de forma a se dar uma resposta aos *hard cases*. Nos sistemas jurídicos de *Civil Law*, por outro lado, esta forma pós-positivista de julgar lides seria duvidosa, haja vista que o Direito é positivado e o juiz deve exercer o seu livre convencimento desde que fundamentado nas normas existentes, sendo-lhe vedado criar princípios (morais) e decidir com base em valores (subjetivos), ressalvados os casos de julgamento por equidade.

O STF, em tempos recentes, sob o manto de um pseudo Pós-positivismo, associado a um Neoconstitucionalismo cada vez mais expandido, impulsionado pela judicialização da política e pela politização da justiça, vem

adotando entendimentos e tomando decisões incongruentes em relação ao sistema, as quais muitas vezes afrontam a própria Carta Magna em uma interpretação distorcida do texto constitucional, da vontade do legislador constituinte e do espírito da lei.

Poderia se asseverar, inclusive, que ministros passaram a se valer dos seus cargos para defenderem ideologias, quer sejam próprias ou de grupos de interesse de influência, bem assim atuarem politicamente.

Outrossim, não tem sido incomum que o STF interfira indevidamente nas esferas de poder e competência dos Poderes Executivo e Legislativo, de forma a violar a independência dos poderes e o sistema de freios e contrapesos.

Alguns exemplos da atuação questionável do STF, ainda que controvertidos, seriam a interferência sobre a competência do Poder Executivo em nomear pessoas para cargos políticos de confiança, o afastamento de parlamentares de seus mandatos, a instauração e condução de inquéritos policiais inconstitucionais, a determinação de prisões de parlamentares fora das hipóteses constitucionalmente previstas, julgamentos de matérias tributárias puramente com base em política à revelia da melhor técnica jurídica (em favor de contribuintes), dentre inúmeros outros casos que poderiam ser explicitados.

O STF é o guardião da Constituição, mas também exerce uma função política como órgão máximo de um dos poderes da República, devendo considerar este aspecto em suas decisões. Contudo, o STF não



poderia jamais se afastar do bom direito e tomar decisões que não estejam alicerçadas em fundamentos jurídicos consistentes.

Destarte, os juristas, os pensadores do direito, os operadores do direito, os políticos e a sociedade de maneira geral deveriam olhar para esta questão e pensar soluções com a finalidade de promover a autocontenção do STF e a observância mais rigorosa da Constituição, das leis e até mesmo de princípios constitucionais implícitos e explícitos, sem que a corte deixe de exercer a sua função política de maneira ponderada.

Um bom princípio seria que as indicações de ministros do STF pelo Chefe do Poder Executivo deixassem de ser realizadas preponderantemente com base em critérios ideológicos, de adesão a corrente política, de visões de mundo relativas à pauta de costumes e que nunca, jamais, fossem realizadas em razão de credo religioso.

Por sua vez, o Senado Federal deveria passar a com efeito realizar o controle das indicações por meio da sabatina, que deveria deixar de ser pro forma e de fato fazer as perguntas difíceis aos postulantes, com foco maior na formação humanística e filosófica dos indicados, inclusive - ainda que talvez isto seja utópico - quanto a questões de Teoria do Direito, indagando sobre o conhecimento do candidato sobre as orientações do pensamento jurídico e a sua compreensão do relacionamento das teorias com a prática mediante a proposição de casos concretos hipotéticos espinhosos para análise.

Seria salutar, portanto, um resgate das origens, dos fundamentos e das matrizes basilares jusfilosóficas e humanísticas como

ponto inicial para a correção dos rumos e o retorno à autocontenção, à busca de segurança jurídica, previsibilidade, rigor técnico para a boa solução da judicialização da política e dos casos concretos apresentados, notadamente quanto à inconstitucionalidade de leis, e o afastamento por completo da politização da justiça.

## FONTES:

[1] O. W. The path of Law. Harvard Law Review, Vol. 10, No. 8 (Mar. 25, 1897).

DWORKIN. Ronald. Taking Rights Seriously. Harvard University Press. Cambridge. Massachusetts.

HART. H. L. A. The Concept of Law. Third Edition. Oxford University Press.

HOLMES. O. W. The path of Law. Harvard Law Review, Vol. 10, No. 8 (Mar. 25, 1897).

LATORRE. Angel. Introdução ao Direito. Livraria Almedina. Coimbra.

## SOBRE O AUTOR:

Marcos Roberto de Moraes Manoel é sócio de NWADV, mestrando em Direito dos Negócios pela FGV-SP, LLM em Direito Societário pelo Insper e pós-graduado em Finanças Corporativas e Direito do Mercado de Capitais pela FGV-SP, com extensão em Direito dos Contratos pela Harvard Law School, em Recuperação de Empresas e Falências pela PUC-SP e em Filosofia Moral e Política pela Harvard University.



---

# **SOBRE O NWADV**

---

Em um país de dimensões continentais e que guarda indiscutíveis peculiaridades regionais, a presença física do NWADV, em cada estado brasileiro, constitui-se como verdadeiro diferencial de sua atuação.

O NWADV possui estrutura física própria em todas as capitais brasileiras e em algumas cidades estratégicas do interior do país e atende toda e qualquer demanda de natureza jurídico-empresarial, destacando-se pela maneira objetiva, correta, moderna e eficaz que adota para assessorar clientes e solucionar problemas.



**NELSONWILIANS**  
ADVOGADOS

Acompanhe nosso site e mídias digitais:

