

**XXV CONGRESSO DO CONPEDI -
CURITIBA**

**TEORIAS DO DIREITO, DA DECISÃO E REALISMO
JURÍDICO I**

LUANA PEDROSA DE FIGUEIREDO CRUZ

REGINA VERA VILLAS BOAS

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

T314

Teorias do direito, da decisão e realismo jurídico I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UNICURITIBA;

Coordenadoras: Luana Pedrosa De Figueiredo Cruz, Regina Vera Villas Boas – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-380-1

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Decisão. 3. Realismo Jurídico.

I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34



XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

TEORIAS DO DIREITO, DA DECISÃO E REALISMO JURÍDICO I

Apresentação

A presente obra conta com os trabalhos selecionados e efetivamente apresentados no dia 08 de novembro de 2016, no período compreendido entre as 14:00 e 18:30, nas dependências da UNICURITIBA, que recepcionou o XXV Congresso Nacional do CONPEDI.

Dos 15 (quinze) trabalhos inicialmente selecionados, 13 (treze) foram efetivamente apresentados e fazem parte do presente livro digital.

Para as apresentações dos trabalhos, adotamos a divisão em grupos pela proximidade entre os temas, para proporcionar melhor aproveitamento dos debates. Para fins de organização do tempo, foi estabelecido um limite de 10 (dez) minutos para cada apresentação, e, após o fechamento de cada tema, foi aberto o tempo para debates, questionamentos e colocações dos demais participantes e comentários dos coordenadores.

Participaram pesquisadores de diversas regiões do país, o que proporcionou ao grupo de trabalho uma considerável heterogeneidade de opiniões especialmente em temas como o do ativismo judicial, cuja discussão foi o ponto fundamental em diversos trabalhos.

Dos artigos apresentados, também houve certa predominância de temas como dogmática e positivismo jurídico, e a relação entre direito e moral.

Os debates foram bem acirrados e com excelente qualidade, especialmente no grupo final, quando se discutiu a Doutrina de Hans Kelsen, o que foi uma constante.

A seguir, encontramos a relação dos trabalhos apresentados, seus respectivos autores, e um pequeno resumo da temática abordada:

A DOGMÁTICA JURÍDICA E A CRÍTICA NO DIREITO: POR UMA ANÁLISE DA DOGMÁTICA A PARTIR DE SUA FUNÇÃO SOCIAL

Hamilton da Cunha Iribure Júnior , Henrique Cassalho Guimarães

Resumo:

O discurso dogmático vem sendo posto em xeque pelas teorias denominadas críticas do direito. Mas até que ponto a dogmática jurídica é vista em suas múltiplas facetas? Os resultados dessas críticas podem redundar em uma equivocada compreensão da realidade jurídica, escamoteando valores que são socialmente salutares. A crítica pela crítica não satisfaz. Tenciona-se explicitar subsídios para uma consistente crítica do direito. Pelo método analítico e da técnica bibliográfica, conclui-se pela imprescindibilidade de se repensar uma concepção negativa injustamente atribuída à dogmática, indicando a necessidade de uma crítica ao direito voltada à dogmática em suas ambivalências: suas misérias e suas glórias.

A INTERPRETAÇÃO JUDICIAL E SUA RELAÇÃO COM O PAPEL DA AVALIAÇÃO LEGISLATIVA

Viviane Freitas Perdigao Lima

Resumo:

O presente estudo faz reflexão sobre a avaliação legislativa no Brasil e a carente participação da Universidade na construção das leis, resultando em um dos fatores que também desencadeiam a interferência dos Tribunais na concretização dos valores e fins constitucionais: o ativismo judicial. Procurar-se-á, com o intuito de ilustrar essa correlação, colher da atividade legislativa, no caso dos projetos de lei sobre desaposentação, a falta do uso de métodos, técnicas e estudos na construção da referida lei, o que posterga a concretização da mesma, resultando na jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça a respeito do tema

A RELAÇÃO ENTRE DIREITO E MORAL EM RONALD DWORKIN

Henrique Lima de Almeida

Resumo:

O presente artigo possui como objetivo realizar uma exposição e uma análise da relação entre direito e moral no pensamento de Ronald Dworkin. Segundo o autor o direito pode ser considerado como um elemento constitutivo da moral, defendendo que ambos fazem parte de um mesmo fenômeno. Tais proposições atuam de forma a expandir e dar novos contornos às suas teorias dos princípios e da interpretação jurídica, o que será também apresentado no trabalho.

A RELEITURA DAS CONEXÕES ENTRE O DIREITO E A MORAL: O PÓS-POSITIVISMO COMO MARCO FILOSÓFICO PARA O NEOCONSTITUCIONALISMO

Renata Souto Perdigao Granha, Diogo Oliveira Muniz Caldas

Resumo:

Na prática dos operadores do direito, tem sido recorrente o fundamento de que normas abertas, princípios e regras devem ser aplicados por meio da ponderação de valores. Entretanto, ainda se observa uma postura demasiadamente positivista de cunho exegético, rechaçando aspectos axiológicos, o que demonstra uma prática, às vezes antagônica, que oscila entre o discurso pós-positivista e o tradicional positivismo. A proposta do presente estudo é integrar a discussão entre moral e direito, nas teorias jusnaturalistas, juspositivistas e pós-positivistas, para melhor compreensão da Teoria do Direito, no panorama atual.

A SOBREVIVÊNCIA DO POSITIVISMO JURÍDICO NO NEOCONSTITUCIONALISMO: O JUSPOSITIVISMO GARANTISTA COMO POSSIBILIDADE

Lucas Duarte de Medeiros , Artur Cortez Bonifacio

Resumo:

O trabalho analisa se o advento do neoconstitucionalismo implicou na superação do positivismo jurídico, como parte da doutrina brasileira afirma. Esta problemática está ligada à imprecisão semântica que ronda os termos: positivismo jurídico e neoconstitucionalismo. Balizando o uso das expressões, expõe-se a evolução do positivismo, para, após, apresentar a crítica a ele empreendida por Ronald Dworkin, expoente do pós-positivismo. Demonstrar-se-á que Dworkin recebeu resposta à altura de Hart, a partir da qual diferentes correntes buscam adequar aquela filosofia do direito ao neoconstitucionalismo. Então, apresentar-se-á o juspositivismo garantista como uma delas, para concluir pela sobrevivência do positivismo jurídico no período neoconstitucional.

DIREITO E GOLPE DE ESTADO: UM ESTUDO À LUZ DO PENSAMENTO DE ANTONIO GRAMSCI

Everaldo Tadeu Quilici Gonzalez , Bruno Bertolotti

Resumo:

Antonio Gramsci foi um dos pensadores marxistas mais influente do Século XX. Sobre o seu pensamento e a partir de sua obra produziu-se inúmeros livros em várias áreas tais como na Educação, Filosofia, Ciência Política e Economia. O presente artigo apresenta uma reflexão jurídico-filosófica acerca do Direito e sua relação com o golpe de Estado, à luz do pensamento de Antônio Gramsci. É verdade que Gramsci não se debruçou especificamente na análise do fenômeno jurídico e das categorias do Direito. Contudo, sua contribuição para a compreensão do Estado Moderno e da Sociedade Civil foi muito significativa.

ESTADO DE DIREITO, POSITIVISMO JURÍDICO E DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL

Luiz Eduardo Lemos de Almeida

Resumo:

O presente artigo, desenvolvido por meio de pesquisa bibliográfica, aponta as características do Estado de Direito e tem por objetivo averiguar se o positivismo jurídico, método descritivo do direito que não admite a correção da ordem legal com base em valores, atende à exigência de o Estado e suas autoridades terem de se submeter à legislação. Dentro do objetivo perseguido, o trabalho trata da discricionariedade judicial, indicada por pós-positivistas como o grande problema do positivismo jurídico capaz de corromper a ordem legal posta, para verificar se ela realmente existe no juspositivismo de modo a comprometer o Estado de Direito.

JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA: CONTORNOS E TEORIAS- CAMINHOS RUMO A POSIÇÕES DIALOGADAS

Melanie Claire Fonseca Mendoza

Resumo:

O jurídico e o político podem convergir numa trama perigosa em que, a depender da conjuntura vigente, colocar em jogo o próprio Estado Democrático de Direito. A proposta aqui apresentada visa identificar e analisar os contornos da Judicialização da Política, aproximando-se de suas bases teóricas para, a partir das posturas que refutam sua presença nos Estados Democráticos, traçar possíveis caminhos rumo à reconstrução de uma relação

dialógica entre os Poderes. Para alcançar os objetivos propostos, realizou-se uma revisão da literatura e analisaram-se posicionamentos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e de outros Tribunais Constitucionais em outros países.

JUIZ, AGENTE POLÍTICO OU SERVIDOR PÚBLICO? ANÁLISE CRÍTICA DA NATUREZA JURÍDICA DA FUNÇÃO JURISDICIONAL A PARTIR DO CONSTITUCIONALISMO MODERNO E DO ATIVISMO JUDICIAL

Thalyany Alves Leite , Vicente Bandeira de Aquino Neto

Resumo:

O artigo estuda a natureza da função desempenhada pelo magistrado, no sentido de verificar se ele é um servidor público, que tem como função a aplicação da lei, como defende parte da doutrina, ou se ele é um agente político – tese defendida pelo Supremo Tribunal Federal e pelo presente trabalho – haja vista que no exercício da função judicante as decisões proferidas interferem nas outras esferas do poder do Estado. Para avaliar a natureza jurídica da função do juiz, o trabalho realizou resgate histórico do constitucionalismo moderno e deteve-se na análise dos movimentos de judicialização e ativismo judicial.

O REALISMO JURÍDICO E A NATURALIZAÇÃO DO DIREITO: EVIDÊNCIAS DAS FUNDAÇÕES MORAIS EM JULGAMENTOS JURÍDICOS

Pâmela de Rezende Côrtes , Thais de Bessa Gontijo de Oliveira

Resumo:

Esse trabalho tem como objetivo refletir, dentro do escopo teórico oferecido pelo Realismo Jurídico, quais são as implicações de algumas pesquisas contemporâneas em psicologia, notadamente a Teoria das Fundações Morais, para o Direito. Para tanto, será feito um levantamento bibliográfico com o intuito descritivo, tanto para situar a perspectiva do realismo jurídico adotado, quanto para apresentar a Teoria das Fundações Morais. Depois, procura-se demonstrar como as fundações morais podem ter impactado alguns julgamentos emblemáticos do Supremo Tribunal Federal.

ORIGENS E DESENVOLVIMENTO DO ATIVISMO JUDICIAL: DO ESTADO LIBERAL AO ESTADO SOCIAL.

Alexandre Luna da Cunha , Maria Cristina Zainaghi

Resumo:

Este artigo analisará o ativismo judicial respondendo à seguinte indagação: como o papel do Poder Judiciário se modificou com o desenvolvimento dos modelos de Estado? O artigo desenvolverá seu problema analisando a função do Poder Judiciário em cada um destes modelos de Estado de Direito: o Liberal, o Social (em que pese tal Estado não ter sido cabalmente implementado no Brasil) e o Democrático. Para tanto, levará em conta a relação entre os poderes republicanos instituídos, a movimentação social pela conquista de direitos e a positivação de uma nova geração de direitos.

PRESERVAÇÃO DA ORDEM PÚBLICA: A LEGITIMIDADE DA FORÇA POLICIAL NO COMBATE À VIOLÊNCIA URBANA

Karla Roberta Vasconcelos costa lima

Resumo:

Pretende argumentar esta pesquisa sobre a legitimidade na atuação dos atos violentos da atividade policial entre outras questões polêmicas sobre a função e o resultado eficiente na resposta de eventos com imposição de força: crimes em andamento, disparo arma de fogo, condução coercitiva com uso de algema, etc., agem conforme a necessidade para repelir determinadas situações em que se encontram. A prestação do Estado a título de segurança pública visa resguardar a ordem social e a incolumidade de pessoas e bens, sob a égide do direito, dos costumes e da discricionariedade da função.

REFLEXÕES SOBRE À TEORIA PURA DO DIREITO À LUZ DA CONTRADIÇÃO HUMANA E DA MITOLOGIA

Clovis Alberto Volpe Filho

Resumo:

O artigo busca analisar possíveis liames entre a teoria pura do direito com a natureza contraditória do ser humano e a mitologia. Partindo da ideia de que o direito, como produto do homem, é um mito na concepção ficcional, criado como instrumento de evitar que a contradição humana seja um obstáculo intransponível à convivência social. Enfim, pretende-

se entender que o direito tem fundamento mítico, além de compreender que isto não retira sua legitimidade e racionalidade, ao contrário, nos possibilita evoluir, sendo a pureza do direito proposta por Kelsen um instrumento para tentar regular da melhor maneira possível a contradição humana.

Profa. Dra. Luana Pedrosa de Figueiredo Cruz - UIT-MG e UNINOVE-SP

Profa. Dra. Regina Vera Villas Bôas - PUC-SP e UNISAL-Lorena

ESTADO DE DIREITO, POSITIVISMO JURÍDICO E DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL

RULE OF LAW, LEGAL POSITIVISM AND JUDICIAL DISCRETION

Luiz Eduardo Lemos de Almeida

Resumo

O presente artigo, desenvolvido por meio de pesquisa bibliográfica, aponta as características do Estado de Direito e tem por objetivo averiguar se o positivismo jurídico, método descritivo do direito que não admite a correção da ordem legal com base em valores, atende à exigência de o Estado e suas autoridades terem de se submeter à legislação. Dentro do objetivo perseguido, o trabalho trata da discricionariedade judicial, indicada por pós-positivistas como o grande problema do positivismo jurídico capaz de corromper a ordem legal posta, para verificar se ela realmente existe no juspositivismo de modo a comprometer o Estado de Direito.

Palavras-chave: Estado de direito, Teorias do direito, Democracia, Discricionariedade judicial

Abstract/Resumen/Résumé

This article, developed by bibliographic research, points out the characteristics of the state of law and aims to ascertain whether legal positivism, descriptive of the right method that does not accept the correction of the legal order based on values, meets the requirement of the state and its authorities have to submit the legislation. Within the objective pursued, the work deals with the judicial discretion, indicated by post-positivist as the major problem of legal positivism can put corrupt the legal order set, to see if it actually exists in juspositivism to undermine the rule of law.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Rule of law, Theories of law, Democracy, Judicial discretion

Introdução

A humanidade percorreu longo caminho histórico até construir e estabelecer, na modernidade, o chamado Estado de Direito. Nesse formato jurídico-político, o entendimento é de que o Estado e suas autoridades têm de se submeter à legislação vigente e garantir as conquistas que os indivíduos lograram escrever nas constituições e nas ordens jurídico-normativas infraconstitucionais.

O problema que o artigo visa tratar é o da relação existente entre a submissão estatal à lei e a referida garantia das conquistas dos indivíduos contidas na ordem legal, de um lado, com teorias do direito, de outro. O da relação, em outras palavras, do Estado de Direito com teorias do direito. A controvérsia se coloca uma vez que aludida relação pode vir precisamente a infirmar ou afirmar o Estado de Direito, isso na medida em que teorias do direito podem incluir ou não incluir critérios valorativos na natureza do direito e com eles, os critérios valorativos, permitir a correção e alteração, pelo judiciário, do direito posto.

O positivismo jurídico, enquanto teoria descritiva do direito e que exclui da sua natureza a moral, a justiça e outros valores, por mais nobres e especiais que sejam, a princípio não admite a correção nem alteração daquilo discutido e assentado pelo legislativo. Antes, o conserva e o respeita, pelo que parece ter vínculos mais sólidos com o Estado de Direito do que teorias valorativas. O objetivo deste trabalho é precisamente investigar essa hipótese, sendo dedicado exame mais de perto acerca do que consiste o positivismo jurídico, o que não quer dizer que outras teorias do direito não serão abordadas, ainda que de maneira contingente.

Atenção igualmente será dispensada, por se inserir no objetivo do estudo, à pregação por parte de pós-positivistas brasileiros quanto haver discricionariedade plena no positivismo jurídico, isso por referida corrente de pensamento encerrar a teoria da confiança que o legislador deposita no julgador para fazer frente a casos não cobertos e previstos pelo direito posto. A discricionariedade seria, dizem os adeptos do pós-positivismo, uma carta em branco ao julgador, que poderia decidir de acordo com sua própria consciência, e isso deporia justamente contra o Estado de Direito. Será averiguada, então, se realmente há a propalada discricionariedade.

O que se pretende, acerca do positivismo jurídico e do pós-positivismo tratados nas linhas que se seguem, não é apontar a teoria triunfante, mas tão somente indicar aquela que mais se coaduna com o Estado de Direito, tracejando seu conteúdo mínimo e suas características gerais.

1 Estado (Democrático) de Direito: breves considerações sobre suas características

Na modernidade, o Estado apresentou-se primeiramente como absolutista, com a imposição da sua força política contra qualquer forma particularista de poder (LIMA, 2015, p. 29). O Estado absolutista monopolizou o poder político e a força militar, transformando-se no único ente capaz de regular o comportamento das pessoas e das forças sociais (LIMA, 2015, p. 33).

Com a Revolução Francesa (1789) principalmente, o Estado Absolutista cedeu lugar ao Estado de Direito. A ótica que era voltada exclusivamente para o príncipe migra, nesse novo modelo, para os cidadãos (BOBBIO, 2004, p. 58), e faz surgir o problema dos limites do poder (BOBBIO, 2010, p. 93-94). O Estado caracteriza-se, a partir de então, como aquele submetido ao direito, controlado pela lei como expressão da vontade geral (COELHO, 2008, p. 64), com a pretensão de que o âmbito estatal seja presidido por normas jurídicas (VERDÚ, 2007, p. 1). Cuida-se do Estado que se submete às leis criadas pelo próprio Estado.

O Estado de Direito, com sua característica essencial de a lei regular toda a atividade estatal, se mantém desde o fim do absolutismo sob variadas espécies, isto é, Estado Liberal de Direito, Estado Social de Direito e Estado Democrático de Direito.

Quero dizer que cada uma dessas espécies foi estabelecida ou foi objeto de tentativas de estabelecimento por meio da luta contra estruturas de poder contrárias: o Estado Liberal de Direito em relação ao Antigo Regime; o Estado Social de Direito contra o individualismo e absenteísmo do Estado Liberal; o Estado Democrático de Direito, que forceja contra as estruturas sociopolíticas do modelo anterior: resquícios individualistas, neocapitalismo opressor, sistema estabelecido privilegiado. (VERDÚ, 2007, p. 137).

Em cada uma dessas espécies, diga-se, a característica essencial do Estado de Direito, que é a de a lei regular toda a atividade estatal, se mantém. Evidente que o ordenamento legal-normativo é destacado nesse formato jurídico-político. No Estado de Direito há, assim, o primado da lei. Nessa senda, a teoria do direito que prioriza a ordem legal-normativa se coaduna, por conseguinte, com o Estado de Direito.

Importante parece ser o acréscimo de rápidas considerações sobre a faceta da democracia na construção do ordenamento legal-normativo do Estado de Direito. Embora não seja ela, a democracia no seu viés aqui abordado, o foco deste item – razão pela qual ela vai apontada entre parêntesis no título deste tópico –, o fato é que em contextos democráticos o

locus apropriado para debates, ponderações, valorações, participação política, enfim, todo meio de influência nas considerações sobre o direito e na sua construção, é o Poder Legislativo. Neste se dão avaliações sobre questões afetas à moral e à justiça, por exemplo, e ao final os parlamentares editam ou não uma ordem legal com base no princípio da maioria. “Na democracia, vale a lei da maioria. A democracia pode tudo, só não pode duas coisas: não pode suprimir o princípio da maioria, e com isso a própria democracia, e não pode abolir os direitos humanos e fundamentais.” (KAUFMANN, 2004, p. 442).

Nesse sentido, uma vez promulgado um texto normativo, com o Estado e suas autoridades tendo efetivamente de se submeter à legislação vigente e garantir as conquistas que os indivíduos lograram escrever nas constituições e nas ordens jurídico-normativas infraconstitucionais, afigura-se não ser possível, sob pena de desconsideração do próprio Estado de Direito e da democracia, que a validade e a aplicação do direito fiquem condicionadas a atuação de magistrados de acordo com a teoria do direito que pessoalmente julguem mais adequada, guiando-se de acordo com suas preferências, com sua corrente filosófica, com sua concepção de justiça, etc.

Na democracia, indivíduos *criam* o direito para ter um sistema autoritativo, baseado no princípio da maioria, capaz de conceder a *última palavra* sobre políticas públicas e controvérsias morais; um sistema, enfim, para o qual podem apontar em casos de disputas intermináveis sobre moralidade política. Uma das vantagens do direito é a de viabilizar, a partir do estabelecimento de *uma estrutura normativa comum*, a interação pacífica, na maior parte do tempo, de indivíduos com interesses e desejos radicalmente heterogêneos. Um bom sistema constitucional democrático *transforma controvérsias morais em força criativa* e diminui os riscos de desentendimentos e violência entre pessoas que partilham de valores e objetivos inconciliáveis. (TORRANO, 2015, p. 186).

Diante disso, afigura-se que o positivismo jurídico, que se volta para a descrição do direito como ele é, sem incursões valorativas nem pretensões corretivas, preserva o produto do que foi discutido e decidido pelo legislativo, e nesse sentido a própria democracia na construção do ordenamento legal-normativo do Estado de Direito. Essa teoria do direito, i.e., a do positivismo jurídico, parece ter vínculos mais sólidos com o Estado de Direito do que outras que nutrem considerações valorativas e corretivas sobre o direito posto.

2 Cidadania ativa e democracia participativa no processo de formação e construção da ordem jurídica

No Brasil, o Estado Democrático de Direito, contemplado no art. 1º da Constituição Federal de 1988, tem como marcas a democracia, a ordem legal e a transformação social. Neste tópico, importa-nos uma rápida referência novamente à democracia, mas agora não sob a perspectiva da democracia representativa, mas sim da democracia participativa, da cidadania ativa (influências e interferências dos integrantes do povo) no processo de formação e construção do direito.

No item anterior restou apontado que o local apropriado para debates, ponderações, valorações, participação política, enfim, todo meio de influência nas considerações sobre o direito e na sua construção, é o Poder Legislativo. Também ficou consignado que uma vez promulgado um determinado texto normativo, com o Estado e suas autoridades tendo de se submeter a tal texto, não se mostra possível, sob pena de desconsideração do próprio Estado de Direito e da democracia, a negação da validade e da aplicação do texto normativo produzido.

Quer-se aqui neste tópico, ainda que de forma não aprofundada e exaustiva, mas apenas de modo a propiciar o suficiente entendimento sobre a questão posta, assim ao menos se espera, simplesmente realçar que a democracia na construção do ordenamento legal-normativo do Estado de Direito não se restringe à atuação do parlamento, à democracia representativa, mas antes encontra lugar também na atuação dos cidadãos, na democracia participativa.

Com efeito, a produção legislativa conta também, ainda que minoritariamente, com provocações e iniciativas do povo. A sociedade civil não se fia exclusivamente na atuação parlamentar. Ela própria, preenchendo os requisitos legais necessários, pode iniciar projeto de lei. No âmbito federal, a previsão de projeto de lei por iniciativa popular está no art. 61, § 2º, da Constituição Federal. A Lei Complementar n. 135/2010, conhecida como Lei da Ficha Limpa, é o produto acabado mais recente dessa possibilidade de cidadania ativa na formação do direito.

Isso revela que a sociedade civil pode protagonizar de forma direta no processo de produção do direito. Ela se comunica com o parlamento e coloca seus anseios e suas necessidades para debate e decisão legislativa, devendo o processo de produção do direito ter seu acoplamento ao contexto da realidade exposta por aqueles que a vivem na sua rudeza.

Demais disso, cidadania ativa e democracia participativa importam para a produção do direito, de um modo geral, por duas razões: a primeira deve-se ao fato de que os poderes constituídos têm se revelado, muitas vezes, inacessíveis aos interesses da população, com a política e a democracia representativa tendo deixado de ser o caminho para verdadeiras

reivindicações e para o exercício de direitos (Cf. NAVES, 2014, p. 546); a segunda deve-se ao fato de que “As demandas sociais, que muitas vezes são dinâmicas e mudam rapidamente, exigem debate contínuo.” (LAMBERTUCCI, 2010, p. 72), de modo que a participação social deve perseguir o debate com vistas a interferir nos destinos do país e das comunidades regionais e locais.

Diante da possibilidade e da importância da cidadania ativa na produção do direito, a desconsideração, a negação de validade e a negação de aplicação do ordenamento jurídico-legal, por parte Poder Judiciário, podem constituir menosprezo também à democracia participativa. Mais uma vez, por isso também, mostra-se não ser possível que realmente a validade e a aplicação do direito fiquem condicionadas a atuação de magistrados de acordo com a teoria do direito que pessoalmente julguem mais adequada, guiando-se de acordo com suas preferências, com sua corrente filosófica, com sua concepção de justiça, etc.

No ponto aqui em foco, novamente o positivismo jurídico revela-se como teoria que vai ao encontro do Estado de Direito, da democracia e da cidadania ativa, porque para essa teoria “[...] o direito constitui, necessariamente, *fenômeno histórico*, sendo decorrência exclusiva da vontade de seres humanos, de convenções humanas concretas, de fatos sociais.” (TORRANO, 2015, p. 40). Esse aspecto do positivismo jurídico será retomado mais adiante neste trabalho.

3 Jusnaturalismo e juspositivismo

Como dito antes, o Estado de Direito tem relação com teorias do direito. Enquanto umas podem ir ao encontro, outras podem ir de encontro ao formato jurídico-político do Estado. Tanto podem privilegiar quanto desprezar o Estado de Direito. Por isso mesmo, afigura-se pertinente que examinemos o jusnaturalismo e o juspositivismo, não de forma exaustiva, mas meramente aproximativa dos interesses perseguidos por este trabalho, isso para logo mais adiante fixarmos nossas atenções no positivismo jurídico mais atual ou contemporâneo, i.e., o positivismo jurídico pós-exegético ou pós-legalista desenvolvido a partir das teorias defendidas sobretudo por Kelsen e Hart no século XX.

É fato que a natureza do direito não se apresenta de forma fácil e precisa que possibilite a determinada teoria ou corrente de pensamento explicá-la de maneira apodítica. Na verdade, o direito é um fenômeno complexo. E justamente porque é um fenômeno complexo fomenta disputas teóricas que buscam obter primazia sobre aquilo que o compõe, sobre o que integra e o que não integra seu conteúdo, enfim, sobre a sua natureza.

Em linhas gerais, o direito pode ser concebido como *fato*, calcado num conjunto de leis ou de julgamentos, e se apresentar como ciência jurídica; pode ser concebido também, de outro lado, como *valor*, fundado em ao que é útil ao corpo social ou no que é justo, e se apresentar como arte jurídica (NERY, 2008, p. 19). No primeiro caso – direito como fato e ciência jurídica –, o juspositivismo está contido, e no segundo – direito como valor e arte jurídica –, o jusnaturalismo.

O jusnaturalismo pode ser definido, na fase moderna e já secularizado, como a regulamentação das relações humanas através da razão, sendo tarefa primordial do jurista descobrir e demonstrar, racionalmente, as regras universais da conduta por meio do estudo da natureza do homem (BOBBIO, 1994, p. 22). Miguel Reale elenca assim a estrutura básica do Direito Natural:

Em linhas gerais, os autores do Direito Natural expõem doutrinas que apresentam certos elementos comuns, quais sejam, em primeiro lugar, a ideia de que os homens como homens possuem direitos inatos independentemente da sociedade e do Estado; em segundo lugar, a ideia de que antes da sociedade civil existiu um estado de natureza; em terceiro lugar, a ideia de que, em dado momento, os indivíduos veem-se na contingência de constituir o governo ou o Estado mediante um contrato; e, finalmente, a afirmação da prioridade do direito subjetivo em relação ao objetivo. (REALE, 1999, p. 102).

Já o juspositivismo, por sua vez, pode ser definido como a regulamentação das relações humanas através de vinculatividade genuinamente jurídica, decorrente da vontade e da ação de indivíduos concretos, decorrente da vontade da autoridade legislativa, e não da dedução da natureza ou da razão, de elementos metafísicos imutáveis (DIMOULIS, 2006, p. 79).

O positivismo jurídico surge, esclarece Bobbio, no momento em que “direito positivo” e “direito natural” deixam de ser considerados direito em um mesmo e único sentido, com o primeiro tomando-lhe um sentido que lhe é próprio e singular. Anota o autor peninsular: “Por obra do positivismo jurídico ocorre a redução de todo o direito a direito positivo, e o direito natural é excluído da categoria do direito: o direito positivo é direito, o direito natural não é direito.” (BOBBIO, 1995, p. 26).

A afirmação do juspositivismo sobre o jusnaturalismo, baseada na criação de grandes codificações e na atitude de reverenciá-las (BOBBIO, 1995, p. 54 e ss.), ajuda a compreender o direito como desprovido de valoração alguma e deixa entrever que o

positivismo jurídico vai ao encontro do Estado de Direito, na medida em que este tem como característica o primado da lei e aquela teoria reverencia exatamente a lei.

Para perquirir acerca desse indício de ligação entre positivismo jurídico e Estado de Direito, o primeiro tem de sofrer um enfrentamento maior em busca do seu conteúdo e suas características gerais, perpassando o “pós-positivismo” que trouxe à tona novamente, principalmente no segundo pós-guerra, o pensamento jurídico de que o direito deve ser valorativo – a Jurisprudência dos Valores, na Alemanha, e a Teoria da Argumentação Jurídica, de Robert Alexy, podem ser citadas como teorias que têm como pedra de toque a tentativa de encontrar e fazer valer os valores da sociedade (Cf. STRECK, 2011) –, e não apenas descritivo. A noção desse pós-positivismo aqui referido pode ser colhida na seguinte passagem doutrinária:

O Direito, a partir da segunda metade do século XX, já não cabia mais no positivismo jurídico. A aproximação quase absoluta entre direito e norma e sua rígida separação da ética não correspondiam ao estágio do processo civilizatório e às ambições dos que patrocinavam a causa da humanidade. Por outro lado, o discurso científico impregnara o Direito. Seus operadores não desejavam o retorno puro e simples ao jusnaturalismo, aos fundamentos vagos, abstratos ou metafísicos de uma razão subjetiva. Nesse contexto, o pós-positivismo não surge com o ímpeto de desconstrução, mas como uma superação do conhecimento convencional. Ele inicia sua trajetória guardando deferência relativa ao ordenamento positivo, mas nele reintroduzindo as ideias de justiça e legitimidade. (BARROSO, 2003, p. 28).

Mas como é sobre o positivismo jurídico e sua relação com o Estado de Direito que recai o foco maior do presente estudo, passemos então, em apartado, à análise mais detida dessa teoria do direito.

4 Positivismo jurídico

O positivismo jurídico tem várias versões e o objetivo deste tópico é fazer algumas considerações sobre algumas dessas versões, ainda que não pormenorizadas, em busca daquela que mais se coaduna com o Estado de Direito e com a teoria da decisão judicial.

4.1 Do positivismo jurídico legalista ao positivismo jurídico normativista

O positivismo jurídico clássico, entendido como exegético, ideológico e que prima pelo “juiz boca da lei” e pelo automatismo, negando o ato interpretativo em prol da conexão lógica entre os comandos legais e os fatos da vida – nada obstante a complexidade da sociedade e a incompletude do direito –, vingou na Europa continental no século XIX como tarefa dogmática (TORRANO, 2015, p. 31).

Essa versão do positivismo fez crer que o direito tinha sempre a perspectiva da lei como a única ou última palavra, impondo-se o aforismo *dura lex, sed lex*, sem possibilidade alguma de disputas e muito menos especulações (CUNHA, 2010, p. 67). O direito seria como que um sistema lógico de normas autossuficientes, uma enciclopédia jurídica capaz de tecnicamente responder a todos os fatos da vida (REALE, 1999, p. 289).

Do positivismo jurídico clássico e ideológico seguiu-se, no século XX, o positivismo normativo, que em Hans Kelsen encontra sua maior expressão. De acordo com o citado autor austríaco, o direito tem por objeto exclusivamente a norma, cuja validade independe de qualquer questão fática, moral ou valorativa (KELSEN, 2015, p. 75). Para Kelsen, que defende ser toda a ordem jurídica estribada exclusivamente na natureza *ideal* da norma fundamental, “Num sentido jurídico-positivo, fonte do Direito só pode ser o Direito.” (KELSEN, 2015, p. 259). A abordagem kelseniana do direito é metodológica e científica, buscando dar resposta ao que o direito é, e não ao que ele deve ser. Isso não quer dizer, no entanto, que Kelsen nega a fonte social do direito. Sua afirmação de que a fonte do direito só pode ser o próprio direito refere-se ao momento posterior de positivação jurídica, pois para ele “[...] somente o direito posto por seres humanos é direito positivo.” (KELSEN *Apud* DIMOULIS, 2006, p. 78).

Tanto o positivismo legalista quanto o normativista parecem, numa primeira aproximação, conferir ponto de estofa para o Estado de Direito, pois ambos primam pela ordem jurídico-legal tal como faz referido formato jurídico-político de Estado. Mas a análise do positivismo jurídico exclusivo pode eventualmente superar essa impressão inicial e demonstrar que é nele, no positivismo jurídico exclusivo, que o Estado de Direito encontra sua melhor âncora. Passemos a tratar, então, essa versão do positivismo jurídico para vermos se a hipótese aqui aventada se confirma.

4.2 Positivismo jurídico exclusivo

Para além das versões acima referidas, o positivismo jurídico, fundado em fontes sociais, pode admitir, ou não, testes morais de validade jurídica. O positivismo jurídico

exclusivo não os admite nunca. Já o positivismo jurídico inclusivo, por sua vez, os admite em sistemas jurídicos nos quais o imperativo moral tem função fundamental, apesar de o positivismo jurídico inclusivo em si não reconhecer necessária conexão entre o direito e a moral (DIMOULIS, 2006, p. 139). Para o positivismo jurídico inclusivo, algumas normas são extraídas do *pedigree* que possuem, e outras são incorporadas devido ao mérito de seu conteúdo (TORRANO, 2015, p. 44).

Ao positivismo jurídico exclusivo, a doutrina que o refuta – designada pós-positivista – costuma atribuir-lhe as seguintes características que o constituem (Cf. STRECK, 2011, p. 62-63): (i) a vigência e validade do direito depende da prática dos membros da sociedade (fontes sociais); b) a validade de uma norma independe de qualquer consideração de natureza moral, com separação entre direito e moral; c) as normas de um ordenamento não contemplam todas as hipóteses de aplicação e são insuficientes nesse aspecto, contornando-se o déficit legislativo com a discricionariedade judicial que é conferida pelo próprio sistema normativo.

As duas primeiras características gerais do positivismo jurídico exclusivo (vigência e validade do direito extraídas das fontes sociais; validade normativa independente de consideração moral) serão tratadas neste subitem, enquanto a última (discricionariedade judicial para colmatar a insuficiência legislativa) em item próprio, i.e., o item 5 logo mais adiante.

Com efeito, aqueles que atribuem ao positivismo exclusivo a tese da fonte social, e não a da fonte moral, filosófica, interpretativa ou qualquer outra, estão corretos nesse ponto. O positivismo exclusivo identifica o direito na sua fonte social. Para a compreensão da tese da fonte social é necessário, segundo Bruno Torrano, atentar-se para o seguinte:

Seis argumentos conceituais, dentre outros possíveis, sustentam a tese da fonte social: (i) o caráter institucionalizado do direito; (ii) a tese do objetivo moral; (iii) a tese da diferença prática; (iv) a tese da autoridade; (v) a tese da convenção e (vi) a tese do planejamento social. (TORRANO, 2015, p. 49).

Pode-se dizer que o caráter institucionalizado do direito significa, em rápidas linhas, que onde houver direito posto haverá, necessariamente, instituições incumbidas de aplicá-lo, encarregadas de exarar um julgamento autoritativo sem possibilidade de considerar questões morais como condição para que certa norma seja tida como direito da comunidade (TORRANO, 2015, p. 49-50).

Além de seu caráter institucional, o direito tem como função e principal finalidade assentar conflitos sociais e dúvidas morais, otimizando a convivência quando formas não-jurídicas de regulação de condutas se apresentem custosas, complexas, arbitrárias ou ineficientes para tanto. A pacificação de dúvidas e conflitos, sociais e morais, é a marca da tese do objetivo moral (TORRANO, 2015, p. 50-52).

Uma vez assentados os conflitos e dirimidas as dúvidas, o direito passa a fazer diferença na conduta humana oferecendo aos indivíduos razões para agir, fazendo diferença na estrutura ou no conteúdo das decisões das pessoas (TORRANO, 2015, p. 52). Essa diferença é feita porque o direito contempla razões de segunda ordem, e não meramente razões de primeira ordem. A tese da diferença prática pode ser aclarada com os seguintes apontamentos de André Coelho:

O que faz de uma razão para agir uma razão de primeira ordem é que ela (a) é uma razão para preferir certa ação em vez de outra e (b) pode ser posta em comparação com razões contrárias, isto é, com razões para preferir ação diversa. Quando escolhemos agir por força de uma razão é sempre levando em conta possíveis razões em contrário e verificando se tais razões em contrário têm ou não mais força que as originalmente consideradas. [...] Uma das novidades da abordagem de Raz das razões para agir está no fato de que ele admite uma nova modalidade de razões: *as razões de segunda ordem*. A ideia de segunda ordem deve ser pensada como se estas razões estivessem um patamar acima das primeiras, como se tivessem um status superior de hierarquia sobre elas. O que faz de uma razão para agir uma razão de segunda ordem é que ela (a) não é uma razão para preferir certa ação em vez de outra, e sim para preferir certa *razão* em vez de outra, e (b) não pode ser posta junto com as razões de primeira ordem em um balanço de razões, mas, ao contrário, *suspende o balanço de razões* e indica qual razão deve contar como determinante. (COELHO, 2012, grifo do autor).

Para que seja mantida a pacificação de dúvidas e conflitos, sociais e morais, e para que a tese da diferença prática vingue, o direito requer autoridade, não meramente autoridade de fato ou jurídica, mas autoridade legitimada nas intuições mais íntimas dos indivíduos de como as normas jurídicas agem no mundo, sobrepondo-se a princípios da moral e da religião, por exemplo, dentre outros tantos princípios de outros tantos sistemas normativos (TORRANO, 2015, p. 53). A autoridade reivindicada pelo direito, portanto, é uma autoridade legítima e ao mesmo tempo suprema. Essa, em suma, a tese da autoridade.

A tese da convenção, por seu turno, funda-se na convergência de interesses de dados indivíduos sobre determinados assuntos e questões a fim de estabelecer um padrão de comportamento vinculante. Todos os indivíduos (i) se conformam a uma regularidade de comportamento; (ii) esperam que todos se conformem a essa regularidade de comportamento;

(iii) preferem se comportar da maneira convencional por ser esta o equilíbrio de ações (TORRANO, 2015, p. 55-56).

Por fim, por tese do planejamento social deve ser entendida a atividade jurídica enquanto (i) criadora de normas de comportamentos comuns para todos os seus destinatários; (ii) reguladora da comunidade por meio de políticas gerais; (iii) conformadora da sociedade por meio de padrões normativos públicos. A atividade jurídica como atividade de planejamento social serve para facilitar a tomada de decisões em cenários de pluralidades e discordâncias, antecipando soluções, ou seja, a conduta a ser adotada no futuro deve ser deliberada e assentada no passado (Cf. TORRANO, 2015, p. 57-58; COELHO, 2016).

Esses argumentos conceituais, que sustentam a tese da fonte social do direito esposada pelo positivismo jurídico exclusivo, parecem se amoldar ao Estado de Direito mais do que o preconizado por outras teorias do direito. Com efeito, demonstram tais argumentos conceituais que a origem da ordem jurídica – social, popular, democrática e participativa, passando por análise e filtros legislativos até o assentamento legal e institucionalizado – coloca o direito em posição proeminente, de modo a prestar importante contributo para o Estado se submeter às leis criadas pelo próprio Estado.

Nessa senda, a validade do direito independe da moral. Não há qualquer conexão entre esses dois fenômenos normativos para se afirmar se uma norma é ou não válida (DIMOULIS, 2006, p. 99), em nada interessando o valor do direito, que para pós-positivistas tem consideração e peso acentuados, inclusive para corrigir e alterar a norma posta, o que inegavelmente desvirtua e desconsidera o Estado de Direito.

O positivismo jurídico exclusivo parece realmente se apresentar preferível ao positivismo jurídico de cariz legalista ou normativista porque estes, apesar de primarem pela ordem jurídico-legal, não priorizam a fonte do direito, importando a ambos as considerações que promovem a partir da norma posta, ponto de partida de suas teorias.

5 Discricionariedade judicial: onde ela está?

O positivismo jurídico é alvo de críticas no sentido de haver tratado deficitariamente o importante ponto da hermenêutica. Nisso se fundam ácidas contestações sobre a própria teoria do positivismo jurídico, não raro associada à discricionariedade judicial. Lênio Streck anota o seguinte a respeito desse ponto:

[...] por que, depois de uma intensa luta pela democracia e pelos direitos fundamentais, enfim, pela inclusão das conquistas civilizatórias nos textos legais-constitucionais, deve(ria)mos continuar a delegar ao juiz a apreciação do “direito material em conflito?” Volta-se, sempre, ao lugar do começo: o problema da democracia e da (necessária) limitação do poder. Discricionariedades, arbitrariedades, inquisitorialidades, positivismo jurídico: tudo está entrelaçado. (STRECK, 2011, p. 30).

No entanto, há que se ressaltar que o positivismo jurídico é a teoria do conhecimento e descrição do direito, e não da interpretação e aplicação do direito. Seja como for, os ataques ao juspositivismo devem-se à falta de métodos ou critérios nos estudos de Kelsen e Hart, sobretudo, acerca do positivismo jurídico da interpretação (Cf. DIMOULIS, 2006, p. 209-218).

No ponto, para Kelsen a norma superior não vincula plenamente o ato de produção normativa a cargo do legislativo ou o ato de aplicação normativa a cargo do judiciário. Para o autor em comento, a norma superior apenas fixa e determina um quadro ou moldura a ser preenchido por legisladores e julgadores (KELESEN, 2015, p. 388). Diz ele: “[...] de um ponto de vista orientado para o Direito positivo, não há qualquer critério com base no qual uma das possibilidades inscritas na moldura do Direito a aplicar possa ser preferida à outra.” (KELESEN, 2015, p. 391).

Isso, contudo, não representa carta branca ao julgador para “dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa”, pois não está “[...] na obra de Kelsen nenhum indicativo de que os princípios morais a serem utilizados pelo aplicador do direito devam ser extraídos de sua hermética consciência [...].” (TORRANO, 2015, p. 151).

Hart, por sua vez, explica que as normas têm pontos de certeza e têm também pontos de vagueza e possibilidades. Diz o autor:

É certo que existem casos claros, que reaparecem constantemente em contextos semelhantes, aos quais as fórmulas gerais são nitidamente aplicáveis (“Se algo é um veículo, uma automóvel o é”), mas haverá também casos aos quais não está claro se elas se aplicam ou não (“A palavra aqui usada, ‘veículo’, incluirá bicicleta, aviões, patins?”). (HART, 2009, p. 164).

Desse modo, ao escapar do intérprete autêntico o ponto de certeza e restar-lhe apenas abundância de vagueza e possibilidades, sem uma orientação certa sobre o juízo a ser adotado, fica então o julgador, em tal caso, investido de discricionariedade (HART, 2009, p. 165). A discricionariedade aparece igualmente na doutrina de Hart quando mencionado autor prega ser ela a solução para casos em que o direito não pode fundamentar uma decisão por não haver regulamentação jurídico-normativa anterior (HART, 2009, p. 351). Nesses casos,

como se legislador fosse e como se legislador agisse, o julgador cria direito novo e o aplica (HART, 2009, p. 351-352).

Tanto na teoria kelseniana quanto na hartiana há possibilidade de se apontar flancos para acusações de que o positivismo jurídico é falho justamente por conferir discricionariedade ao julgador no momento da aplicação do direito, em nada valendo a separação conceitual e metodológica entre direito e moral se, ao cabo de tudo, ao intérprete autêntico é conferido poder ilimitado para julgar o caso concreto de acordo com sua moral, seus valores etc. Nesses termos, o Estado de Direito restaria enfraquecido e até ignorado.

Isso, no entanto, não tem necessariamente de ser assim. Em verdade, primeiramente há que ser cômico de que da “[...] mera constatação de que existem lacunas no direito não se extrai, do ponto de vista lógico, a afirmação de que essas lacunas devem ser preenchidas a partir daquilo que o magistrado, em sua intimidade e consciência, pensa ser ‘mais justo’.” (TORRANO, 2015, p. 176). Depois, a ideia de discricionariedade está estribada somente na possibilidade real de casos sem parâmetros e critérios capazes de apontar conclusivamente se uma das decisões disponíveis é legalmente incorreta (TORRANO, 2015, p. 177). Finalmente, há que se ter presente que em se tratando de um sistema normativo fundado no formato jurídico-político do Estado de Direito, há “[...] *heteronomia absoluta* que é típica da submissão de todos ao ‘império do direito’ (*rule of law*) [...]” (DIMOULIS, 2006, p. 213, grifo do autor), sendo certo que indivíduos e autoridades estatais, sem exceção, se sujeitam e se inclinam às normas postas.

A tarefa a ser cumprida na interpretação jurídica, nesse sentido, é a de identificar no sistema normativo o direito a ser aplicado. Nada de livre arbítrio ou discricionariedade. Para isso, ao intérprete que seja adepto do positivismo jurídico conceitual, do positivismo jurídico exclusivo, cumpre pautar-se pelo texto legal e, a partir dele, demonstrar motivadamente que a norma aplicada, ou que é produzida para o caso específico, não sofre interferências externas ao direito, não se curva à moral e aos valores da sociedade, para corrigir o direito posto. Isso não importa, gize-se, na adoção do formalismo interpretativo enquanto automatismo, i.e., do formalismo interpretativo enquanto expressão lógica “se *p*, então *q*”, como dedução válida conforme ensinamentos que remontam a Aristóteles. Simplesmente tem-se que a primazia das normas na explicação do direito deve levar também à primazia das normas na interpretação e aplicação do direito.

A moral, na etapa de aplicação da norma, pode perfeitamente compor a interpretação se assim a legislação autorizar. Não que necessariamente tenha que compô-la. Ela, a moral, só não pode possuir relevância autônoma para desconsiderar ou corrigir o direito

produzido de maneira democrática e legítima. Caso se aceite a relevância moral autônoma, então não se estará mais a falar de positivismo jurídico exclusivo e necessariamente terá que se operar a migração desta linha de pensamento para a do jusmoralismo.

A propósito, com seu caráter ideológico e sociológico, o pós-positivismo tem na hermenêutica jurídica a possibilidade de adaptação do direito aos valores e às exigências da sociedade. Isso necessariamente “[...] pressupõe o abandono do rigor na aplicação do direito, insistindo na compreensão ‘flexível’ dos imperativos legais e concedendo ao julgador margens de decisão além e contra a previsão legal [...]” (DIMOULIS, 2006, p. 47). As regras são, para os adeptos do pós-positivismo, um dos vários fatores (mas não o único) que servem de interpretação e aplicação do direito, cedendo passo, quando assim julgar pertinente o intérprete, a outros conceitos e fatores não propriamente jurídicos, mas sim ideológicos e meritórios.

Nessa disputa interpretativa entre as duas teorias, Noel Struchiner faz a seguinte observação em prol do juspositivismo:

Se acreditamos que existe uma maior probabilidade de erros ou abusos serem cometidos quando aquele que aplica o direito tem sempre a prerrogativa de desconsiderar a regra em função de outras considerações, então temos boas razões para calibrar as instituições de tal forma que os aplicadores não se sintam à vontade para fazer isso. (STRUCHINER, 2011, p. 145).

A esta altura, podemos questionar: onde está a discricionariedade judicial? A depender do que se considera como discricionariedade judicial, ela pode estar tanto no positivismo jurídico quanto no pós-positivismo. Em termos rigorosamente técnicos, não está em nenhuma das duas teorias. No entanto, o que se quer chamar atenção aqui é que ela pode servir tanto para uma quanto para outra, tudo a depender do que se entende e se fala sobre discricionariedade judicial, que sempre afeta negativamente ou mesmo anula o Estado de Direito.

Conclusões

O Estado de Direito, pode-se dizer, nutre grande sintonia conceitual e operativa com o positivismo jurídico exclusivo, mais do que outras variações do juspositivismo, isso por referida teoria do direito laborar com argumentos conceituais que sustentam a tese da fonte social e por não admitir que a moral, a justiça e outros valores sejam determinantes para

que juízes não-eleitos corrijam o direito democraticamente posto pelo legislativo, órgão com grande legitimidade popular.

O positivismo jurídico exclusivo coloca o direito em posição proeminente, de modo a prestar importante contributo para o Estado se submeter às leis criadas pelo próprio Estado. Juízes têm de se submeter, gostem ou não, queiram ou não, ao que o Estado, no ambiente plural e democrático do Poder Legislativo, *locus* apropriado para discutir, ponderar e julgar acerca de valores, assentou como direito. Se o Estado tem de se submeter às leis criadas pelo próprio Estado, o Estado-juiz não pode escapar disso por meio da ampla abertura que lhe dá teorias pós-positivistas que pregam considerações valorativas.

A fonte social defendida pelo positivismo jurídico exclusivo, por outro lado, afigura-se imperativa na demonstração do direito válido e em certa medida contribui para a sua observância. Não observância cega nem legitimadora do direito posto, mas *cum grani salis* contribui sim para sua observância.

A discricionariedade judicial não é característica do positivismo jurídico nem é defendida por essa teoria do direito, que em verdade fornece apenas as diretivas para a interpretação, sempre com certa atribuição de sentido das normas por parte do hermeneuta. A fase interpretativa leva em conta as disposições normativas em vigor.

Referências

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. BARROSO, Luís Roberto (organizador). Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

_____. *Estado, governo, sociedade: para uma teoria geral da política*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 1ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 2010.

_____. *Sociedade e estado na filosofia política moderna*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 4ª ed. São Paulo: Brasiliense, 1994.

_____. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Trad. e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

COELHO, André. *Raz: Razões de primeira ordem, de segunda ordem e autoridade*. Disponível: <<http://aquitemfilosofiasim.blogspot.com.br/2012/11/raz-razoes-de-primeira-ordem-de-segunda.html>>. Acesso em: 7.09.2016.

_____. “*Legality*”, de Scott. J. Shapiro: uma introdução. Disponível em: <<http://aquitemfilosofiasim.blogspot.com.br/2016/02/legality-de-scott-j-shapiro-uma.html>>. Acesso em: 7.09.2016.

COELHO, Inocêncio Mártires. Origens, desenvolvimento histórico e modelos de estado de direito. In: MENDES, Gilmar Ferreira et al. *Curso de direito constitucional*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CUNHA, Paulo Ferreira da et al. *História do direito: do direito romano à constituição europeia*. Coimbra: Almedina, 2010.

DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. São Paulo: Método, 2006.

HART H. L. A. *O conceito de direito*. Trad. Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2015.

LAMBERTUCCI, Antonio Roberto. A participação social no governo Lula. In: *Experiências nacionais de participação social*. AVRITZER, Leonardo (org.). São Paulo: Cortez, 2009.

LIMA, Danilo Pereira. *Constituição e poder: limites da política no estado de direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

NAVES, Rubens. Novas possibilidades para o exercício da cidadania. In: *História da cidadania*. PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla Bassabezi (orgs.). São Paulo: Contexto, 2015.

NERY, Rosa Maria de Andrade. *Introdução ao pensamento jurídico e à teoria geral do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

REALE, Miguel. *Horizontes do direito e da história*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

STRECK, Lênio. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

STRUCHINER, Noel. Indeterminação e objetividade. Quando o direito diz o que não queremos ouvir. In: *Direito e interpretação: racionalidades e instituições*. MACEDO JR.,

Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (organizadores). São Paulo: Saraiva, 2011.

TORRANO, Bruno. *Democracia e respeito à lei: entre positivismo jurídico e pós-positivismo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

VERDÚ, Pablo Lucas. *A luta pelo estado de direito*. Trad. Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2007.